

EMPLEO TEMPORAL – Requisitos de creación

Conforme al artículo 21 de la Ley 909 de 2004, los empleos temporales comportan una nueva modalidad de empleos de los servidores públicos, que tiene un carácter eminentemente excepcional, que les permite a las entidades Estatales crear o establecer en sus plantas de personal empleos de carácter temporal o transitorio. Para su conformación, el Legislador previó una serie de requisitos que deben cumplir las entidades que pretenden contener esta clase de personal, entre los que se cuentan, la realización de funciones que no corresponde a las actividades normales de la entidad; el desarrollo de programas o proyectos de duración determinada; para apoyar las labores de los empleados de planta cuando exista una sobrecarga de trabajo originada en una situación excepcional; y para desarrollar labores de consultoría y asesoría institucional que guarde relación directa con el objeto y la naturaleza de la institución, en este caso, esta labor debe realizarse dentro de un plazo que no exceda los (12) meses. Además de lo anterior, debe existir un soporte técnico, junto con la apropiación y disponibilidad presupuestal para cubrir el pago de salarios y prestaciones sociales.

FUENTE FORMAL: LEY 909 DE 2004 - ARTICULO 21

NOMBRAMIENTO EN EMPLEO TEMPORAL - Vigencia

La vigencia del nombramiento en un empleo temporal, está determinado, conforme a los artículos 1º y 4º del Decreto 1227 de 2005, de acuerdo con el acto de nombramiento por el tiempo definido en el estudio técnico y de acuerdo con la disponibilidad presupuestal, norma que es concordante con el artículo 21 de la Ley 909 de 2004.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1227 DE 2005 - ARTICULO 1 / DECRETO 1227 DE 2005 - ARTICULO 4 / LEY 909 DE 2004 - ARTICULO 21

EMPLEADO TEMPORAL - No puede ser declarado insubsistente en ejercicio de la facultad discrecional / INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO - TEMPORAL - Improcedencia. El término se fija en el acto de nombramiento

En el Decreto 1227 de 2005 se había previsto la causal de retiro, de la declaratoria de insubsistencia del nombramiento en ejercicio de la facultad discrecional, norma que fue anulada por esta Corporación, porque la Ley sólo previó como causal específica de retiro del servicio de los empleados temporales, el término de duración fijado en el acto de nombramiento.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1227 DE 2005

NOTA DE RELATORIA: Sobre la insubsistencia del empleado temporal, se cita sentencia del Consejo de Estado, Sección Segunda, de 19 de junio de 2008, Radicación 1475-06, Ponente: Jaime Moreno García.

PROCESO DE EVALUACION DEL PERFIL PARA EMPLEO TEMPORAL - Elaboración por la entidad frente a la ausencia de lista de elegibles en el Banco Nacional. Facultad reglamentaria / FACULTAD REGLAMENTARIA - Finalidad

Ahora bien, el legislador en procura de maximizar las condiciones laborales de estos empleados e incentivar el mérito para el acceso al ejercicio de la función pública consideró que el nombramiento en un empleo de carácter temporal debería efectuarse teniendo en cuenta las listas que hagan parte del Banco Nacional de Listas de Elegibles y que correspondan a un empleo de la misma denominación, código y

asignación básica del empleo a proveer. Pero, por su lado, en la norma acusada, el Ejecutivo consideró que, cuando excepcionalmente no existan listas de elegibles vigentes que permitan la provisión del empleo temporal, la entidad puede realizar un proceso de evaluación del perfil requerido para su desempeño a los aspirantes a ocupar dichos cargos, de acuerdo con el procedimiento que ella misma establezca. Para la Sala, el hecho de que se delegue o se autorice a la entidad que necesita las vacantes, ante la ausencia del aludido banco de aspirantes a empleos de carrera, no comporta un ejercicio excesivo de su poder regulador y, además, consulta con los fines constitucionales y legales que amparan el acceso al servicio. Los decretos reglamentarios que expide el Gobierno Nacional deben procurar hacer la efectividad de las normas, para ello, por supuesto, deben contener verdaderas regulaciones en donde se especifique, de manera clara, la forma en que la Ley debe cumplirse. En el mismo sentido el Presidente de la República cuando ejerce la potestad reglamentaria puede llenar vacíos que complementen y hagan efectiva la Ley, pero, al cubrir esos puntos oscuros o carentes de regulación no debe invadir la órbita de acción del legislador, pero tampoco debe quedar corto con su regulación de manera que la haga inoperante. En el presente asunto se tiene que el Ejecutivo reglamentó la forma de provisión de los cargos temporales cuando no existan listas de elegibles vigentes, a través de un proceso de evaluación que diseñe cada entidad lo que no sólo no viola las normas reglamentadas sino que consulta los principios de transparencia y del mérito que alega vulnerados la parte actora. Es más, el artículo 21, numeral 3º, de la Ley 909 de 2004, en su parte final expresamente señala *“De no ser posible la utilización de las listas se realizará un proceso de evaluación de las capacidades y competencias de los candidatos.”*, es decir, señala que debe seguirse un proceso de evaluación. Ahora bien, es cierto que la norma expresamente no señala quién debe evaluar las capacidades y competencias de los candidatos, ante la ausencia del Banco Nacional de Listas de Elegibles de las normas señaladas como violadas no se deduce que sea la Comisión Nacional del Servicio Civil, como lo alega la parte actora, sino que lo que se colige es que sea el nominador, o mejor, cada entidad que crea el cargo, conforme a las reglas generales de provisión de cargos, máxime, cuando la Comisión aludida sólo tiene competencia para regular la carrera administrativa y lo cierto es que, los empleados temporales no tienen esa condición.

