

FUNCIONARIOS DE CARRERA VINCULACIÓN EN PLANTA TEMPORAL / No es posible la vinculación de los funcionarios de carrera en los empleos temporales. La regulación actual no ha previsto una situación administrativa para ese fin / EMPLEOS TEMPORALES – Naturaleza. No crean una vinculación definitiva con el estado. No generan derechos de carrera administrativa. Están circunscritos exclusivamente a las labores para las que fueron creados. Vencido el plazo de duración del empleo se extingue la relación con la administración / EMPLEOS TEMPORALES CREACION – Previo estudio técnico con concepto favorable del Departamento Administrativo de la Función Pública. Debe contar con la apropiación y disponibilidad presupuestal / EMPLEOS TEMPORALES PROVISION – El ingreso se efectuará con base en las listas de elegibles vigentes para la provisión de empleos de carácter permanente. Si no es posible la designación de las listas se hará por proceso de evaluación realizada por cada entidad. El respectivo acto de nombramiento debe sujetarse a la nomenclatura y clasificación de los cargos vigentes para cada entidad / EMPLEADO TEMPORAL – No es de carrera ni de libre nombramiento y remoción. No puede ser desvinculado discrecionalmente / SITUACIONES ADMINISTRATIVAS DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS – Comisión. Encargo

El empleo temporal constituye una nueva modalidad de vinculación a la función pública, diferente a las tradicionales de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa; tiene carácter transitorio y excepcional y, por ende, su creación sólo está permitida en los casos expresamente señalados por el legislador; ello exige un soporte técnico que justifique su implementación, el cual debe ser aprobado por el Departamento Administrativo de la Función Pública; además, se debe contar con la apropiación y disponibilidad presupuestal necesaria para cubrir el pago de salarios y prestaciones sociales. Para la provisión de los empleos temporales se debe acudir inicialmente al Banco Nacional de Listas de Elegibles y, sólo en su defecto, la entidad podrá acudir a un “proceso de evaluación de las capacidades y competencias de candidatos”, en el que podrá participar cualquier persona que reúna las condiciones para ocupar el cargo ofertado. Precisamente, es en este último escenario de inexistencia de personas suficientes en la lista de elegibles, en que la Sala entiende hecha la consulta elevada por el Ministerio Educación Nacional, sobre la posibilidad de permitir que funcionarios de carrera administrativa compitan con cualquier otro interesado en el proceso de evaluación de candidatos a ocupar los cargos temporales creados en la entidad. Desde el punto de vista del cargo, la esencia del empleo temporal está en su transitoriedad, de lo cual se derivan otras diversas consecuencias, tales como: (i) no crea una vinculación definitiva con el Estado; (ii) no genera derechos de carrera administrativa; y (iii) está circunscrito exclusivamente a las labores para las cuales fue creado. De este modo, vencido el plazo de duración del empleo temporal, se extingue la relación funcional con la Administración. Se trata por tanto de un vínculo precario, que por su naturaleza no alcanza el mismo grado de protección de un empleo de carrera administrativa, bajo el cual surge una relación indefinida que sólo puede terminar por las causas establecidas por la ley. En tal sentido, parece más deseable acceder a un empleo de carrera administrativa que a uno puramente temporal. Es por ello, precisamente, que los llamados por la ley a ocupar los cargos temporales no son las personas que ya pertenecen a la carrera administrativa de la entidad y que en virtud de ella gozan de los beneficios propios de una vinculación estable e indefinida con el Estado, sino, por el contrario, quienes están en una lista de elegibles a la espera de lograr esa condición y, en su defecto, aquéllos otros para quienes un vínculo temporal puede ser una alternativa válida de empleo. De manera que la ausencia de una situación

administrativa que permita a los funcionarios de carrera administrativa desvincularse transitoriamente de sus cargos para ocupar empleos temporales sin perder derechos de carrera administrativa, no parece obedecer a un vacío legal, sino a la lógica misma de la normatividad analizada, en cuanto a que lo natural es querer acceder a un empleo de carrera más que a uno temporal y no al contrario.

