



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN A

CONSEJERO PONENTE: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Bogotá, D.C., cuatro (4) de agosto de dos mil veintidós (2022)

Referencia: NULIDAD

Radicación: 11001-03-25-000-2019-00273-00 (1711-2019)

Demandante: Jairo Benjamín Villegas Arbeláez

Demandado: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar- ICBF

Tema: Nulidad de la Resolución 1364 del 22 de febrero de 2019, expedida por la directora general del ICBF

SENTENCIA DE ÚNICA INSTANCIA

En ejercicio de la competencia atribuida por el numeral 1 del artículo 149 del CPACA, corresponde a la Sala decidir sobre la demanda de nulidad interpuesta contra la Resolución 1364 del 22 de febrero de 2019, expedida por la directora general del ICBF, «[p]or la cual se adopta el Sistema de Valoración del desempeño de los servidores públicos vinculados mediante nombramiento provisional en la planta global del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar» y se deroga una Resolución».

Antecedentes

La demanda¹

Pretensiones

El ciudadano Jairo Villegas Arbeláez, en ejercicio del medio de control previsto en el artículo 37 del CPACA, solicitó declarar la nulidad de la Resolución 1364 de febrero 22 de 2.019 «por la cual se adopta el sistema de valoración del desempeño

¹ Folios 1 al 16

Calle 12 No. 7 – 65 – Tel: (57-1) 350-6700 Bogotá D.C. – Colombia
www.consejodeestado.gov.co

de los servidores públicos vinculados mediante nombramiento provisional en la planta global del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR y se deroga una resolución», proferida por la directora general del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Fundamentos de la demanda. Cargos de nulidad

Falta de competencia del ICBF, porque las autoridades administrativas no pueden crear un sistema de evaluación de desempeño laboral de empleados nombrados en provisionalidad en atención a lo señalado en las siguientes disposiciones:

Artículos 6, 122 y 125 de la Constitución Política.

Artículos 11, 38, 40 y 41 de la Ley 909 de 2004, que fijaron las funciones del CNCS relacionadas con la carrera administrativa, el sistema de evaluación del desempeño de los empleados de carrera administrativa, los instrumentos de evaluación y las causales de retiro de los empleados públicos, respectivamente.

Artículo 2.2.8.1.1. del Decreto 1083 de 2015, que definió la evaluación del desempeño laboral de los empleados de carrera administrativa y en período de prueba.

Acuerdo 6176 de 2018 de la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNCS),

«[p]or el cual se establece el Sistema Tipo de Evaluación del Desempeño Laboral de los Empleados Públicos de Carrera Administrativa y en Período de Prueba».

Al respecto, indicó lo siguiente:

La Ley 909 de 2004 y el Decreto Reglamentario 183 de 2015 no consagraron la evaluación de desempeño laboral de los empleados nombrados en provisionalidad, sino únicamente la de los empleados inscritos en carrera administrativa y los que se encuentren en periodo de prueba.

En ese sentido, el Acuerdo 6176 del 2018, expedido por la Comisión Nacional del Servicio Civil, estableció el sistema tipo de evaluación del desempeño laboral para los inscritos en carrera administrativa y los que se encuentren en periodo de prueba. Ninguna otra norma jurídica otorga competencia funcional a las autoridades administrativas para evaluar o valorar el desempeño de los empleados nombrados en provisionalidad.

De conformidad con la Ley 909 de 2004, la evaluación de desempeño laboral fue creada, principalmente, para adquirir los derechos de carrera administrativa, permanecer y ascender en la misma y para optar por empleos de libre nombramiento y remoción o de periodo, mediante la figura del encargo.

Si bien la Corte Constitucional en algunas sentencias de tutela se ha referido, a título de obiter dicta, a la calificación del desempeño como uno de los posibles eventos de retiro de los nombrados en provisionalidad,² lo cierto es que la Sección Segunda del Consejo de Estado³ ha determinado que los efectos de la evaluación del desempeño de los empleados de carrera no pueden extenderse a los empleados del Estado vinculados a través de otro tipo de nombramiento.

Falsa motivación, por las siguientes razones:

[...]

- En los “considerandos” o motivación de la Resolución acusada, apenas se consignan apreciaciones, pero no se indica, por no existir, ninguna norma jurídica que consagre o autorice u otorgue competencia a la Administración para la evaluación o valoración del desempeño de los provisionales;

² Menciona las sentencias T-800 de 1998 y la SU- 917 de 2010.

³ Menciona los Autos del 26 de abril y 16 de agosto de 2018.

- En los “considerandos” se invoca erradamente a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL al pretender atribuirle criterio diferente al vigente y preciso que es el consagrado en su Acuerdo 6176/98 “por el cual se establece el sistema tipo de Evaluación del desempeño laboral de los empleados públicos de carrera y en periodo de prueba”;
- En los “considerandos” en forma errada se pretende justificar la evaluación de provisionales por su vinculación a las “metas institucionales”, lo que es improcedente dado que la ley en forma expresa regula “las metas institucionales” pero en relación con los empleados de carrera” [...]
- Los “considerandos” o motivación de la resolución acusada, sus apreciaciones, son ostensiblemente contrarias, en la forma ya analizada anteriormente, a la Constitución Nacional, a la ley, al Acuerdo de la CNSC y al precedente jurisprudencial del CONSEJO DE ESTADO [...] (Mayúsculas y resaltados son del texto original)

La contestación de la demanda

El apoderado del ICBF se opuso a las pretensiones de la demanda, con sustento en las siguientes razones:⁴

El demandante no puede confrontar el acto acusado para fundamentar la presunta nulidad con base en un régimen especial distinto al de los empleados provisionales. En efecto, la resolución acusada tiene como finalidad proteger el óptimo y correcto cumplimiento de los fines estatales, mediante la evaluación de los empleados que desempeñan los empleos de carrera. Por consiguiente, ante la falta de regulación legal específica, las entidades están obligadas a expedir los parámetros para definir la forma en que debe evaluarse la correcta prestación del servicio público por parte de los servidores públicos nombrados en provisionalidad.

El pronunciamiento de la Sección Segunda del Consejo de Estado invocado en la demanda no corresponde a un criterio unificado de la Sección, sino al de un solo magistrado, el cual puede ser modificado con cargas argumentativas adicionales. Además, en dicha providencia la violación se fundamentó frente a una norma superior distinta, porque el Decreto 1083 de 2015 fue modificado por el Decreto 1449 de 2017, el cual sirvió de fundamento a la resolución acusada en el sub lite.

⁴ Folios 38 al 40 del cuaderno de medidas cautelares

Suspensión provisional

El demandante, con los mismos fundamentos de la demanda, solicitó como medida cautelar la suspensión provisional de los efectos de la Resolución 1364 del 22 de febrero de 2019, expedida por la directora general del ICBF, «[p]or la cual se adopta el Sistema de Valoración del desempeño de los servidores públicos vinculados mediante nombramiento provisional en la planta global del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y se deroga una Resolución»

Mediante providencia del 30 de julio de 2020⁵, se denegó la suspensión provisional, al considerar que la resolución acusada, prima facie, no pugnaba con el ordenamiento jurídico superior.

En la citada decisión, con apoyo en el estudio armónico de los artículos 125 de la Constitución Política, 2 y 19 de la Ley 909 de 2004, 2.2.18.2.1 del Decreto 1083 de

2015, 133 de la Ley 1753 de 2015, 27 a 29 de la Ley 489 de 1998, 2 del Decreto 1499 de 2017, entre otras normas, se precisó que la función pública se debe desarrollar de manera eficiente con base en las responsabilidades asignadas y las metas institucionales para el correcto desarrollo de los fines esenciales del Estado. Para este efecto, se sostuvo que las entidades debían fijar objetivos, metas y mecanismos de evaluación desempeño laboral que permitiera verificar el grado y calidad de su cumplimiento, en aras de privilegiar el interés general.

Conforme al anterior criterio, se afirmó que no es posible inferir que la Constitución Política contenga una prohibición en torno a la calificación de empleados nombrados en provisionalidad y se advirtió que la evaluación de desempeño laboral contenida en la resolución acusada se fundó en criterios objetivos y verificables de cara a las metas y funciones asignadas, lo cual, en caso de producirse una evaluación insatisfactoria, garantiza de antemano la motivación suficiente del acto de

⁵ Folios 42 al 51 ibidem

insubsistencia de un nombramiento en provisionalidad, ante una eventual impugnación en sede judicial.

Finalmente, se explicó que si bien la evaluación del desempeño de los empleados provisionales resulta procedente, esta no puede hacerse bajo los mismos parámetros fijados para los empleados de carrera administrativa.

La audiencia inicial

Mediante auto interlocutorio del 29 de abril de 2021⁶ se decidió prescindir de la audiencia inicial prevista en el artículo 180 del CPACA y se fijó el litigio en los siguientes términos:

Teniendo en cuenta las pretensiones y los argumentos de la demanda, así como los de su contestación, se concluye que el objeto de la controversia que se presenta en el sub lite recae en determinar i) si la Resolución 1363 (sic) proferida el 22 de febrero de 2019, por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) «Por la cual se adopta la evaluación de desempeño de los servidores públicos vinculados mediante nombramiento provisional en la planta global (...)», se expidió sin competencia y con falsa motivación; en caso afirmativo ii) si hay lugar a declarar su nulidad.

Contra el Auto del 29 de abril de 2021 no se interpuso ningún recurso.

Los alegatos de conclusión

La entidad demandada

El apoderado del ICBF solicita denegar las pretensiones de la demanda, de conformidad con los argumentos que a continuación se resumen:⁷

El artículo 209 de la Constitución Política establece que todas las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para garantizar los fines del Estado y, por ello, resulta necesario que las entidades públicas creen mecanismos

⁶ Folios 53 al 56

⁷ Samai, índice 39

para que todos los servidores públicos cumplan de forma estricta las funciones asignadas.

