

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA – Competencia para expedir normas que rigen el régimen de personal / COMPETENCIA DE LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA – Para conformar una planta de personal transitoria de supernumerarios

[L]a Contraloría señaló que la adopción de la medida obedeció a necesidades del servicio por el incremento de las solicitudes de control fiscal excepcional y concurrente, así como a la conformación de grupos de reacción inmediata, circunstancia que conllevó a requerir mayor talento humano que ayudara al aseguramiento de los intereses de la comunidad, situación que corresponde con lo normado en el literal c) del artículo 21 de la Ley 909 de 2004. Además, estuvo precedido del estudio técnico y la aprobación presupuestal correspondiente, aspectos que no fueron objetados por la parte actora. (...) La contralora general de la República sí tenía competencia legal para conformar una planta de personal transitoria de empleos de supernumerarios, de conformidad con el artículo 21 de la Ley 909 de 2004, aplicable de manera supletoria a dicha entidad.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 150 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 268 / LEY 573 DE 2000 / LEY 909 DE 2004

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA – Régimen especial de carrera administrativa / SUPERNUMERARIOS – Suplen vacancias temporales / ACTIVIDADES DE CARÁCTER TRANSITORIO - Supernumerarios

[E]l Decreto 268 de 2000 reguló el régimen especial de la carrera administrativa de la Contraloría General de la República. En el artículo 45 dispuso que las normas con base en las cuales se administraría el personal de la contraloría serían las contenidas en las normas generales que rigen para la rama ejecutiva en el orden nacional, cuando sea necesario y en cuanto no se opongan a lo dispuesto por dicho decreto. En ese orden, no es acertada la afirmación de los demandantes, pues si bien el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos que previó el Decreto 1042 de 1978 efectivamente es para los servidores de la Rama Ejecutiva, lo cierto es que las disposiciones en materia de administración de personal, incluyendo la contenida en el artículo 83, relacionada con la posibilidad de suplir vacancias temporales con personal supernumerarios, son aplicables a la Contraloría General de la Nación. (...) Así las cosas, la situación descrita no vicia de nulidad el acto administrativo acusado, teniendo en cuenta que la posibilidad para contemplar en la planta de personal de la Contraloría General de la República empleos transitorios o temporales, está dada por la misma Ley 909 de 2004, como antes se mencionó. No se configura causal de nulidad por indebida aplicación del artículo 83 del Decreto 1042 de 1978.

FUENTE FORMAL: DECRETO 268 DE 2000 / DECRETO 1042 DE 1978 / LEY 909 DE 2004 – ARTICULO 21

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA – Régimen salarial y prestacional para empleados de la planta transitoria / COMPETENCIA – Creación planta transitoria

[T]ratándose de supernumerarios, es relevante precisar que en la sentencia C-401

de 1998 la Corte Constitucional declaró la inexecutable de la expresión «*Cuando la vinculación del personal supernumerario no exceda el término de tres meses, no habrá lugar al reconocimiento de prestaciones sociales*» contenida en el artículo 83 del Decreto 1042 de 1978, por considerar que el desconocimiento de las prestaciones sociales a los empleados supernumerarios que se vinculan transitoriamente a la administración pública, es contrario a los principios rectores de las relaciones laborales y a la justicia que debe presidir dichas relaciones, entre ellos, la igualdad de oportunidades frente a aquellos que están vinculados permanentemente con la administración y a la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos previstos por las normas laborales. En esas condiciones, la resolución demandada al disponer que los cargos creados se regirían por lo dispuesto en el Decreto 270 de 2000, lo que hizo fue remitirse al régimen prestacional y salarial fijado para la entidad de conformidad con el marco jurídico aplicable, sin que de ello pueda deducirse que se arrogó la competencia, que en ese sentido estableció el artículo 150 de la Constitución Política. Hasta este punto, se concluye que el acto acusado no creó un nuevo régimen salarial y prestacional para los empleados de la planta transitoria, pues lo que hizo fue remitirse a las normas expedidas en estas materias por la autoridad competente, en consecuencia no desconoció lo previsto por el artículo 150, ordinal 19.º literal e), de la Constitución Política.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1042 DE 1978 / DECRETO 270 DE 2000 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 150 ORDINAL 19 LITERAL e)

PRIMA TECNICA – Contraloría General de la Republica / SUPERNUMERARIOS – No tienen nombramiento de carácter permanente / SUPERNUMERARIOS – No se le pueden extender los beneficios / PRIMA TECNICA – Requisitos mínimos / CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA – No tiene la potestad de fijar los requisitos mínimos para otorgar la prima técnica

[E]n relación con el requisito previsto en el Decreto 1336 de 2003, según el cual, para ser acreedor de la prima objeto de estudio, es necesario tener nombramiento con carácter de permanente, la jurisprudencia indicó que se trata de aquellas personas que además de cumplir los requisitos legalmente exigidos, fueron seleccionados para ocupar el cargo mediante el sistema de concurso o que tratándose de un empleo de libre nombramiento y remoción se desempeñe en propiedad, situación que excluye a los designados en provisionalidad y a los servidores temporales, quienes ostentan una nueva categoría de empleo creada por la Ley 909 de 2004, puesto que no tienen una vinculación definitiva con el Estado. Ello obedece a la finalidad de dicha prestación económica, que como se dijo, es la de atraer o mantener en el servicio público a personas que por sus cualidades profesionales, académicas y de desempeño, contribuyen a garantizar la eficiencia y eficacia de la función pública. (...) Finalmente, considera la Sección Segunda que es necesario precisar que si bien el Decreto 1227 del 21 de abril de 2005, que reglamentó parcialmente la Ley 909 de 2004, indicó que el régimen salarial y prestacional de los empleados temporales, esto es, los creados en las plantas de cargos para el ejercicio de las funciones previstas en el artículo 21 de la Ley 909 de 2004, sería el correspondiente a los empleos de carácter permanente que rige para la entidad que va a crear el cargo, el cual se

reconocería de conformidad con lo normado en la ley (artículo 2.º), lo cierto es que no se podía desconocer la finalidad y naturaleza de la prima técnica, así como los requisitos que el Decreto 1336 de 2003 consagró para poder acceder a aquel beneficio, ni la competencia para fijar el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos. (...) Por otra parte, al extender en el artículo 5.º de la Resolución 0124 de 2011 a la planta transitoria de empleos la prima técnica contenida en el Decreto 1336 de 2003, la contralora general de la República amplió el ámbito de aplicación de dicho beneficio, actuación que no le correspondía, pues la potestad de establecer los requisitos mínimos para acceder a ella está en cabeza del Gobierno Nacional de conformidad en el artículo 150, numeral 19.º, de la Constitución Política, motivo por el cual se encuentra probada la causal de nulidad de falta de competencia.