FUENTE FORMAL: LEY 909 DE 2004 – ARTICULOS 1 Y 21 / DECRETO 2272 DE 2005 – ARTICULOS 1, 2, 3, Y 4 / DECRETO 1227 DE 2005 – ARTÍCULO 4 / DECRETO 1950 DE 1973 – ARTICULOS 34, 58 Y 76

NOTA DE RELATORIA: Autorizada la publicación con oficio 2012EE73906 del 15 de noviembre de 2012.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: WILLIAM ZAMBRANO CETINA

Bogotá D.C., dieciséis (16) de agosto de dos mil doce (2012)

Radicación número: 11001-03-06-000-2011-00042-00(2105)

Actor: MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL

CONCEPTO

El Ministerio de Educación Nacional consulta a esta Sala sobre la posibilidad de que empleados de carrera de la entidad sean nombrados en la planta temporal que le fue autorizada a ese Ministerio por el Decreto 4974 de 2011.

I. ANTECEDENTES

1. En desarrollo de la facultad concedida por el artículo 21 de la ley 909 de 2004, el decreto 4974 de 2011 creó algunos cargos temporales (hasta el 31 de diciembre de 2012) en la planta de personal del Ministerio de Educación, asignados a un Programa Especial de Transformación de la Calidad Educativa.

2. El mismo decreto situó los cargos creados en el Despacho del Ministro y dispuso que su provisión podría hacerse con personal docente, a cuyo efecto se aplicarían las situaciones administrativas a que hubiera lugar.

3. Actualmente se han generado dudas sobre la posibilidad de que dichos cargos temporales también sean ocupados por *personal de carrera administrativa del Ministerio*; las inquietudes surgen porque el decreto en cuestión no menciona expresamente dicha posibilidad, además de que no se encuentra con claridad, en las normas que rigen la función pública, cuál sería la situación administrativa que podría utilizarse en tales casos para que los funcionarios de planta del Ministerio que ocupen los cargos temporales, no pierdan los derechos de carrera administrativa. Se pregunta en particular, si podría aplicarse la figura de comisión para ejercer cargos de libre nombramiento y remoción.

4. La entidad consultante cita, entre otros, un concepto del 18 de abril de 2012 de la Comisión Nacional del Servicio Civil, en el cual se señala que no es procedente jurídicamente que el empleado de carrera administrativa del Ministerio acceda a cargos temporales, pues ni la comisión de servicios ni la licencia ordinaria están previstas para tales fines; particularmente, en el caso de la comisión de servicios, tal figura no sería procedente para el caso en cuestión, pues la misma sólo se puede conceder para ocupar cargos de libre nombramiento y remoción u otros cargos de de carrera mientras se supera el periodo de prueba.

También se cita concepto de la oficina jurídica del Ministerio de Educación Nacional del 29 de febrero de 2012, en el que igualmente se concluye que los empleados de carrera del Ministerio no pueden desempeñar los cargos temporales creados por el Decreto 4974 de 2011, pues ni el decreto 1950 de 1973 ni la ley 909 de 2004 prevén la comisión de servicios para ejercer un cargo temporal.

Con base en lo anterior, se hacen **LAS SIGUIENTES PREGUNTAS:**

“¿Los cargos temporales creados por Decreto 4974 de 2011, podrían ser provistos con servidores del Ministerio de Educación inscritos en carrera administrativa, bajo la figura de la comisión para desempeñar cargos de libre nombramiento y remoción?

¿Si la respuesta es afirmativa, cuál sería la situación administrativa que se debe tener en cuenta para que el servidor no pierda sus derechos de carrera?”