El artículo 78 de la Ley 489 de 1998 señala que corresponde a los directores de las entidades dirigir, coordinar, vigilar y controlar la ejecución de las funciones de todos los servidores públicos sin importar la forma de su vinculación.

El artículo 2 de la Ley 909 de 2004, incorporó como principio de la función pública los instrumentos de evaluación de desempeño para medir el trabajo desarrollado, así como la capacitación para aumentar los niveles de eficacia.

La CNSC, a través del criterio unificado sobre «evaluación de funcionarios vinculados en nombramiento provisional» proferido en sesión del 5 de julio de 2016, explicó que la evaluación de los funcionarios vinculados en nombramiento provisional es una herramienta con la que cuentan los directores de entidades para garantizar el correcto cumplimiento de las funciones y tareas de sus colaboradores.

Cuando las entidades públicas deciden establecer parámetros objetivos de evaluación, garantiza no solo la permanencia en el servicio público por el principio del mérito, sino también el principio constitucional del debido proceso para todos los evaluados, pues la Corte Constitucional ha exigido a las entidades públicas que el retiro de los empleados con nombramiento en provisionalidad debe fundarse en criterios objetivos debidamente motivados con el objeto de garantizar un buen servicio público.

El demandante fundamenta de forma equivocada los vicios de nulidad de la resolución acusada bajo la regulación legal establecida para la evaluación de desempeño de los empleados en carrera administrativa, es decir frente a un régimen especial distinto al de los empleados provisionales.

El demandante

El demandante centra su argumentación en el principio de legalidad, así:⁸

Las autoridades solo pueden ejercer las competencias expresamente atribuidas en la Constitución, en la ley o el reglamento, y no mediante una interpretación extensiva de un principio general o por inferencia o derivación de las normas escritas.

No existe en la Constitución ni en la ley ninguna norma que atribuya una competencia al ICBF para evaluar el desempeño de los empleados nombrados en provisionalidad como lo hace la resolución acusada.

Finalmente, reitera todos los argumentos y fundamentos de la demanda para que se acceda a la nulidad del acto acusado.

Concepto del Ministerio Público

La Procuraduría Tercera delegada ante el Consejo de Estado solicita que se denieguen las pretensiones de la demanda, porque en su criterio la Resolución 1364 del 22 de febrero de 2019 se encuentra ajustada al ordenamiento jurídico superior, por lo siguiente:⁹

Al tenor de lo normado en el artículo 2 de la Constitución Política el Estado tiene unos fines

esenciales, entre ellos, la debida satisfacción de los fines institucionales y la satisfacción de los derechos y necesidades del colectivo social, mediante el cumplimiento de la función administrativa, el cual es desarrollado por los artículos 209 de la misma Carta y los artículos 3 de la Ley 489 de 1998 y del CPACA.

No resulta consecuente que la autoridad administrativa no tuviere competencia, para controlar el ejercicio de la función pública a través de mecanismos de fijación de metas de desempeño y cumplimiento de tareas o actividades, no solo con el

⁸ Samai, índice 40

⁹ Samai, índices 43 y 44

propósito de permanecer en el servicio, sino, además, con la visión de mejorar continuamente la prestación del servicio o la función pública.

La CNSC, en conceptos del 8 de mayo de 2009 y del 19 de febrero de 2021 (2- 2009-07345 y 060051, respectivamente) indicó que las entidades pueden evaluar a los provisionales a través de instrumentos específicos diseñados por la entidad o mediante formatos similares a los que se utilizan para la evaluación de los empleados de carrera, en período de prueba o de libre nombramiento y remoción.

La evaluación del desempeño de un servidor en provisionalidad, siempre y cuando se haga sobre instrumentos que conlleven una valoración objetiva, permite gestionar el recurso humano y a apartar del servicio a quienes no tengan el compromiso necesario con la meta institucional, en coherencia con la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado sobre la desvinculación de los servidores en provisionalidad.

Por todo lo anterior, no es dable pregonar la falta de competencia del ICBF para establecer la evaluación del desempeño de los servidores en provisionalidad, pues si bien no existe una regulación legal específica en la materia, por interpretación constitucional y jurisprudencial, es viable que la entidad evalúe el desempeño de los titulares de los cargos.

Consideraciones

Problema jurídico

Se circunscribe a determinar si la Resolución 1364 del 22 de febrero de 2019, expedida por la directora general del ICBF, que adoptó un sistema de valoración del desempeño de los servidores públicos vinculados mediante nombramiento provisional, se expidió sin competencia o con falsa motivación.

La norma demandada

La mencionada resolución estableció un sistema de evaluación de desempeño para los funcionarios nombrados en provisionalidad, en los siguientes términos:

[...]

ARTÍCULO PRIMERO. ADOPCIÓN DEL SISTEMA. Adoptar, como política institucional, el Sistema de Valoración del Desempeño de los servidores públicos vinculados bajo nombramiento provisional en la planta global del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

ARTÍCULO SEGUNDO. NOCIÓN Y OBJETIVO DE LA VALORACIÓN DEL DESEMPEÑO DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS VINCULADOS BAJO NOMBRAMIENTO PROVISIONAL.

La valoración del

desempeño es el proceso mediante el cual se verifican, valoran y califican los compromisos funcionales y las competencias comportamentales como aporte al logro de las metas del Plan de Acción del ICBF que realiza el servidor público vinculado bajo nombramiento provisional, en el marco de sus funciones, responsabilidades y desempeño laboral.

La valoración del desempeño de los servidores públicos vinculados bajo nombramiento provisional debe ser objetiva, imparcial y fundada en principios de equidad. Para realizarla deben tenerse en cuenta las fortalezas y los aspectos a mejorar del evaluado, referirse a hechos concretos, a comportamientos verificables considerando las circunstancias y condiciones en las que ejerce su actividad.

ARTÍCULO TERCERO. FINALIDAD DE LA VALORACIÓN DEL DESEMPEÑO DE LOS SERVIDORES

PÚBLICOS VINCULADOS BAJO NOMBRAMIENTO PROVISIONAL. La valoración del desempeño de los servidores públicos vinculados bajo nombramiento provisional en el ICBF tiene como finalidad propender por el cabal cumplimiento de los fines del Estado encaminados a mejorar el servicio del Sistema de Bienestar Familiar, de conformidad con el Modelo Integrado de Planeación y Gestión, para lo cual evidenciará las competencias y aportes del servidor público y orientará la toma de decisiones relacionadas con su desarrollo laboral y con la permanencia del servicio.

ARTÍCULO CUARTO. - PRINCIPIOS DE LA VALORACIÓN DEL DESEMPEÑO DE LOS SERVIDORES

VINCULADOS BAJO NOMBRAMIENTO PROVISIONAL. La valoración del desempeño de los servidores públicos vinculados mediante nombramiento provisional es un sistema que debe realizarse de acuerdo con los principios que rigen la función administrativa, la permanencia y orientados por los siguientes principios:

-Mérito: Este determinará la permanencia de los servidores dentro del término del nombramiento provisional. El servidor deberá demostrar en forma continua su capacidad para alcanzar los resultados esperados en las condiciones previstas.

-Objetividad: La valoración del desempeño de los servidores vinculados bajo nombramiento provisional se realizará con base en parámetros previamente establecidos y estará determinada por el cumplimiento de las actividades y la contribución al logro de las metas institucionales.

-Igualdad: A todos los servidores públicos vinculados bajo nombramiento provisional se les medirá su gestión con los mismos propósitos y bajo las mismas normas, parámetros, criterios e instrumentos.

-Cumplimiento: Todos los servidores deberán cumplir cabalmente las normas que regulan la función pública y las funciones asignadas al empleo.

-Evaluación: La permanencia en los cargos exige que el servidor público vinculado bajo nombramiento provisional se someta y colabore activamente en el proceso de valoración

personal e institucional, de conformidad con los criterios definidos por la entidad o autoridad competente.

-Promoción de lo Público: Es tarea de cada servidor la búsqueda de un ambiente colaborativo, de trabajo en equipo, de defensa permanente del interés público y de asumir un compromiso con la protección de los derechos, el interés general y la libertad de los ciudadanos.

ARTÍCULO QUINTO. RESPONSABLE DE VALORAR EL DESEMPEÑO DE LOS SERVIDORES

VINCULADOS BAJO NOMBRAMIENTO PROVISIONAL. El responsable de valorar el desempeño de los servidores vinculados bajo nombramiento provisional en la Sede de la Dirección General y en las Direcciones Regionales es el jefe inmediato, es decir, quien ejerza las funciones de Director, Jefe de oficina Asesora, Jefe de Oficina, Subdirector o Coordinador.

PARÁGRAFO. Al retiro o cambio del jefe inmediato del evaluado, se deberá realizar una evaluación parcial eventual, motivada en el cambio de evaluador, siempre y cuando supere los treinta (30) días calendario.

ARTÍCULO SEXTO. COMPROMISOS DE LOS RESPONSABLES DE LA VALORACIÓN DE SERVIDORES

VINCULADOS BAJO NOMBRAMIENTO PROVISIONAL. La valoración del desempeño de los servidores públicos vinculados bajo nombramiento provisional compromete y obliga tanto a los evaluados como a evaluadores:

Los jefes inmediatos de los servidores públicos vinculados bajo nombramiento provisional deberán implementar el Sistema de Valoración en el área o dependencia a su cargo, y además deberán:

Realizar la valoración de la gestión de los servidores nombrados en provisionalidad dentro de los plazos y casos establecidos en la presente Resolución.