FUENTE FORMAL: DECRETO 270 DEE 2000 – ARTICULO 6 / DECRETO 1336 DE 2003 / DECRETO 2177 DE 2006 / DECRETO 1385 DE 1996 / DECRETO LEY 2285 DE 1968 DECRETO 1661 DE 1991 / LEY 106 DE 1993

NORMA DEMANDADA: Resolución 0124 de 2011(de 7 de febrero), CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA, articulo 5 (parcial), (ANULADO)

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá, D. C., diez (10) de noviembre de dos mil dieciséis (2016). SS. 004

Radicación número: 11001-03-25-000-2011-00203-00(0678-11)

Actor: CARLOS ABEL SAAVEDRA ZAFRA Y CARLOS AUGUSTO RAMÍREZ DEL CASTILLO

Demandado: NACIÓN - CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

Acción Pública: Nulidad de la Resolución 0124 del 7 de febrero de 2011 expedida por la contralora general de la República «*Por la cual se conforma una Planta Transitoria de Empleos Supernumerarios*».

Trámite en vigencia del Decreto 01 de 1984.

Decisión: Declara la nulidad de la expresión «y Decreto 1336 de 2003» contenida en el artículo 5º de la Resolución 0124 del 7 de febrero de 2011 «*por la cual se conforma una Planta Transitoria de Empleos Supernumerarios*», porque la

contralora general de la República no tenía competencia para extender la prima técnica de que trata el Decreto 1336 de 2003 a la planta transitoria por ella creada. Se deniegan las demás pretensiones de la demanda.

ASUNTO

La Sección Segunda del Consejo de Estado profiere sentencia en la acción pública de nulidad promovida por los señores Carlos Abel Saavedra Zafra y Carlos Augusto Ramírez del Castillo contra la Nación, Contraloría General de la República.

ANTECEDENTES

Los señores Carlos Abel Saavedra Zafra y Carlos Augusto Ramírez del Castillo en ejercicio de la acción de nulidad simple consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, demandaron de esta corporación la nulidad de la Resolución 0124 del 7 de febrero de 2011 expedida por la contralora general de la República «*Por la cual se conforma una Planta Transitoria de Empleos Supernumerarios*», en ejercicio de sus facultades legales, en especial, de las conferidas por el artículo 35 del Decreto 267 de 2000.

La parte resolutive de la norma demandada es la siguiente:

[...] ARTÍCULO PRIMERO: Conformar la planta transitoria de empleos supernumerarios, adcrita(sic) al Despacho de la Contralora General de la República para asesorar, asistir, coordinar, hacer seguimiento y evaluación al cumplimiento de las funciones asignadas al mismo, por el término de tres meses a partir de la fecha en que se formalice la vinculación, conforme a la distribución y ubicación que se asigne y las razones expuestas en la parte motiva del presente acto administrativo.

ARTÍCULO SEGUNDO. La planta transitoria de personal supernumerario estará conformada asi (sic):

CARGO	NIVEL	GRADO	No. CARGOS
Asesor de Despacho	Asesor	02	70

ARTÍCULO TERCERO. Para efecto de la vinculación señalada en el artículo anterior, se deberá acreditar para el ejercicio de los cargos, el cumplimiento de los requisitos generales contemplados en el artículo 6 numeral 2o del Decreto 269 de 2000, en concordancia con los requisitos del mismo previstos en el artículo 14 de la Resolución Orgánica 5044 de 2000 “por la cual se establecen los criterios generales para los cargos de la planta general, las funciones y requisitos para el desempeño de los mismos en cada una de las dependencias de la estructura organizacional de la Contraloría General de la República y se dictan otras disposiciones” y las reglamentaciones que las complementen y adicionen, en lo relacionado con el empleo de Asesor de Despacho Grado 02.

ARTÍCULO CUARTO. Las funciones que cumplirá el personal supernumerario serán las establecidas en el Manual de Funciones y Requisitos previstas para los cargos enunciados en el artículo 2o de la presente resolución, conforme a la ubicación de los mismos (inciso 3o del artículo 4o del Decreto 269 de 2000 y artículo 14 de la Resolución Orgánica 5044 de 2000).

ARTÍCULO QUINTO. El pago de los emolumentos generados por la vinculación del personal supernumerario, se realizará con cargo al presupuesto de la vigencia 2011, rubro Servicios Personales Indirectos– Personal Súpernumerario(sic), conforme a Certificado de Disponibilidad Presupuestal No. 11411 de febrero 1 de 2011, y para ello, se aplicarán las normas de índole salarial y prestacional que le apliquen al empleo de Asesor de Despacho, Nivel Asesor, Grado 02 de la planta de personal de la Contraloría General de la República, contenido en el Decreto 271 de 2000, como son el Decreto 270 de 2000 y Decreto 1336 de 2003, entre otros.

ARTÍCULO SEXTO. La efectiva vinculación del personal supernumerario tendrá efecto (sic) fiscales a partir de la fecha de suscripción del acta de posesión. [...]

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

En la demanda se invocaron como normas violadas los artículos 121, 122, 125, 150, 189 y 268 de la Constitución Política; 83 del Decreto 1042 de 1978; 3 y 5 del Decreto Ley 269 de 2000, 1 del Decreto Ley 267 de 2000, Decreto 1333 de 2003 y Decreto 2177 de 2006.

Como causales de nulidad se invocaron las siguientes:

Falta de competencia

A juicio de los demandantes, el acto acusado infringió el artículo 121 de la

Constitución Política, según el cual, a ninguna autoridad del Estado le es permitido ejercer funciones distintas a las conferidas por la Constitución y la ley. Es esta última la encargada de determinar la estructura de la administración nacional y los entes que la conforman, así como de fijar el régimen salarial y prestacional de los empleos públicos, de acuerdo con el artículo 150, *ibidem*.

De otra parte, explicó que a través del acto demandado la contralora general de la República creó 70 nuevos cargos, lo cuales tuvieron el mismo régimen salarial y prestacional de los asesores de despacho, nivel asesor, grado 02 de la planta de personal de la Contraloría, contenido en el Decreto Ley 271 de 2000, el cual a su vez, fue expedido por el Presidente de la República con autorización del Congreso. Con dicha actuación vulneró las competencias legales y constitucionales para la creación y modificación de la estructura de la planta de cargos de las entidades del orden nacional, que se atribuyó a *motu proprio* a través de una resolución reglamentaria. En este sentido, advirtió que, al tenor de lo dispuesto por el artículo 268 de la Carta Política, su función se limita a proveer mediante concurso los empleos de su dependencia, que hayan sido creados por la ley.

De la misma forma, precisó que al establecer que los cargos que instituyó recibirían los mismos derechos salariales y prestacionales previstos para el personal de planta, incluso la prima técnica, actuó con desconocimiento del artículo 150, ordinal 19.º, literal e), que le asignó al presidente de la República la facultad de fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos y vulneró los Decretos 1336 de 2003 y 2177 de 2006, según los cuales, dicho emolumento solamente puede asignarse a quienes estén nombrados de manera permanente en los cargos que allí se indican. Por tanto, excluye a los supernumerarios.

Infracción de las normas en que debió fundarse

Respecto a esta causal de nulidad, manifestó que se aplicó de manera indebida el Decreto 1042 de 1978 al invocarlo como fundamento para la expedición de la resolución acusada, pues por una parte, el ámbito de aplicación de aquel está limitado a la Rama Ejecutiva y excluye expresamente a la Contraloría General de la República. Adicionalmente, consideró que es «*absurdo*» extender los beneficios de los empleados de la planta a personas que tienen una vinculación contractual y

permanencia máxima de tres meses.