II. CONSIDERACIONES

1. Los cargos temporales creados por el Decreto 4974 de 2011 - el objeto de la consulta

El 30 de diciembre de 2011 el Ministerio de Educación Nacional expidió el Decreto 4974 de 2011, por medio del cual se crean unos cargos temporales en la planta de personal de dicho ministerio, con el fin de desarrollar el Programa de Transformación de la Calidad Educativa¹. En sus artículos primero y segundo se dispuso:

“**ARTICULO 1°**, Créanse en la Planta de personal de empleados públicos del Ministerio de Educación Nacional, para el desarrollo del Programa de Transformación de la Calidad Educativa, los siguientes cargos temporales, hasta el 31 de diciembre de 2012:

No. DE CARGOS	DEPENDENCIA Y DENOMINACION DEL EMPLEO	CÓDIGO	GRADO
DESPACHO DEL MINISTRO			
1 (uno)	Asesor	1020	16
4 (cuatro)	Profesional especializado	2028	22
100 (cien)	Profesional especializado	2028	21
17(diecisiete)	Profesional especializado	2028	16
1(unos)	Técnico Administrativo	3124	17
1 (uno)	Secretario ejecutivo	4219	21

PARAGRAFO. La provisión de los anteriores empleos se podrá efectuar con personal docente para lo cual deberá seguirse el procedimiento señalado en las normas aplicables en materia de situaciones administrativas para estos servidores.

ARTÍCULO 2°, El presente Decreto rige a partir de la fecha de su publicación.”

¹ En la parte considerativa del respectivo decreto se invoca la facultad que concede el artículo 21 de la ley 909 de 2004 para crear empleos de carácter temporal relacionados con el desarrollo de programas y proyectos de duración determinada; igualmente se indica que el Programa de Transformación de la Calidad Educativa es una de las estrategias del Ministerio de Educación Nacional para mejorar la calidad de la educación, todo lo cual cuenta con el concepto favorable del Departamento Nacional de Planeación; también se señala que “*el Ministerio de Educación Nacional requiere de personal con perfiles especializados, destacados y orientados a temas relacionados directamente con la educación, por lo que es necesario contar con una planta de empleo de carácter temporal.*” Finalmente se indica que el Departamento Administrativo de la Función Pública dio concepto favorable para la implementación de la planta temporal.

Según se observa, este decreto prevé la creación de diversos cargos temporales, permitiendo que los mismos sean ocupados por personal docente, a cuyo efecto se les podrá conceder la situación administrativa que facilite dicha posibilidad; pero, como señala la consulta, el decreto no hace ninguna referencia a que también puedan nombrarse *empleados de carrera del Ministerio* en tales cargos, y por ello se genera la presente consulta.

Para el efecto, la Sala pasa a revisar la normatividad vigente en materia de empleos temporales y de situaciones administrativas, para determinar si es o no posible la provisión de los cargos creados por el Decreto 4974 de 2011 con empleados de carrera administrativa del Ministerio de Educación Nacional.

2. La regulación de los empleos temporales

2.1 Ley 909 de 2004

El artículo 1 de la ley 909 de 2004 señala los cuatro tipos de empleos que conforman la función pública, uno de los cuales es el empleo de carácter temporal:

“Artículo 1o. *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.

(...)

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.”

Más adelante, el artículo 21 de la misma ley 909 de 2004 determina las características particulares de los empleos temporales, como herramienta organizacional que pueden utilizar las entidades públicas para atender necesidades funcionariales excepcionales *que no pueden ser solventadas con su personal de planta*:

“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.**” (se resalta)

Como se observa, se trata de empleos *transitorios* que solamente se pueden crear para situaciones excepcionales que encajen en alguna de las causales previstas por el legislador (numeral 1); para su creación es necesario contar con motivación técnica y apropiación y disponibilidad presupuestal (numeral 2); y, en lo que más importa a esta consulta, deben ser provistos mediante la lista de elegibles vigente para empleos permanentes, en defecto de lo cual debe realizarse un “proceso de evaluación de las capacidades y competencias de los candidatos” (numeral 3).

2.2. Decreto 2272 de 2005

La regulación normativa de los empleos temporales se completa con los artículos 1 a 4 del Capítulo I del Título I del decreto 2272 de 2005, por el cual se reglamenta la ley 909 de 2004.

