



Sentencia 00087 de 2008 Consejo de Estado

CONSEJO DE ESTADO EMPLEO TEMPORAL - Circunstancias. Justificación. Término / EMPLEO TEMPORAL - Forma de ingreso

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 2º y 3º, 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.

EMPLEADO TEMPORAL - La vigencia del nombramiento está determinada por el periodo fijado en el acta de nombramiento / EMPLEADO TEMPORAL - No puede ser declarado insubsistente en ejercicio de la facultad discrecional / FACULTAD REGLAMENTARIA - Límites / PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGITIMA - Vulneración al consagra la insubsistencia como causal de retiro del empleado temporal

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. 1º) y de acuerdo con la disponibilidad presupuestal (inciso 2º, art. 4º) 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. De conformidad con el artículo 189 Num. 11 de la Constitución Política, el Presidente de la República tiene asignada, en forma general, la denominada potestad reglamentaria que, como su nombre lo indica, lo faculta para reglamentar las leyes. Esta atribución no es ilimitada, pues está sujeta a la Constitución y al contenido de la misma ley que se va a reglamentar, de manera que el Jefe del Ejecutivo no puede ir más allá de su contenido para ampliar, modificar o restringir su alcance. Dicho poder de reglamentación tiene como propósito fundamental hacer operativa la ley, es decir, permitir que ella tenga cumplida ejecución. La función del reglamento es hacer eficaz y plenamente operante la norma superior de derecho, de manera que so pretexto de reglamentación, introducir normas nuevas, preceptos que no se desprenden de las disposiciones legales, reglas que impongan obligaciones o prohibiciones más allá del contenido intrínseco de la ley, es una extralimitación que afecta la voluntad legislativa. 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 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. Desde la perspectiva constitucional, el principio de confianza legítima debe ser tenido en cuenta en el caso en estudio, habida cuenta que la libertad que se otorga en la norma acusada a la entidad para declarar insubsistente el nombramiento de un empleado temporal, defrauda la confianza que este particular pone en el ordenamiento jurídico que consagra que su permanencia sólo va a estar supeditada al lapso por el cual fue nombrado.

NOTA DE RELATORIA: Esta providencia fue proferida por la Sala Plena de esta Sección.

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

Consejero ponente: JAIME MORENO GARCIA

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de junio de dos mil ocho (2008).

Rad. No.: 11001-03-25-000-2006-00087-00(1475-06)

Actor: CRISTINA FLOREZ MORENO

Demandado: GOBIERNO NACIONAL

La ciudadana Cristina Flórez Moreno, en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., instaura demanda contra el siguiente aparte del art. 4° del decreto 1227 de 2005 "Por el cual se reglamenta parcialmente la ley 909 de 2004 y el decreto ley 1567 de 1998":

"ARTÍCULO 4°. 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. Sin embargo, antes de cumplirse dicho término, el nominador en ejercicio de la facultad discrecional, podrá declarar la insubsistencia del nombramiento

..." (parte demandada resaltada en negrilla).

Normas infringidas y concepto de su violación:

Cita como normas vulneradas los artículos 13, 25 y 29 de la Constitución Política y el art. 2° de la ley 909 de 2004.

Argumenta que la ley 909 de 2004 reguló el sistema de empleo público y clasificó los diferentes tipos de empleos así: de carrera, de libre nombramiento y remoción, de periodo fijo y temporales; que dicha ley fue reglamentada por el decreto 1227 de 2005 en lo relativo a los empleos de carácter temporal y dispuso que su nombramiento sería por un periodo fijo, al término del cual quien lo ocupa quedaría retirado del servicio automáticamente, pero que sin embargo, antes de que dicho término se cumpla, el nominador podrá declarar la insubsistencia de su nombramiento en ejercicio de la facultad discrecional.