Por último, reprochó que la cabeza de un ente de control que debe velar precisamente por el buen uso de los recursos públicos y porque su ejecución esté acorde con los mandatos constitucionales y legales, adopte una planta de personal adscrita a su despacho con las falencias anotadas.

SUSPENSIÓN PROVISIONAL

La parte demandante solicitó la suspensión provisional de la Resolución 0124 del 7 de febrero de 2011, pues en su sentir, los artículos 1.º y 4.º infringen de manera manifiesta los artículos 189 y 150 de la Constitución Política.

La Subsección A de la Sección Segunda de esta Corporación, a través de providencia de 29 de julio de 2011, denegó el decreto de la medida, al considerar que no se cumplieron los requisitos previstos en el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, toda vez que no se podía identificar, *prima facie*, la alegada trasgresión, pues no era posible deducir en ese momento que se hubiere modificado la estructura de la administración nacional.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El representante judicial de la Contraloría General de la República sostuvo que de acuerdo con los artículos 83 del Decreto 1042 de 1978 y 3.º del Decreto 1792 de 1983, los supernumerarios solamente pueden vincularse para suplir vacancias temporales en empleos públicos, esto es, las que se presenten por licencia, vacaciones o para actividades transitorias que no pueden ser atendidas por el personal de planta. En ese sentido, resaltó que la temporalidad es la única característica que diferencia a los supernumerarios de los demás servidores públicos, puesto que en aspectos tales como la forma de vinculación, salario y prestación del servicio, ambas categorías están igualmente sometidas al imperio de la ley.

De esta manera indicó que la medida adoptada en el acto demandado que equipara salarial y prestacionalmente a los supernumerarios respecto de los servidores de planta, se ajustó a los señalamientos efectuados por la Corte Constitucional en la sentencia C-401 de 1998 que declaró la inexecutable del

inciso tercero del artículo 83 del Decreto 1042 de 1978 y de la expresión «Cuando la vinculación del personal supernumerario no exceda el término de tres meses, no habrá lugar al reconocimiento de prestaciones sociales», contenida en el inciso quinto de dicho artículo, al considerar que el desconocimiento de las prestaciones sociales a los empleados supernumerarios que se vinculan transitoriamente a la administración pública, resulta contrario a los principios rectores de las relaciones laborales y a la justicia que debe presidir tales relaciones, así como al derecho a la igualdad y a la protección especial del trabajo que consagra el artículo 25 de la Carta.

Asimismo, indicó que la Resolución 0124 de 2011 fue expedida en razón a las circunstancias coyunturales y de gran complejidad que se suscitaron en el orden nacional, porque se incrementaron las solicitudes de control fiscal excepcional y concurrente, así como la conformación de grupos de reacción inmediata, lo que generó la necesidad de contar con mayor talento humano que ayudara al aseguramiento de los intereses de la comunidad. Agregó que en aplicación de los principios de eficiencia, economía y celeridad y con la finalidad de dar estricto cumplimiento a la vigilancia de la gestión fiscal, el jefe superior de la entidad debe tener la atribución de crear y proveer empleos transitorios con ese único objetivo, máxime si se tiene en cuenta que existía la apropiación presupuestal suficiente para vincular al personal supernumerario.

En lo que respecta a la prima técnica asignada a los empleos que creó el acto acusado, argumentó que la misma se concedió, en consideración a que el Decreto 1044 de 2011 expedido por el presidente de la República que fijó las escalas de remuneración para la entidad, dispuso que podría asignarse a los niveles directivo y asesor conforme los Decretos 1336 de 2003 y 2177 de 2006. Además, como quiera que las plazas creadas en la planta transitoria pertenecen al nivel asesor adscrito al despacho de la contralora general, equivalen a cargos de libre nombramiento y remoción que pueden ser beneficiarios de la prima técnica, pues se dan los presupuestos necesarios para su otorgamiento.

En relación con la aplicación del Decreto 1042 de 1978 sostuvo que es cierto que rige para la Rama Ejecutiva del orden nacional y que el concepto de personal supernumerario que regula el artículo 83 no solo representa un referente para la Contraloría General de la República, sino que por virtud del artículo 45 del Decreto Ley 268 del 2 de febrero de 2000 es aplicable para la entidad, pues permite acudir

al régimen general cuando sea necesario y en cuanto no contradiga las normas especiales propias.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte demandante intervino en esta oportunidad y reiteró las razones de ilegalidad e inconstitucionalidad que expuso en contra del acto acusado en el escrito introductor, en relación con la falta de competencia de la contralora general de la República para crear una planta de personal de supernumerarios y fijar su régimen salarial y prestacional.

Adicionalmente, expuso que aunque se admitiera que con fundamento en el Decreto 1792 de 1983¹ la contralora tenía la posibilidad de ampliar la planta de personal mediante una resolución reglamentaria, lo cierto es que la medida solamente podía adoptarse para suplir vacantes temporales de los empleados públicos o para desarrollar actividades de carácter netamente transitorio, supuestos que no corresponden a la motivación expresada en la disposición demandada, con lo cual se configuraría la vulneración de la norma en cita por falsa motivación.

Finalmente, se refirió a los argumentos de la entidad para señalar que son desacertados por cuanto sugieren que, como la Contraloría General de la República es un órgano de creación constitucional directa, en consecuencia, no aplican las potestades reservadas al Congreso para determinar su estructura, pues lo puede hacer el contralor general y además proveer los empleos que de esta forma creó.

MINISTERIO PÚBLICO

La Procuradora Tercera Delegada ante esta Corporación solicitó que se nieguen las súplicas de la demanda al considerar, en síntesis, que no se desvirtuó la presunción de legalidad del acto acusado. Para el efecto indicó que si bien desde un ángulo formal, pareciera que le asiste razón a la parte actora, lo cierto es que tales argumentos no son válidos para situaciones excepcionales, como es el caso de los supernumerarios. En este sentido, estimó que el nominador puede acudir a este tipo de vinculación, bajo la motivación y justificación suficiente, cuando se ha

¹ Que reglamenta la vinculación del personal supernumerario.

colmado la capacidad de respuesta institucional frente a su misión, de manera que se haga indispensable la adopción de medidas extraordinarias.

En ese sentido precisó que la contralora general no puede crear una planta de personal ni asignar salarios y prestaciones sociales, pero sí puede excepcionalmente contemplar en sus plantas de personal empleos transitorios o temporales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 909 de 2004, aplicable de manera supletoria a la Contraloría General de la República (artículo 3.º, ordinal 2.º, *ejusdem*).

Finalmente, agregó que los demandantes no aportaron elementos de convicción para demostrar que los motivos del acto demandado no correspondieran a la realidad y solamente hicieron una crítica de la creación de la planta a la luz de las normas de competencia, sin tener en cuenta el artículo 125 de la Constitución Política.

CONSIDERACIONES

1. Cuestión previa

Previo al estudio del fondo del asunto, es necesario precisar que si bien la disposición demandada (Resolución 0124 del 7 de febrero de 2011) tuvo una vigencia temporal de tres meses, tal y como se desprende de su artículo primero, tal situación no impide que se emita un pronunciamiento de fondo respecto de su legalidad.

