

CONCEPTO 47414 DE 2018

(agosto 23)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA

Asunto Comisión para desempeñar empleo en periodo de Prueba

Respetada Doctora XXXXX.

Es pertinente recordar lo dispuesto en la Circular No. 00006 de 2013, para que a futuro sea tenida en cuenta por el personal de esa dependencia, y cuyo acápite pertinente señala:

[...] me permito informar que a partir de la fecha la asesoría y solicitudes de conceptos a la Dirección Jurídica, deberán ser radicados en el aplicativo Onbase y canalizados a través de la Secretaría General, Directores de Área, Jefes de Oficina, Directores Regionales, Subdirectores de Centro y Coordinadores de Grupo.

En consecuencia, de lo anterior consideramos que la solicitud se hace a título personal, sin entrar a definir la conducta asumida por quien la eleva, debido a que por medio de conceptos jurídicos no es viable analizar situaciones particulares ni evaluar actuaciones de los servidores públicos o contratistas del SENA, sin tener en cuenta lo señalado en la citada circular.

En atención a su correo electrónico del 3 de agosto de 2018 (sin radicar), mediante el cual solicita una servidora que se encuentra con nombramiento en empleo temporal puede solicitar una comisión para posesionarse en periodo de prueba en un cargo de carrera

ANALISIS JURIDICO

La provisión de empleos públicos a través de la figura del concurso, obedece a la satisfacción de los altos intereses públicos y sociales del Estado, en cuanto garantiza un derecho fundamental como es el acceso a la función pública, realiza el principio de igualdad de tratamiento y de oportunidades de quienes aspiran a los cargos públicos en razón del mérito y la calidad y constituye un factor de moralidad, eficiencia e imparcialidad en el ejercicio de la función administrativa. Por lo tanto, la oportuna provisión de los empleos, con arreglo al cumplimiento estricto de las reglas del concurso y el reconocimiento efectivo de las calidades y el mérito de los concursantes aseguran el buen servicio administrativo.

1o. CONCURSO DE MÉRITOS

El concurso es la norma reguladora y obliga tanto a la administración, como a las entidades contratadas para la realización del concurso y a los participantes, en ella se delinean los parámetros que guiarán el proceso, los participantes, en ejercicio de los principios de buena fe y confianza legítima, esperan su estricto cumplimiento.

La Ley [909](#) de 2004, por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones, establece:

“ARTÍCULO [31](#). ETAPAS DEL PROCESO DE SELECCIÓN O CONCURSO. El proceso de selección comprende:

(...)

5. Período de prueba. La persona no inscrita en carrera administrativa que haya sido seleccionada por concurso será nombrada en período de prueba, por el término de seis (6) meses, al final de los cuales le será evaluado el desempeño, de acuerdo con lo previsto en el reglamento.

Aprobado dicho período al obtener evaluación satisfactoria el empleado adquiere los derechos de la carrera, los que deberán ser declarados mediante la inscripción en el Registro Público de la Carrera Administrativa. De no obtener calificación satisfactoria del período de prueba, el nombramiento del empleado será declarado insubsistente.

El empleado inscrito en el Registro Público de Carrera Administrativa que supere un concurso será nombrado en período de prueba, al final del cual se le actualizará su inscripción en el Registro Público, si obtiene calificación satisfactoria en la evaluación del desempeño laboral. En caso contrario, regresará al empleo que venía desempeñando antes del concurso y conserva su inscripción en la carrera administrativa. Mientras se produce la calificación del período de prueba, el cargo del cual era titular el empleado ascendido podrá ser provisto por encargo o mediante nombramiento provisional". (...) (Negrita y subrayado fuera del texto).

Por su parte, el Decreto [1227](#) de 2005, señala lo siguiente:

“ARTÍCULO [35](#). Se entiende por período de prueba el tiempo durante el cual el empleado demostrará su capacidad de adaptación progresiva al cargo para el cual fue nombrado, su eficiencia, competencia, habilidades y aptitudes en el desempeño de las funciones y su integración a la cultura institucional. El período de prueba deberá iniciarse con la inducción en el puesto de trabajo.”