Señala que tal disposición resulta contraria al derecho al trabajo consagrado en el art. 25 de la Constitución Política, por cuanto priva en forma unilateral y arbitraria el acceso de los servidores a un cargo temporal, así como también es vulneratoria del derecho a la igualdad previsto en el art. 13 ibídem, ya que la ley asimila el empleado temporal a uno de carrera, de manera que sólo se le puede desvincular por las mismas causales de retiro de estos últimos, como son la calificación insatisfactoria y la violación del régimen disciplinario; que por ello, la norma acusada es abiertamente discriminatoria al prever la facultad discrecional para desvincular el empleado temporal, mientras que los empleados de carrera están protegidos por la estabilidad.

Agrega que la medida de insubsistencia prevista en la norma demandada es también violatoria del derecho al debido proceso establecido en el art. 29 ib., puesto que al omitir el acto de retiro la causa o motivo, se priva al funcionario afectado de la oportunidad de defenderse o de acceder a un juicio que le permita oponerse a las posibles causas de su desvinculación; que así mismo, es contraria a los principios de la función pública de igualdad, imparcialidad y publicidad señalados en el art. 2° de la ley 909 de 2004.

Contestación de la demanda:

El Departamento Administrativo de la Función Pública contestó la demanda en la oportunidad legal y se opuso a las pretensiones en ella consignadas.

Adujo que según el art. 21 de la ley 909 de 2004, “de acuerdo con sus necesidades, los organismos y entidades a los cuales se le aplica la presente ley, podrán contemplar excepcionalmente en sus plantas de personal empleos de carácter temporal o transitorio” y su creación sólo operará en virtud de una de las siguientes condiciones: -para cumplir funciones que no realiza el personal de planta por no formar parte de las actividades permanentes de la administración, -para desarrollar programas o proyectos de duración determinada, -para suplir necesidades de personal por sobrecarga de trabajo, determinada por 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 naturaleza de la Institución; que dicho artículo fue reglamentado por el decreto 1227 de 2005, artículo 4°, en el cual se dispuso que para la provisión de esta clase de empleos es necesario un acto administrativo en el cual se precise el término de duración, vencido el cual el titular del cargo será retirado automáticamente del servicio, duración que en todo caso está sujeta a la disponibilidad presupuestal correspondiente.

Expuso que de acuerdo con la norma anteriormente citada, el nominador tiene la potestad de terminar dicho nombramiento de manera discrecional, pues el empleado temporal ostenta una estabilidad precaria idéntica a la que se predica del provisional, como quiera que no son funcionarios de carrera administrativa según lo previó expresamente el inciso 3° del art. 3° de la misma norma; que en efecto, los derechos de carrera no se adquieren de manera automática sino que se deben surtir una serie de etapas como el concurso de méritos, el nombramiento en periodo de prueba, la calificación satisfactoria y la inscripción.

Señaló que existen claras diferencias entre el empleado temporal y el de carrera administrativa, como son: -los cargos de los empleados temporales son transitorios, mientras que los de carrera son permanentes, -el nombramiento de los temporales está supeditado al término de culminación de labores que originaron su creación, mientras que el de los provisionales es por 6 meses, -el nombramiento de los temporales opera por alguna de las causas previstas señaladas en la ley, mientras que el de los provisionales obedece al cumplimiento de funciones permanentes en las entidades públicas, -la estabilidad del empleado temporal es precaria, mientras que el de carrera goza de una inamovilidad relativa, -las causales de retiro del empleado temporal son la terminación del nombramiento por vencimiento del término y la terminación anticipada por decisión del nominador, mientras que las del empleado de carrera son las previstas en el art. 41 de la ley 909 de 2004..

Consideró, en cuanto al invocado derecho a la igualdad, que según la jurisprudencia de la Corte Constitucional este principio sólo se predica entre pares, es decir, entre personas que se encuentran en una misma situación jurídica y fáctica, lo cual no ocurre entre los empleados temporales y los servidores inscritos en carrera, y por esto no pueden tener el mismo tratamiento normativo.