Concertar con cada servidor público vinculado bajo nombramiento provisional los compromisos laborales para el periodo correspondiente dentro de los quince primeros

(15) días hábiles del periodo a evaluar, o a partir de la fecha de posesión y/o al reintegro del servidor al empleo después de cualquier situación administrativa que lo separe del mismo.

En todo caso, se deberá valorar el periodo efectivamente laborado, si este es superior a treinta (30) días calendario. Si no hay consenso en la concertación el evaluador los fijará dentro de los tres (3) días hábiles siguientes, dejará constancia del hecho y solicitará la firma de un testigo.

Lo anterior se comunicará al evaluado, quien podrá solicitar al superior jerárquico del jefe inmediato que establezca los compromisos a cumplir para el periodo, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes.

Si el jefe inmediato omite cumplir con la obligación de concertar los compromisos, el evaluado los presentará al jefe inmediato en el formato establecido para tal fin, de acuerdo con las funciones determinadas en el Manual de Funciones y Competencias, el Plan Institucional del ICBF y los planes y programas de la dependencia.

Si no son aprobados por el jefe inmediato, el evaluado acudirá al superior de éste quien deberá aprobarlos o fijarlos y serán estos los que el evaluado deberá cumplir.

De lo anterior, se enviará copia a la historia laboral del evaluado.

Así mismo, se deberá concertar 4 competencias comportamentales conforme lo previsto en el Manual de Funciones y Competencias Laborales vigente.

Realizar el seguimiento permanente al desempeño laboral de los servidores a su cargo y formular los correctivos y recomendaciones que se requieran para el mejoramiento de su desempeño, a través de las reuniones de retroalimentación periódicas o comunicaciones a través de medios físicos o electrónicos.

Dichas comunicaciones y/o actas de reuniones servirán de base para la valoración del desempeño que se realice en los plazos previstos en la presente Resolución.

Registrar las evidencias con sus respectivos soportes e incluir las observaciones sobre las mismas en el Formato de Registro de Evidencias.

Comunicar al servidor el resultado de las valoraciones parciales y notificar las valoraciones definitivas.

Ajustar los compromisos laborales por cambio en los Planes de Acción del ICBF o por situaciones en que el servidor se separe del empleo por más de treinta (30) días calendario, de ser requerido.

Resolver los recursos de reposición interpuestos contra la valoración definitiva, notificar por escrito al evaluado la decisión y de haberse presentado en subsidio el de apelación remitirlo a su superior jerárquico.

Declararse impedido en caso de configurarse las causales establecidas en la Ley.

Los servidores vinculados en nombramiento provisional, deberán participar activa, permanente y constructivamente durante la valoración. Así mismo, en su condición de evaluados deberán:

Cumplir con las normas, responsabilidades, funciones y metas asignadas al empleo y participar de manera activa en el proceso de valoración.

Conocer que la permanencia en el empleo y su desarrollo en la Institución se fundamentan en el mérito, los resultados, metas alcanzadas como contribución a los fines institucionales y en la adquisición de las nuevas competencias que demande el ejercicio del empleo.

Concertar con cada servidor público vinculado bajo nombramiento provisional los compromisos laborales para el periodo correspondiente dentro de los quince primeros

(15) días hábiles del periodo a evaluar, o a partir de la fecha de posesión y/o al reintegro del servidor al empleo después de cualquier situación administrativa que lo separe del mismo.

Así mismo, se deberán concertar 4 competencias comportamentales conforme lo previsto en el Manual de Funciones y Competencias Laborales vigente.

Solicitar al jefe inmediato, por escrito, ser valorado dentro de los tres (3) días hábiles siguientes al vencimiento del plazo previsto para el efecto.

En caso de no llevarse a cabo la valoración, informarán a la Oficina de Control Interno Disciplinario para que adelante los trámites pertinentes. En este caso, la valoración parcial eventual, semestral o definitiva se entenderá satisfactoria en el porcentaje mínimo.

Obtener, como mínimo, calificación satisfactoria para permanecer en el empleo.

Presentar contra la valoración definitiva los recursos de reposición y de apelación, cuando exista Inconformidad por el resultado de la valoración.

Recusar a los evaluadores cuando se advierta alguna de las causales de recusación establecidas en la Ley y allegar las pruebas que pretenda hacer valer.

El Director de Gestión Humana, junto con la dependencia a su cargo, como responsable de la implementación de la Política del Talento Humano dentro del ICBF deberá:

Liderar en la Entidad la implementación del Sistema de Valoración del Desempeño de los servidores públicos vinculados bajo nombramiento provisional.

Coordinar la divulgación en conjunto con la Oficina Asesora de Comunicaciones al Interior de la Entidad los parámetros con los que se desarrollará la valoración del desempeño de los servidores públicos vinculados bajo nombramiento provisional.

Coordinar la capacitación de los evaluadores y evaluados sobre la presente Resolución, procedimiento e Instrumentos que se adopten para su aplicación.

Presentar a Secretaría General los Informes sobre los resultados de las valoraciones definitivas.

Proyectar el Acto Administrativo que declare la terminación del nombramiento del servidor público vinculado en provisionalidad que haya obtenido una calificación No Satisfactoria para la firma del Director General o quien este haya delegado, conforme lo previsto en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1083 de 2015.

El Director General, en el marco del Sistema de Valoración del desempeño de los servidores vinculados mediante nombramiento provisional deberá:

Propender porque todos los servidores públicos participantes en el proceso de valoración de servidores públicos vinculados bajo nombramiento provisional asuman las funciones como contribución al logro de los objetivos Institucionales para la realización de la valoración dentro de los plazos y en los casos establecidos para ello, utilizando la metodología, el procedimiento y los Instrumentos señalados en la presente Resolución.

Resolver, dentro del término legal previsto en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el recurso de apelación Interpuesto contra la valoración definitiva en los casos que sea de su competencia.

6.5. El Superior Jerárquico del jefe inmediato, como garantía del debido proceso y el principio de doble Instancia deberá resolver los recursos de apelación que sean de su Competencia y que hayan sido Interpuestos contra la valoración definitiva, notificar por escrito al Interesado y comunicar a la Dirección de Gestión Humana.

ARTÍCULO SÉPTIMO. COMPONENTES DE LA VALORACIÓN DEL DESEMPEÑO DE SERVIDORES

VINCULADOS BAJO NOMBRAMIENTO PROVISIONAL. La valoración del desempeño para los servidores públicos vinculados bajo nombramiento provisional tendrá en cuenta los siguientes componentes:

-Metas Institucionales por Áreas y Dependencias. Son las metas que ha definido la Dirección General del ICBF de conformidad con los planes, programas y proyectos por dependencias que se encaminan a cumplir los fines Institucionales.

-Compromisos Laborales. Son los resultados, productos o servicios que los servidores vinculados bajo nombramiento provisional se comprometen a entregar en las fechas estipuladas, de acuerdo con las funciones asignadas al empleo y el Plan Institucional de la Entidad; éstos deben ser medibles y verificables.

-Competencias Comportamentales. Son las habilidades, actitudes y aptitudes que debe poseer el servidor para el desempeño de sus funciones con el fin de realizar un mejoramiento individual sobre los compromisos laborales, las cuales se encuentran previstas en el Manual de Funciones y Competencias Comportamentales de cada empleo.

-Evidencias. Son las que permiten establecer el nivel de cumplimiento de los compromisos laborales adquiridos por parte del servidor público vinculado bajo nombramiento provisional durante todo el periodo a evaluar. Estas deben estar relacionadas con los compromisos laborales y podrán provenir de los sistemas de información con los que cuente el ICBF para el desarrollo de sus procesos misionales, estratégicos, de apoyo y/o evaluación, o del quehacer diario del servidor, según corresponda.

Las evidencias de los compromisos laborales deben estar incorporadas en el Formato de Registro de Evidencias para poder determinar el porcentaje de avance que tenga el servidor público de los compromisos adquiridos con el fin de que la valoración sea efectiva y transparente.

Las evidencias de las competencias comportamentales no se registrarán al inicio del periodo en el formato establecido para tal fin, teniendo en cuenta que éstas se desarrollarán durante el periodo de valoración y permitirán establecer el nivel de las competencias comportamentales que posee el servidor.

-Formato Registro de Evidencias. Es el formato que registrará las pruebas que demostrarán los niveles de cumplimiento o de incumplimiento de los compromisos concertados para la valoración del desempeño de los servidores vinculados bajo nombramiento provisional, teniendo como objetivo establecer el nivel de alcance o de cumplimiento durante el periodo de valoración como resultado del desempeño obtenido de los compromisos laborales y el desarrollo de las competencias comportamentales.

Plan de Mejoramiento Individual. Describe una secuencia de actividades detalladas que tienen como objetivo indicar al evaluado el nivel de avance de los compromisos laborales y el nivel de desarrollo de las competencias comportamentales para dar paso al fortalecimiento de las mismas. El plan de mejoramiento podrá ser realizado en cualquier etapa del proceso de valoración. En todo caso si hubiere lugar a ello se deberá dejar evidencia en el formato establecido para tal fin.

Seguimiento: Se deberá hacer en forma permanente durante el periodo de valoración, dejando la evidencia que a criterio del jefe inmediato considere para demostrar el avance o dificultades presentadas por el servidor valorado.

ARTÍCULO OCTAVO. INSTRUMENTOS DE LA VALORACIÓN DEL DESEMPEÑO DE LOS SERVIDORES

VINCULADOS BAJO NOMBRAMIENTO PROVISIONAL. Los instrumentos del Sistema de valoración de los servidores públicos vinculados bajo nombramiento provisional son: los niveles de cumplimiento, las escalas de calificación y los formatos definidos dentro del presente artículo.