FUENTE FORMAL: LEY 909 DE 2004 - ARTICULO 21 NUMERAL 3

NORMA DEMANDADA: DECRETO 1227 DE 2005 - ARTICULO 3 INCISO SEGUNDO. GOBIERNO NACIONAL. (No nulo)

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

Bogotá D.C., veintiséis (26) de noviembre de dos mil nueve (2009).

Radicación número: 11001-03-25-000-2006-00144-00(2326-06)

Actor: NATALIA GALVIS NAVARRETE Y OTROS

DECRETOS DEL GOBIERNO

Procede la Sala a dictar sentencia en la Acción Pública de Nulidad interpuesta por los ciudadanos Natalia Galvis Navarrete, Silvia Juliana Giraldo Castro e Iván Díaz Corzo contra el artículo tercero, inciso, segundo, del Decreto 1227 de 2005, por ser contrario al artículo 21 de la Ley 909 de 2004 y a la Constitución Política de 1991 en los artículos 13, 25, 40-6, 130 y 209 puesto que excede las facultades reglamentarias del Presidente de la República.

LA DEMANDA

En ejercicio de la acción pública de nulidad los ciudadanos Natalia Galvis Navarrete, Silvia Juliana Giraldo Castro e Iván Díaz Corzo presentaron demanda contra el artículo 3, inciso 2, del Decreto 1227 de 2005, por ser contrario al artículo 21 de la Ley 909 de 2004 y a los artículos 13, 25, 40-6, 130 y 209 de la Constitución Política de 1991, puesto que excede las facultades reglamentarias del Presidente de la República. (folios 17 a 30)

La norma que se demanda, en lo pertinente, establece:

“Decreto 1227 de 2005, inciso 2 del artículo 3: [...]

“Cuando excepcionalmente, no existan listas de elegibles vigentes que permitan la provisión del empleo temporal, la entidad realizará un proceso de evaluación del perfil requerido para su desempeño a los aspirantes a ocupar dichos cargos, de acuerdo con el procedimiento que establezca cada entidad.

El ingreso a empleos de carácter temporal no genera el retiro de la lista de elegibles ni derechos de carrera. (Lo subrayado corresponde a la parte que se demanda)

Las pretensiones se fundamentan en los siguientes aspectos fácticos:

El Presidente de la República según el artículo 189-11 de la C.P., ejerce la facultad reglamentaria a través de la expedición de decretos, indispensables para el ejercicio de las leyes.

Haciendo uso de dicha facultad, el Presidente de la República expidió el Decreto 1227 de 2005, reglamentario de la Ley 909 de 2004, dirigido a “*expedir normas que regulan el Empleo Público, la Carrera Administrativa y la Gerencia Pública*”.

NORMAS VIOLADAS

La parte actora considera violadas las siguientes normas:

De la Constitución Política: artículos 13, 25, 40-6, 115, 130 y 209 y la Ley 909 de 2004

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

- El **Departamento Administrativo de la Función Pública** a través de su apoderado se opuso a la declaración solicitada en la demanda (Fls. 42 a 50), con base en los siguientes argumentos:

- Los aparentes cargos de inconstitucionalidad e ilegalidad propuestos por los demandantes, devienen de la indebida equiparación que éstos hacen entre empleos temporales y cargos de carrera administrativa, lo cual los lleva a suponer, de manera equivocada, que los empleos temporales son administrados y vigilados por la Comisión Nacional del Servicio Civil, cuando en realidad dicha atribución sólo es predicable de los empleos de carrera administrativa (art. 121 y 130 C.N.).

Si bien, la provisión de empleos debe hacerse, en lo posible, de la lista del Banco Nacional de Listas de Elegibles, dicha situación no puede implicar su equiparación con los empleos de carrera administrativa, pues los Empleos Temporales no generan derechos de carrera, ni la utilización de las listas conlleva al personal que la integra el retiro de las mismas.

Igual distinción debe hacerse en cuanto a los concursos convocados por la Comisión Nacional del Servicio Civil para la provisión definitiva de empleos permanentes de carrera general, que generan listas de elegibles, nombramientos en período de prueba y el escalafonamiento en la carrera, frente a los procesos de evaluación del perfil previstos para la provisión de empleos temporales, cuando no

existan listas de elegibles vigentes, que buscan establecer el cumplimiento de los requisitos y competencias necesarias para el desempeño de las actividades que generaron la creación excepcional y transitoria de los empleos temporales.

- Creación legal de nuevas denominaciones de empleos.

Citó los artículos 125 donde se clasifican los empleos de carrera con su excepción y 150-23 de la Carta Política, que establece que es el Congreso quien expide las leyes que rigen las funciones públicas; y las sentencias de la Corte Constitucional C-299 de 1994 y C-563 de 7 de octubre de 1998 donde se contempla la posibilidad de nuevas denominaciones de servidores públicos para caracterizar grupos o clases diferentes de particulares en función del Estado.