Expresó que los empleos temporales, lejos de vulnerar el derecho al trabajo lo incentiva, pues permite a las personas que se encuentran en el Banco Nacional de Listas de Elegibles vincularse transitoriamente a la administración mientras se efectúa su designación en periodo de prueba.

El apoderado del Departamento Administrativo de la Función Pública (fls. 35 y 36) presentó alegatos de conclusión, en los cuales reiteró los mismos argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

ALEGATOS DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuradora Segunda Delegada ante esta Corporación solicita que se declare la nulidad de la norma acusada (fls. 37-44).

Estima que la ley 909 de 2004, arts. 1° y 5°, previó una nueva categoría de empleos como es la de los empleos temporales, que si bien no son de carrera administrativa, tampoco son de libre nombramiento y remoción, porque así no lo previó el legislador, que es el único facultado para hacerlo según el art. 125 de la Constitución Política; que de acuerdo con las funciones, los cargos de libre nombramiento y remoción son una excepción a los de carrera administrativa, que es la regla general; que por ello no puede afirmarse que los empleos temporales sean de libre nombramiento y remoción, pues el legislador al prever la autorización para crear tales cargos sólo dijo en que

eventos se podía hacer uso de esta figura, pero no señaló respecto de cuales empleos.

Arguye que en consecuencia, los cargos temporales son una excepción a los de carrera pero por esto, no son iguales a los de libre nombramiento y remoción cuya razón de ser es particular y perfectamente individualizada; que se trata de empleos de duración determinable por la obra o labor a desarrollar y su estabilidad depende del tiempo que se requiera, sin perjuicio de que el empleado pueda ser desvinculado si da lugar a una causa legal de retiro del servicio, pero nunca podrán ser utilizados para empleos públicos en general que sean de carácter indefinido o permanente; de ahí que el legislador deba fijar un límite máximo de duración del empleo temporal, así como deba establecer unas causales de retiro propias de los mismos, ya que no pueden ser ni las de los empleados de libre nombramiento y remoción ni las de los que se encuentran en carrera administrativa.

Aduce que por lo anterior, el legislador incurrió en omisiones que desconocen normas constitucionales tales como el principio de estabilidad señalado en el art. 53 de la Carta Fundamental, pues no determinó la temporalidad de dichos empleos y sí la dejó al arbitrio de las entidades, ni fijó las causales de retiro del servicio, y sí dejó abierta la posibilidad, como lo hizo el Gobierno, de convertirlos en libre nombramiento y remoción; que también desconoció el art. 125 ibídem, por cuanto la vaguedad de la autorización a las entidades para crear cargos temporales en las plantas de personal atenta contra la carrera administrativa, ya que no es posible controlar judicialmente el uso de esta facultad y evitar así que lo excepcional se convierta en regla general; que también quebrantó lo dispuesto en el art. 122 Superior que dispone que "no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en la ley o el reglamento".

Finalmente añade que si bien las anteriores razones serían suficientes para declarar nulo en su integridad el artículo demandado, deberá accederse sólo a su nulidad parcial, por cuanto así lo solicitó la parte actora.

CONSIDERACIONES

Corresponde dilucidar en esta litis la legalidad del siguiente aparte del art. 4° del decreto 1227 del 21 de abril de 2005 "por el cual se reglamenta parcialmente la ley 909 de 2004 y el decreto-ley 1567 de 1998":

“ARTÍCULO 4°. 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. Sin embargo, antes de cumplirse dicho término, el nominador en ejercicio de la facultad discrecional, podrá declarar la insubsistencia del nombramiento

...” (texto demandado, resaltado en negrilla).

Dispuso la ley 909 de 2004, en cuanto a los empleos temporales, lo siguiente:

“ARTÍCULO 1°. *OBJETO DE LA LEY.* La presente ley tiene por 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.”

“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.”

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 2º y 3º, 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. 1º) y de acuerdo con la disponibilidad presupuestal (inciso 2º, art. 4º) 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.

