



Función Pública

Concepto 3621 de 2015 Departamento Administrativo de la Función Pública

2015600003621

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 2015600003621

Fecha: 13/01/2015 01:54:20 p.m.

Bogotá D.C.,

Ref.: EMPLEOS. Provisión empleos temporales. Retiro de empleados temporales. Rad.: 20142060209342 del 12-12-14.

En atención al oficio de la referencia, mediante el cual formula consultas relacionadas con la provisión de empleos temporales y el retiro de los titulares de dichos empleos, me permito manifestarle lo siguiente:

La parte resolutive de la sentencia [C-288/14](#), M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, se declara exequible la expresión “De no ser posible la utilización de las listas se realizará un proceso de evaluación de las capacidades y competencias de los candidatos” contemplada en el numeral 3° del artículo 21 de la Ley [909](#) de 2004, en el entendido que el mismo deberá garantizar el cumplimiento de los principios de la función pública de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.

De acuerdo con la parte motiva de la mencionada sentencia, los parámetros para la provisión de los empleos temporales, son los siguientes:

- 1.- Para la provisión de los empleos temporales los nominadores deberán solicitar las listas de elegibles a la Comisión Nacional del Servicio Civil anexando como mínimo la información exigida en el artículo 19 de la Ley 909 de 2004. El artículo 21 así lo señala.
- 2.- En caso de ausencia de lista de elegibles se debe dar prioridad a la selección de personas que se encuentren en carrera administrativa, cumplan los requisitos para el cargo y trabajen en la misma entidad pública.
- 3.- Se deberá garantizar la libre concurrencia en el proceso a través de la publicación de una convocatoria para la provisión del empleo temporal en la página web de la entidad con suficiente anticipación.
- 4.- El procedimiento de selección para los empleos temporales deberá tener en cuenta exclusivamente factores objetivos como: el grado de estudios, la puntuación obtenida en evaluaciones de Estado como las pruebas ICFES, ECAES, Saber Pro y Saber, la experiencia en el cumplimiento de funciones señaladas en el perfil de competencias y otros factores directamente relacionados con la función a desarrollar.

De otra parte, la Circular No. 05 del 18 de septiembre de 2014 proferida por la Comisión Nacional del Servicio Civil, señala:

“El pronunciamiento de la Corte en relación con la constitucionalidad del numeral 3° del artículo 21 de la Ley 909 de 2004, no determinó expresamente bajo qué figura o situación administrativa debían las Entidades efectuar la provisión de los empleos de las plantas temporales, con los servidores de carrera, cuando haya lugar a ello, en consecuencia, resulta pertinente realizar un análisis normativo en relación con las situaciones administrativas vigentes en el ordenamiento jurídico Colombiano, a fin de determinar cuál será la forma de proceder para que los servidores de carrera puedan desempeñar estos empleos temporales y separarse transitoriamente de sus cargos sin perder sus derechos de carrera administrativa, veamos:

“(…)”

De las situaciones administrativas enunciadas, el encargo y la comisión son aquellas que permiten el ejercicio de funciones o un empleo diferente a aquel respecto del cual el servidor ostenta derechos de carrera, figuras reglamentadas por el ordenamiento jurídico, así:

• **ENCARGO**

Conforme lo dispone el artículo 24 de la Ley 909 de 2004, el encargo es un derecho que les asiste a los servidores de carrera para desempeñar empleos de carrera en vacancia definitiva, hasta tanto se surta el proceso de selección para proveerlos de forma definitiva.

Así mismo se determinó que bajo esta figura, es posible proveer los empleos de libre nombramiento y remoción en vacancia transitoria o definitiva, con servidores de carrera o de libre nombramiento y remoción, o inclusive los empleos de carrera en vacancia temporal.

“(…)”

Así las cosas, resulta que el pronunciamiento de la Corte Constitucional a criterio de la CNSC, no corresponde a una de las situaciones administrativas de las regladas por la ley, sino por el contrario hace referencia a una figura "sui generis" e innominada que pretende salvaguardar el mérito como valor constitucional para la provisión de los empleos temporales, al tiempo que al ser una decisión adoptada por la Corte adquiere fuerza vinculante y por tanto resulta imperativo dar estricto cumplimiento a lo allí ordenado, cuando se pretenda adelantar el procedimiento para la provisión de empleos temporales.