“ARTÍCULO [36](#). La persona no inscrita en la carrera que haya sido seleccionada por concurso será nombrada en período de prueba por un término de seis (6) meses. Aprobado dicho período por obtener calificación satisfactoria en el ejercicio de sus funciones, el empleado adquiere los derechos de carrera y deberá ser inscrito en el Registro Público de la Carrera Administrativa.

Si no lo aprueba, una vez en firme la calificación, su nombramiento deberá ser declarado insubsistente por resolución motivada del nominador.”

Por su parte, el Decreto [1083](#) de 2015 “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública” en relación con el período de prueba, indica:

“ARTÍCULO [2.2.6.26](#). Cuando un empleado con derechos de carrera supere un concurso será nombrado en ascenso en período de prueba por el término de seis (6) meses. Si supera este período satisfactoriamente le será actualizada su inscripción en el registro público.

Mientras se produce la calificación del periodo de prueba, el cargo del cual es titular el empleado ascendido podrá ser provisto por encargo o mediante nombramiento provisional, conforme con las reglas que regulan la materia.” (Subrayado fuera de texto)

“ARTÍCULO [62](#). Al vencimiento del período de prueba el empleado será evaluado en su desempeño laboral y deberá producirse la calificación definitiva de servicios, para lo cual se utilizará el instrumento de evaluación del desempeño que rige para la respectiva entidad.

Una vez en firme la calificación del período de prueba, si fuere satisfactoria, determinará la permanencia del empleado en el cargo para el cual fue nombrado y su inscripción en el Registro

Público de Carrera Administrativa. En caso de ser insatisfactoria la calificación, causará el retiro de la entidad del empleado que no tenga los derechos de carrera administrativa." (Subrayado fuera de texto)

2o. EMPLEOS TEMPORALES

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 [1](#)o. 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.

De otra parte el artículo [3](#)o inciso 3o del decreto 1227 de 2005 señala.

(...)

El ingreso a empleos de carácter temporal no genera el retiro de la lista de elegibles ni derechos de carrera.

Finalmente, el artículo [4](#) del decreto 1227 de 2005 dispone:

“ARTÍCULO [4](#)o. (...)

“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 Decreto 0183 de 2015 por su parte establece:

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

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

PARÁGRAFO. A quienes ejerzan empleos de carácter temporal no podrá efectuárseles ningún movimiento dentro de la planta de personal que implique el ejercicio de funciones distintas a las que dieron lugar a la creación de los mismos de acuerdo con lo establecido en la Ley [909](#) de 2004”. (Negrillas y subrayado fuera de texto)

3o.COMISIÓN PARA DESEMPEÑAR EMPLEOS PÚBLICOS

La Ley [909](#) de 2004, “Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”, establece:

“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.”

ANÁLISIS

De acuerdo con lo previsto en la Constitución Política y la ley, hacen parte de la función pública los empleos públicos de carrera; de libre nombramiento y remoción; los de período fijo y los empleos temporales.

Respecto de los empleos temporales, los organismos y entidades a las que se les aplica la Ley [909](#) de 2004, de acuerdo con sus necesidades podrán contemplar excepcionalmente en sus plantas de personal empleos de carácter temporal o transitorio, conforme con lo dispuesto en el artículo [21](#) de la Ley 909 de 2004.

En relación con lo contemplado en el precitado artículo [21](#) de la Ley 909 de 2004, la Corte Constitucional en Sentencia C-288 de 2014, indicó la forma en que deben proveerse los empleos temporales:

- Mediante listas de elegibles.
- Si no es posible mediante lista de elegibles, se deberán tener en cuenta los servidores con derechos de carrera que hagan parte de su planta de personal.
- Y de no existir las dos opciones anteriores, las entidades u organismos del Estado, deberán garantizar la libre concurrencia en el proceso, a través de una convocatoria.