Niveles de Cumplimiento. Es la calificación definitiva obtenida por el servidor sujeto de valoración que corresponde a los siguientes:

Sobresaliente

Satisfactorio

No Satisfactorio

Escalas de valoración. La valoración definitiva del desempeño de los servidores vinculados bajo nombramiento provisional se realizará con base en las siguientes escalas de valoración:

[...]

La valoración definitiva de los servidores vinculados bajo nombramiento provisional se obtiene de la sumatoria de los porcentajes obtenidos respecto de los compromisos laborales y el desarrollo de las competencias comportamentales para un máximo del 100%, conforme con la siguiente tabla:

[...]

8.3. Formatos

Formato No. 1: Información general y concertación de compromisos laborales. Consolida y detalla los datos de identificación del evaluado, del evaluador y del empleo, además, de la información concertada en los compromisos laborales, los cuales se deben pactar al 100%, máximo cinco (5), mínimo tres (3) compromisos.

Formato No. 2: Concertación de competencias comportamentales. Se acuerdan entre el evaluado y el evaluador cuatro (4) competencias comportamentales establecidas en el Manual de Funciones y Competencias Laborales vigente para el empleo que ocupa el evaluado.

Formato No. 3: Registro de evidencias. Describe la información relacionada con los soportes que demuestran el nivel de cumplimiento o Incumplimiento de los compromisos, los cuales deben ser registrados durante todo el periodo al que corresponde el proceso de valoración.

Formato No. 4: Consolidación valoración parcial primer y segundo semestre. Mediante este el evaluador registra y comunica el resultado de cada evaluación parcial semestral. De Igual manera, consolida y notifica el resultado de la evaluación definitiva.

Formato No. 5: Valoración parcial eventual primer o segundo semestre. Se diligencia únicamente cuando se presente alguna de las causales establecidas en la presente resolución.

Nota: La Dirección de Gestión Humana podrá adoptar formatos adicionales a lo aquí señalados en caso de considerarse necesario.

ARTÍCULO NOVENO. TIPOS DE VALORACIÓN DEL DESEMPEÑO DEL SERVIDOR PÚBLICO

VINCULADO MEDIANTE NOMBRAMIENTO PROVISIONAL. Habrá cuatro (4) tipos de valoración, así: valoración definitiva, parcial semestral, parcial eventual y valoración con mínimo puntaje:

Valoración Definitiva:

Es el resultado del promedio de la sumatoria de las dos (2) valoraciones parciales semestrales del periodo comprendido entre el primero (1o) de febrero y el treinta y uno

(31) de enero del año siguiente.

Valoraciones Parciales Semestrales:

Primera valoración parcial semestral. Corresponde al período comprendido entre el primero (1o) de febrero y el treinta y uno (31) de julio del mismo año, período que deberá ser valorado dentro de los quince (15) días hábiles siguientes al vencimiento de este.

Segunda valoración parcial semestral. Corresponde al período comprendido entre el primero (1o) de agosto y/o al primero de este y el treinta y uno (31) de enero del año siguiente, período que deberá ser valorado dentro de los quince (15) días hábiles siguientes al vencimiento de este.

El resultado obtenido durante cada semestre se valora de acuerdo con el porcentaje de avance fijado para los respectivos compromisos.

Valoración Parcial Eventual: Es la que debe realizarse en los siguientes casos:

Por cambio de evaluador, quien deberá valorar el desempeño de sus subalternos al momento de retirarse del empleo.

Por cualquier situación administrativa que separe al servidor por más de treinta

(30) días calendario del empleo.

La que corresponda al lapso comprendido entre la última valoración, si la hubiere, y el final del período semestral a evaluar, siempre y cuando este lapso sea superior a treinta (30) días calendario.

Estas valoraciones deberán realizarse dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la fecha en que se produzca la situación que las origine, con excepción de la ocasionada por retiro de evaluador, que deberá realizarse antes del retiro del evaluador.

En las valoraciones parciales eventuales que se realicen, los compromisos se deberán valorar sobre el 100%, de acuerdo con el avance obtenido. Por cada valoración parcial eventual se diligenciará un formato diferente que deberá contener el acumulado de las evaluaciones eventuales realizadas a la fecha y al final de cada semestre se consolidará teniendo en cuenta el promedio de la sumatoria de las valoraciones parciales eventuales que se hayan presentado.

Los periodos inferiores a treinta (30) días calendario, serán valorados por el jefe inmediato que asuma la función de evaluador.

Cuando el servidor no haya laborado la totalidad del año, se valorarán los compromisos laborales correspondientes al período, siempre y cuando éste sea superior a treinta (30) días calendario.

Valoración con mínimo puntaje: Esta se aplica cuando vencido el plazo para efectuar la valoración, haya sido o no solicitada por el evaluado, el jefe inmediato no haya cumplido con tal obligación.

La valoración con mínimo puntaje de que trata el presente artículo aplica para la valoración parcial eventual, semestral o definitiva, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria que le asiste al servidor público que tenía el deber de efectuarla.

ARTÍCULO DÉCIMO. AJUSTES A LOS COMPROMISOS CONCERTADOS. Los compromisos

establecidos podrán ajustarse cuando se presente alguna de las siguientes situaciones:

Cambios en los planes, programas o proyectos que sirvieron de base para la fijación de los compromisos.

Cambio de empleo por traslado.

Cambio de evaluador.

Cuando se reintegre luego de una separación del cargo, superior a treinta (30) días calendario, si hubiere lugar a ello.

ARTÍCULO DÉCIMO PRIMERO. OPORTUNIDAD PARA EFECTUAR LA VALORACIÓN DEL DESEMPEÑO DE SERVIDORES VINCULADOS BAJO NOMBRAMIENTO PROVISIONAL. Los

responsables de valorar el desempeño de los servidores vinculados bajo nombramiento provisional deberán hacerlo dentro de los plazos y casos establecidos en la presente Resolución.

ARTÍCULO DÉCIMO SEGUNDO. COMUNICACIÓN Y NOTIFICACIÓN. Las valoraciones parciales eventuales se comunicarán dentro de los dos (2) días hábiles siguientes a su realización.

La valoración definitiva se notificará personalmente dentro de los dos (2) días hábiles siguientes a la fecha en que se produzca.

Si no es posible realizar dicha notificación el evaluador deberá enviar mediante correo certificado una copia de esta a la última dirección que obre en la historia laboral del evaluado y se dejará constancia escrita de ello, caso en el cual la notificación se entenderá surtida en la fecha en la cual aquella hubiese sido entregada.

Si el servidor se encuentra en alguna de las situaciones administrativas contempladas en la Ley que lo mantenga separado del empleo, la notificación deberá realizarse dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes al reintegro de sus funciones.

ARTÍCULO DÉCIMO TERCERO. RECURSOS CONTRA LA VALORACIÓN DEFINITIVA.

Contra la valoración definitiva podrá interponerse el recurso de reposición contra el funcionario que haya efectuado la calificación y el recurso de apelación contra su superior jerárquico, por inconformidad en el resultado.

Los recursos se presentarán ante el jefe Inmediato, por escrito, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a ella como lo dispone el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

En el trámite y decisión de los recursos se aplicará lo dispuesto en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

ARTÍCULO DÉCIMO CUARTO. IMPROCEDENCIA DE RECURSOS CONTRA VALORACIONES

PARCIALES EVENTUALES. Contra las valoraciones parciales semestrales o parciales eventuales no procederá recurso alguno. Sin embargo, las razones de inconformidad se podrán invocar en el recurso que se interponga contra la valoración definitiva.

ARTÍCULO DÉCIMO QUINTO. TRÁMITE PARA LA DECLARACIÓN DE INSUBSISTENCIA DE SERVIDORES VINCULADOS BAJO NOMBRAMIENTO PROVISIONAL. El Evaluador, una vez en

firme la valoración definitiva con resultado No satisfactorio remitirá el respectivo expediente con todas las evidencias a la Dirección de Gestión Humana, quien proyectará el acto administrativo de insubsistencia del nombramiento, para la firma del Director General o a quien haya sido delegado por este, conforme lo previsto en el Decreto Único Reglamentario 1083 de 2015.

ARTÍCULO DÉCIMO SEXTO. IMPEDIMENTOS PARA LOS EVALUADORES. Los responsables de

valorar el desempeño de los servidores públicos vinculados bajo nombramiento provisional deberán declararse impedidos, cuando se encuentren dentro de alguna (s) causal (es), las previstas en el artículo 11 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Para lo anterior, el solicitante debe allegar las pruebas que pretenda hacer valer.

ARTÍCULO DÉCIMO SÉPTIMO. TRÁMITE DEL IMPEDIMENTO. El evaluador al advertir alguna de las causales de impedimento, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a su conocimiento, lo manifestará por escrito motivado a la Dirección General, con copia a la Dirección de Gestión Humana, para el trámite correspondiente.

El Director General, como autoridad competente, mediante acto administrativo motivado, decidirá sobre el impedimento, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la fecha de su recibo. De aceptarlo, designará otro evaluador ad hoc y en el mismo acto ordenará la entrega de los documentos que hasta la fecha obren sobre la gestión del servidor público vinculado bajo nombramiento provisional a valorar.

En todo caso la recusación o el impedimento deberán formularse y decidirse antes de la valoración parcial semestral y/o definitiva.

ARTÍCULO DÉCIMO OCTAVO. IMPROCEDENCIA DE RECURSOS CONTRA EL ACTO QUE RESUELVE

EL IMPEDIMENTO O LA RECUSACIÓN. Contra las decisiones que resuelven el impedimento

o la recusación no procederá recurso alguno.