Al respecto, esta corporación² ha estimado que aunque un acto administrativo hubiere perdido vigencia, lo cierto es que bien pudo haber generado situaciones que posiblemente estén por definir y que se encuentren amparadas por la presunción de legalidad que conserva dicho acto.

Por lo anterior, es procedente el pronunciamiento de fondo, aunque el acto demandado haya tenido una vigencia temporal.

² Los pronunciamientos más recientes sobre el tema son de la Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de abril de 2015, Radicación: 11001-03-26-000-2004-00044-00(28615), actor: Raúl Augusto Rodríguez Escamilla, CP: Stella Conto Díaz Del Castillo; y de la Sección Cuarta, sentencia del 9 de abril de 2015, Radicación: 11001-03-27-000-2012-00029-00(19451), actor: Alfonso Figueredo Cañas, CP: Martha Teresa Briceño de Valencia.

2. Problemas jurídicos

Los problemas jurídicos que se deben resolver en esta sentencia se resumen en las siguientes preguntas:

¿La contralora general de la República tenía competencia constitucional y legal para conformar una planta de personal transitoria de empleos de supernumerarios?

¿Se invocó de manera indebida el artículo 83 del Decreto 1042 de 1978 como fundamento para la expedición de la Resolución 0124 de 2011?

¿La Resolución 0124 de 2011 al regular que los cargos que creó recibirían los mismos derechos salariales y prestacionales previstos para el personal de planta, desconoció el artículo 150, ordinal 19.º, literal e) y aplicó indebidamente los Decretos 1336 de 2006 y 2177 de 2006?

2.1 Primer problema

¿La contralora general de la República tenía competencia constitucional y legal para conformar una planta de personal transitoria de empleos de supernumerarios?

Sea lo primero indicar que para expedir la Resolución 0124 del 7 de febrero de 2011, la contralora general de la República invocó las atribuciones conferidas por el artículo 35 del Decreto Ley 267 de 2000, el cual regula, además de las facultades constitucionales y legales que le fueron asignadas, las siguientes:

[...]

1. Fijar las políticas, planes, programas y estrategias para el desarrollo de la vigilancia de la gestión fiscal, del control fiscal del Estado y de las demás funciones asignadas a la Contraloría General de la República de conformidad con la Constitución y la ley.
2. Adoptar las políticas, planes, programas y estrategias necesarias para el adecuado manejo administrativo y financiero de la Contraloría General de la República, en desarrollo de la autonomía administrativa y presupuestal otorgada por la Constitución y la ley.
3. Fijar las políticas, planes y programas para el desarrollo, ejecución y control del sistema presupuestal de la Contraloría General de la República.
4. Dirigir como autoridad superior las labores administrativas y de

vigilancia fiscal de las diferentes dependencias de la Contraloría General de la República, de acuerdo con la ley.

5. Llevar la representación legal de todos los asuntos que en el ejercicio de sus funciones se presenten a favor o en contra de la entidad.

6. Ordenar la suspensión inmediata, mientras culminan los procesos penales o disciplinarios a que alude el ordinal 8 del artículo 268 de la Constitución Política.

7. Dictar las normas tendientes a la armonización de los sistemas en materia de vigilancia de la gestión fiscal y los controles y modalidades que corresponda, las que serán de obligatorio cumplimiento y adopción por las contralorías territoriales.

8. Las demás que le señale la ley.

Parágrafo. El Contralor General de la República conocerá en segunda instancia de los procesos de responsabilidad fiscal que conozca en primera instancia, la Contraloría Delegada de Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva, cuando así lo determine aquél en forma general. [...].

Al revisar las funciones descritas en la norma citada, se evidencia que ninguna se encuentra relacionada con la creación de cargos de la entidad o modificación de la planta de personal, sin embargo, este solo aspecto no vicia de nulidad el acto acusado, motivo por el cual la Sección Segunda analizará lo relativo a la competencia para expedir las normas que rigen el régimen de personal de la Contraloría General de la República.

2.1.1 La competencia para expedir las normas que rigen el régimen de personal de la Contraloría General de la República

La Contraloría General de la República es un órgano de control (art. 117 de la C.P.) organizado como una entidad de carácter técnico con autonomía administrativa y presupuestal, que tiene asignada la función de vigilar la gestión fiscal de la administración y de los particulares que tengan a su cargo el manejo de fondos o bienes de la Nación (art. 267 C.P.).

En cuanto al régimen de personal que rige para la entidad, conviene precisar que el artículo 268 de la Carta Política, en el ordinal 10.º, dispuso que le corresponde al contralor general de la República: *«[...] Proveer mediante concurso público los empleos de su dependencia que haya creado la ley. Esta determinará un régimen especial de carrera administrativa para la selección, promoción y retiro de los funcionarios de la Contraloría. Se prohíbe a quienes formen parte de las corporaciones que intervienen en la postulación y elección del Contralor, dar recomendaciones personales y políticas para empleos en su despacho. [...]»*.

En ese orden, le compete al legislador la creación de los empleos públicos a través de los cuales la Contraloría General de la República debe desarrollar sus funciones. Igualmente, le atañe a la ley determinar el régimen de carrera para la selección del personal de la entidad, mientras que el contralor general tiene a su cargo la facultad nominadora.

Sobre la competencia para crear, fusionar y suprimir empleos de la Contraloría General de la República, la Corte Constitucional en la sentencia C-527 de 1994, al pronunciarse sobre la exequibilidad de algunos apartes de las Leyes 42 del 26 de enero de 1993 y 73 del 9 de septiembre de la misma anualidad, normas que incluían la delegación en el contralor general de dicha potestad³, manifestó que esta es exclusiva del legislador, puesto que la cláusula general de competencia del Congreso de la República, implica que las funciones que le fueron atribuidas en el artículo 150 de la Constitución Política no son taxativas y que las leyes pueden versar sobre materias diferentes a las allí anotadas.

Del mismo modo, concluyó que la competencia para crear, suprimir o fusionar empleos es del Congreso y que éste no la puede delegar en el contralor general de la República, pues de acuerdo con el artículo 150, numeral 10, solamente podría hacerlo el presidente de la República y además, por cuanto los artículos 156 y 268, ordinal 9.º, Superiores, le permiten al contralor general de la República presentar proyectos de ley sobre el tema.

De acuerdo con lo anterior, y por medio de la Ley 573 del 7 de febrero de 2000⁴, el Congreso le confirió expresas facultades al presidente de la República, por el término de quince días, entre otros aspectos, para: «[...] *Modificar la estructura de*

³ La Ley 42 de 1993 disponía: «**Artículo 56.-** (Derogado por el art. 87, Decreto Ley 267 de 2000). En ejercicio de la autonomía administrativa corresponde a la Contraloría General de la República definir todos los aspectos relacionados con el cumplimiento de sus funciones, en armonía con los principios consagrados en la Constitución y en esta Ley.