El **artículo 1** señala que los empleos temporales son los creados para cumplir alguna de las funciones previstas en el artículo 21 de la ley 909 de 2004 arriba citado; dispone que por su transitoriedad tendrán la duración indicada en el estudio técnico y en el respectivo acto de nombramiento; indica que deben sujetarse a la nomenclatura y clasificación de los cargos vigentes para cada entidad; y exige que el estudio técnico para su creación cuente con el concepto favorable del Departamento Administrativo de la Función Pública². Por su parte, el

² “Artículo 1o. 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.

artículo 2 establece que el régimen salarial y prestacional de los empleos temporales, será el que corresponda a los empleos permanentes que rigen para la respectiva entidad³.

De manera particular, **el artículo 3º** se refiere al mecanismo de selección de las personas que ocuparán los cargos temporales, así:

“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.

Quando, 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.”

De modo que, en primer lugar, la entidad deberá consultar el Banco Nacional de Listas de Elegibles y, sólo en su defecto, podrá realizar un proceso de evaluación entre otros interesados que no formen parte de dichas listas, de acuerdo con el procedimiento que la misma entidad establezca previamente.

Es importante tener en cuenta también que la parte final del artículo 3 en cita deja claro que el ingreso a un empleo temporal no implica el retiro de la lista de elegibles, así como *tampoco genera derechos de carrera administrativa.*

Ahora bien, cabe señalar que esa forma de provisión de los empleos temporales por evaluación de la propia entidad cuando no hay lista de elegibles, fue demandada ante el Consejo de Estado en acción de nulidad, por exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria y usurpación de las funciones constitucionales de la Comisión Nacional del Servicio Civil. Sin embargo, en

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.”

³ “Artículo 2o. 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.”

sentencia del 26 de noviembre de 2009⁴ el Consejo de Estado negó las súplicas de la demanda, al considerar que la evaluación de los candidatos a empleos temporales cuando no hay lista de elegibles debe ser realizada por cada entidad y no por la Comisión Nacional del Servicio Civil, pues *no se está frente a empleos de carrera administrativa*; y señaló que en tal caso, cuando no hay una lista de elegibles, se abre la posibilidad de que cualquier persona que reúna los requisitos para ejercer el cargo aspire al empleo ofertado:

“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.**” (se resalta)

Finalmente, el **artículo 4** del decreto 1227 de 2005 establece que una vez se venza el término para el cual se hizo el nombramiento en un empleo temporal, la persona quedará *automáticamente retirada del servicio*, lo que se justifica por el carácter transitorio de su vinculación y por el hecho mismo de que la misma no es suficiente para ingresar de manera definitiva al cuerpo de funcionarios del Estado; además, el párrafo del artículo 4º prohíbe que el empleado temporal ejerza funciones distintas a las que dieron origen a la creación del cargo. Dice el artículo 4:

“Artículo 4o. 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.~~

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.”

El aparte tachado, que permitía la desvinculación discrecional por insubsistencia del funcionario temporal, fue anulado por el Consejo de Estado en sentencia del 19 de junio de 2008⁵. En dicha providencia, el Consejo de Estado aclaró que los empleados temporales *no son ni de carrera administrativa ni de libre*

⁴ M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, exp. 20006-00144.

⁵ M.P. Jaime Moreno García, exp. 2006-00087.

nombramiento y remoción, sino que corresponden a una nueva categoría de *servidores públicos*, caracterizada por la transitoriedad de su relación laboral:

“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 (...)

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.”

Así que, si bien el empleado temporal no puede ser desvinculado discrecionalmente, ello no le otorga derechos de carrera administrativa ni estabilidad definitiva, pues su relación con el Estado está llamada a fenecer en un plazo determinado. Además, como todo servidor público, estará sujeto al deber de cumplir las labores asignadas y a la responsabilidad disciplinaria en el ejercicio de su función.

3. Las situaciones administrativas.

El artículo 58 del decreto 1950 de 1973, por el cual se reglamenta el decreto 2400 de 1968⁶, señala cuáles son las situaciones administrativas en que pueden encontrarse las personas vinculadas a la Administración:

“Artículo 58. Los empleados vinculados regularmente a la administración, pueden encontrarse en las siguientes situaciones administrativas:

- a) En servicio activo.
- b) En licencia.
- c) En permiso.
- d) *En comisión.*
- e) *Ejerciendo las funciones de otro empleo por encargo.*
- f) Prestando servicio militar.
- g) En vacaciones, y
- h) Suspendido en ejercicio de sus funciones.”