ARTÍCULO DÉCIMO NOVENO. USOS DE LA CALIFICACIÓN COMO RESULTADO DE LA

VALORACIÓN. El resultado de la valoración del desempeño de los servidores vinculados bajo nombramiento provisional deberá tenerse en cuenta, entre otros aspectos, para:

Medir el desarrollo de la Gestión de las dependencias.

Construcción de planes de mejoramiento Individuales.

Continuar desempeñando el empleo.

Formular los planes de capacitación y bienestar y medir el Impacto de los mismos.

Implementar acciones para mejorar el Clima Organizacional y fortalecer Cultura Organizacional.

ARTÍCULO VIGÉSIMO. CONSECUENCIA DE LA CALIFICACIÓN NO SATISFACTORIA. La valoración

definitiva no satisfactoria trae como consecuencia la declaración de terminación del nombramiento de los servidores vinculados en provisionalidad, en los términos del artículo 2.5.3.4 del Decreto 1083 de 2015.

ARTÍCULO VIGÉSIMO PRIMERO. EFECTOS DE LA VALORACIÓN. La medición del desempeño efectuada a los servidores vinculados en nombramiento provisional no otorga derechos de carrera, ni los privilegios que la Ley establece para los servidores que ostentan esta condición, ni el acceso a los Incentivos previstos en la entidad para los funcionarios escalafonados, ni inscripción en el Registro Público de Carrera que se encuentra a cargo de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

ARTÍCULO VIGÉSIMO SEGUNDO. PUBLICIDAD. La presente Resolución se publicará en la página web del ICBF y demás medios Internos de comunicación. La Oficina Asesora de Comunicaciones garantizará la amplia difusión de la misma.

ARTÍCULO VIGÉSIMO TERCERO. SOCIALIZACIÓN DEL SISTEMA. La Dirección de Gestión

Humana, liderará las acciones necesarias para socializar el Sistema en las Regionales y en la Sede de la Dirección General, para ello prestará asesoría directa a los evaluadores y evaluados en cuanto al manejo e implementación de los formatos.

ARTÍCULO TRANSITORIO PRIMERO. Para la Valoración del Desempeño Laboral del periodo comprendido entre el 1o de febrero de 2018 y el 31 de enero de 2019, se continuarán aplicando las disposiciones contenidas en la Resolución No. 036 del 05 de enero de 2018 hasta la consolidación de la valoración definitiva.

ARTÍCULO TRANSITORIO SEGUNDO. Para el periodo de valoración 2019-2020 el término de concertación de compromisos se extenderá hasta el 1 de marzo de 2019.

ARTÍCULO VIGÉSIMO CUARTO. VIGENCIA. La presente Resolución rige desde la fecha de su expedición y deroga todas aquellas que le sean contrarias, en especial la Resolución No. 036

del 05 de enero de 2018.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

[...].

Marco normativo

El artículo 123 de la Constitución Política señala que los empleos del Estado son de carrera, con excepción de los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. Por su parte, la Ley 909 de 2004, consagra los principios de la función pública, así:¹⁰

La función pública se desarrolla teniendo en cuenta los principios constitucionales de igualdad, mérito, moralidad, eficacia, economía, imparcialidad, transparencia, celeridad y publicidad.

¹⁰ Artículo 2

El criterio de mérito, de las calidades personales y de la capacidad profesional, son los elementos sustantivos de los procesos de selección del personal que integra la función pública. Tales criterios se podrán ajustar a los empleos públicos de libre nombramiento y remoción, de acuerdo con lo previsto en la presente ley.

Esta ley se orienta al logro de la satisfacción de los intereses generales y de la efectiva prestación del servicio, de lo que derivan tres criterios básicos:

a) La profesionalización de los recursos humanos al servicio de la Administración Pública que busca la consolidación del principio de mérito y la calidad en la prestación del servicio público a los ciudadanos;

[...]

c) La responsabilidad de los servidores públicos por el trabajo desarrollado, que se concretará a través de los instrumentos de evaluación del desempeño y de los acuerdos de gestión;

[...]

En el artículo 19, define el empleo público en los siguientes términos:

1. El empleo público es el núcleo básico de la estructura de la función pública objeto de esta ley. Por empleo se entiende el conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado.

Y, en el artículo 41, señala que el retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce, entre otras causas, por declaratoria de insubsistencia del nombramiento, como consecuencia del resultado no satisfactorio en la evaluación del desempeño laboral de un empleado de carrera administrativa.

Análisis de la Sala

Para resolver el problema jurídico, la Sala abordará i) algunos aspectos generales de la función pública; ii) la causal de retiro del servicio público por calificación insatisfactoria en el

desempeño del empleo; y iii) la figura de la evaluación de desempeño. Con base en el análisis y conclusiones de estos temas, resolverá los cargos de nulidad por falsa de motivación y falta de competencia alegados por el demandante.

Aspectos generales de la función pública

La Ley 909 de 2004, que reguló el empleo público y la carrera administrativa (entre otros aspectos) señala que hacen parte de la función pública los siguientes empleos:

Empleos públicos de carrera;

Empleos públicos de libre nombramiento y remoción;

Empleos de período fijo;

Empleos temporales.

De acuerdo con los anteriores parámetros esta Sala precisa que los empleados públicos pueden ser clasificados así:

Empleado de carrera administrativa por haber superado un concurso de méritos.

-

Empleado en periodo de prueba para ingresar a la carrera administrativa.

En provisionalidad, si es nombrado transitoriamente en un empleo de carrera administrativa, mientras se provee mediante concurso público (artículo 25 de la Ley 909 de 2004).

De libre nombramiento y remoción mediante nombramiento ordinario.

De periodo fijo.

Temporales, es decir de término definido, nombrados para cumplir metas o actividades específicas (artículo 21 de la Ley 909 de 2004).

De elección popular e institucional.

De tiempo completo, medio tiempo y tiempo parcial

Del retiro del servicio público por calificación insatisfactoria en el desempeño del empleo

La citada Ley 909 de 2004 consagró en su artículo 41, como causales de retiro del servicio, las siguientes:

Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción;

Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento, como consecuencia del resultado no satisfactorio en la evaluación del desempeño laboral de un empleado de carrera administrativa;

Por razones de buen servicio, para los empleados de carrera administrativa, mediante resolución motivada; (Inexequible, Sentencia C-501 de 2005);

Por renuncia regularmente aceptada;

Retiro por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez;

Por invalidez absoluta;

Por edad de retiro forzoso;

Por destitución, como consecuencia de proceso disciplinario;

Por declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del mismo;

Por revocatoria del nombramiento por no acreditar los requisitos para el desempeño del empleo, de conformidad con el artículo 5 de la Ley 190 de 1995, y las normas que lo adicionen o modifiquen;

Por orden o decisión judicial;

Por supresión del empleo;

Por muerte;

Por las demás que determinen la Constitución Política y las leyes. (Destaca la Sala).

Ahora bien, haciendo una interpretación gramatical, sistemática y teleológica de la preceptiva jurídica que gobierna la materia, puede decirse, para lo que interesa a este proceso, que la causal de insubsistencia del nombramiento como consecuencia del resultado no satisfactorio en la evaluación del desempeño, aplica no solo a los empleados escalafonados, sino también a los provisionales por las siguientes razones:

Primero, porque la enumeración que trae el artículo 41 es enunciativa y no taxativa, pues señala como causales: las demás que determinen la Constitución Política y las leyes.

Segundo, por cuanto el artículo 125 de la Constitución Política consagra de forma expresa dos causales de retiro del servicio, aplicables a todos los cargos de carrera, sin hacer distinción si están provistos en período de prueba, con nombramiento provisional o si hay escalafonamiento: la calificación insatisfactoria laboral y la violación del régimen disciplinario. Dispone la norma:

[...]

El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán (...)

El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley. (Negrillas de la Sala)

[...]

Como se observa, la regla constitucional de retiro del servicio por calificación insatisfactoria en el desempeño laboral no es exclusiva de empleados escalafonados, pues aquella no hace distinción alguna a este respecto. La norma, se reitera, se refiere de manera genérica al retiro en los cargos de carrera, no al retiro de los empleados de carrera. La distinción es similar, a la que se dio cuando se discutía por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado la necesidad o no de motivar los actos administrativos por los cuales se declaraba insubsistente el nombramiento de empleados provisionales, en tanto que los artículos 26 del Decreto 2400 de 1968¹¹ y 107 del

Decreto 1950 de 1973¹² establecían que en cualquier momento podía declararse insubsistente el nombramiento de un empleado que no pertenezca a carrera sin motivar el acto, mientras que el párrafo 2º del artículo 41

¹¹ Artículo 26. El nombramiento hecho a una persona para ocupar un empleo del servicio civil, que no pertenezca a una carrera, puede ser declarado insubsistente libremente por la autoridad nominadora, sin motivar la providencia. Sin embargo, deberá dejarse constancia del hecho y de las causas que no lo ocasionaron en la respectiva hoja de vida. Los nombramientos de empleados de carrera sólo podrán ser declarados insubsistentes por los motivos y mediante los procedimientos establecidos en la ley o reglamento que regule la respectiva carrera. La declaración de insubsistencia conlleva la pérdida de los derechos del funcionario de carrera. (Negritas de la Sala).

¹² Artículo 107. En cualquier momento podrá declararse insubsistente un nombramiento ordinario o provisional, sin motivar la providencia, de acuerdo con la facultad discrecional que tiene el gobierno de nombrar y remover libremente sus empleados. "En los empleos de libre nombramiento y remoción la designación de una nueva persona implica la insubsistencia del nombramiento de quien lo desempeña". (Negritas de la Sala).

de la Ley 909 de 2004¹³ dispuso que la declaratoria de insubsistencia de nombramientos de empleos de carrera debía efectuarse por acto motivado. De allí que a partir de esta fecha se tuvo claro que los actos administrativos por medio de los cuales se declara insubsistente el nombramiento de empleados de carrera y provisionales debe ser motivado.