Pues bien, como lo ha afirmado reiteradamente esta Sala, el poder de reglamentación de las Leyes, tal como lo instituyó el Constituyente de 1991, en este campo difiere en parte del contemplado en la Carta del 86, por cuanto ahora está atribuido a diferentes autoridades, v.gr. el Presidente de la República, Consejo Superior de la Judicatura, Contralor General de la República, etc.

De conformidad con el artículo 189 Num. 11 de la Constitución Política, el Presidente de la República tiene asignada, en forma general, la denominada potestad reglamentaria que, como su nombre lo indica, lo faculta para reglamentar las leyes. Dice así la norma citada:

“ART. 189 Corresponde al Presidente de la República, como Jefe de Estado, jefe de 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.”

Esta atribución no es ilimitada, pues está sujeta a la Constitución y al contenido de la misma ley que se va a reglamentar, de manera que el jefe del Ejecutivo no puede ir más allá de su contenido para ampliar, modificar o restringir su alcance. Dicho poder de reglamentación tiene como propósito fundamental hacer operativa la ley, es decir, permitir que ella tenga cumplida ejecución.

La función del reglamento es hacer eficaz y plenamente operante la norma superior de derecho, de manera que so pretexto de reglamentación, introducir normas nuevas, preceptos que no se desprenden de las disposiciones legales, reglas que impongan obligaciones o prohibiciones más allá del contenido intrínseco de la ley, es una extralimitación que afecta la voluntad legislativa.

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 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.

La Corte Constitucional en relación con tal principio, ha manifestado:

"Así pues, en esencia la confianza legítima consiste en que el ciudadano debe poder evolucionar en un medio jurídico estable y previsible, en el cual pueda confiar. Para Muller, este vocablo significa, en términos muy generales, que ciertas expectativas, que son suscitadas por un sujeto de derecho en razón de un determinado comportamiento en relación con otro, o ante la comunidad jurídica en su conjunto, y que producen determinados efectos jurídicos; y si se trata de autoridades públicas, consiste en la obligación para las mismas de preservar un

comportamiento consecuente, no contradictorio frente a los particulares, surgido en un acto o acciones anteriores, incluso ilegales, salvo interés público imperioso contrario.

Se trata, por tanto, que el particular debe ser protegido frente a cambios bruscos e inesperados efectuados por las autoridades públicas. En tal sentido, no se trata de amparar situaciones en las cuales el administrado sea titular de un derecho adquirido, ya que su posición jurídica, es susceptible de ser modificada por la Administración, es decir, se trata de una mera expectativa en que una determinada situación de hecho o regulación jurídica no serán modificadas intempestivamente. De allí que el Estado se encuentre, en estos casos, ante la obligación de proporcionarle al afectado un plazo razonable, así como los medios, para adaptarse a la nueva situación.

De igual manera la doctrina foránea considera que, en virtud del principio de la confianza legítima, la administración pública no le exigirá al ciudadano más de lo estrictamente necesario para la realización de los fines públicos que en cada caso persiga. No obstante, la jurisprudencia extranjera también ha considerado que el mencionado principio no es absoluto, que es necesario ponderar su vigencia con otros principios fundamentales del ordenamiento jurídico, en especial con la salvaguarda del interés general en materia económica.

(...).

En suma el principio de confianza legítima es un corolario de aquel de la buena fe y consiste en que el Estado no puede súbitamente alterar unas reglas de juego que regulaban sus relaciones con los particulares, sin que se les otorgue a estos últimos un período de transición para que ajusten su comportamiento a una nueva situación jurídica. No se trata, por tanto, lesionar o vulnerar derechos adquiridos, sino tan sólo de amparar unas expectativas válidas que los particulares se habían hecho con base en acciones u omisiones estatales prolongadas en el tiempo, bien que se trate de comportamientos activos o pasivos de la administración pública, regulaciones legales o interpretaciones de las normas jurídicas. De igual manera, como cualquier otro principio, la confianza legítima debe ser ponderada, en el caso concreto, con los otros, en especial, con la salvaguarda del interés general y del principio democrático" (sentencia C-131 de 2003).