Parágrafo.- INEXEQUIBLE. El Contralor General de la República podrá por medio de reglamentos, adecuar la estructura de la Contraloría General de la República e introducir las modificaciones que considere convenientes para el cumplimiento de la presente Ley hasta tanto se expida la ley correspondiente a su estructura.

El Contralor no podrá crear, con cargo al presupuesto de la Contraloría, obligaciones que excedan el monto global fijado en el rubro de servicios personales de la Ley General de Presupuesto.»

La Ley 73 de 1993, establecía: «**ARTÍCULO 2. RETIRO CON DERECHO A INDEMNIZACIÓN.** <Aparte tachado INEXEQUIBLE> Los funcionarios de la Contraloría General de la República, escalafonados en Carrera Administrativa, a quienes se les suprime el cargo como consecuencia de la reestructuración de la entidad, tendrán derecho a la siguiente indemnización: [...]

ARTÍCULO 3.º EMPLEADOS PÚBLICOS. Para los mismos efectos señalados en el artículo anterior, los empleados públicos no escalafonados en carrera administrativa, a quienes se le suprime el cargo de acuerdo con las facultades de suprimir, fusionar y crear cargos otorgadas al Contralor General de la República en el artículo 56 de la Ley 42 de 1993 en la entidad, tendrán derecho a recibir los mismos beneficios previstos para lo cual bastará reunir el requisito de tiempo de servicio que la norma establece.»

⁴ «Mediante la cual se reviste al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias en aplicación del numeral 10 del artículo 150 de la Constitución»

la Contraloría General de la República; determinar el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de la Contraloría General de la República, pudiendo crear, suprimir o fusionar empleos y prever las normas que deben observarse para el efecto; dictar las normas sobre la carrera administrativa especial de que trata el ordinal 10 del artículo 268 de la Constitución Política y establecer todas las características que sean competencia de la ley referente a su régimen de personal.[...]»⁵

Con fundamento en las facultades extraordinarias conferidas por dicha ley, el Gobierno Nacional expidió los Decretos Ley 267⁶, 268⁷, 269⁸ y 271⁹ de 2000, los cuales contienen el régimen especial de la Contraloría General de la República.

La discusión sobre la autonomía de los órganos de control y particularmente de la Contraloría General de la República para fijar aspectos tales como la planta de personal de la entidad, nuevamente se presentó en la sentencia C-401 de 2001 por medio de la cual la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de algunos apartes de la citada Ley 573 del 7 de febrero de 2000. En tal providencia la Corte Constitucional precisó que la autonomía que la Constitución Política le otorga a algunos órganos, implica que no pertenecen a alguna rama del poder, por ende, son funcionalmente independientes de aquellas y además tienen la titularidad para dictar las normas para su propio funcionamiento, así como para cumplir la misión constitucional encargada¹⁰.

Igualmente, reiteró que es competencia del legislador la fijación de las plantas de personal, la creación, fusión y supresión de empleos en los organismos de control, especialmente en la Contraloría General de la República, asuntos que pueden delegarse en el presidente de la República de conformidad con el artículo 150, numeral 10, sin que ello afecte o desconozca la autonomía e independencia que la Constitución Política le concedió a dicha entidad.

Ahora bien, tratándose de empleos temporales como los que creó el acto

⁵ Apartes subrayados del ordinal 1.º del artículo 1.º fueron declarados exequibles por la Corte Constitucional en sentencia C-401 de 2001.

⁶ Por el cual se dictan normas sobre organización y funcionamiento de la Contraloría General de la República, se establece su estructura orgánica, se fijan las funciones de sus dependencias y se dictan otras disposiciones.

⁷ Por el cual se dictan las normas del régimen especial de la carrera administrativa de la Contraloría General de la República.

⁸ Por el cual se establece la nomenclatura y clasificación de los empleos de la Contraloría General de la República y se dictan otras disposiciones.

⁹ Por el cual se establece la planta de personal de la Contraloría General de la República.

¹⁰ En este mismo sentido se citaron las sentencias C-189 de 1998, C-167 de 1995 y C-373 de 1997.

demandado, es preciso tener presente que la Ley 909 del 23 de septiembre de 2004¹¹, señala en el artículo 1.º que aquellos hacen parte de la función pública y los regula en el artículo 21¹², en el cual habilita a las entidades para crear de manera excepcional empleos con el carácter de temporal o transitorio, pero lo hace sujeto a unas condiciones especiales, a saber:

«[...]

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.»¹³

Es de anotar que la anterior normativa es aplicable a la Contraloría General de la República de manera supletoria, de conformidad con lo dispuesto en el ordinal 2.º del artículo 3.º de la citada ley.

En el asunto objeto de estudio, la Contraloría señaló que la adopción de la medida obedeció a necesidades del servicio por el incremento de las solicitudes de control fiscal excepcional y concurrente, así como a la conformación de grupos de reacción inmediata, circunstancia que conllevó a requerir mayor talento humano que ayudara al aseguramiento de los intereses de la comunidad, situación que corresponde con lo normado en el literal c) del artículo 21 de la Ley 909 de 2004. Además, estuvo precedido del estudio técnico (ff. 41 a 65) y la aprobación presupuestal correspondiente (f. 68), aspectos que no fueron objetados por la

¹¹ Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.

¹² Reglamentado por el Decreto 1227 de 2005.

¹³ Aparte subrayado declarado exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-288 de 2014.

parte actora.

Conclusión: La contralora general de la República sí tenía competencia legal para conformar una planta de personal transitoria de empleos de supernumerarios, de conformidad con el artículo 21 de la Ley 909 de 2004, aplicable de manera supletoria a dicha entidad.

2.2 Segundo problema jurídico

¿Se invocó de manera indebida el artículo 83 del Decreto 1042 de 1978 como fundamento para la expedición de la Resolución 0124 de 2011?

Frente a dicho problema jurídico, la Sección Segunda considera que no se configura la causal de nulidad por indebida aplicación de la ley, por las razones que pasan a exponerse:

Por medio de la Ley 5 del 7 de abril de 1978, el Congreso revistió al presidente de la República de precisas facultades extraordinarias para modificar la remuneración, los sistemas de clasificación y nomenclatura de los empleos públicos y dictar otras disposiciones en materia de administración de personal y en el artículo 1.º dispuso que debía fijar las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos de la Contraloría General de la República, entre otras entidades del orden nacional.

De conformidad con las competencias conferidas, el presidente expidió el Decreto 1042 de 7 de junio de 1978, el cual regló el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, además fijó las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y dictó otras disposiciones.

En cuanto a sus destinatarios, el artículo 1.º definió que el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos aplicaría para entidades de la Rama Ejecutiva del orden nacional. Por su parte, el artículo 99 dispuso su aplicación parcial para empleados públicos del sector defensa y el artículo 104 precisó que tal normativa no se aplicaría a las siguientes personas, cuya remuneración se establecería en otras disposiciones:

«[...]

a) A los empleados públicos del Ministerio de Relaciones Exteriores que prestan servicios en el exterior.

b) Al personal docente de los distintos organismos de la Rama Ejecutiva.

c) A los empleados de las entidades que tienen sistemas especiales de remuneración legalmente aprobados, salvo lo previsto en el artículo 72.

d) Al personal de las fuerzas militares y a los empleados civiles del Ministerio de Defensa Nacional que no se rigen por el Decreto-Ley 540 de 1977.

e) El personal de la policía nacional y a los empleados civiles al servicio de la misma.

f) A los empleados del sector técnico-aeronáutico del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil.

g) A los empleados del Departamento Nacional de Planeación.

h) Al personal carcelario y penitenciario de que trata el Decreto 27 de 1989.