Resulta pertinente traer a colación lo dicho por la Sala de Consulta y Servicio Civil en el concepto 1652 de 14 de julio de 2005,¹⁴ que al revisar las causales de retiro de la Ley 909 de 2004 y la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre los requisitos del acto de insubsistencia, concluyó que, en efecto, el acto de retiro de los empleados que ocuparan cargos de carrera en provisionalidad debía ser motivado. Al respecto, indicó:

Tal como lo señala ahora la ley 909 de 2004, la Corte precisó que “Así las cosas, para declarar la insubsistencia del empleado público **que esté ocupando un cargo de carrera**, la Administración deberá motivar su decisión a fin de garantizar el debido proceso y en particular el derecho de defensa de la persona a quien se pretende desvincular del servicio público,” es decir, que la razón de la protección especial se concreta en el desempeño de un cargo de carrera, así sea en provisionalidad, pues la discrecionalidad se predica sólo de los nombramientos recaídos en cargos de libre nombramiento y remoción. Y agregó la Corte en la misma sentencia:

“Distinto ocurre en el caso del retiro de un empleado de libre nombramiento y remoción, pues las normas que regulan este tipo vinculación pública, que como se explicó son una excepción a la regla consagrada en el artículo 125 Superior, permiten una mayor discrecionalidad al nominador al momento de declarar la insubsistencia.¹⁵ Ahora bien, la Corte ha considerado que **la estabilidad laboral de un funcionario que ocupa un cargo de carrera administrativa no se reduce por el hecho de que se encuentre en provisionalidad.**¹⁶ La Administración sólo podría desvincularlo por motivos disciplinarios, baja

¹³ Párrafo 2. Es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado.

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consulta del 14 de julio de 2005, M.P.

Flavio Augusto Rodríguez Arce.

¹⁵ (Cita original del texto transcrito) V. Sent. T- 610/03: "Es claro, entonces, que los actos de desvinculación de funcionarios de libre nombramiento y remoción no necesitan de motivación y ello es así, porque la provisión de dichos empleos supone **la escogencia de quien va a ocupar el cargo por motivos personales o de confianza**. Por tanto, la no motivación de estos actos es una excepción al principio general de publicidad, sin que ello vulnere derecho fundamental alguno."

¹⁶ (Cita original del texto transcrito) Sentencias T-800 de 1998, T-734 de 2000, T-884 de 2001 y T-519 y T-610 de 2003.

calificación o porque se convoque a concurso para llenar la plaza de manera definitiva, con quien obtuvo el primer lugar."¹⁷

En las sentencias de tutela más recientes la Corte Constitucional reafirma su doctrina que reconoce estabilidad a quien ocupe un cargo de carrera administrativa, la que no se afecta por el hecho de que el nombramiento se haga en provisionalidad.¹⁸

[...]

La Sala responde:

[...]

En aplicación de los artículos 13, 123 y 125 de la Constitución Política, 3º y 41 de la ley 909 de 2005 y 10 del decreto 1227 del mismo año, el retiro del servicio de los empleados que ocupen en la actualidad cargos de carrera en provisionalidad, debe ser justificado mediante la expedición de acto administrativo motivado, sin consideración a la fecha de la designación en tal calidad. (Resaltado de esta Sala).

Tercero, resulta aplicable el principio general de interpretación jurídica según el cual donde la norma no distingue, no le corresponde distinguir al intérprete. Significa que la calificación insatisfactoria en el desempeño laboral, por mandato superior, debe producir el retiro del servicio público de los servidores en carrera administrativa (como lo repite el artículo 41 de la Ley 909 de 2004), pero también de los nombrados en provisionalidad.

Cuarto, es importante señalar que si bien el nombramiento en provisionalidad ha sido concebido como un mecanismo excepcional y transitorio para atender las necesidades del servicio público, mientras se proveen los empleos en forma definitiva, a través del concurso de méritos, lo cierto es que por interpretación directa del artículo 125, aquella transitoriedad no tiene incidencia alguna para retirar del servicio al empleado provisional que no cumple con los estándares de calidad que demanda el servicio público.

¹⁷ (Cita original del texto transcrito) En relación con los motivos por los cuales se puede desvincular una persona que esté ocupando un cargo de carrera, se pueden consultar las sentencias de unificación: SU-250 de 1998 y SU-086 de 1999, T- 884/01.

¹⁸ (Cita original del texto transcrito) Incluso la Corte ha ordenado reconocer la indemnización por supresión del Cargo atendiendo además de la protección por retén social la circunstancia de ocupar el cargo en provisionalidad: Sent. T-399/05: "Ello por cuanto es claro que es merecedora del beneficio del retén social y porque además fue despedida sin indemnización alguna siendo que su empleo era de carrera, - sin importar la provisionalidad - y era menester el pago de la

indemnización por supresión de su cargo (V. T-1161 de 2004 y T-081 de 2005).

Quinto, al igual que el empleado con derechos de carrera, el nombrado en provisionalidad se encuentra ocupando un empleo de carrera administrativa. Una interpretación contraria a la expuesta, llevaría al absurdo de privilegiar al empleado provisional sobre los empleados con derechos de carrera.

Admitir que el empleado provisional no puede ser evaluado en el desempeño del empleo implicaría reconocer a este una mayor estabilidad laboral frente al empleado de carrera, lo cual iría en contravía de los principios de igualdad y de mérito que inspiran la función pública.

Es así que la Corte Constitucional en la Sentencia de unificación SU-917 de 2010, cuando se refirió a las razones que puede invocar el nominador para desvincular a quien ejerce un cargo en provisionalidad, interpretó, como lo hace ahora esta Sala, que es constitucionalmente admisible invocar como motivación de insubsistencia de un provisional, la calificación insatisfactoria:

El acto de retiro no sólo debe ser motivado, sino que ha de cumplir ciertas exigencias mínimas respecto de su contenido material, de modo que el administrado cuente con elementos de juicio necesarios para decidir si acude o no ante la jurisdicción y demanda la nulidad del acto en los términos del artículo 84 del CCA. Lo contrario significaría anteponer una exigencia formal de motivación en detrimento del derecho sustancial al debido proceso, pues si no se sabe con precisión cuáles son las razones de una decisión administrativa difícilmente podrá controvertirse el acto tanto en sede gubernativa como jurisdiccional.

Es por lo anterior por lo que la Corte ha hecho referencia al principio de “razón suficiente” en el acto administrativo que declara la insubsistencia o en general prescinde de los servicios de un empleado vinculado en provisionalidad, donde “deben constar las circunstancias particulares y concretas, de hecho y de derecho, por las cuales se decide remover a un determinado funcionario, de manera que no resultan válidas aquellas justificaciones indefinidas, generales y abstractas, que no se predicán directamente de quien es desvinculado”¹⁹. En otras palabras, de acuerdo con la jurisprudencia decantada por esta Corporación, “para que un acto administrativo de desvinculación se considere

¹⁹ Cita del texto original: «Corte Constitucional, Sentencia T-1316 de 2005. En la misma providencia la Corte señaló: “Esta regla encuentra su justificación en el hecho de que la motivación resulta ser necesaria para controvertir dicho acto ante la jurisdicción contencioso-administrativa, y adicionalmente, porque la desvinculación debe obedecer a un principio de razón suficiente, es decir, que deben existir motivos fundados para que la administración prescinda de los servicios de su funcionario. La ausencia de motivación específica, en consecuencia, lesiona los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa del trabajador, que de manera provisional, ocupa un cargo de carrera administrativa”».

motivado es forzoso explicar de manera clara, detallada y precisa cuáles son las razones por las cuales se prescindirá de los servicios del funcionario en cuestión”²⁰.

En este orden de ideas, sólo es constitucionalmente admisible una motivación donde la insubsistencia invoque argumentos puntuales como la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria “u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto”²¹. (Destaca la Sala).

Lo anterior fue reiterado por la Corte Constitucional en las sentencias de unificación SU-691 de 2011 y SU-556 de 2014.

Sexto, el artículo 3 de la Ley 489 de 1988, que consagra los principios de la función pública, señala que esta se debe desarrollar conforme a los principios de eficacia, eficiencia y responsabilidad, entre otros.

En concordancia con lo anterior, el artículo 27 de la misma ley creó el Sistema Nacional e Institucional de Control Interno, para el fortalecimiento y el cumplimiento cabal y oportuno de las funciones del Estado, sin perjuicio de la competencia atribuida en el artículo 78 ibidem a los directores, gerentes o representantes legales de las entidades para vigilar y controlar la ejecución de las funciones **de todo el personal**. Sobre este punto, la Sala volverá a referirse más adelante cuando entre a analizar el cargo de falta de competencia.

Séptimo, como ya se dijo, si por interpretación armónica de los artículos 125 constitucional y 41 de la Ley 909 de 2004, el retiro del servicio de los empleados de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa (ocupados por provisionales o por empleados de carrera) se produce, entre otras causas, por resultado no satisfactorio en el desempeño del empleo, y si el artículo 41 de la citada Ley 909, a su vez, ordena que para la declaración de insubsistencia de quienes ocupen cargos de carrera debe motivarse suficientemente el acto de insubsistencia, conforme lo indicó la Corte Constitucional en la sentencia SU- 917 de 2010, de

²⁰ Cita del texto original: «Corte Constitucional, Sentencia T-104 de 2009, entre muchas otras».

²¹ Cita del texto original: «Corte Constitucional, Sentencia C-279 de 2007».

manera clara, detallada y precisa, resulta por lo menos imprescindible que dicho acto de retiro esté soportado en una evaluación de desempeño objetiva.