Así, desde la perspectiva constitucional, el principio de confianza legítima debe ser tenido en cuenta en el caso en estudio, habida cuenta que la libertad que se otorga en la norma acusada a la entidad para declarar insubsistente el nombramiento de un empleado temporal, defrauda la confianza que este particular pone en el ordenamiento jurídico que consagra que su permanencia sólo va a estar supeditada al lapso por el cual fue nombrado.

En consecuencia, como quiera que el Gobierno excedió su potestad reglamentaria al establecer una causal de retiro diametralmente distinta y nueva a la prevista en la ley, se declarará la nulidad de la frase "Sin embargo, antes de cumplirse dicho término, el nominador en ejercicio de la facultad discrecional, podrá declarar la insubsistencia del nombramiento" contenida en el art. 4° del decreto 1227 del 21 de abril de 2005.

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

DECLÁRASE LA NULIDAD de la frase "Sin embargo, antes de cumplirse dicho término, el nominador en ejercicio de la facultad discrecional, podrá declarar la insubsistencia del nombramiento" contenida en el art. 4° del decreto 1227 del 21 de abril de 2005, teniendo en cuenta las consideraciones formuladas en esta providencia.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.-

GERARDO ARENAS MONSALVE GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN

JESÚS MARIA LEMOS BUSTAMANTE
JAIIME MORENO GARCIA
Salvo el voto

BERTHA LUCIA RAMIREZ ALFONSO VARGAS RINCON
Ausente

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SALVAMENTO DE VOTO DEL DR. JESUS MARIA LEMOS BUSTAMANTE

Radicación número: 11001-03-25-000-2006-00087-00(1475-06)

Actor: CRISTINA FLOREZ MORENO

Demandado: GOBIERNO NACIONAL

Con mi acostumbrado respeto por la posición mayoritaria me permito salvar el voto en la sentencia dictada por la Sección al decidir el asunto de la referencia, por las siguientes razones:

1) Se demandó la anulación parcial del artículo 4° del decreto 1227 de 2005, "Por el cual se reglamenta parcialmente la ley 909 de 2004 y el decreto ley 1567 de 1998", en la parte que se subraya:

"ARTÍCULO 4°. 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. Sin embargo, antes de cumplirse dicho término, el nominador en ejercicio de la facultad discrecional, podrá declarar la insubsistencia del nombramiento.". (Destacado no es del texto).

2) La providencia objeto de salvamento accedió a las pretensiones aduciendo que el Gobierno excedió su potestad reglamentaria al establecer una causal de retiro diametralmente distinta y nueva a la prevista en la ley para los empleos temporales. Agregó que la intención del legislador fue otorgarle a esta clase de empleados un fuero temporal que asegurara su permanencia en el empleo durante el tiempo en que fueron convocados, en aplicación del principio de la confianza legítima.

3) El suscrito Magistrado considera que el Gobierno Nacional no excedió los límites fijados en la Constitución al reglamentar la declaratoria de insubsistencia como medio para retirar a los empleados temporales pues la causal está prevista en el artículo 41, literal a), de la Ley 909 de 2004 para los empleados de libre remoción, y los empleados temporales, sustancialmente, tienen la misma categoría en la medida en que se proveen por nombramiento ordinario, no gozan de fuero de relativa estabilidad laboral, no ingresan al cargo por concurso u oposición de méritos, aunque hagan parte de la lista de elegibles, amén de que las necesidades del servicio deben primar frente al derecho subjetivo precario de la temporalidad en la designación.

Esta última razón permite afirmar, en pro de la legalidad del texto acusado, que no es posible obligar a la administración a mantener en el servicio a una persona si ya no la requiere, como tampoco si una vez iniciada la labor observa que es ineficiente o inconveniente o por cualquier otra circunstancia no satisface las necesidades del servicio.

Atentamente,

JESÚS MARÍA LEMOS BUSTAMANTE

Fecha ut supra.

Fecha y hora de creación: 2021-12-05 03:36:35