[...]”

Ahora bien, como antes se mencionó, el Decreto 268 de 2000 reguló el régimen especial de la carrera administrativa de la Contraloría General de la República. En el artículo 45 dispuso que las normas con base en las cuales se administraría el personal de la contraloría serían las contenidas en las normas generales que rigen para la rama ejecutiva en el orden nacional, cuando sea necesario y en cuanto no se opongan a lo dispuesto por dicho decreto.

En ese orden, no es acertada la afirmación de los demandantes, pues si bien el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos que previó el Decreto 1042 de 1978 efectivamente es para los servidores de la Rama Ejecutiva, lo cierto es que las disposiciones en materia de administración de personal, incluyendo la contenida en el artículo 83, relacionada con la posibilidad de suplir vacancias temporales con personal supernumerarios, son aplicables a la Contraloría General de la Nación.

Es importante precisar que la Corte Constitucional en la sentencia C-422 de 2012 consideró que el inciso 2.º del artículo 83 del Decreto 1042 de 1978 fue derogado tácitamente por el literal a) del artículo 21 de la Ley 909 de 2004, por tratarse de disposiciones que de manera concurrente están referidas a las actividades de carácter transitorio, con lo cual los supernumerarios subsisten para suplir las vacancias temporales de los empleados públicos en caso de licencias o vacaciones, mientras que los empleos de carácter temporal tendrán lugar en las hipótesis descritas en el artículo 21 de la mencionada Ley 909 de 2004, esto es:

- Funciones que no realiza el personal de planta
- Programas y proyectos de duración determinada;
- Para suplir necesidades de personal por sobrecarga debido a hechos excepcionales;
- En labores de consultoría y asesoría institucional de una duración no mayor a doce meses.

Dicha corporación observó que ninguna de las situaciones anteriormente descritas se refiere a la suplencia de cargos de empleados públicos permanentes por vacaciones o licencias.

Adicionalmente, en su forma de provisión, los cargos transitorios lo serán con personas que pertenezcan a las mismas listas de elegibles para cargos permanentes, o en su defecto, por medio de una evaluación de capacidades y competencias, mientras que los supernumerarios no presentan la misma limitante.

En ese orden, las diferencias entre uno y otro tipo de vinculación están dadas por lo siguiente:

Norma	Ley 909 de 2004 artículo 21: Temporales	Decreto 1042 de 1978 artículo 83: Supernumerarios
Cuándo procede su vinculación.	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	Para suplir las vacancias temporales de los empleados públicos en caso de licencias o vacaciones, podrá vincularse personal supernumerario. En ningún caso la vinculación de un supernumerario excederá el término de tres meses, salvo autorización especial del gobierno cuanto se trate de actividades que por su

	<p>excepcionales;</p> <p>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.</p>	<p>naturaleza requieran personal transitorio por períodos superiores.</p>
Remuneración	<p>Decreto 1227 de 2005, artículo 2°. 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.</p>	<p>La remuneración de los supernumerarios se fijará de acuerdo con las escalas de remuneración establecidas en el Decreto 1042 de 1978, según las funciones que deban desarrollarse.</p>
Condiciones para su vinculación	<p>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.</p> <p>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. <u>De no ser posible la</u></p>	<p>La vinculación de supernumerarios se hará mediante resolución administrativa, en la cual deberá constar expresamente el término durante el cual se prestarán los servicios y la asignación mensual que vaya a pagarse.</p>

	<u>utilización de las listas se</u> <u>realizará un proceso de</u> <u>evaluación de las capacidades y</u> <u>competencias de los</u> <u>candidatos.</u> ¹⁴	
--	---	--

Así las cosas, la situación descrita no vicia de nulidad el acto administrativo acusado, teniendo en cuenta que la posibilidad para contemplar en la planta de personal de la Contraloría General de la República empleos transitorios o temporales, está dada por la misma Ley 909 de 2004, como antes se mencionó.

Conclusión: No se configura causal de nulidad por indebida aplicación del artículo 83 del Decreto 1042 de 1978.

2.3 Tercer problema jurídico

¿La Resolución 0124 de 2011 al establecer que los cargos que creó recibirían los mismos derechos salariales y prestacionales previstos para el personal de planta, desconoció el artículo 150 ordinal 19.º literal e) y aplicó indebidamente los Decretos 1336 de 2006 y 2177 de 2006?

2.3.1 El régimen salarial y prestacional para los empleados de la planta transitoria

De conformidad con el artículo 150 ordinal 19.º literal e), el Congreso de la República tiene la función de dictar normas generales a las cuales el Gobierno debe sujetarse para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos. En esos términos expidió la Ley 4.ª del 18 de mayo de 1992, en la cual reguló, en el artículo 1.º, que dicha atribución la cumpliría entre otros, respecto de la Contraloría General de la República.

En cumplimiento de dicha atribución, el presidente de la República profirió el Decreto 270 de 2000, el cual fijó el sistema de remuneración de los empleos de la Contraloría General de la República y en materia prestacional, dispuso en el artículo 6.º, que disfrutarían de los mismos derechos de los servidores de la rama

¹⁴ Aparte subrayado declarado condicionalmente exequible por la sentencia C-288 de 2014 «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».

ejecutiva del orden nacional.

Por otra parte, tratándose de supernumerarios, es relevante precisar que en la sentencia C-401 de 1998 la Corte Constitucional declaró la inexecutable de la expresión «*Cuando la vinculación del personal supernumerario no exceda el término de tres meses, no habrá lugar al reconocimiento de prestaciones sociales*» contenida en el artículo 83 del Decreto 1042 de 1978, por considerar que el desconocimiento de las prestaciones sociales a los empleados supernumerarios que se vinculan transitoriamente a la administración pública, es contrario a los principios rectores de las relaciones laborales y a la justicia que debe presidir dichas relaciones, entre ellos, la igualdad de oportunidades frente a aquellos que están vinculados permanentemente con la administración y a la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos previstos por las normas laborales.

En esas condiciones, la resolución demandada al disponer que los cargos creados se regirían por lo dispuesto en el Decreto 270 de 2000, lo que hizo fue remitirse al régimen prestacional y salarial fijado para la entidad de conformidad con el marco jurídico aplicable, sin que de ello pueda deducirse que se arrogó la competencia, que en ese sentido estableció el artículo 150 de la Constitución Política.

Hasta este punto, se concluye que el acto acusado no creó un nuevo régimen salarial y prestacional para los empleados de la planta transitoria, pues lo que hizo fue remitirse a las normas expedidas en estas materias por la autoridad competente, en consecuencia no desconoció lo previsto por el artículo 150, ordinal 19.º literal e), de la Constitución Política.