De la evaluación del desempeño

En relación con la evaluación del desempeño o con los instrumentos de valoración laboral, la Ley 909 de 2004 en su artículo 2, en correspondencia con la cláusula constitucional de la permanencia en el servicio público, condicionada al desempeño satisfactorio del empleo, establece, como principio de la función pública, que: «[l]a responsabilidad de los servidores públicos por el trabajo desarrollado [...] se concretará a través de los instrumentos de evaluación del desempeño y de los acuerdos de gestión». Tal como lo destaca la misma norma, este criterio, «se orienta al logro de la satisfacción de los intereses generales y de la efectiva prestación del servicio» (Negritas de la Sala).

Es cierto que el legislador en la Ley 909 de 2004, se ocupó principalmente de regular la evaluación de desempeño laboral de los empleados inscritos en carrera administrativa y en periodo de prueba (artículos 37 a 40). Esta normativa señala que el desempeño laboral de los empleados de carrera administrativa debe ser evaluado y calificado con base en parámetros previamente establecidos por la CNSC y en función con las metas institucionales. Establece que las evaluaciones de desempeño de estos empleados deben tenerse en cuenta no solo para determinar la permanencia en el servicio, sino también para otorgar incentivos económicos o conceder otro tipo de beneficios. Asimismo, indica la periodicidad para la evaluación del desempeño, entre otros aspectos generales.

El Decreto 1083 de 2015 y el Acuerdo 6176 del 2018, expedido por la CNSC reglamentaron

todo lo relacionado con la evaluación del desempeño de los empleados públicos de carrera administrativa y de los que se encuentren en período de prueba.

Pero, la Ley 909 de 2004 también hizo referencia al retiro del servicio público de los empleados temporales por calificación insatisfactoria del desempeño laboral, aunque se abstuvo de reglamentar el instrumento de evaluación o medición, en los siguientes términos (artículo 21):

[...] El nombramiento en los empleos temporales se efectuará 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 nominadora podrá declarar la insubsistencia del nombramiento, cuando el servidor no cumpla las metas del proyecto o actividades que dieron lugar a la creación de los mismos, de acuerdo con la evaluación que se establezca para el efecto y mediante acto administrativo motivado; o darlo por terminado, cuando no se cuente con las disponibilidades y apropiaciones para financiar el empleo de carácter temporal, como consecuencia de los ajustes a los montos aprobados para su financiación. [...] (Negritas de la Sala).

De lo anterior, se concluye que la Ley 909 de 2004, por un lado, reguló de forma parcial la evaluación de desempeño laboral de los empleados de carrera administrativa, pues dejó en manos de la CNSC y de las entidades su implementación. Y, por otro lado, en relación con los empleados temporales y demás empleados públicos, hizo mención en sus artículos 21 y 2, respectivamente, a la posibilidad de implementar los instrumentos de evaluación para determinar su permanencia o retiro del servicio público y las responsabilidades por el trabajo desarrollado.

Desde luego, la reglamentación del sistema de evaluación de desempeño de los empleados de carrera administrativa, de la forma como está concebida, no puede extenderse en su totalidad a los empleados nombrados en provisionalidad, entre otras cosas, porque la evaluación de los provisionales no puede ocasionar ningún derecho de carrera ni el fuero de estabilidad otorgado a los empleados de carrera, pues su permanencia está condicionada no solo al buen desempeño del empleo, sino a que no exista una lista de elegibles vigente para proveer los cargos.

A ese respecto, bien pueden servir algunos argumentos expuestos por la Sección Segunda, Subsección B, de esta Corporación en la sentencia del 24 de abril de 2020 (Radicado: 11001-03-25-000-2017-00281-00(1363-17)), en el sentido de que no es

jurídicamente viable evaluar a los funcionarios vinculados en provisionalidad con las mismas reglas previstas para los funcionarios de carrera y en periodo de prueba.

Con fundamento en los anteriores criterios, la Sala procede a resolver los cargos de nulidad por falsa motivación²² y falta de competencia²³ invocados en la demanda.

De la falsa motivación y la falta de competencia

El demandante argumenta que la resolución acusada se encuentra viciada de nulidad por falsa motivación y falta de competencia, porque no existe una norma jurídica en el ordenamiento colombiano que permita al ICBF evaluar o valorar el desempeño de los empleados provisionales, pues la Ley 909 de 2004, el Decreto Reglamentario 1083 de 2015 y el Acuerdo 6176 del 2018 de la CNSC, consagraron únicamente la evaluación de desempeño laboral de los inscritos en carrera administrativa y los que se encuentren en periodo de prueba. Dice que la resolución acusada invoca erradamente criterios de la CNSC dictados únicamente para la evaluación de desempeño

de los empleados de carrera administrativa. Alega que el ICBF hizo extensiva la evaluación de desempeño de los empleados en carrera administrativa a los empleados provisionales, con base en interpretaciones de normas generales y no en normas específicas de competencia.

Pues bien, como se dijo ut supra la reglamentación del sistema de evaluación de desempeño de los empleados de carrera administrativa, de la forma como está concebida, no puede extenderse en su totalidad a los empleados nombrados en provisionalidad, por los distintos efectos jurídicos que producen dichos

²² Este vicio se genera por afectación del elemento causal del acto administrativo, esto es, de los antecedentes fácticos y legales que expone la administración al momento de dictar su decisión en cuanto son contrarios a la realidad. Se configura entonces «cuando el funcionario ha expedido el acto inspirado en motivos diferentes a los previstos legalmente» (Sánchez, Carlos Ariel. Acto administrativo teoría general, Bogotá, Legis, tercera edición, 2004 P. 13).

²³ Respecto a la competencia, la doctrina la ha definido como «el conjunto de facultades, de poderes y de atribuciones que corresponden a un determinado órgano en relación con los demás». (García Trevijano Fos, José Antonio. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo II. Madrid. Editorial Revista Derecho Privado 1970).

«Potestad, aptitud habilidad, idoneidad, disposición, etc., que pueda tener una autoridad administrativa para ejercer determinada función. En derecho administrativo colombiano, la autoridad genéricamente designada debe estar revestida de las atribuciones necesarias cuando cumpla funciones administrativas, de lo contrario los actos administrativos que ella expida estarán viciados de 'incompetencia». (Arnanz, Rafael A. De la competencia administrativa. Madrid. Editorial Montezorro, 1967).

nombramientos y por las condiciones especiales que la ley otorga a aquellos que ingresan al servicio público por concurso público.

Precisamente, entiende la Sala que, en el presente caso, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de la resolución acusada, el sistema de valoración del desempeño de los servidores públicos vinculados mediante nombramiento provisional en la planta global del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, no acogió la reglamentación de la evaluación de desempeño, regulada para los empleados de carrera administrativa en la Ley 909 de 2004, en el Decreto 1083 de 2015 y en el Acuerdo 6176 del 2018 de la CNSC, sino que adoptó unas reglas propias, acordes con los efectos jurídicos que producen los nombramientos en provisionalidad, como se observa a continuación:

RESOLUCIÓN 1364 DE 2019

(febrero 22)

Por la cual se adopta el Sistema de Valoración del desempeño de los servidores públicos vinculados mediante nombramiento provisional en la planta global del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar” y se deroga una Resolución

LA DIRECTORA GENERAL DEL INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR -

CECILIA DE LA FUENTE DE LLERAS – ICBF

En uso de sus facultades legales y estatutarias, en especial las conferidas por el artículo 78 de la Ley 489 de 1998, y

CONSIDERANDO:

Que el artículo 209 de la Constitución Política y el artículo 3 de la Ley 489 de 1998 enuncian como principios de la función administrativa los de buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia, los cuales deberán ser tenidos en cuenta al evaluar el desempeño de las entidades y servidores públicos al valorar la conducta y gestión de los mismos en el cumplimiento de sus deberes constitucionales, legales o reglamentarios, garantizando en todo momento que prime el interés colectivo sobre el particular.

Que el numeral 3 del artículo 2 de la Ley 909 de 2004, establece dentro de los criterios básicos para el logro de la satisfacción de los intereses generales y de la efectiva prestación del servicio: a) la profesionalización del talento humano al servicio de la administración pública como mecanismo de consolidación del principio del mérito, b) la flexibilidad de la gestión pública para ajustarse a las cambiantes necesidades de la sociedad; c) la responsabilidad de los servidores públicos en el trabajo y la evaluación de su gestión, sin distinguir el tipo de nivel ocupacional o el tipo de vinculación laboral.

Que el desempeño laboral de los servidores públicos nombrados en provisionalidad contribuye al cumplimiento de los fines del Estado, así como a la consecución oportuna de las metas y objetivos institucionales a partir de la entrega de productos y servicios, en el marco de los planes y misión de la entidad.

Que la Ley 489 de 1998 destaca que en cumplimiento de los principios de la función pública debe medirse el desempeño de las entidades y de manera concomitante el cumplimiento de los deberes constitucionales, legales o reglamentarios de los servidores públicos, esto implica que todos los servidores públicos deben estar en condiciones de demostrar los resultados de su desempeño ya que la sumatoria de su gestión determinará el logro de los fines, metas y resultados institucionales.

Que el Gobierno Nacional a través del Decreto 1499 de 2017 determinó que las entidades deben contar con un Modelo Integrado de Planeación y Gestión - MIPG que incluya en sus políticas de Gestión y Desempeño Institucional aquellas relacionadas, entre otras, con el talento humano.

Que la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC mediante el Criterio Unificado sobre "Evaluación de funcionarios vinculados en nombramiento provisional" proferido en sesión del 5 de julio de 2016 indicó:

"La evaluación de la gestión institucional o del desempeño laboral es una herramienta de carácter estratégico, la cual aplica a todos los servidores públicos independientemente del tipo de vinculación, o el empleo que desempeñe, ya que la responsabilidad es inherente al servicio público y al marco normativo que regula su ejercicio, que no prevén ningún tipo de excepción sobre el seguimiento o la valoración de resultados, en el cumplimiento de los deberes y/o el desempeño laboral.