De las anteriores referencias concluyó que la Ley 909 de 2004, parcialmente reglamentada por el Decreto 1227 de 2005, introdujo una nueva categoría de cargos públicos denominada “*empleos temporales*” con funciones transitorias, que se suma a los de carrera y elección popular, entre otros, complementarias a los servidores públicos que prevé la Carta Política, que también incluye a los miembros de las Corporaciones Públicas, a los notarios que sin ser empleados públicos, ni trabajadores oficiales, ni alcanzar el rango de funcionarios públicos, son particulares nombrados en propiedad y por concurso del Gobierno y que atienden un servicio público permanente reglamentado por la Ley.

Concluyó que no puede afirmarse válidamente que los empleos temporales están sometidos a la administración y vigilancia de la Comisión Nacional del Servicio Civil, ya que dichas atribuciones sólo son predicables de los empleos de Carrera Administrativa por expreso mandato de los artículos 121, 125 y 130 de la Carta Política.

-La potestad reglamentaria del Presidente de la República.

Citó las sentencias de esta Corporación del 18 de noviembre de 1999, rad. 10.158; de 26 de octubre de 1999, rad. IJ 007; del 18 de marzo de 1999, rad. 5156; que se refieren al límite de las potestades reglamentarias del Presidente, en donde, expresaron que no podía ser limitada por el legislador en su alcance, ni en el tiempo, ni en la materia ya que era un atributo indispensable para que la Administración cumpliera su función de ejecución de la Ley. El carácter

permanente implicaba que mientras la ley estuviera vigente podía el Presidente de la República ejercer su atribución.

Concluyó que de acuerdo a la jurisprudencia trascrita, el Gobierno Nacional al expedir el Decreto 1227 de 2005, en ejercicio de las facultades que le confiere el artículo 189-11 de la C.N. y la Ley 909 de 2004, se ajustó a la Constitución y la Ley.

- Marco legal de los empleos temporales.

Consideró que es una nueva figura del ordenamiento jurídico reglamentado en el artículo 21 de la Ley 909 de 2004¹, y que dentro de esta preceptiva los artículos 11, 12 y 21, numeral 3, del artículo transcrito, en armonía con los artículos 121, 125 y 130 Superiores, permiten concluir que los empleos temporales son ajenos a la administración y vigilancia de la Comisión Nacional del Servicio Civil por constituir una categoría de cargos diferentes a los de carrera administrativa, y que están regulados por el artículo 21 de la Ley citada y los artículos 1 y 4 del Decreto 1227 de 2005.

El artículo 4 citado dispuso que la provisión de empleos temporales se haga a través de acto administrativo precisando el término de duración vencido el cual, el titular, será retirado automáticamente del cargo o antes, de manera discrecional, si el funcionario lo considera (sic). A este respecto, el inciso 3 del artículo 3 del Decreto 1227 de 2005 estableció que el ingreso a estos empleos temporales no genera el retiro de la lista ni derechos de carrera administrativa.

Los derechos de carrera no se adquieren de manera automática por el hecho de formar parte de una lista de elegibles, pues esto requiere el cumplimiento de una serie de requisitos exigidos por la Ley.

Algunas diferencias entre empleados de carrera y empleos temporales y que permite diferenciar el régimen legal aplicable, los resumió así:

¹ Norma que transcribió.

EMPLEOS TEMPORALES	EMPLEOS DE CARRERA
<ul style="list-style-type: none"> - Nombrados en cargos transitorios previstos en el artículo 21-1 de la Ley 909 de 2004. - Se da por una lista del Banco Nacional de Listas de Elegibles, o de un proceso de evaluación de perfiles ocupacionales sustentados en la excepcionalidad, transitoriedad y necesidad inaplazable de solventar el cargo. - El nombramiento es temporal. - La duración está supeditada al término tentativo de la culminación de las labores por el que fue creado. - Su creación es para cumplir funciones no realizadas por el personal de planta, desarrollar programas de duración determinada, suplir necesidades de personal por hechos excepcionales y labores de asesoría o consultoría no mayor a 12 meses. - Vencido el término de duración, o dado por terminado en forma anticipada, el empleado queda automáticamente retirado del servicio y el ex empleado retorna a la lista de elegibles sin derechos de carrera. - La estabilidad laboral es precaria. - No forman parte del registro público de carrera administrativa que administra la Comisión Nacional del Servicio Civil. - Su retiro es por vencimiento del término de duración o por terminación anticipada por decisión del nominador (sic). - Este empleo es un nuevo concepto de cuadros funcionales o dirección por proyectos. 	<ul style="list-style-type: none"> Nombrados en cargos permanentes. - Se efectúa de una lista de elegibles derivada de concursos públicos o a través de encargos y nombramientos provisionales. - El nombramiento es en período de prueba. - La duración del período de prueba es siempre por 6 meses. - El nombramiento en período de prueba se debe al cumplimiento de funciones misionales y de apoyo que las entidades públicas ejercen de manera permanente. - Al terminar el período de prueba, el empleado es calificado en sus servicios. Si es satisfactoria, genera derechos de carrera administrativa; pero si es insatisfactoria, conlleva retiro del servicio sin posibilidad de retornar a la lista de elegibles. - Gozan de beneficios de inamovilidad relativa que otorga su condición de escalafonados. - Si forman parte del registro público de carrera administrativa que administra la Comisión Nacional del Servicio Civil. - Están expresamente consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004. - Se da por el cumplimiento de procesos y procedimientos misionales y de apoyo dentro del sistema integral de calidad.