Bajo esta perspectiva, y toda vez que la Corte Constitucional a través de la Sentencia plurimencionada previo la posibilidad para los servidores de carrera de separarse temporalmente del empleo que ostentan en titularidad para desempeñar un empleo temporal, ello no implicará de manera alguna la pérdida de los derechos de carrera de los servidores que asuman su desempeño, comoquiera que el máximo Tribunal Constitucional permitió la provisión de los empleos de ésta forma siempre que no existan listas de elegibles con las que se puedan proveer, sin que pueda afirmarse que la situación administrativa que les permite la separación temporal de su empleo, sea la figura del encargo o de la comisión, sino que será un nombramiento de un servidor de carrera en un empleo temporal que se realizará conforme al orden de provisión de empleos temporales que la Corte Constitucional incorporó al artículo 21 de la Ley 909 de 2004 a través de la Sentencia C-288 de 2014, mismo que no requerirá autorización de la CNSC, pero sí el pronunciamiento previo frente a la inexistencia de Listas de Elegibles para proveer tales empleos.”

No obstante lo indicado por la Comisión Nacional del Servicio Civil, en criterio de esta Dirección es viable acudir a las normas generales que regulan la situación administrativa del encargo establecidas en el Decreto ley 2400 de 1968 y el Decreto reglamentario 1950 de 1973.

Es así como el artículo 18 del Decreto 2400 de 1968, por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones, consagra:

“ARTÍCULO 18. Los empleados vinculados regularmente a la administración pueden encontrarse en las siguientes situaciones administrativas: en uso de licencia o permiso; en comisión; ejerciendo las funciones de un empleo por encargo; prestando servicio militar obligatorio, o en servicio activo”. (Subrayado fuera de texto)

Los artículos 34 y 37 del Decreto Reglamentario 1950 de 1973, Por el cual se reglamentan los decretos-leyes 2400 y 3074 de 1968 y otras normas sobre administración del personal civil, señalan:

“ARTÍCULO 34. Hay encargo cuando se designa temporalmente a un empleado para asumir, total o parcialmente, las funciones de otro empleo vacante por falta temporal o definitiva de su titular, desvinculándose o no de las propias de su cargo.” (Subrayado fuera de texto)

“ARTÍCULO 37. El empleado encargado tendrá derecho al sueldo de ingreso señalado para el empleo que desempeña temporalmente, siempre que no deba ser percibido por su titular.” (Subrayado fuera de texto)

El artículo 18 de la Ley 344 de 1996 dispone:

“ARTÍCULO 18. Los servidores públicos que sean encargados, por ausencia temporal del titular, para asumir empleos diferentes de aquellos para los cuales han sido nombrados, no tendrán derecho al pago de la remuneración señalada para el empleo que se desempeña temporalmente, mientras su titular la esté devengando.” (Subrayado fuera de texto)

De lo anterior puede concluirse que la figura del encargo tiene un doble carácter: por un lado es una situación administrativa en la que se puede encontrar un empleado en servicio activo (Decreto 2400 de 1968, art. 18) para que atienda total o parcialmente las funciones de otro cargo; y por otro, es una modalidad transitoria de provisión de empleos vacantes.

Otra característica que tiene el encargo es que el empleado encargado tendrá derecho a la sueldo de ingreso señalado para el empleo que desempeña temporalmente, siempre que no deba ser percibido por su titular. De igual manera, el encargo puede conllevar a que el empleado se desvincule o no de las propias de cargo.

Esto quiere decir que el encargo se utiliza para designar temporalmente a un funcionario que asuma total o parcialmente las funciones de otro empleo vacante por falta temporal o definitiva de su titular desvinculándose o no de las propias de su cargo. El empleado encargado tendrá derecho al sueldo de ingreso señalado para el empleo que desempeña temporalmente, siempre que no deba ser percibido por su titular. El encargo no interrumpe el tiempo para efectos de la antigüedad en el empleo de que es titular ni afecta la situación del funcionario de carrera.

Por lo tanto, esta Dirección considera que la figura que debería utilizarse para la provisión de estos empleos sería el encargo de personal carrera, sin que ello implique la pérdida de los derechos de carrera de quien ha sido encargado en un empleo temporal.

Así mismo, debe señalarse por el hecho de acudir a esta figura, el empleado temporal no se convierte en empleado de carrera, ni el empleado de carrera deba renunciar a su empleo para poder ocupar un empleo temporal. Tampoco otorga derechos de carrera a quienes desempeñen esos empleos temporales, ni muta la naturaleza de la vinculación inicial del empleado.