⁶ El Decreto-Ley 2400 de 1968 dispone a su vez: “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.”

En particular, ninguna de las situaciones administrativas que consienten la separación provisional del cargo para ocupar otro empleo dentro de la Administración (en comisión o por encargo)⁷, tiene previsto expresamente que ello sea posible para ocupar cargos temporales; además de que la figura del empleo temporal es posterior a dicha normatividad, también se tiene que Ley 909 de 2004, al regular el empleo público y modificar algunos aspectos tanto de la comisión como del encargo, tampoco contempló dicha posibilidad.

En efecto, en el caso de las comisiones, el artículo 76 del mismo Decreto 1950 de 1973 señala:

“Artículo 76. Las comisiones pueden ser:

- a) De servicio, para ejercer las funciones propias del empleo en un lugar diferente al de la sede del cargo, cumplir misiones especiales conferidas por los superiores, asistir a reuniones, conferencias o seminarios, o realizar visitas de observación que interesen a la administración y que se relacionen con el ramo en que presta sus servicios el empleado.
- b) Para adelantar estudios.
- c) *Para desempeñar un cargo de libre nombramiento y remoción, cuando el nombramiento recaiga en un funcionario escalafonado en Carrera Administrativa, y*
- d) Para atender invitaciones de gobiernos extranjeros, de organismos internacionales o de instituciones privadas.”

Como se advierte en los conceptos allegados por el organismo consultante, la comisión de que trata el literal d) está prevista únicamente para ocupar cargos *de libre nombramiento y remoción* (no temporales) y así quedó también previsto en el artículo 26 de la Ley 909 de 2004, el cual solamente extendió las posibilidades de comisión para el ejercicio de empleos de periodo:

“Artículo 26. *Comisión para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción o de período.* Los empleados de carrera con evaluación del desempeño sobresaliente, tendrán derecho a que se les otorgue comisión hasta por el término de tres (3) años, en períodos continuos o discontinuos, pudiendo ser prorrogado por un término igual, *para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción o por el término correspondiente cuando se trate de empleos de período*, para los cuales hubieren sido nombrados o elegidos en la misma entidad a la cual se encuentran vinculados o en otra. En todo caso, la comisión o la suma de ellas no podrá ser superior a seis (6) años, so pena de ser desvinculado del cargo de carrera administrativa en forma automática.

(...)

En estos mismos términos podrá otorgarse comisión para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción o de período a los empleados de carrera que obtengan evaluación del desempeño satisfactoria.”

Algo parecido sucede con la figura del *encargo*, dado que la misma está prevista en el Decreto 1950 de 1973 para suplir faltas absolutas o temporales de otro

⁷ En el caso de la licencia, el artículo 67 del mismo Decreto 1950 de 1973 señala que durante las licencias ordinarias no podrán desempeñarse otros cargos en la administración pública. Por tanto esta figura se descarta por completo.

empleo público mientras éste se provee de manera definitiva, lo cual también difiere de la hipótesis consultada; además, el encargo no puede concederse por más de tres meses:

“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.

Artículo 35. Cuando se trate de vacancia temporal, el encargado de otro empleo sólo podrá desempeñarlo durante el término de esta, y en el caso de definitiva hasta por el término de tres (3) meses, vencidos los cuales el empleo deberá ser provisto en forma definitiva.

Al vencimiento del encargo, quien lo venía ejerciendo cesará automáticamente en el desempeño de las funciones de este y recuperará la plenitud de las del empleo del cual es titular, si no lo estaba desempeñando simultáneamente.”⁸

Por su parte, la ley 909 de 2004 sólo contempló una figura adicional de encargo para la provisión de *empleos de carrera* mientras se hace la designación de quienes deben ocuparlos de manera definitiva en virtud de un concurso público de méritos⁹, lo cual tampoco permitiría solventar la situación que plantea la consulta.