Concluyó que los artículos demandados lejos de vulnerarlos, lo que hizo fue desarrollarlos y armonizarlos con otros preceptos del Estatuto Superior, lo cual supone que el régimen legal aplicable a los empleados temporales es sustancialmente diferente frente a los de carrera y por ello la administración y vigilancia por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil resulta insostenible para los empleos temporales.

ALEGATOS DE CONCLUSION

A folio 56 el demandado presentó alegatos de conclusión, en el cual reiteró las razones de defensa presentados en el escrito de contestación de la demanda y solicitó sean negadas las súplicas de la demanda.

TERCERO INTERVINIENTE

La Comisión Nacional del Servicio Civil intervino, como tercero impugnante, conforme al artículo 146 del C.C.A., antes del vencimiento del término de traslado para alegar en este proceso de única instancia, por ende, se aceptará su intervención en la que solicita negar la pretensión de nulidad del inciso 2 del artículo 3 del Decreto 1227 de 2005, con los siguientes argumentos. (folios 60 a 64)

Para esa entidad, los cargos no prosperan pues los demandantes parten del entendimiento errado de la disposición acusada que desconoce su sentido y alcance dentro del marco de una interpretación sistemática del precepto con el resto del ordenamiento jurídico y principalmente con las disposiciones constitucionales y legales que se consideran quebrantadas.

El artículo 21 de la Ley 909 prevé que estos empleos temporales son de naturaleza excepcional y por esta razón, el inciso final del artículo 3 del Decreto 1227 de 2005 contempla que estos empleos no generan el retiro de la lista de elegibles ni derechos de carrera.

Esta última circunstancia no fue tenida en cuenta por los actores quienes, en su convicción, consideraron que era la Comisión Nacional del Servicios Civil quien

debía realizar la evaluación del perfil de los interesado en ingresar a este tipo de empleos desconociendo, con esto, el artículo 130 Superior que atribuye a la Comisión la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos con excepción las de carácter especial de origen constitucional.

Además, es claro que confundieron el proceso de evaluación del perfil de los aspirantes a ocupar un empleo temporal, con un proceso de selección, el cual no opera en el presente caso, dado que no se otorgan derechos de carrera administrativa a la persona que sea designada en este tipo de empleos temporales.

Mal puede alegarse la nulidad del precepto demandado cuando lo único que éste hizo fue reproducir una competencia que el legislador atribuyó a los organismos y entidades a las que les era aplicable la Ley 909 de 2004.

Tampoco es cierto que las entidades puedan conformar, organizar y manejar el Banco Nacional de Listas de Elegibles, puesto que lo que el artículo 3 del Decreto reglamentario 1227 de 2005 ordena es que en el nombramiento de un empleo público de carácter temporal se tenga en cuenta el Banco Nacional de Listas de Elegibles que conforme a lo dispuesto en el numeral e) del artículo 11 de la Ley 909 de 2004 es de competencia de la Comisión Nacional del Estado Civil.

En cuanto a que la norma viola el derecho de acceso en igualdad de condiciones y la garantía de imparcialidad, los demandantes parten de una situación fáctica que además de ser futura, no está acreditada en el expediente y que por lo mismo, en nada incide sobre la legalidad del texto demandado.

Concluyó que al no haberse desvirtuado la presunción de legalidad que ampara el acto administrativo parcialmente demandado, la nulidad debería ser negada.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Tercero Delegado ante le Consejo de Estado, emitió su concepto fiscal y solicitó que se negaran las súplicas de la demanda (folios 65 a 70); para ello, razonó así:

Citó y transcribió los artículos 122 a 131 de la Constitución Política y 21 y 27 de la Ley 909 de 2004 para concluir que si bien el empleo temporal como el de carrera corresponde a la clásica definición de empleo público, la diferencia principal radica en las determinaciones legales que se efectúan acerca del acceso, permanencia y los derechos de estabilidad que emanan de los cargos de carrera.

No hay empleo público aún en el caso de los supernumerarios, que no tenga la obligación de responder al interés general, a la prestación de un servicio público, más por ello no todos deben ser provistos por el sistema técnico de administración de personal de acuerdo al artículo 125, inciso 1 de la C.P.

Consideró que los requerimientos del artículo 21 de la Ley 909 de 2004, esto es, actividad ocasional, duración determinada y sobrecarga excepcional de trabajo, son legítimos para establecer los empleos temporales que necesita la administración.

Agregó que los empleos temporales se deben justificar con el informe técnico y la disponibilidad presupuestal y, en principio, se debe cumplir con la lista de elegibles; si no es posible, excepcionalmente, ordena que el ingreso sea a través de candidatos que la Administración tenga a bien escoger previa evaluación del perfil.

Si lo demandado se ubicó en este contexto, mal podía deducirse una trasgresión a las reglas de carrera administrativa y a la autoridad que lo regenta, pues, en circunstancias de inexistencia de empleos de carrera administrativa, las potestades de la Comisión Nacional del Servicio Civil, no cuentan.

La función administrativa también está requerida y amparada por los principios de eficacia y celeridad, y ante el evento de las urgencias manifiestas del artículo 21 de la citada Ley, debe procederse de tal forma.