2.3.2 De la prima técnica en la Contraloría General de la República.

Según lo dispuesto en el artículo 6.º del Decreto 270 de 2000, el régimen de servidores de la rama ejecutiva del orden nacional se extendió a la Contraloría General de la República. Ahora bien, es preciso tener presente que uno de los emolumentos que forma parte de dicho régimen es la prima técnica consagrada en los Decretos 1336 de 2003 y 2177 de 2006, que se le paga a los servidores con nombramiento de carácter permanente en los cargos del nivel directivo, jefes de Oficina Asesora y a los de asesor, cuyo empleo se encuentre adscrito a los despachos de los siguientes funcionarios: ministro, viceministro, director de departamento administrativo, superintendente y director de unidad administrativa

especial o sus equivalentes en los diferentes órganos y ramas del poder público (art. 1.º Decreto 1336 de 2003), y que cumplan determinados criterios (artículo 3.º Decreto 2177 de 2006).

En la demanda se discute que dado que los supernumerarios no cumplen con los requisitos señalados en el artículo 1.º del Decreto 1336 de 2003, por cuanto no tienen nombramientos con carácter permanente, la contralora general de la República no podía extenderles tales beneficios. Por su parte, la Contraloría General de la República argumentó que dicha disposición obedece a que la Corte Constitucional expuso en la sentencia C-401 de 1998 que desconocer las prestaciones sociales de este tipo de personal es contrario a los principios que deben regir las relaciones laborales, como lo son la igualdad de oportunidades, la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales y la justicia que debe regir en aquellas.

Al respecto es importante tener presente que la prima técnica fue creada por el artículo 7.º del Decreto Ley 2285 de 2 de septiembre de 1968¹⁵, con el fin de atraer o mantener personal altamente calificado para cargos «*de especial responsabilidad o superior especialización técnica*». Luego, el Decreto Reglamentario 1950 de 24 de septiembre de 1973¹⁶ definió los requisitos para la creación y asignación de dicho emolumento a los cargos de especial responsabilidad o superior especialización, comprendidos dentro de los niveles técnico y ejecutivo.

Posteriormente, el Presidente de la República expidió el Decreto Ley 1661 de 27 de junio de 1991¹⁷, en el cual estipuló que la prima técnica es «*un reconocimiento económico para atraer o mantener en el servicio del Estado a funcionarios o empleados altamente calificados que se requieran para el desempeño de cargos cuyas funciones demanden la aplicación de conocimientos técnicos o científicos especializados o la realización de labores de dirección o de especial responsabilidad, de acuerdo con las necesidades específicas de cada organismo. Asimismo, será un reconocimiento al desempeño en el cargo, en los términos que se establecen en este Decreto*» (art. 1.º). La aludida norma precisó que la prima

¹⁵ «Por el cual se fija el régimen de clasificación y remuneración de los empleos de los Ministerios, Departamentos Administrativos y Superintendencias».

¹⁶ «Por el cual se reglamentan los Decretos Leyes 2400 y 3074 de 1968 y otras normas sobre administración del personal civil».

¹⁷ «Por el cual se modifica el régimen de Prima Técnica, se establece un sistema para otorgar estímulos especiales a los mejores empleados oficiales y se dictan otras disposiciones».

técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada podría ser otorgada a quienes desempeñaran un cargo en los niveles profesional, ejecutivo, asesor o directivo, mientras que la reconocida por evaluación del desempeño tendría la posibilidad de asignarse en todos los niveles (art. 3.º).

A su vez, el Decreto 2164 del 17 de septiembre de 1991, que reglamentó parcialmente el anterior, dispuso que tendrían derecho a este emolumento, los empleados que desempeñen cargos **en propiedad** (arts. 4.º y 5.º)

Los servidores de la Contraloría General de la República también fueron beneficiarios de este emolumento, por disposición del artículo 113¹⁸ de la Ley 106 del 30 de diciembre de 1993¹⁹, cuya constitucionalidad parcial fue objeto de análisis por parte de la Corte Constitucional en la sentencia C-100 de 1996, en la cual declaró la exequibilidad condicionada²⁰ del inciso primero del ordinal 5.º, en el sentido de que no se puede desconocer que la reglamentación de los requisitos mínimos para acceder a la prima técnica deben ser establecidos por el Gobierno Nacional, por disposición del artículo 150, numeral 19, de la Constitución Política; ello por cuanto concluyó que tal actuación no le corresponde al contralor general de la República.

En consideración a lo anterior, el Decreto 1384 del 5 de agosto de 1996 señaló los requisitos mínimos para el otorgamiento de la prima técnica en la Contraloría General de la República, para los niveles directivo-asesor, ejecutivo y profesional. De acuerdo con esta reglamentación, los decretos que fijaron las escalas de

¹⁸ «Artículo 113. De las Prestaciones Sociales de los empleados de la Contraloría General de la República. Los empleados públicos de la Contraloría General de la República tendrán derecho a disfrutar, además del régimen prestacional establecido para los empleados públicos de la rama ejecutiva del poder público a nivel nacional, de las prestaciones que vienen disfrutando en virtud de normas anteriores, entre otros a saber:

(....)

5. Prima técnica.

El Contralor General de la República podrá asignar previo señalamiento de los requisitos mínimos que deberán cumplirse, prima técnica a los funcionarios que desempeñen los cargos comprendidos en los niveles directivo-asesor, nivel ejecutivo y los de nivel profesional.

La prima técnica no podrá exceder en ningún caso el cincuenta por ciento (50%) de la asignación básica mensual fijada por la ley para el respectivo cargo. Para su asignación se deberán (sic) contar con certificado de disponibilidad presupuestal hasta el 31 de diciembre del respectivo año.»

¹⁹ «Por la cual se dictan normas sobre organización y funcionamiento de la Contraloría General de la República, se establece su estructura orgánica, se determina la organización y funcionamiento de la auditoría externa, se organiza el Fondo de Bienestar Social, se determina el sistema de personal, se desarrolla la carrera administrativa especial y se dictan otras disposiciones».

²⁰ En dicha providencia la Corte Constitucional resolvió: «**Primero:** Declarar EXEQUIBLE el inciso primero del numeral 5º del artículo 113 de la Ley 106 de 1993, en el entendido de que, en virtud del artículo 150 ordinal 19 de la Constitución, corresponde al Gobierno la reglamentación de los requisitos mínimos que deben cumplirse para acceder a la prima técnica.

Segundo: Declarar EXEQUIBLE la expresión "para su asignación se deberán (sic) contar con certificado de disponibilidad presupuestal hasta el 31 de diciembre del respectivo año" del inciso segundo del numeral 5º del artículo 113 de la Ley 106 de 1993.»

remuneración anual para la entidad, esto es, los Decretos 55 de 1997, 57 de 1998, 65 de 1999, 270 de 2000, 2732 de 2000, 1494 de 2001, 2719 de 2001, 691 de 2002, 3542 de 2003 y 4155 de 2004, se remitieron a ella para su concesión.