En este aspecto, es importante tener en cuenta que la Sentencia que declaró la nulidad del Inciso del Artículo 4° del Decreto 1227 de 2005, consideró el Consejo de Estado ^[1]:

“...Como puede observarse, la ley 909 de 2004 estableció como nueva categoría la del “empleo temporal o transitorio”, una figura excepcional

que sólo puede originarse bajo una de las siguientes circunstancias: para cumplir funciones que no realiza el personal de planta porque no forman parte de las actividades permanentes de la entidad, para desarrollar programas o proyectos de duración determinada, para suplir necesidades de personal por sobrecarga de trabajo siempre y cuando esté originada en hechos excepcionales, y para 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.

A su vez, la misma norma, en sus numerales 2° y 3°, determina que debe justificarse la creación de estos cargos con motivaciones técnicas en cada caso e igualmente existir la apropiación y disponibilidad presupuestal para cubrir el pago de salarios y prestaciones sociales. Definido lo anterior, el ingreso a estos empleos, se efectuará con base en las listas de elegibles vigentes para proveer cargos de carácter permanente y, si ello no es posible, se realizará un proceso de evaluación de las capacidades y competencia de los candidatos.

En relación con el término de vigencia del nombramiento en un empleo temporal, dispone el decreto 1227 de 2005 que se determinará en el acto nombramiento por el tiempo definido en el estudio técnico (Art. 1°) y de acuerdo con la disponibilidad presupuestal (inciso 2°, Art. 4°) lo cual resulta armónico con la citada ley 909 de 2004, cuando expresa que la justificación para crear este tipo de cargos, deberá contener la motivación técnica y la apropiación y disponibilidad presupuestal.

Lo anterior quiere decir que, cuando el Gobierno previó en el aparte acusado una nueva causal de retiro, como fue la declaratoria de insubsistencia del nombramiento en ejercicio de la facultad discrecional, lo que hizo fue exceder su potestad reglamentaria, ya que de la lectura de la ley 909 se deduce fácilmente que sólo estableció como causal específica de retiro del servicio de los empleados temporales, el término de duración fijado en el acto de nombramiento, el cual, se repite, depende tanto del estudio técnico como de la disponibilidad presupuestal.

(...)

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 quiera que se trata de personas que forman parte de las listas de elegibles (Art. 3°, decreto 1227 de 2005) esto es, que superaron el concurso de méritos y esperan ser nombrados en el período 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. 3° inciso 3° 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 período para el cual fueron designados. (...) (Negrita y subrayado fuera del texto).

De acuerdo con lo señalado por el Consejo de Estado, los empleos temporales son una nueva categoría de empleos, creados para cumplir funciones que no realiza el personal de planta porque no forma parte de las actividades permanentes de la entidad, para desarrollar programas o proyectos de duración determinada, para suplir necesidades de personal por sobrecarga de trabajo y para desarrollar labores de Consultoría y Asesoría Institucional. Estos empleos no tienen la categoría de empleos de carrera administrativa ni de libre nombramiento y remoción y prácticamente la única causal de retiro establecida para ellos es la culminación del período para el cual fueron designados.

Finalmente, es importante acudir a normas generales de administración de personal que permitan efectuar estos movimientos, pues ni el legislador ni el Gobierno Nacional han consagrado ni regulado una figura especial que le permita al empleado de carrera ocupar un empleo temporal a través de un nombramiento temporal.

Frente a su inquietud sobre qué sucede con los empleados de la planta temporal que no cumplen con las funciones asignadas y su desempeño laboral es insatisfactorio, si deben permanecer en la entidad así su desempeño laboral afecte la prestación del servicio, me permito manifestarle lo siguiente:

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)

Según lo señalado en la jurisprudencia del Consejo de Estado, 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 contratados.

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, por cuanto, de no existir el empleo temporal tampoco subsiste la obligación de mantener la vinculación del empleado nombrado en dicho empleo, pues la relación laboral termina por una causa legal (terminación de la planta temporal).

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

Cordialmente,

CLAUDIA PATRICIA HERNÁNDEZ LEÓN

Directora Jurídica

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

^[1]. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Consejero ponente: Jaime Moreno García Bogotá D.C., diecinueve (19) de junio de dos mil ocho (2008).- Radicación número: 11001-03-25-000-2006-00087-00(1475-06).

Pedro P. Hernández V / Mónica L. Herrera M.

600.4.8.

Fecha y hora de creación: 2025-06-17 14:59:51