Habría lugar a la nulidad si la lista de legibles no se tuviera en cuenta, pero como ello acaece, resulta ajustado a derecho que ante la imposibilidad de cubrir el empleo con uno de los inscritos, se acuda a la última posibilidad.

Concluyó diciendo que la facultad reglamentaria del Ejecutivo tampoco fue excedida pues tuvo el cuidado de dejar a salvo la posibilidad de un ascenso de los

aforados en caso de que la tarea temporal así lo significara, es decir, no olvidó el primer lugar que ellos deben ocupar cuando de suplir otros cargos de mayor responsabilidad y estipendio se trata.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a lo antes expuesto el problema jurídico a resolver consiste en establecer si hubo extralimitación en el ejercicio de las facultades otorgadas al Presidente de la República al ordenar que, excepcionalmente y cuando no existan listas de elegibles vigentes para proveer empleos temporales, las vacantes se provean con un proceso de evaluación regulado por cada entidad.

NORMAS ACUSADAS

El Decreto acusado, corresponde al aparte destacado del artículo 3º, inciso 2 del Decreto 1227 de 2005, cuyo tenor es el siguiente:

“Artículo 3º. El nombramiento en un empleo de carácter temporal se efectuará teniendo en cuenta las listas que hagan parte del Banco Nacional de Listas de Elegibles y que correspondan a un empleo de la misma denominación, código y asignación básica del empleo a proveer. Para el análisis del perfil y de las competencias requeridas, la entidad deberá consultar las convocatorias que le suministre la Comisión Nacional del Servicio Civil.

*Cuando, excepcionalmente, no existan listas de elegibles vigentes que permitan la provisión del empleo temporal, **la entidad realizará un proceso de evaluación del perfil requerido para su desempeño a los aspirantes a ocupar dichos cargos, de acuerdo con el procedimiento que establezca cada entidad.***

El ingreso a empleos de carácter temporal no genera el retiro de la lista de elegibles ni derechos de carrera.”.

ARGUMENTOS DE LA PARTE DEMANDANTE

Alega la parte actora, que el Gobierno Nacional al expedir el Decreto acusado vulneró las normas superiores en que debía fundarse conforme a los siguientes argumentos:

- Empleos Temporales

La Ley 909 de 2004, en el artículo 21,² creó una tercera categoría de empleos, llamados empleos temporales, distintos a los de libre nombramiento y remoción y a los de carrera administrativa.

Conforme a la norma transcrita dedujo que la intención del nominador por incluir empleos de carácter temporal, era sólo para labores de consultoría y asesoría institucional con un tiempo limitado; que, en ningún momento, otorgó competencia a las entidades en donde existieran empleos temporales para que ellos mismos impulsaran los procesos de selección de los candidatos; que el procedimiento para elegir candidatos en empleos de Carrera Administrativa lo estableció la Ley 909 de 2004, quitándole esa facultad a las entidades donde se presentaran las vacantes; que el artículo 130 de la Constitución Política de 1991 le atribuyó a la Comisión Nacional del Servicio Civil funciones con el fin de hacer más transparente los procesos de selección.

En consecuencia, las entidades no son competentes para impulsar procesos de selección de candidatos a ocupar empleos de carrera administrativa y por ello, el artículo 3, inciso 2 del Decreto 1227 de 2005, resulta contrario a la Ley.

- Banco Nacional de Listas de Elegibles.

El artículo 21-3 de la Ley ya citada, contempla el llamado Banco Nacional de Listas Elegibles, allí se encuentran las bases de datos donde las entidades acceden a ellas para ocupar las vacantes que se encuentren disponibles en sus entidades, como igualmente lo expone el artículo 3º, inciso 2 del Decreto 1227 de 2005.

² Norma citada por el demandante de la siguiente forma: “Artículo 21. Empleos de carácter temporal.

1. De acuerdo con sus necesidades, los organismos y entidades a los cuales se les aplica la presente Ley, podrán contemplar excepcionalmente en sus plantas de personal empleos de carácter temporal o transitorio. Su creación deberá responder a una de las siguientes condiciones:

[...] b) Desarrollar programas o proyectos de duración determinada; [...]

d) Desarrollar labores de consultoría y asesoría institucional de duración total, no superior a doce (12) meses y que guarde relación directa con el objeto y la naturaleza de la institución.

2. La justificación para la creación de empleos de carácter temporal deberá contener la motivación técnica para cada caso, así como la apropiación y disponibilidad presupuestal para cubrir el pago de salarios y prestaciones sociales.

3. El ingreso a estos empleos se efectuará con base en las listas de elegibles vigentes para la provisión de empleos de carácter permanente, sin que dichos nombramientos ocasionen el retiro de dichas listas. De no ser posible la utilización de las listas se realizará un proceso de evaluación de las capacidades y competencias de los candidatos.”.

El nombramiento de un empleo de carácter temporal se tomará del Banco Nacional de Listas de Elegibles, que corresponda a un empleo de la misma denominación, código y asignación básica del empleo a proveer, pero el análisis del perfil y las competencias, serán consultados de las convocatorias realizadas por la Comisión Nacional de Servicio Civil, conforme a los artículos 130 de la Constitución Política y 11, literal e) de la Ley 909 de 1994.