En cuanto a la evaluación de los servidores públicos que ocupan empleos cuya naturaleza es de carrera administrativa y que se encuentran vinculados mediante un nombramiento provisional, es necesario destacar que no existe norma expresa que lo prohíba, por tanto la evaluación resulta

procedente como política institucional, dentro de un marco de apoyo y seguimiento a la gestión de la entidad”.

Que en procura de una efectiva prestación del servicio público, es procedente adoptar como política Institucional el seguimiento y valoración del desempeño de los servidores públicos vinculados bajo nombramiento provisional al ICBF.

Que el seguimiento y valoración del desempeño de los servidores públicos vinculados bajo nombramiento provisional a la planta global del ICBF, tiene como finalidad examinar las fortalezas y debilidades de los servidores públicos en sus respectivos puestos de trabajo y sus aportes al cumplimiento de las metas Institucionales, generando un sistema de medición objetivo, homogéneo y sistemático de la gestión, que garantice el derecho fundamental al debido proceso.

Que la buena prestación del servicio público de Bienestar Familiar requiere que los servidores y demás personas que colaboran con la administración desempeñen sus funciones en forma satisfactoria, conforme el sistema de valoración que se adopte, atendiendo al tipo de vinculación.

Que tal y como lo menciona la CNSC en el criterio unificado del 5 de julio de 2016, la Corte Constitucional en sentencias SU-917 de 2010 y SU-554 de 2016, entre otras, le ha conferido a los servidores públicos nombrados en provisionalidad una protección Intermedia precisando que el retiro solo puede darse por circunstancias objetivas tales como: i) porque el cargo se proveerá mediante el sistema de méritos, esto es mediante concurso desarrollado por la CNSC, o ii) por la existencia de una razón suficiente desde la perspectiva del servicio debidamente motivada.

Que el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1083 de 2015 dispone que “Antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlos por terminados”.

Que la jurisprudencia constitucional en reiteradas oportunidades ha señalado que “sólo es constitucionalmente admisible una motivación donde la insubsistencia invoque argumentos puntuales como la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria “u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto” (Sentencias C-279 de 2007 y SU-917 de 2010, entre otras)

Que, conforme lo Indicado por la CNSC el sistema de medición que se adopte puede prever los Instrumentos específicos diseñados al Interior de esta, o tomar como referente los formatos establecidos por la CNSC, como guía de orientación.

Que la valoración del desempeño efectuada a los servidores en nombramiento provisional no otorga derechos de carrera, ni los privilegios que la ley establece para los servidores que ostentan esta condición, como tampoco el acceso a los Incentivos previstos en la entidad para los funcionarios escalafonados, ni la Inscripción en el Registro Público de Carrera que se encuentra a cargo de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Que mediante Resolución 036 de 2018 el ICBF estableció el sistema de valoración de provisionales, dentro del cual adoptó e Incorporó un plan piloto de validación y aplicación de competencias comportamentales propias desarrolladas por la Dirección de Gestión Humana para el del empleo Defensor de Familia, el cual termina con la calificación definitiva del periodo 2018- 2019.

Que debido a la terminación del plan piloto y a los resultados del seguimiento efectuado por la Dirección de Gestión Humana, se estableció la necesidad de replantear aspectos como niveles de cumplimiento, escalas de calificación, rol del evaluador, formatos, entre otros aspectos a modificar.

Que bajo este contexto se hace necesario que el ICBF, adopte como política institucional, un sistema de valoración para los servidores vinculados bajo nombramiento provisional, en procura de una efectiva prestación del servicio público. (Negritas de la Sala).

Conforme a lo resaltado, el ICBF, para determinar el sistema de valoración del desempeño de los provisionales, tan solo tomó como guía o referente los formatos

adoptados por la CNSC, pero no adoptó en su totalidad la evaluación del desempeño de los empleados de carrera contenida en la Ley 909 de 20004, en el Decreto 1083 de 2005 y en el Acuerdo 6176 del 2018 de la CNSC.

Por el contrario, acogió el criterio de la Corte Constitucional, para dejar en claro que dicho sistema no tenía la finalidad de otorgar derechos, privilegios ni incentivos previstos en la ley para los funcionarios escalafonados en carrera administrativa.

Ahora bien, para la Sala no es de recibo el argumento del demandante que supone la falta de una norma jurídica que exija al ICBF evaluar o valorar el desempeño de los empleados nombrados en provisionalidad, por lo siguiente:

El artículo 2 de la Ley 909 de 2004, precisó que uno de los presupuestos para la efectiva prestación del servicio público era la responsabilidad de los servidores por el trabajo desarrollado, «que se concretará a través de los instrumentos de evaluación del desempeño y de los acuerdos de gestión».

Por otra parte, como se analizó en precedencia, existe un deber constitucional (artículo 125) que exige calificar el desempeño laboral de los empleados públicos, porque esta norma superior señaló como causal de retiro del servicio, la calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; así mismo, existe una obligación legal (artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1083 de 2015) de motivar el acto de retiro del servicio de un empleado provisional.²⁴

En consecuencia, la causal de retiro del servicio por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo, consagrada en la Constitución Política, supone el deber de las autoridades administrativas correspondientes, de la adopción de criterios o instrumentos de evaluación del desempeño, objetivos, razonados y justificados, para el personal nombrado en provisionalidad.

²⁴ **Artículo 2.2.5.3.4 Terminación de encargo y nombramiento provisional.** Antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlos por terminados.

En relación con lo anterior, se debe tener en cuenta que, por disposición del artículo 78 de la Ley 489 de 1998,²⁵ al director, gerente o representante legal de cada entidad le compete «dirigir, coordinar, vigilar y controlar la ejecución de las funciones o programas de la organización y de su personal».

Además, como se expuso en el auto del 30 de julio de 2020 que denegó la media cautelar de la resolución acusada, existe otro fundamento legal y reglamentario para efectos de monitorear la

gestión de las entidades estatales y realizar el control interno respectivo, a cargo del representante legal o máximo directivo correspondiente de cada entidad.²⁶ En efecto, dicha normativa la componen:

El artículo 133 de la Ley 1753 de 2015 que creó el sistema de gestión a nivel estatal y ordenó su articulación con los Sistemas Nacional e Institucional de Control Interno consagrados en la Ley 87 de 1993 y en los artículos 27 al 29 de la Ley 489 de 1998,

«de tal manera que permita el fortalecimiento de los mecanismos, métodos y procedimientos de control al interior de los organismos y entidades del Estado».

El sistema de gestión reglamentado por el Decreto 1499 de 2017, el cual indica que

«es el conjunto de entidades y organismos del Estado, políticas, normas, recursos e información, cuyo objeto es dirigir la gestión pública al mejor desempeño institucional y a la consecución de resultados para la satisfacción de las necesidades y el goce efectivo de los derechos de los ciudadanos, en el marco de la legalidad y la integridad».

El Decreto 1499 de 2017 que dispuso que para el funcionamiento del Sistema de Gestión y su articulación con el Sistema de Control Interno, se adoptaría la versión actualizada del Modelo Integrado de Planeación y Gestión –MIPG, cuyas objetivos más relevantes, de cara al sub lite, son los siguientes: **a.** fortalecer el liderazgo y el talento humano bajo los principios de integridad y legalidad, como motores de la generación de resultados de las entidades públicas; **b.** desarrollar una cultura

²⁵ Invocado como fundamento de la resolución acusada.

²⁶ Artículo 6 de la Ley 87 de 1993.

organizacional fundamentada en la información, el control y la evaluación, para la toma de decisiones y la mejora continua.

El artículo 2 del Decreto 1499 de 2017 que dispuso la articulación del Sistema de Gestión con los Sistemas de Control Interno, teniendo en cuenta que este último

«es transversal a la gestión y desempeño de las entidades».

El anterior marco normativo contribuye a la realización del propósito constitucional de garantizar que la función pública se desarrolle de manera eficiente, a través de servidores oficiales que tengan asignadas responsabilidades y metas acordes a las misiones institucionales y coordinadas con los fines esenciales del Estado. Para el efecto, las entidades deben fijar objetivos, metas y mecanismos de evaluación que permitan verificar el grado y calidad de su cumplimiento, en aras de privilegiar el interés general.

Conclusión

Con fundamento en lo expuesto, la Sala encuentra infundados los cargos de falta de competencia y falsa motivación expuestos contra la Resolución 1364 del 22 de febrero de 2019, «Por la cual se adopta el Sistema de Valoración del desempeño de los servidores públicos vinculados mediante nombramiento provisional en la planta global del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y se deroga una Resolución».

La Sala aclara que en este proceso no se demandaron aspectos específicos de su contenido y, por ello, no se detuvo a analizar su articulado de forma separada, pues el demandante argumentó únicamente la imposibilidad de aplicar un sistema de evaluación de desempeño para los empleados provisionales.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A

Primero. Denegar la pretensión de nulidad de la Resolución 1364 del 22 de febrero de 2019, «Por la cual se adopta el Sistema de Valoración del desempeño de los servidores públicos vinculados mediante nombramiento provisional en la planta global del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y se deroga una Resolución».

Segundo. Sin condena en costas

Notifíquese y cúmplase

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

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Firmado electrónicamente Firmado electrónicamente

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Firmado electrónicamente

Constancia: La presente providencia fue firmada electrónicamente por la Sala en la plataforma del Consejo de Estado denominada samai. En consecuencia, se garantiza su autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con el artículo 186 del CPACA.



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)