De manera que, la regulación actual de las situaciones administrativas de los funcionarios públicos no ha previsto una forma de suspensión del empleo sin pérdida de los derechos de carrera administrativa para los empleados de planta que quieran ocupar un cargo temporal.

4. Síntesis y análisis del caso consultado.

De lo dicho anteriormente se tiene que el empleo temporal constituye una nueva modalidad de vinculación a la función pública, diferente a las tradicionales de libre

⁸ Estos artículos reglamentan el artículo 23 del Decreto 2400 de 1968. Sobre el encargo ha dicho la Corte Constitucional: “El encargo temporal, es entonces una situación administrativa de creación legal que le permite al Estado sortear las dificultades que puedan presentarse en los casos **de ausencia temporal o definitiva de un empleado** cuya labor es indispensable para la atención de los servicios a su cargo. Se trata realmente, de una medida de carácter excepcional que igualmente enfrenta situaciones excepcionales o de urgencia y **que se cumple en lapsos cortos**” (Sentencia C-428 de 1997).

⁹ “Artículo 24. *Encargo*. Mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de carrera administrativa, y una vez convocado el respectivo concurso, los empleados de carrera tendrán derecho a ser encargados de tales empleos si acreditan los requisitos para su ejercicio, poseen las aptitudes y habilidades para su desempeño, no han sido sancionados disciplinariamente en el último año y su última evaluación del desempeño sea sobresaliente. El término de esta situación no podrá ser superior a seis (6) meses.

El encargo deberá recaer en un empleado que se encuentre desempeñando el empleo inmediatamente inferior que exista en la planta de personal de la entidad, siempre y cuando reúna las condiciones y requisitos previstos en la norma. De no acreditarlos, se deberá encargar al empleado que acreditándolos desempeñe el cargo inmediatamente inferior y así sucesivamente.

Los empleos de libre nombramiento y remoción en caso de vacancia temporal o definitiva podrán ser provistos a través del encargo de empleados de carrera o de libre nombramiento y remoción, que cumplan los requisitos y el perfil para su desempeño. En caso de vacancia definitiva el encargo será hasta por el término de tres (3) meses, vencidos los cuales el empleo deberá ser provisto en forma definitiva.”

nombramiento y remoción y de carrera administrativa; tiene carácter transitorio y excepcional y, por ende, su creación sólo está permitida en los casos expresamente señalados por el legislador; ello exige un soporte técnico que justifique su implementación, el cual debe ser aprobado por el Departamento Administrativo de la Función Pública; además, se debe contar con la apropiación y disponibilidad presupuestal necesaria para cubrir el pago de salarios y prestaciones sociales.

Para la provisión de los empleos temporales se debe acudir inicialmente al Banco Nacional de Listas de Elegibles y, sólo en su defecto, la entidad podrá acudir a un “proceso de evaluación de las capacidades y competencias de candidatos”, en el que podrá participar cualquier persona que reúna las condiciones para ocupar el cargo ofertado.

Precisamente, es en este último escenario de inexistencia de personas suficientes en la lista de elegibles, en que la Sala entiende hecha la consulta elevada por el Ministerio Educación Nacional, sobre la posibilidad de permitir que funcionarios de carrera administrativa compitan con cualquier otro interesado en el proceso de evaluación de candidatos a ocupar los cargos temporales creados en la entidad¹⁰. Al respecto la Sala observa lo siguiente.

Desde el punto de vista del cargo, la esencia del empleo temporal está en su transitoriedad, de lo cual se derivan otras diversas consecuencias, tales como: (i) no crea una vinculación definitiva con el Estado; (ii) no genera derechos de carrera administrativa; y (iii) está circunscrito exclusivamente a las labores para las cuales fue creado. De este modo, vencido el plazo de duración del empleo temporal, se extingue la relación funcional con la Administración.