La norma censurada va en contravía de lo citado ya que las entidades públicas no deben, ni están llamadas a manejar el Banco de listas de elegibles ya que ésta es una facultad única de la Comisión Nacional de Servicio Civil dada por la Ley 909 de 2004.

- Evaluación del Perfil.

El texto demandado vulnera el artículo 28 de la Ley 909 de 2004, que establece los principios que orientan el ingreso y el ascenso a los empleos públicos de carrera administrativa, específicamente el de libre concurrencia o igualdad en el ingreso.

Las entidades públicas donde se presenten vacantes no están facultadas para hacer la evaluación de perfil ya que ello contraría la Constitución Política, en varios de sus artículos, así: en el artículo 13, que prevé que los ciudadanos gozan de los mismos derechos, libertades y oportunidades para acceder a la función pública, se ven limitados en el ejercicio de sus oportunidades; en el artículo 25 porque viola el derecho al trabajo al no permitir el ingreso de *“toda persona” en condiciones dignas y justas*; en el artículo 40-6 en la medida en que no le permite a los ciudadanos controlar la función pública al no permitir el ingreso de todas las personas interesadas; en el artículo 130 en la medida en que se arrogó las facultades de la Comisión Nacional del Servicio Civil y el 209 de la C.P., ya que no cumple el principio de publicidad en el proceso de selección pues esto no se asegura por medio de los *“procedimientos internos”* aludidos y en la práctica, acuden a estos procesos únicamente los empleados que el nominador quiera posesionar en el cargo.

También viola con respecto a la Ley 909 de 2004, el principio de transparencia en la gestión de los procesos de selección y en el escogimiento de los jurados y

órganos técnicos encargados de la selección, porque, como se ha visto en la práctica, por el clientelismo, sólo entrarían a laborar quienes cuenten con el aval del nominador de turno.

Dadas las características de los procesos de selección de empleos públicos en Colombia, las entidades públicas no están facultadas para hacerlas, así sea para los empleados temporales, puesto que de ser así se crearía automáticamente una tercera categoría de empleo y además, se vulnerarían las garantías que han de rodear el proceso de selección.

- Facultades de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

La Corte Constitucional, C-372 de 1999 explicó las características de la Comisión Nacional del Servicio Civil, de donde coligió que es el ente rector en materia de adelantar concursos para proveer empleos públicos, cualquiera que sea su naturaleza conforme a la Ley 909 de 2004 y la Carta Política. En ninguna parte de la norma se tiene la posibilidad de que las entidades hagan evaluaciones a los perfiles como lo plantea la norma demandada es más, el artículo 130 de la Constitución Política señala como responsable de ésta labor a la Comisión Nacional del Servicio Civil, organismo que fue creado única y exclusivamente para este proceso.

La Ley 443 de 1998, expidió normas sobre carrera administrativa y el artículo 14 de dicha norma, fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en Sentencia C-372 de 1999 ya mencionada. La norma demandada pretendió reproducir algunos apartes pues dio facultad a la misma entidad de realizar el proceso de evaluación del perfil requerido cuando no existan listas de elegibles vigentes desnaturalizando así la Comisión Nacional del Servicio Civil y desconfigurando la naturaleza del Estado Colombiano indicado en el artículo 113 Superior.

- Exceso en el uso de facultades.

El artículo 53 de la Ley 909 de 2004 revestía al Presidente de la República de facultades extraordinarias para expedir normas con fuerza de ley en las materias allí indicadas. Sin embargo, no por estas facultades podía cambiar la estructura del Estado suprimiendo de la Comisión Nacional del Servicio Civil, la

administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos y más cuando ésta no estaba contemplada entre las opciones.

Concluyó que en concordancia con la Sentencia C-368 de 1996, expedida con ocasión a un conflicto similar, que el aparte demandado en este proceso debería ser retirado del ordenamiento jurídico, porque está por fuera de las atribuciones conferidas por la Ley 909 de 2004 que modifica la estructura orgánica del Estado.

ANALISIS DE LA SALA

El Decreto acusado, como se deduce de su contenido, se fundamentó en el artículo 189-11 de la Carta Política, norma que prevé:

“ARTICULO 189. Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa:

[...]

11. Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes.”

La misma norma reglamentó la Ley 909 de 2004, y en el caso que nos ocupa desarrolló el artículo 21, el que preceptúa:

“ARTÍCULO 21. EMPLEOS DE CARÁCTER TEMPORAL.

1. De acuerdo con sus necesidades, los organismos y entidades a los cuales se les aplica la presente Ley, podrán contemplar excepcionalmente en sus plantas de personal empleos de carácter temporal o transitorio. Su creación deberá responder a una de las siguientes condiciones:

- a) Cumplir funciones que no realiza el personal de planta por no formar parte de las actividades permanentes de la administración;*
- b) Desarrollar programas o proyectos de duración determinada;*
- c) Suplir necesidades de personal por sobrecarga de trabajo, determinada por hechos excepcionales;*
- d) Desarrollar labores de consultoría y asesoría institucional de duración total, no superior a doce (12) meses y que guarde relación directa con el objeto y la naturaleza de la institución.*

2. La justificación para la creación de empleos de carácter temporal deberá contener la motivación técnica para cada caso, así como la apropiación y disponibilidad presupuestal para cubrir el pago de salarios y prestaciones sociales.