Los empleos de carácter temporal, según lo contemplado en el artículo [21](#) de la Ley 909 de 2004, tienen las siguientes características:

1. Tienen un vínculo transitorio.
2. No hay una vinculación definitiva con el Estado.
3. No genera derechos de carrera administrativa.
4. Está determinado exclusivamente a las labores para las cuales fue creado el empleo.
5. Vencido el plazo de duración del empleo temporal, se extingue la relación con la Administración.
6. No es un empleo de carrera administrativa, ni de libre nombramiento y remoción, se considera una categoría independiente de empleo público.
7. El nombramiento deberá efectuarse mediante acto administrativo en el que se indicará el término de su duración.
8. El término de duración del nombramiento en el empleo de carácter temporal deberá sujetarse a la disponibilidad presupuestal.

Conforme con lo expuesto en la mencionada Sentencia proferida por la Corte Constitucional, es viable la provisión transitoria de empleos de carácter temporal con servidores de carrera administrativa, lo cual no implica la pérdida de sus derechos, siempre que no existan listas de elegibles con las que se puedan proveer.

De acuerdo con lo establecido en la ley para la provisión de los empleos temporales, encontramos que se trata de un nombramiento transitorio, no se trata de empleos de carrera administrativa ni genera derechos de carrera administrativa por lo que no es dable conferir comisión a un empleo temporal para desempeñar un empleo de carrera en período de prueba, pues no se cumplen los requisitos establecidos en la Ley 909 de 2004 y en el Decreto [12227](#)<SIC> para desempeñar un empleo en comisión.

Lo anterior se reafirma con el hecho de que los empleados que tienen derechos de carrera administrativa y superan el concurso de méritos en otra entidad, tienen derecho a conservar su empleo mientras superan el periodo de prueba.

La persona que ha ingresado al empleo público mediante concurso debe ser evaluada al finalizar el periodo de prueba, concebido como el tiempo durante el cual el empleado demostrará su capacidad de adaptación progresiva al cargo para el cual fue nombrado, su eficiencia, competencia, habilidades y aptitudes en el desempeño de las funciones y su integración a la cultura institucional.

De no obtener calificación satisfactoria del período de prueba, el nombramiento del empleado será declarado insubsistente por resolución motivada del nominador.

El artículo [26](#) de la Ley 909 de 2004 prevé que los empleados de carrera con evaluación de desempeño sobresaliente tienen derecho a que se les otorgue comisión hasta por tres años, prorrogable por otros 3 años para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción.

Los servidores públicos de carrera cuya evaluación de desempeño haya sido satisfactoria pueden solicitar el otorgamiento de dicha comisión, por lo que su otorgamiento queda a discreción del nominador.

CONCLUSIÓN

De lo antes expuesto se concluye que una persona que haya sido nombrada en un empleo temporal, no puede ser designada para desempeñar un cargo de libre nombramiento y remoción o de carrera en la misma entidad o en otra entidad pública, pues la comisión está reservada para los empleados de carrera con evaluación sobresaliente o satisfactoria.

En este sentido, el párrafo del artículo [4o](#) del Decreto 1227 de 2005 en armonía con el artículo [2.2.1.1.4](#) del Decreto 1083 de 2015 prevén con meridiana claridad que 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”.

Del mismo modo, si la persona nombrada en un empleo temporal es nombrada en un cargo de carrera administrativa por haber superado un concurso de méritos, deberá previamente renunciar al empleo temporal, pues no puede desempeñar simultáneamente dos empleos públicos ni percibir doble asignación del tesoro público por expresa prohibición del artículo [128](#) de la Constitución Política y de la Ley [4](#) de 1992.

Recuérdese que los derechos de carrera sólo se conservan para quienes se encuentren inscritos en el registro público de carrera administrativa y no superen el período de prueba del cargo para el cual concursaron, tal como lo prevé el artículo [31](#) de la Ley 909 de 2004.

Por las razones expuestas, a una persona con nombramiento en empleo temporal no se le puede otorgar una comisión para posesionarse en periodo de prueba en un cargo de carrera.

El presente concepto se rinde de conformidad con lo dispuesto por el artículo [28](#) del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

Carlos Emilio Burbano Barrera

Coordinador

Grupo de Conceptos Jurídicos y Producción Normativa
Dirección Jurídica - Dirección General



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma del Sena

ISSN Pendiente

Última actualización: 20 de abril de 2024 - (Diario Oficial No. 52.716 - 3 de abril de 2024)