Se trata por tanto de un vínculo precario, que por su naturaleza no alcanza el mismo grado de protección de un empleo de carrera administrativa, bajo el cual surge una relación indefinida que sólo puede terminar por las causas establecidas por la ley. En tal sentido, parece más deseable acceder a un empleo de carrera administrativa que a uno puramente temporal.

¹⁰ En Circular 08 de 2012 el Ministerio de Educación hace conocer que la Comisión Nacional del Servicio Civil ha informado que no hay lista de elegibles que pueda ser utilizada para la provisión de los cargos temporales creados por el Decreto 4974 de 2011, razón por la cual los funcionarios y demás interesados en acceder a ellos podrán presentarse a la evaluación de capacidades y competencias.

Es por ello, precisamente, que los llamados por la ley a ocupar los cargos temporales no son las personas que ya pertenecen a la carrera administrativa de la entidad y que en virtud de ella gozan de los beneficios propios de una vinculación estable e indefinida con el Estado, sino, por el contrario, quienes están en una lista de elegibles a la espera de lograr esa condición y, en su defecto, aquéllos otros para quienes un vínculo temporal puede ser una alternativa válida de empleo.

De manera que la ausencia de una situación administrativa que permita a los funcionarios de carrera administrativa desvincularse transitoriamente de sus cargos para ocupar empleos temporales sin perder derechos de carrera administrativa, no parece obedecer a un vacío legal, sino a la lógica misma de la normatividad analizada, en cuanto a que lo natural es querer acceder a un empleo de carrera más que a uno temporal y no al contrario.

Además de lo anterior, debe tenerse en cuenta que desde el punto de vista de la función pública, la creación de plantas de personal de carácter temporal o transitorio tiene por objeto la atención de necesidades del servicio *que no pueden satisfacerse con la planta de personal de la entidad*, bien sea porque se deben afrontar tareas que no corresponden a las actividades normales de la organización; o porque se enfrenta una sobrecarga laboral; o para el desarrollo de programas o proyectos de duración determinada; o para desarrollar labores de consultoría y asesoría institucional especializada.

Por tanto, si la planta de personal de la entidad puede cumplir tales propósitos, la implementación de una planta temporal carece de sustento y no se justificará entonces un esfuerzo presupuestal y organizacional adicional por parte del Estado.

Es por ello que, en síntesis, la Sala comparte lo señalado por la Comisión Nacional del Servicio Civil en Concepto EE 034814 de diciembre 28 de 2010, en cuanto a que si la razón de ser de una planta temporal es la insuficiencia de personal en la planta permanente de la entidad, carece de sentido que los cargos temporales sean provistos con personal de carrera administrativa:

“Ahora, cuando la designación va a proceder excepcionalmente con una persona no comprendida en el Banco Nacional de Elegibles, no resulta lógico que se pretenda realizar la designación con un servidor que ostente derechos de carrera administrativa, particularmente porque una de las razones que justifican la adopción de empleos temporales es la insuficiencia de servicios laborales dentro de la planta permanente para atender los distintos procesos institucionales y satisfacer la demanda de atención que requieren los usuarios.”

Con base en lo anterior,

III. La Sala RESPONDE

“¿Los cargos temporales creados por Decreto 4974 de 2011, podrían ser provistos con servidores del Ministerio de Educación inscritos en carrera administrativa, bajo la figura de la comisión para desempeñar cargos de libre nombramiento y remoción?”

No, dado que los empleos temporales no son cargos de libre nombramiento y remoción.

¿Si la respuesta es afirmativa, cuál sería la situación administrativa que se debe tener en cuenta para que el servidor no pierda sus derechos de carrera?”

La regulación actual de las situaciones administrativas de los funcionarios públicos no ha previsto una forma de suspensión del empleo sin pérdida de los derechos de carrera administrativa para los empleados inscritos en ella que quieran ocupar un cargo temporal.

Remítase a la señora Ministra de Educación Nacional y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

AUGUSTO HERNÁNDEZ BECERRA
Presidente de la Sala

LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO **ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO**
Consejero de Estado Consejero de Estado

WILLIAM ZAMBRANO CETINA
Consejero de Estado

JENNY GALINDO HUERTAS
Secretaría de la Sala