



Concepto 52871 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

20206000052871

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000052871

Fecha: 11/02/2020 02:53:22 p.m.

Bogotá D.C.

REF: EMPLEO. Empleos temporales. RAD. 20209000002722 del 03 de enero de 2020.

En atención al oficio de la referencia, mediante el cual solicita se emita concepto en relación con los empleados de carácter temporal que se encuentran incapacitados a la fecha de terminación del periodo para el cual fueron nombrados, me permito manifestarle lo siguiente.

La Ley 909 de 2004 «Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones», consagró lo siguiente sobre los empleos temporales:

«ARTÍCULO 1o. OBJETO DE LA LEY. “(…)”

De acuerdo con lo previsto en la Constitución Política y la ley, hacen parte de la función pública los siguientes empleos públicos:

(...)

d) Empleos temporales.” (Subrayado fuera de texto

“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.»

El Decreto 1083 de 2015 «Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública.», establece:

«ARTÍCULO 2.2.1.1.1. Definición. Se entiende por empleos temporales los creados en las plantas de cargos para el ejercicio de las funciones previstas en el ARTÍCULO 21 de la Ley 909 de 2004, por el tiempo determinado en el estudio técnico y en el acto de nombramiento.

Los empleos temporales deberán sujetarse a la nomenclatura y clasificación de cargos vigentes para cada entidad y a las disposiciones relacionadas con la elaboración del plan de empleos, diseño y reforma de plantas de que trata la Ley 909 de 2004.

En la respectiva planta se deberán identificar los empleos que tengan la naturaleza de temporales. El estudio técnico deberá contar con el concepto previo favorable del Departamento Administrativo de la Función Pública.

ARTÍCULO 2.2.1.1.2. Régimen salarial, prestacional y demás beneficios salariales. El régimen salarial, prestacional y demás beneficios salariales de los empleos temporales será el que corresponda a los empleos de carácter permanente que rige para la entidad que va a crear el cargo y se reconocerá de conformidad con lo establecido en la ley.

ARTÍCULO 2.2.1.1.4. Nombramiento en el empleo temporal. El nombramiento deberá efectuarse mediante acto administrativo en el que se indicará el término de su duración, al vencimiento del cual quien lo ocupe quedará retirado del servicio automáticamente.

El término de duración del nombramiento en el empleo de carácter temporal deberá sujetarse a la disponibilidad presupuestal.

PARÁGRAFO. A quienes ejerzan empleos de carácter temporal no podrá efectuárseles ningún movimiento dentro de la planta de personal que implique el ejercicio de funciones distintas a las que dieron lugar a la creación de los mismos de acuerdo con lo establecido en la Ley 909 de 2004.»

Teniendo en cuenta que el régimen salarial, prestacional y demás beneficios salariales de los empleos temporales debe corresponder al que tienen los empleos de carácter permanente que rige para la entidad que va a crear el cargo y se reconocerá de conformidad con lo establecido

en la ley, es viable que un empleado de carácter temporal reciba los beneficios del Sistema General de Seguridad Social en Salud, y en consecuencia, durante la licencia por enfermedad reciba una prestación social a cargo de su EPS.

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, en sentencia con Radicación número: 11001-03-25-000-2006-00144-00(2326-06) del 26 de noviembre de 2009, Consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, afirmó:

«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)

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 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 procedente 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.» (Subrayado fuera de texto)

De conformidad con la normativa y jurisprudencia citada, el empleo temporal no tiene la categoría de carrera administrativa ni tampoco de libre nombramiento y remoción, sino que sus características lo hacen especial y diferente a los demás empleos.

Según lo señalado, prácticamente la única causal de retiro establecida para ellos es la culminación del periodo para el cual fueron designados, es decir, estos empleados no pueden ser removidos sino hasta el vencimiento del período por el cual fueron vinculados.

Teniendo en cuenta que la permanencia del personal vinculado en empleos temporales sólo va a estar supeditada al lapso por el cual fue nombrado, esta Dirección considera viable que una persona nombrada en un empleo de carácter temporal se retire definitivamente de la entidad cuando llegue a su fin la existencia de la planta temporal, así se encuentre incapacitado, toda vez que la situación de la incapacidad no le otorga al empleado algún fuero o condición especial que impida su retiro, dado que la relación laboral del empleado termina por una causa legal (terminación de la planta temporal).

No obstante, si la planta de personal temporal es prorrogada por razones de servicio, se deberán prorrogar los nombramientos de los servidores que conforman la misma, entre ellos, el del empleado incapacitado.

Con respecto de las normas de administración de los empleados del sector público; así como las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos, me permito indicar que en el link <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> podrá encontrar conceptos relacionados con el tema, que han sido emitidos por esta Dirección Jurídica.

El anterior concepto se emite en los términos establecidos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Luz Rojas

Revisó: José Fernando Ceballos

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2026-01-29 22:27:36