*3. El ingreso a estos empleos se efectuará con base en las listas de elegibles vigentes para la provisión de empleos de carácter permanente, sin que dichos nombramientos ocasionen el retiro de dichas listas. **De no ser posible la utilización de las listas se realizará un proceso de evaluación de las capacidades y competencias de los candidatos.**” (Destacado no es del texto)*

Conforme al texto de la norma transcrita, los empleos temporales comportan una nueva modalidad de empleos de los servidores públicos,³ que tiene un carácter eminentemente excepcional, que les permite a las entidades Estatales crear o establecer en sus plantas de personal empleos de carácter temporal o transitorio.

Para su conformación, el Legislador previó una serie de requisitos que deben cumplir las entidades que pretenden contener esta clase de personal, entre los que se cuentan, la realización de funciones que no corresponde a las actividades normales de la entidad; el desarrollo de programas o proyectos de duración determinada; para apoyar las labores de los empleados de planta cuando exista una sobrecarga de trabajo originada en una situación excepcional; y para desarrollar labores de consultoría y asesoría institucional que guarde relación directa con el objeto y la naturaleza de la institución, en este caso, esta labor debe realizarse dentro de un plazo que no exceda los (12) meses. Además de lo anterior, debe existir un soporte técnico, junto con la apropiación y disponibilidad presupuestal para cubrir el pago de salarios y prestaciones sociales.

La vigencia del nombramiento en un empleo temporal, está determinado, conforme a los artículos 1º y 4º del Decreto 1227 de 2005, de acuerdo con el acto de nombramiento por el tiempo definido en el estudio técnico y de acuerdo con la disponibilidad presupuestal, norma que es concordante con el artículo 21 de la Ley 909 de 2004.

En dicho decreto se había previsto la causal de retiro, de la declaratoria de insubsistencia del nombramiento en ejercicio de la facultad discrecional, norma que fue anulada por esta Corporación, porque la Ley sólo previó como causal específica de retiro del servicio de los empleados temporales, el término de duración fijado en el acto de nombramiento.⁴

³ El artículo 1º de la Ley 909 de 2004, previó como su objeto "la regulación del sistema de empleo público y el establecimiento de los principios básicos que deben regular el ejercicio de la gerencia pública.

Quienes prestan servicios personales remunerados, con vinculación legal y reglamentaria, en los organismos y entidades de la administración pública, conforman la función pública. En desarrollo de sus funciones y en el cumplimiento de sus diferentes cometidos, la función pública asegurará la atención y satisfacción de los intereses generales de la comunidad.

De acuerdo con lo previsto en la Constitución Política y la ley, hacen parte de la función pública los siguientes empleos públicos: a) Empleos públicos de carrera; b) Empleos públicos de libre nombramiento y remoción; c) Empleos de período fijo; d) Empleos temporales."

⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 19 de junio de 2008, EXP. No.: 11001 03 25 000 2006 00087 00 (1475-06), Actor: CRISTINA FLOREZ MORENO, Magistrado Ponente Dr. JAIME MORENO GARCIA, en la que se dijo: "De acuerdo con lo anterior, resulta claro que en este caso el querer del legislador fue el de otorgar una cierta garantía de permanencia al empleado temporal, al definir que estaría supeditado al periodo fijado en el acta de nombramiento, el cual a su turno, pende de lo determinado en el estudio técnico y a la disponibilidad presupuestal; por ello, mal podía el Ejecutivo extralimitarse en su facultad reglamentaria, al querer incluir una disposición nueva, no contemplada en la ley reglamentada.

Además, resulta entendible el grado de protección que le pretende dar el legislador al empleado temporal, pues si bien no tiene la categoría de empleado de carrera administrativa, tampoco la de uno de libre nombramiento y remoción, como

Ahora bien, el legislador en procura de maximizar las condiciones laborales de estos empleados e incentivar el mérito para el acceso al ejercicio de la función pública consideró que el nombramiento en un empleo de carácter temporal debería efectuarse teniendo en cuenta las listas que hagan parte del Banco Nacional de Listas de Elegibles y que correspondan a un empleo de la misma denominación, código y asignación básica del empleo a proveer.

Pero, por su lado, en la norma acusada, el Ejecutivo consideró que, cuando excepcionalmente no existan listas de elegibles vigentes que permitan la provisión del empleo temporal, la entidad puede realizar un proceso de evaluación del perfil requerido para su desempeño a los aspirantes a ocupar dichos cargos, de acuerdo con el procedimiento que ella misma establezca.

Para la Sala, el hecho de que se delegue o se autorice a la entidad que necesita las vacantes, ante la ausencia del aludido banco de aspirantes a empleos de carrera, no comporta un ejercicio excesivo de su poder regulador y, además, consulta con los fines constitucionales y legales que amparan el acceso al servicio.

En lo que se refiere a la facultad de reglamentación de las leyes por parte del Ejecutivo, como ya lo ha reiterado la Sala,⁵ debe contener *“un amplio espectro de manera tal que le permita al Ejecutivo expedir una verdadera norma regulatoria y no se limite simplemente a repetir lo que el Legislativo le ordenó.”*, sin embargo, el Ejecutivo no puede imponer obligaciones o prohibiciones más allá del contenido intrínseco de la ley, o que, impliquen una variación de la voluntad del legislador, porque esto sería una extralimitación.