Posteriormente, el Decreto Reglamentario 1336 de 27 de mayo de 2003²¹, modificó el Decreto 1384 de 1996 (art. 6.º), y dispuso:

«**Artículo 1º.** La prima técnica establecida en las disposiciones legales vigentes, solo podrá asignarse por cualquiera de los criterios existentes, a quienes estén **nombrados con carácter permanente** en los cargos del nivel Directivo, Jefes de Oficina Asesora y a los de Asesor cuyo empleo se encuentre adscrito a los despachos de los siguientes funcionarios: Ministro, Viceministro, Director de Departamento Administrativo, Superintendente y Director de Unidad Administrativa especial o sus equivalentes en los diferentes órganos y Ramas del Poder Público.» (destacado de la Sección)

Más adelante, el Decreto Reglamentario 2177 de 29 de junio de 2006²², modificó el artículo 3.º del Decreto 2164 de 1991 en lo que respecta a los requisitos para acceder a la prima técnica, pero conservó lo dispuesto por el Decreto 1336 de 2003, en cuanto a los cargos que pueden tener derecho a la misma.

En atención a lo anterior, el Gobierno Nacional al expedir las normas relativas a las escalas de remuneración anuales de la Contraloría General a partir del año 2004, se remitió a lo dispuesto tanto por el Decreto 1336 de 2003 como por el Decreto 2177 de 2006 en lo concerniente a la prima técnica, tal y como puede verificarse en los Decretos 920 de 2005, 393 de 2006, 622 de 2007, 662 de 2008, 727 de 2009 y 1392 de 2010, este último, vigente para la fecha en la que se expidió la Resolución 0124 de 2011.

De otra parte, en relación con el requisito previsto en el Decreto 1336 de 2003, según el cual, para ser acreedor de la prima objeto de estudio, es necesario tener nombramiento con carácter de permanente, la jurisprudencia indicó que se trata de aquellas personas que además de cumplir los requisitos legalmente exigidos, fueron seleccionados para ocupar el cargo mediante el sistema de concurso o que tratándose de un empleo de libre nombramiento y remoción se desempeñe en propiedad, situación que excluye a los designados en provisionalidad²³ y a los

²¹ «Por el cual se modifica el régimen de Prima Técnica para los empleados públicos del Estado».

²² «Por el cual se establecen modificaciones a los criterios de asignación de prima técnica y se dictan otras disposiciones sobre prima técnica».

²³ Al respecto se puede consultar Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 12 de diciembre de 2002, Radicación 1.477, C.P.: Susana Montes de Echeverri.

servidores temporales, quienes ostentan una nueva categoría de empleo creada por la Ley 909 de 2004²⁴, puesto que no tienen una vinculación definitiva con el Estado²⁵. Ello obedece a la finalidad de dicha prestación económica, que como se dijo, es la de atraer o mantener en el servicio público a personas que por sus cualidades profesionales, académicas y de desempeño, contribuyen a garantizar la eficiencia y eficacia de la función pública.

En relación con la prima técnica, se concluye:

- Los requisitos mínimos para acceder a tal beneficio deben ser fijados por el Gobierno Nacional, de conformidad con el artículo 150, numeral 19, de la Constitución Política.

- Para el momento en el que se expidió la resolución acusada, el Decreto 1336 de 2003 había dispuesto que podrían tener derecho a ella quienes tuvieran nombramiento con carácter permanente.

- Por nombramiento con carácter permanente se entiende aquel que recae en una persona que fue seleccionada para ocupar el cargo mediante el sistema de concurso o que tratándose de un empleo de libre nombramiento y remoción se desempeñe en propiedad, lo cual excluye a quien fue designado por nombramiento provisional o en una planta transitoria.

- En ese orden de ideas, al extender en el artículo 5.º de la Resolución 0124 de 2011 a la planta transitoria de empleos, la prima técnica contenida en el Decreto 1336 de 2003, la contralora general de la República amplió el ámbito de aplicación de dicho beneficio, actuación que no le correspondía, pues la potestad de fijar los requisitos mínimos para acceder a ella, está en cabeza del Gobierno Nacional.

Finalmente, considera la Sección Segunda que es necesario precisar que si bien el Decreto 1227 del 21 de abril de 2005²⁶, que reglamentó parcialmente la Ley 909

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 28 de enero de 2010, Consejero Ponente Luis Rafael Vergara Quintero, número interno 0158-2008.

²⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 19 de junio de 2008, Radicación: 11001 03 25 000 2006 00087 00 (1475-06), C.P.: Jaime Moreno Garcia,

²⁵ Consejo de Estado, Sala de Servicio y Consulta Civil, Concepto del 16 de agosto de 2012, Radicación: 11001-03-06-000-2011-00042-00(2105), actor: Ministerio de Educación Nacional, C.P.: William Zambrano Cetina.

²⁶ «por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 909 de 2004 y el Decreto-ley 1567 de 1998.»

de 2004, indicó que el régimen salarial y prestacional de los empleados temporales²⁷, esto es, los creados en las plantas de cargos para el ejercicio de las funciones previstas en el artículo 21 de la Ley 909 de 2004, sería el correspondiente a los empleos de carácter permanente que rige para la entidad que va a crear el cargo, el cual se reconocería de conformidad con lo normado en la ley (artículo 2.º)²⁸, lo cierto es que no se podía desconocer la finalidad y naturaleza de la prima técnica, así como los requisitos que el Decreto 1336 de 2003 consagró para poder acceder a aquel beneficio, ni la competencia para fijar el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos.

Conclusión: El acto acusado no creó un nuevo régimen salarial y prestacional para los empleados de la planta transitoria, pues lo que hizo fue remitirse a las normas expedidas en estas materias por la autoridad competente, en consecuencia no desconoció lo previsto por el artículo 150 ordinal 19.º literal e) de la Constitución Política.

Por otra parte, al extender en el artículo 5.º de la Resolución 0124 de 2011 a la planta transitoria de empleos la prima técnica contenida en el Decreto 1336 de 2003, la contralora general de la República amplió el ámbito de aplicación de dicho beneficio, actuación que no le correspondía, pues la potestad de establecer los requisitos mínimos para acceder a ella está en cabeza del Gobierno Nacional de conformidad en el artículo 150, numeral 19.º, de la Constitución Política, motivo por el cual se encuentra probada la causal de nulidad de falta de competencia.

3. Decisión: Al concluirse que el acto acusado incurrió en el vicio de falta de competencia al extender la prima técnica de que trata el Decreto 1336 de 2003 a la planta transitoria creada por medio de la Resolución 0124 del 7 de febrero de 2011, la Sala declarará la nulidad de la expresión «y Decreto 1336 de 2003» contenida en el artículo 5.º de la norma acusada y denegará las demás pretensiones de la demanda.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la

²⁷ «Artículo 1.º. 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. [...]»

²⁸ Artículo 2.º. 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.

República y por autoridad de la ley:

FALLA

Primero: Declárese la nulidad de la expresión «y Decreto 1336 de 2003» contenida en el artículo 5.º de la Resolución 0124 del 7 de febrero de 2011 «*por la cual se conforma una Planta Transitoria de Empleos Supernumerarios*», por las razones expuestas *ut supra*.

Segundo: Se niegan las demás pretensiones de la demanda.

Tercero: Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente y efectuése las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

Notifíquese y cúmplase

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

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

CARMELO PERDOMO CUÉTER

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