Empero, los decretos reglamentarios que expide el Gobierno Nacional deben procurar hacer la efectividad de las normas, para ello, por supuesto, deben contener verdaderas

quiera que se trata de personas que forman parte de las listas de elegibles (art. 3º, decreto 1227 de 2005) esto es, que superaron el concurso de méritos y esperan ser nombrados en el periodo de prueba que les permite acceder a la carrera administrativa; de ahí que su designación en un cargo de esta categoría significa la oportunidad preferencial de acceder a un empleo público en forma transitoria mientras se les nombra permanentemente en la planta de personal.

En otras palabras: el art. 3º inciso 3º del decreto 1227 de 2005 fue muy claro en precisar que el ingreso a un empleo temporal no genera derechos de carrera, pero por ello tampoco se puede concluir que es de libre nombramiento y remoción, lo cual se reafirma con el hecho de que prácticamente la única causal de retiro establecida para ellos es la culminación del periodo para el cual fueron designados.

Pero además, es evidente que la frase acusada viola el principio de confianza legítima, como extensión del de la buena fe, pues el empleado que ha sido nombrado en un cargo temporal por un periodo determinado, tiene la idea de permanencia y estabilidad en el empleo, porque existe la expectativa cierta y fundada de conservarlo en cuanto cumpla fiel y eficientemente con sus obligaciones laborales, hasta cuando se venza tal periodo.”

⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 19 de mayo de 2005, REF: EXPEDIENTE No. 11001032500020020211 01, No. INTERNO: 4396 – 2002, ACTOR: Luís Eduardo Cruz Porras, Consejero Ponente: Dr. Jesús María Lemos Bustamante.

regulaciones en donde se especifique, de manera clara, la forma en que la Ley debe cumplirse.

En el mismo sentido el Presidente de la República cuando ejerce la potestad reglamentaria puede llenar vacíos que complementen y hagan efectiva la Ley, pero, al cubrir esos puntos oscuros o carentes de regulación no debe invadir la órbita de acción del legislador, pero tampoco debe quedar corto con su regulación de manera que la haga inoperante.

En el presente asunto se tiene que el Ejecutivo reglamentó la forma de provisión de los cargos temporales cuando no existan listas de elegibles vigentes, a través de un proceso de evaluación que diseñe cada entidad lo que no sólo no viola las normas reglamentadas sino que consulta los principios de transparencia y del mérito que alega vulnerados la parte actora.

Es más, el artículo 21, numeral 3º, de la Ley 909 de 2004, en su parte final expresamente señala *“De no ser posible la utilización de las listas se realizará un proceso de evaluación de las capacidades y competencias de los candidatos.”*, es decir, señala que debe seguirse un proceso de evaluación.

Ahora bien, es cierto que la norma expresamente no señala quién debe evaluar las capacidades y competencias de los candidatos, ante la ausencia del Banco Nacional de Listas de Elegibles de las normas señaladas como violadas no se deduce que sea la Comisión Nacional del Servicio Civil, como lo alega la parte actora, sino que lo que se colige es que sea el nominador, o mejor, cada entidad que crea el cargo, conforme a las reglas generales de provisión de cargos, máxime, cuando la Comisión aludida sólo tiene competencia para regular la carrera administrativa y lo cierto es que, los empleados temporales no tienen esa condición.

Es más, la reglamentación expedida por el Gobierno Nacional lejos de variar la voluntad del legislador lo que hace es realizarla, al poner en cabeza de la misma entidad, cuando no se pueden proveer por el listado precedente del Banco Nacional de Listas de Elegibles, un proceso de evaluación previo y no sólo la mera nominación. Proceso de evaluación, que dicho sea de paso, actualmente resulta más que relevante, cuando se trata de proveer empleados que no pueden ser removidos sino hasta el vencimiento del período por el cual fueron contratados.

Conforme a lo antes expuesto no se observa la vulneración de las normas Constitucionales invocadas como son los artículos 13, derecho a la igualdad; 25, derecho al trabajo; 40-6, derecho a interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y la Ley; 130, Competencia de la Comisión del Servicio Civil para la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos y 209, principios y finalidades de la función administrativa; pues se insiste, la vinculación de los empleados temporales se hace luego de agotada la opción de vincular a las personas que se encuentren en el Banco Nacional de Listas de Elegibles, con un procedimiento previamente establecido por cada entidad y en el que pueden participar todos los ciudadanos demostrando que tiene las competencias y calidades requeridas para desempeñar temporalmente el cargo de esta clase de plantas de personal.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

Deniéganse las pretensiones de la demanda relacionadas con la anulación de la expresión *“la entidad realizará un proceso de evaluación del perfil requerido para su desempeño a los aspirantes a ocupar dichos cargos, de acuerdo con el procedimiento que establezca cada entidad”*, contenida en el artículo 3º, inciso 2 del Decreto 1227 de 2005.

Acéptase la intervención de la Comisión Nacional del Servicio Civil, como tercero impugnante, conforme al artículo 146 del C.C.A.

Reconócese personería al doctor Argemiro Niño Ojeda, como representante Judicial y apoderado de la Comisión Nacional del Servicio Civil, conforme a las constancias obrantes de folios 57 y 58.

Cópiese, notifíquese, cúmplase. En firme esta providencia archívese el expediente.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.

VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

GERARDO ARENAS MONSALVE

GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN

BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ

ALFONSO VARGAS RINCON

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO