

INSTRUCTIVO DE CONCERTACIÓN DE COMPROMISOS PARA LA EVALUACIÓN DE DESEMPEÑO DE FUNCIONARIOS VINCULADOS EN PROVISIONALIDAD EN LA CAR DE CUNDINAMARCA / EVALUACIÓN DE DESEMPEÑO DE EMPLEADOS EN PROVISIONALIDAD- Improcedencia / EVALUACIÓN DE DESEMPEÑO DE EMPLEADOS EN CARRERA ADMINISTRATIVA O EN PERÍODO DE PRUEBA- Procedencia

La Sala advierte, que tanto la Ley 909 de 2004 como el Decreto 1083 de 2015 regularon todo lo relacionado con la evaluación del desempeño de los empleados públicos de carrera administrativa y que se encuentren en período de prueba. Así, de su contenido puede concluirse que ninguna de las dos normas dispuso que dicha evaluación también debía hacerse sobre los empleados en provisionalidad o de libre nombramiento y remoción. Adicionalmente, es claro que, las entidades a quienes se les aplica esta normativa y las directrices de la Comisión Nacional del Servicio Civil, al desarrollar los sistemas de evaluación del desempeño de estos servidores públicos, por mandato del artículo 40 de la Ley 909 de 2004, deben sujetarse a lo regulado en esta y en su reglamentación, sin que puedan modificarla o adicionarla. Adicionalmente, es claro que, las entidades a quienes se les aplica esta normativa y las directrices de la Comisión Nacional del Servicio Civil, al desarrollar los sistemas de evaluación del desempeño de estos servidores públicos, por mandato del artículo 40 de la Ley 909 de 2004, deben sujetarse a lo regulado en esta y en su reglamentación, sin que puedan modificarla o adicionarla.(...) la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca, no estaba facultada para evaluar el desempeño laboral de los servidores públicos vinculados en provisionalidad, pues es evidente que se *arrogó competencias que no le correspondían, toda vez que la Ley 909 de 2004 y el Decreto 1083 de 2015, regularon únicamente en sus artículos 37 a 40 y 2.2.8.1.1. al 2.2.8.1.12 respectivamente; que la evaluación del desempeño procede respecto de empleados públicos de carrera administrativa y en período de prueba, sin incluir a empleados vinculados en libre nombramiento y remoción y en provisionalidad.*

NORMA DEMANDADA: MEMORANDO OTH 20153119026 DE 26 DE MAYO DE 2015 CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE CUNDINAMARCA – CAR (Nulo)

CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL – Naturaleza jurídica / CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL – Régimen aplicable

La Sala parte de la premisa que las Corporaciones Autónomas Regionales son establecimientos públicos del orden nacional de carácter especial en virtud del objeto específico y la autonomía que les otorgó el numeral 7 del artículo 150 de la Constitución Política. Así mismo, en materia de administración de personal y de carrera, continuarían aplicándose las normas del sistema general conforme a lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley 909 de 2004, y demás disposiciones que los modifiquen y adicionen.

FUENTE FORMAL: LEY 3 DE 1961 / LEY 62 DE 1984 / LEY 99 DE 1993 / LEY 909 DE 2004 – ARTÍCULO 38 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA- ARTÍCULO 150 NUMERAL 7 / DECRETO ÚNICO REGLAMENTARIO 1083 DE 2015

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS

Bogotá, D.C., seis (6) de febrero de dos mil veinte (2020).

Radicación número: 11001-03-25-000-2016-00040-00(0112-16)

Actor: JAIRO BENJAMÍN VILLEGAS ARBELÁEZ

Demandado: CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE CUNDINAMARCA – CAR

Tema :Memorando OTH 20153119026 de 26 de mayo de 2015, “*Por medio del cual se [concertan] [los] compromisos laborales prueba piloto evaluación de desempeño funcionarios en provisionalidad*”, expedido por la Jefe de la Oficina de Talento Humano de la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca - CAR -.

Medio de control : Simple nulidad – Ley 1437 de 2011

La Sala decide mediante sentencia la demanda de nulidad presentada, en ejercicio del medio de control previsto en el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo contra el memorando OTH 20153119026 de 26 de mayo de 2015¹, expedido por la Jefe de la Oficina de Talento Humano de la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca - CAR -.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

El 18 de enero de 2016², el señor Jairo Benjamín Villegas Arbeláez, actuando en causa propia, presentó demanda de nulidad contra el memorando OTH 20153119026 de 26 de mayo de 2015, con su instructivo y formulario, “*Por medio del cual se [concertan] [los] compromisos laborales prueba piloto evaluación de*

¹ Folios 1 a 3

² Folios 52 a 61

desempeño funcionarios en provisionalidad”, expedido por la Jefe de la Oficina de Talento Humano de la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca - CAR -.

1.1. El acto acusado

El ciudadano mencionado pretende que se declare la nulidad del memorando OTH 20153119026 de 26 de mayo de 2015, con su instructivo y formulario, por medio del cual se concertan los compromisos laborales “*prueba piloto evaluación de desempeño funcionarios en provisionalidad*”, expedido por la Jefe de la Oficina de Talento Humano de la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca. Así mismo, establece los instrumentos que deben tener estos funcionarios para el cumplimiento de las obligaciones, tales como: plan de gestión ambiental, plan de acción 2012-2015, plan de contribución anual, planes operativos, manual de funciones de las dependencias, competencias comunes y comportamentales por nivel jerárquico, plan único de mejoramiento, y demás herramientas con que cuente la entidad.



1.2. Normas violadas y concepto de violación

La parte actora considera que el acto administrativo contenido en el memorando OTH 20153119026 de 26 de mayo de 2015, vulnera los artículos 6, 122 y 125 de la Constitución Política, los artículos 38 y 41 literal b) de la Ley 909 de 2004. Así mismo, los acuerdos 137 y 138 de 2010, 022 de 2014, y las resoluciones 2609 y 3430 de 2014 y 0935 de 2015.

El concepto de violación es desarrollado por libelista en dos cargos, que buscan acreditar que el acto administrativo cuestionado adolece de falta de competencia, toda vez que fue expedido por la Jefe de la Oficina de Talento Humano de la CAR, a quién no le correspondía impartir directrices con respecto a la “*evaluación de desempeño de los funcionarios en provisionalidad*”.

Y de otro porque se incurrió en extralimitación de funciones, puesto que la mencionada funcionaria no estaba autorizada para fijar las directrices de

evaluación de los servidores provisionales de la entidad, ya que los únicos empleos susceptibles de calificación son los de carrera administrativa.

2. TRÁMITE PROCESAL

Este despacho admitió la demanda mediante auto de 3 de mayo de 2018³. Igualmente, mediante el mencionado proveído se ordenó informar a la comunidad sobre la existencia del proceso y notificar al Agente del Ministerio Público, al director de la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca.

Mediante auto de 18 de febrero de 2019⁴, el magistrado sustanciador convocó a la audiencia inicial de que trata el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, para el 11 de marzo hogaño.

3. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca -CAR-⁵, por intermedio de apoderado propuso la excepción de “*ineptitud de la demanda*”, toda vez que el memorando interno impugnado no es un acto administrativo susceptible de control mediante la acción de nulidad, dado que su contenido es de carácter interno y esencialmente informativo.

Refirió que la Jurisprudencia del Consejo de Estado ha reiterado en forma pacífica que “*son susceptibles de control judicial los actos administrativos que por definición han de comportar efectos jurídicos*”, mientras que, del contenido del memorando interno impugnado, se destaca que él mismo tenía como objetivo primordial: informar la fecha de concertación de los compromisos, los instrumentos y la estructura lingüística a tener en cuenta para su cabal desarrollo.

Argumentó que fue una prueba piloto que no comportó efectos jurídicos, y no se utilizó para la toma de decisiones de los funcionarios seleccionados para tal fin.

³ Folio 65

⁴ Folios 86 y 87

⁵ Folios 78 a 83

Máxime, que la entidad demandada no adoptó el modelo piloto, “*por lo que no acogió con posterioridad el instrumento referido en el memorando interno*”.

Precisó, que en el *sub lite* “*se impugnó un simple memorando interno y no un verdadero acto administrativo*”, pues no produjo efectos sobre los cuales pueda recaer suspensión, y por ende, no se vislumbra violación de las normas invocadas por el solicitante.

El Agente del Ministerio Público y el representante de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado guardaron silencio.

4. AUDIENCIA INICIAL

Mediante audiencia realizada el 11 de marzo de 2019⁶, se agotó el trámite previsto en el artículo 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Así, en su desarrollo se indicó la no existencia de vicios o irregularidades que requieran que el proceso fuese saneado.

La entidad demandada propuso la excepción de **ineptitud sustantiva de la demanda**, tras considerar que el memorando impugnado no es un acto administrativo susceptible de control jurisdiccional, puesto que se trata de una norma interna que no produce efectos externos a la CAR.

Resaltó que sí el memorando acusado es considerado como un acto administrativo, “*sería de carácter particular por cuanto se aplic[ó] a unos pocos funcionarios*”; motivo por el cual, el medio de control de nulidad no es el idóneo para establecer su legalidad.

⁶ Folios 94 a 101

El despacho sustanciador resolvió la excepción invocada por el libelista de manera negativa, al considerar que en vigencia del Decreto 01 de 1984 la jurisprudencia de esta Corporación sentó la tesis argumentando que cuando una circular “*no tiene la virtud de producir efectos jurídicos, bien porque permanezca en el interior de los cuadros de la Administración como una orientación para el desarrollo de una actividad administrativa, o bien porque se limite a reproducir la de una autoridad diferente*”, no será considerado como un acto administrativo susceptible de control jurisdiccional.

No obstante, en vigencia de la Ley 1437 de 2011, el Consejo de Estado cambió el argumento y estimó que “*el control de legalidad deberá extenderse también a aquellas manifestaciones de la función administrativa que pese a proyectar sus efectos únicamente sobre la órbita interna de la Administración o limitarse a informar o a instar a los particulares a determinada conducta*”, deberán someterse plenamente a la Constitución y a la Ley.

Posteriormente, al momento de la fijación del litigio se planteó que el problema jurídico se centra en establecer: “*si el memorando demandado adolece de falta de competencia y extralimitación de funciones*”, teniendo en cuenta que fue expedido por la Jefe de la Oficina de Talento Humano de la entidad demandada “*autoridad a quién no le fue atribuida competencia funcional para expedir directrices para la evaluación de desempeño [de] funcionarios en provisionalidad*”, y consecuentemente, si vulnera los artículos 6, 122 y 125 de la Constitución Política, los artículos 38 y 41 literal b) de la Ley 909 de 2014. Así mismo, los acuerdos 137 y 138 de 2010 y 022 de 2014, las resoluciones 2609, 3430 de 2014, 0935 de 2015 y el manual de funciones.

Igualmente, el Magistrado ponente negó la solicitud de la medida cautelar de suspensión provisional, al considerar que si bien es cierto, las normas superiores contienen principios de la función pública, no es menos, que no son suficientes para decretar la medida precautelativa solicitada, dado que el artículo 9 numeral 3 del Acuerdo 022 de 2014, radicó la función de administrar la planta de personal de la CAR en la Oficina de Talento Humano y el artículo 4 de la resolución 2466 de 2016, expedida por el Director General de la CAR, contentiva del reglamento de evaluación del desempeño laboral de los empleados públicos de esa entidad;

prevé que la Oficina de Talento Humano “*responderá por la implementación del reglamento contenido en esa resolución*”.

Finalmente, se determinó que se tendrían como pruebas, las allegadas con la demanda y su contestación.

De este modo, se prescindió de la práctica de pruebas y se cerró el debate probatorio, de conformidad con lo normado en el artículo 181 de la Ley 1437 de 2011.

Posteriormente, se otorgó un término de diez (10) días a las partes, para que presentaran los alegatos de conclusión y al Ministerio Público, para que conceptuara sobre el asunto, si lo estimaba pertinente.

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

5.1. La parte demandante

La parte actora guardó silencio.

5.2. La parte demandada

El apoderado de la parte demandada, al momento de alegar de conclusión reiteró los argumentos que expuso al contestar el libelo demandatorio, y refirió que el acto acusado no puede ser considerado como un “*verdadero acto administrativo*”, susceptible de impugnación ante la Jurisdicción Contenciosa.

Adujo que el acuerdo de compromisos con quienes desempeñan cargos en provisionalidad, es una herramienta útil y jurídicamente válida; y no como desatinadamente lo sostiene el demandante dado que “*entiende que la concertación de compromisos se predica única y exclusivamente de los*

empleados inscritos en carrera (...) y se encontraría expresamente prohibida respecto de los empleados en provisionalidad”.

Iteró que respecto a la evaluación de funcionarios vinculados por nombramiento provisional, la Comisión Nacional del Servicio Civil señaló que las entidades a las cuales se les aplica la Ley 909 de 2004, pueden “*tomar como referente los formatos establecidos por la Comisión Nacional a través del Sistema Tipo Evaluación del Desempeño Laboral, como guía de orientación*” y “*se deberá establecer que **en ningún caso la evaluación de desempeño realizada a personal vinculado con carácter provisional, genera los privilegios que la ley establece para los servidores públicos** que ostentan derechos de carrera administrativa, ni acceso a los incentivos previstos en la entidad para los servidores escalafonados*”, pues mal podría aplicarse respecto de una sola clase de servidores.

Argumentó contrario *sensu*, que la evaluación de desempeño resulta útil y universal respecto de todos los funcionarios públicos, puesto que ejercen funciones públicas sin importar el tipo de vinculación, y en tal sentido, la prestación del servicio se concreta a través de tal herramienta. Amen, que el memorando interno impugnado se expidió con fundamento en el interés general, en los principios que orientan la función administrativa y en los criterios y lineamientos formulados por la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Resaltó, que mediante criterio unificado de 5 de julio de 2016, el órgano autónomo dispuso que la evaluación de los servidores públicos vinculados mediante nombramiento provisional es procedente como “*política institucional dentro del marco de apoyo y seguimiento a la gestión de la entidad*”, y por consiguiente, no está prohibida.

Concluyó que en ningún caso la evaluación de desempeño realizada a personal vinculado en provisional, genera privilegios que la ley establece para los servidores públicos de carrera administrativa, y en razón de ello, la pretensión solicitada por la parte actora no está llamada a prosperar.

6. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO⁷

Luego de hacer un resumen completo de las actuaciones surtidas en el proceso de la referencia, la Procuradora Segunda delegada ante el Consejo de Estado, solicitó que se nieguen las suplicas de la demanda, es decir, la nulidad invocada contra el memorando OTH 20153119026 de 2015, expedido por la Jefe de la Oficina de Talento Humano de la entidad demandada, comoquiera que el objeto de su expedición era informar al Director de CAR las directrices a seguir para *“fijar los compromisos de los funcionarios en provisionalidad y su evaluación”*.

Sostuvo que es evidente que la actividad se enmarca en los numerales 1 y 14 del Manual de Funciones, dado que, una de las atribuciones consiste en elaborar planes estratégicos de recursos humanos, implementar las políticas de administración y desarrollo de los servidores de la planta de personal y administrar el sistema de evaluación del desempeño de la corporación.

Remató el punto diciendo que *“es importante señalar que las corporaciones autónomas regionales son entes corporativos de carácter público, creados por la ley, integrados por las entidades territoriales que por sus características (...) conforman una unidad geopolítica, biogeográfica o hidrogeográfica”*.

Resaltó que el memorando acusado no desconoce las disposiciones contenidas en los artículos 38 y 41 de la Ley 909 de 2004 y los Acuerdos 137 y 138 de 2010, expedidos por la Comisión Nacional del Servicio Civil, ya que si bien, regulan la calificación del desempeño de los empleados de carrera administrativa y en período de prueba, *“no significa que impida evaluar a los provisionales, puesto que (...) corresponde a un estándar de gestión que se diferencia de estos, quienes están sometidos a un sistema de evaluación preestablecido, conforme a la ley de*

⁷ Folios 484 a 496

carrera aprobado por la Comisión Nacional del Servicio Civil, en acatamiento a lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 909 de 2004.

Por consiguiente, la Jefe de la Oficina de Talento Humano era competente para expedir al acto acusado.

II. CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

Como el Memorando OTH 20153119026 de 2015 es un acto administrativo expedido por una autoridad del orden nacional, esta Subsección es competente para conocer del presente proceso privativamente y en única instancia conforme con el numeral 1º del artículo 149 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2. PROBLEMA JURÍDICO

La Sala debe establecer si el Memorando OTH 20153119026 de 2015 y el documento *“instructivo fijación de compromisos evaluación de desempeño funcionarios en provisionalidad”*, infringe los artículos 6, 122 y 125 de la Constitución Política y los artículos 38 y 41 literal b) de la Ley 909 de 2004, y si consecuentemente, incurre en falta de competencia y extralimitación de funciones.

Con el propósito de dar respuesta, el problema jurídico metodológicamente se emprenderá del análisis de los siguientes aspectos: (i) Naturaleza Jurídica de las Corporaciones Autónomas Regionales (ii) Estudio Normativo y Precedentes Jurisprudenciales y (iii) Caso concreto.

3. SOLUCIÓN PROBLEMA JURÍDICO

3.1. Naturaleza Jurídica de las Corporaciones Autónomas Regionales

La Corporación Autónoma Regional (CAR), es un ente corporativo de carácter público, creado por la Ley 3 de 1961 y modificado por las Leyes 62 de 1984 y 99 de 1993, dotado de personería jurídica, autonomía administrativa y financiera, patrimonio propio e independiente de las entidades que la constituyen, y es, conforme a las normas antes citadas, el encargado de administrar, dentro del área de su jurisdicción, el medio ambiente y los recursos naturales renovables y propender por su desarrollo sostenible de conformidad con las disposiciones legales y las políticas del Ministerio del Medio Ambiente, al que se le aplican las normas generales de carrera administrativa propias de los empleados públicos.

Al respecto el Tribunal Constitucional en sentencia C-593 de 1995, señaló:

"Las corporaciones autónomas regionales son entidades administrativas del orden nacional que pueden representar a la Nación dentro del régimen de autonomía que les garantiza el numeral 7º del artículo 313 de la Constitución, y están concebidas por el Constituyente para la atención y el cumplimiento autónomo de muy precisos fines asignados por la Constitución misma o por la ley, sin que estén adscritas ni vinculadas a ningún ministerio o departamento administrativo; además, y en la medida definida por el legislador, respetando su autonomía financiera, patrimonial, administrativa y política, pueden ser agentes del Gobierno Nacional, para cumplir determinadas funciones autónomas en los casos señalados por la ley. Aquellas entidades, son organismos administrativos intermedios entre la Nación y las entidades territoriales, y entre la administración central nacional y la descentralizada por servicios y territorialmente, que están encargados, principalmente, aun cuando no exclusivamente, de funciones policivas, de control, de fomento, reglamentarias y ejecutivas relacionadas con la preservación del ambiente y con el aprovechamiento de los recursos naturales renovables, lo cual, y dentro del marco de lo dispuesto por el inciso segundo del artículo 339 de la Carta Política, las autoriza para participar, en los casos señalados en la ley, como agentes del Gobierno Nacional, en los procesos de elaboración y adopción concertada de los planes de desarrollo de las entidades territoriales, y en la armonización de políticas y de normas regulatorias que se dicten por las distintas autoridades competentes, como en el caso del numeral 7º del artículo 313 de la Carta Política, con el objeto de asegurar el uso eficiente de sus recursos y el desempeño adecuado de las funciones que les hayan sido asignadas."

Sobre el mismo tema en fallo C-262 de 1995, iteró que:

"Como se dejó en claro más arriba, en este asunto existen suficientes razones para fundamentar la distinción entre empleados públicos y trabajadores oficiales y para entender que las Corporaciones Autónomas Regionales son entidades que cumplen cometidos públicos de interés del Estado y de la Comunidad, que ejecutan planes, políticas, y proyectos sobre el medio ambiente y los recursos naturales, y que deben dar cumplida y oportuna aplicación a las normas legales y reglamentarias sobre su manejo y aprovechamiento, lo cual puede ser atendido por empleados públicos, según la definición que de su régimen haga la ley."

Frente a la Naturaleza Jurídica de las Corporaciones Autónomas Regionales, esa H. Corporación ha preceptuado⁸:

"En virtud de lo anterior debe esta Corporación señalar que, con la promulgación de la Constitución de 1991, las corporaciones autónomas regionales mantuvieron su condición de establecimientos públicos, aunque tienen un objeto específico dado el carácter especial que el mismo Constituyente les otorgó (Art. 150-7 C.P.), y una finalidad singular cual es la de promover y encauzar el desarrollo económico y social del territorio comprendido bajo su jurisdicción, atendiendo de manera especial a la conservación, defensa y adecuado aprovechamiento de los recursos naturales."

De la jurisprudencia transcrita, la Sala parte de la premisa que las Corporaciones Autónomas Regionales son establecimientos públicos del orden nacional de carácter especial en virtud del objeto específico y la autonomía que les otorgó el numeral 7 del artículo 150 de la Constitución Política. Así mismo, en materia de administración de personal y de carrera, continuarían aplicándose las normas del sistema general conforme a lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley 909 de 2004, y demás disposiciones que los modifiquen y adicionen.

3.2. Estudio Normativo y Precedentes Jurisprudenciales

La Ley 909 de 2004 reguló todo lo relacionado con el empleo público y concretamente, el sistema de carrera administrativa. Determinó que es aplicable a los servidores públicos vinculados a través de la carrera administrativa de la rama ejecutiva y de sus entes descentralizados, entre otros.

⁸ Corte Constitucional sentencia C-423 de 1994.

Al respecto se tiene que el artículo 3 de la Ley 909 de 2004, se aplicará a los siguientes servidores públicos:

“(…)

a) A quienes desempeñan empleos pertenecientes a la carrera administrativa en las entidades de la Rama Ejecutiva del nivel Nacional y de sus entes descentralizados.

- Al personal administrativo del Ministerio de Relaciones Exteriores, salvo cuando en el servicio exterior los empleos correspondientes sean ocupados por personas que no tengan la nacionalidad colombiana.

- Al personal administrativo de las instituciones de educación superior que no estén organizadas como entes universitarios autónomos.

- Al personal administrativo de las instituciones de educación formal de los niveles preescolar, básica y media.

- A los comisarios de Familia, de conformidad con lo establecido en el párrafo del artículo 30 <sic, se refiere al Art. 13, que modifica el Art. 30 de la Ley 294 de 1996> de la Ley 575 de 2000;

b) A quienes prestan sus servicios en empleos de carrera en las siguientes entidades:

- En las corporaciones autónomas regionales.

- En las personerías.

- En la Comisión Nacional del Servicio Civil.

- En la Comisión Nacional de Televisión.

- En la Contaduría General de la Nación;

c) A los empleados públicos de carrera de las entidades del nivel territorial: departamentos, Distrito Capital, distritos y municipios y sus entes descentralizados;

d) La presente ley será igualmente aplicable a los empleados de las Asambleas Departamentales, de los Concejos Distritales y Municipales y de las Juntas Administradoras Locales. Se exceptúan de esta aplicación quienes ejerzan empleos en las unidades de apoyo normativo que requieran los Diputados y Concejales.

2. Las disposiciones contenidas en esta ley se aplicarán, igualmente, con carácter supletorio, en caso de presentarse vacíos en la normatividad que los rige, a los servidores públicos de las carreras especiales tales como:

- Rama Judicial del Poder Público.

- Procuraduría General de la Nación y Defensoría del Pueblo.

- Contraloría General de la República y Contralorías Territoriales.

- Fiscalía General de la Nación.

- Entes Universitarios autónomos.

- Personal regido por la carrera diplomática y consular.

- El que regula el personal docente.

- El que regula el personal de carrera del Congreso de la República

PARÁGRAFO 2o. Mientras se expida las normas de carrera para el personal de las Contralorías Territoriales y para los empleados de carrera del Congreso de la República les serán aplicables las disposiciones contenidas en la presente ley”.

(…)

De manera liminar el canon 40 *ibídem* de la citada Ley, imparte a la Comisión Nacional del Servicio Civil, lo siguiente:

“Instrumentos de evaluación. De acuerdo con los criterios establecidos en esta ley y en las directrices de la Comisión Nacional del Servicio Civil, las entidades desarrollarán sus sistemas de evaluación del desempeño y los presentarán para aprobación de esta Comisión.

Es responsabilidad del jefe de cada organismo la adopción de un sistema de evaluación acorde con los criterios legalmente establecidos. No adoptarlo o no ajustarse a tales criterios constituye falta disciplinaria grave para el directivo responsable.

La Comisión Nacional del Servicio Civil desarrollará un sistema de evaluación del desempeño como sistema tipo, que deberá ser adoptado por las entidades mientras desarrollan sus propios sistemas”. (Negrilla fuera del texto original).

En efecto la regla en cita, lo que pretende es establecer que las entidades adopten sistemas propios de evaluación de desempeño de sus empleados, los cuales deben ser de carrera administrativa, en tanto que la norma especificó que tales instrumentos evaluativos deben emitirse *“de acuerdo con los criterios establecidos en la presente ley”*, la cual regula el régimen de carrera administrativa.

A la par, estableció que mientras ello sucedía, estas deberían acogerse al sistema tipo de evaluación emitido por la Comisión Nacional del Servicio Civil para estos servidores públicos, el cual también debe ser expedido con igual limitación.

Frente a las limitaciones de la Comisión Nacional del Servicio Civil, el Consejo de Estado indicó que:

(...)

“La cnsc en la expedición de regulaciones relacionadas con la carrera administrativa debe limitarse a lo regulado en la Ley 909 de 2004 y sus decretos reglamentarios, puesto que de no ser así, invadiría competencias que no les corresponden, en la medida que sus funciones se limitan a administrar y vigilar la carrera administrativa, sin que pueda modificarla o completarla.

*De otra parte advierte el Despacho que dentro de las facultades conferidas a la Comisión Nacional de Servicio Civil está la de para (sic) instruir sobre la aplicación de las normas de la carrera administrativa **pero no para crear o modificar los procedimientos para acceder a los***

empleos públicos, excediendo lo dispuesto en la Constitución y la Ley⁹ (Sombreado el despacho).

Ello en consonancia con lo dispuesto en los artículos 130 de la Carta Magna y 7 de la Ley 909 de 2004, al reseñar que:

(...)

“que la cnsc es un órgano de garantía y protección del sistema de mérito en el empleo público en los términos establecidos en la presente ley, de carácter permanente de nivel nacional, independiente de las ramas y órganos del poder público, dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio”.

En efecto, en virtud de lo anterior, en el literal d) del artículo 11 *ibidem* se determinó, entre otras funciones de la Comisión Nacional del Servicio Civil, la de establecer las herramientas para aplicar las normas sobre evaluación del desempeño de los “*empleados de carrera administrativa*”.

Ciertamente, la Ley 909 de 2004 al regular la evaluación del desempeño, dispuso en el artículo 38 que esta recae sobre los empleados enunciados, los cuales deberán ser evaluados y calificados “*con base en parámetros previamente establecidos que permitan fundamentar un juicio objetivo sobre su conducta laboral y sus aportes al cumplimiento de las metas institucionales*”.

También, el artículo 39 de la misma norma, precisó que los empleados responsables de evaluar el desempeño laboral deben hacerlo atendiendo la metodología contenida en el sistema tipo, que deberá ser adoptado por la Comisión Nacional del Servicio Civil en el artículo 40 *jusdem* o, en el instrumento emitido por la entidad respectiva y, en los términos que señale el reglamento que para dichos efectos se emita.

La normatividad enunciada fue reglamentada por el presidente de la República quien expidió el Decreto Único Reglamentario 1083 de 2015 “*por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública*”, en ejercicio de la facultad establecida en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política de 1991. En él se recopilaron entre otras normas, las

⁹ Radicado: 11001-03-25-000-2012-00795-00. interno: 2566-2012.

relacionadas con la evaluación del desempeño y calificación de servicio de los empleados de carrera administrativa y en periodo de prueba.

Así, en el artículo 2.2.8.1.1. del Decreto 1083 de 2015, se definió la evaluación del desempeño laboral como una herramienta de gestión que con base en juicios objetivos sobre la conducta, las competencias laborales y los aportes al cumplimiento de las metas institucionales *“de los empleados de carrera y en período de prueba en el ejercicio de sus respectivos cargos, busca valorar el mérito como principio sobre el cual se fundamenten su permanencia y desarrollo en el servicio”*.

De igual modo, se determinó que la evaluación del desempeño laboral de los empleados de carrera administrativa, se llevará a cabo bajo los siguientes parámetros:

“El desempeño laboral de los empleados de carrera administrativa deberá ser evaluado y calificado con base en parámetros previamente establecidos a partir de los planes anuales de gestión del área respectiva, de las metas institucionales y de la evaluación que sobre el área realicen las oficinas de control interno o quienes hagan sus veces, de los comportamientos y competencias laborales, habilidades y actitudes del empleado, enmarcados dentro de la cultura y los valores institucionales”.

En este orden de ideas, la Sala advierte, que tanto la Ley 909 de 2004 como el Decreto 1083 de 2015 regularon todo lo relacionado con la evaluación del desempeño de los empleados públicos de carrera administrativa y que se encuentren en período de prueba. Así, de su contenido puede concluirse que ninguna de las dos normas dispuso que dicha evaluación también debía hacerse sobre los empleados en provisionalidad o de libre nombramiento y remoción.

Adicionalmente, es claro que, las entidades a quienes se les aplica esta normativa y las directrices de la Comisión Nacional del Servicio Civil, al desarrollar los sistemas de evaluación del desempeño de estos servidores públicos, por mandato del artículo 40 de la Ley 909 de 2004, deben sujetarse a lo regulado en esta y en su reglamentación, sin que puedan modificarla o adicionarla.

4. CASO CONCRETO

Descendiendo al caso en concreto, se tiene en síntesis, que el señor Jairo Benjamín Villegas Arbeláez, solicitó se declare la nulidad del Memorando OTH 20153119026 de 2015, con su instructivo y formulario, por medio del cual se concertan los compromisos laborales *“prueba piloto evaluación de desempeño funcionarios en provisionalidad”*, expedido por la Jefe de la Oficina de Talento Humano de la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca.

Así mismo, indicó que el acto administrativo cuestionado adolece de falta de competencia y extralimitación de funciones, comoquiera que fue expedido por la Jefe de la Oficina de Talento Humano de la CAR, a quién no le correspondía impartir directrices con respecto a la evaluación de desempeño de los funcionarios en provisionalidad, toda vez que los únicos empleos susceptibles de calificación son los de carrera administrativa.

Por su parte, el ente demandado refirió que el acuerdo de compromisos con quienes desempeñan cargos en provisionalidad, es una herramienta útil y jurídicamente válida; y no como desatinadamente lo sostiene el demandante dado que *“entiende que la concertación de compromisos se predica única y exclusivamente de los empleados inscritos en carrera (...) y se encontraría expresamente prohibida respecto de los empleados en provisionalidad”*.

Iteró que respecto a la evaluación de funcionarios vinculados por nombramiento provisional, la Comisión Nacional del Servicio Civil señaló que las entidades a las cuales se les aplica la Ley 909 de 2004, pueden *“tomar como referente los formatos establecidos por la Comisión Nacional a través del Sistema Tipo Evaluación del Desempeño Laboral, como guía de orientación”* y *“se deberá establecer que **en ningún caso la evaluación de desempeño realizada a personal vinculado con carácter provisional, genera los privilegios que la ley establece para los servidores públicos** que ostentan derechos de carrera administrativa, ni acceso a los incentivos previstos en la entidad para los servidores escalafonados”*, pues mal podría aplicarse respecto de una sola clase de servidores.

Argumentó contrario *sensu*, que la evaluación de desempeño resulta útil y universal respecto de todos los funcionarios públicos, puesto que, ejercen funciones públicas sin importar el tipo de vinculación, y en tal sentido, la prestación del servicio se concreta a través de tal herramienta. Amen, que el memorando interno impugnado se expidió con fundamento en el interés general, en los principios que orientan la función administrativa y en los criterios y lineamientos formulados por la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Concluyó, que mediante criterio unificado de 5 de julio de 2016, el órgano autónomo dispuso que la evaluación de los servidores públicos vinculados mediante nombramiento provisional es procedente como “*política institucional dentro del marco de apoyo y seguimiento a la gestión de la entidad*”, y por consiguiente, no está prohibida.

En el *sub judice*, corresponde a la Sala decidir si la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca (CAR), desconoció las normas en que debió fundarse para proferir el acto administrativo acusado.

Desde ese contexto, el análisis de las censuras es el siguiente:

Frente al cargo de falta de competencia

El ciudadano Jairo Benjamín Villegas Arbeláez, resaltó que el acto administrativo cuestionado adolece de falta de competencia, toda vez que fue expedido por la Jefe de la Oficina de Talento Humano de la CAR, a quién no le correspondía impartir directrices con respecto a la “*evaluación de desempeño de los funcionarios en provisionalidad*”, en atención a que los únicos empleos susceptibles de calificación son los de carrera administrativa.

Para la Sala resulta prospero en atención a que la entidad demandada al momento de emitir el Memorando OTH 20153119026 de 2015, con su instructivo y formulario “*Por medio del cual se [concertan] [los] compromisos laborales prueba piloto evaluación de desempeño funcionarios en provisionalidad*”, desbordó sus

competencias al extender los efectos de la Ley 909 de 2004 y el Decreto 1083 de 2015, a empleados a los cuales no regulaban tales preceptos normativos.

Al respeto, el artículo 40 de la Ley 909 de 2004, resalta que:

“Instrumentos de evaluación. De acuerdo con los criterios establecidos en esta Ley y las directrices de la Comisión Nacional del Servicio Civil, las entidades desarrollarán sus sistemas de evaluación del desempeño y los presentarán para aprobación de esta Comisión”.

Sobre el tema el Acuerdo 565 de 2016 en su artículo 5, indica que:

“El Sistema Tipo de Evaluación del Desempeño Laboral se aplicará a:

1. Las entidades públicas que se rigen por la Ley 909 de 2004 que no hayan adoptado su sistema propio de Evaluación del Desempeño Laboral.

2. Las entidades que cuentan con Sistemas de Carrera Específicos o Especiales de origen legal, mientras desarrollan sus propios sistemas, adoptarán y aplicarán el Sistema Tipo de Evaluación del Desempeño Laboral de que trata este Acuerdo, adaptándolo a las condiciones especiales que les señale la ley o el reglamento, entre otras, el período de prueba, el período de evaluación ordinaria y los recursos procedentes”.

A partir de la normativa referida, se tiene que el sistema tipo de evaluación del desempeño, aplica a los empleados con derechos de carrera administrativa, en periodo de prueba y a los empleados de libre nombramiento y remoción.

Frente a este punto, el parágrafo del artículo 2.2.10.10 del Decreto 1083 de 2015, indica que:

“El desempeño laboral de los empleados de libre nombramiento y remoción de Gerencia Pública¹⁰, se efectuará de acuerdo con el sistema de evaluación de gestión prevista en el presente Título. Los demás empleados de libre nombramiento y remoción serán evaluados con los criterios y los instrumentos que se aplican en la entidad para los empleados de carrera”.

¹⁰ Mediante sentencia del 26 de abril de 2018. Radicado interno: 4871-2017), el Consejero de Estado Rafael Francisco Suárez Vargas, **Decreto** la suspensión provisional de los siguientes apartados del Acuerdo 565 de 2016:

i) Del artículo 6° numeral 2° la expresión «**Los empleados de Libre Nombramiento y Remoción, distintos a los de Gerencia Pública**», conforme la razones expuestas en el acápite 2.5.1.

ii) Del artículo 10 el siguiente enunciado contenido en el inciso 1° del literal b) «**los servidores de período y los directivos docentes se asimilarán a empleados de Libre Nombramiento y Remoción**», de acuerdo con los argumentos esbozados en el acápite 2.5.4”.

A su turno el artículo 6 del Acuerdo 565 de 2016, expedido por la Comisión Nacional del Servicio Civil, señala:

“El sistema tipo de evaluación del desempeño aplica a los empleados con derechos de carrera administrativa, en período de prueba y a los empleados de libre nombramiento y remoción”.

La jurisprudencia del Consejo de Estado, con referencia al tema de evaluación del desempeño ha señalado que:

(...)

Que el artículo 40 de la Ley 909 de 2004 señala que de acuerdo con los criterios establecidos en esta Ley y las directrices de la Comisión Nacional del Servicio Civil –cnsc-, las entidades deben desarrollar sus sistemas de evaluación del desempeño y presentarlos para aprobación de esta Comisión.

Que mediante Acuerdo No 565 de Enero 25 de 2016 la Comisión Nacional del Servicio Civil fijó un nuevo sistema tipo de evaluación del desempeño laboral de los empleados de carrera o en periodo de prueba.

Que en consonancia con lo fijado en el artículo 40 de la Ley 909 de 2004 y el artículo 5.º del Acuerdo 565 de 2016 de la cnsc, el sistema tipo de evaluación debe ser adoptado y aplicado por las entidades mientras desarrollan sus propios sistemas.

(...)

Que de conformidad con lo consagrado en el párrafo del artículo 2.2.10.10. del Decreto 1083 de 2015, el desempeño laboral de los empleados de libre nombramiento y remoción se efectuará de acuerdo con los criterios y los instrumentos que se aplican en la entidad para los empleados de carrera administrativa.

Que el artículo 6.º del Acuerdo 565 de 2016 de la cnsc señala que el sistema tipo de evaluación del desempeño aplica a los empleados con derechos de carrera administrativa, en periodo de prueba y a los empleados de libre nombramiento y remoción.

Que frente a la evaluación de funcionarios vinculados por nombramiento provisional, mediante criterio unificado de fecha 05 de julio de 2016, la Comisión Nacional del Servicio Civil señaló que las entidades a las que se aplica la Ley 909 de 2004 pueden “tomar como referente los formatos establecidos por la Comisión Nacional a través del sistema tipo de Evaluación del Desempeño Laboral, como guía de orientación” (...)

Además en el artículo 3.º de la Resolución 2466 de 2016 que hoy se demanda se estableció «Adoptar como sistema de evaluación del desempeño laboral, para los servidores vinculados a empleos de carrera administrativa mediante nombramiento en provisionalidad, **el sistema tipo de evaluación del desempeño aprobado por la Comisión Nacional del Servicio Civil mediante Acuerdo No 565 de Enero 25 de 2016**, con excepción de las disposiciones relacionadas con los formatos de evaluación» (Negrilla fuera del texto).

Bajo estos presupuestos, para la Sala la norma debe ser suspendida puesto que se fundamentó en la Ley 909 de 2004 y el Decreto 1083 de 2015, normas que únicamente regularon en sus artículos 37 a 40 y 2.2.8.1.1. al 2.2.8.1.12 respectivamente, la evaluación del desempeño laboral de los empleados públicos de carrera administrativa y en periodo de prueba, sin incluir a empleados con otro tipo de vinculación, tales como los libre nombramiento y remoción y en provisionalidad.

Además, porque el Acuerdo 565 de 2016 citado en el acto demandado, tampoco incluyó dentro de su contenido como sujetos de evaluación a los empleados vinculados en provisionalidad, razón por la que no puede servir de sustento al artículo 3.º de la Resolución 2466 de 2016 enjuiciada.

Por el contrario, el acuerdo referido fue objeto de reciente control de legalidad en esta Corporación, entre otros aspectos, por someter también a los empleados de libre nombramiento y remoción a la evaluación de desempeño, pese a que la Ley 909 de 2004 y el Decreto 1083 de 015 no los cobijó. En dicha ocasión se suspendieron provisionalmente los artículos 6.º ordinal 2.º y 54 que regularon ello con los siguientes argumentos:

La Sala Unitaria encuentra que le asiste razón a la entidad demandante sobre la ilegalidad de la norma citada, toda vez que la Ley 909 de 2004 en sus artículos 37 a 40 y el Decreto 1083 de 2015 en el Título 8º artículos 2.2.8.1.1. al 2.2.8.1.12, regularon todo lo concerniente a la evaluación de desempeño solo de los empleados de carrera administrativa.

De esta manera, la cnsc en el sistema tipo que ordenó expedir el artículo 40 de la ley referida no podía adicionar o hacer extensiva la normativa a otros servidores públicos, puesto que su función de administrar y vigilar la carrera administrativa no se lo permite, por lo que desbordó sus competencias.

Por tanto se declarará la suspensión provisional de la norma analizada La posición asumida en la decisión citada es aplicable también en el sub examine, en la medida que en ambos casos las entidades desbordaron sus competencias al extender los efectos de la Ley 909 de 2004 y el Decreto 1083 de 2015 a empleados a los cuales no regulaban tales preceptos normativos”¹¹.

De las normas y la jurisprudencia transcritas emerge con claridad que la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca, no estaba facultada para evaluar el desempeño laboral de los servidores públicos vinculados en provisionalidad, pues es evidente que se arrogó competencias que no le correspondían, toda vez que la Ley 909 de 2004 y el Decreto 1083 de 2015, regularon únicamente en sus artículos 37 a 40 y 2.2.8.1.1. al 2.2.8.1.12 respectivamente; que la evaluación del desempeño procede respecto de empleados públicos de carrera administrativa y en período de prueba, sin incluir a empleados vinculados en libre nombramiento y remoción y en provisionalidad.

Respecto de la extralimitación de funciones

A juicio del demandante, la Jefe de la Oficina de Talento Humano al expedir el acto administrativo demandado, incurrió en extralimitación de funciones, puesto que “no estaba autorizada para fijar las directrices de evaluación de los servidores provisionales de la entidad”, dado que los únicos empleos susceptibles de calificación son los de carrera administrativa.

Sobre los parámetros de evaluación de desempeño, el Consejo de Estado en sentencia de 26 de abril de 2018, iteró que:

¹¹ Sentencia de 16 de agosto de 2018. Radicado 00129-2018. MP. Rafael Francisco Suárez Vargas. Número interno 0677-2017.

“EVALUACION DE DESEMPEÑO - Regulación en la Ley 909 de 2004 y el Decreto 1083 de 2015 / FACULTADES OTORGADAS A LA COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - Para desarrollar el sistema tipo de evaluación.

La norma señaló que la evaluación del desempeño debe basarse en parámetros previamente establecidos en los planes anuales de gestión del área respectiva, de las metas institucionales y de la valoración sobre el área que realicen las oficinas de control interno de los comportamientos y competencias laborales. Igualmente en el artículo 2.2.8.1.7 ibídem se preceptuó que los responsables de evaluar se determinarían en el sistema tipo elaborado por la Comisión Nacional del Servicio Civil, indicando que debe incluir un empleado de libre nombramiento y remoción. Así mismo, advirtió que en este se debe asignar el empleado responsable de notificar y de resolver los recursos respectivos. El decreto ordenó, en concordancia con el contenido del artículo 38 de la Ley 909 de 2004, realizar dos evaluaciones semestrales, que una vez ponderadas, originan el resultado definitivo anual. También dispuso la posibilidad de efectuar una evaluación extraordinaria cuando el jefe de la entidad reciba información sobre el desempeño deficiente de un empleado. De similar manera, señaló que las evaluaciones se deben comunicar tal como lo señale el procedimiento que debe surtirse ante y por la CNSC, procediendo contra ella el recurso de reposición y apelación. Igualmente, determinó que en caso de darse una calificación no satisfactoria procede la declaratoria de insubsistencia del empleado público. Finalmente, la norma endilgó la responsabilidad de velar por la oportuna y adecuada aplicación del sistema de evaluación al jefe de personal de cada entidad¹². (Sombreado del despacho).

Desde este escenario la Sala precisa que si bien es cierto, el Decreto 1083 de 2015 y la Ley 909 de 2004, endilgaron a la Comisión Nacional del Servicio Civil la responsabilidad de velar por la adecuada y oportuna aplicación del sistema de evaluación de desempeño al Jefe de personal de cada entidad, ello no es menos, que en el *sub examine* la Jefe de Talento Humano de la parte demandada estaba facultada para evaluar el desempeño de los empleados de carrera administrativa, y no a los vinculados en provisionalidad. Actuación que a todas luces va en contravía con lo dispuesto en los cánones 38 y 2.2.8.1.7 de las normas en cita, que a la letra dicen:

“ARTÍCULO 38. EVALUACIÓN DEL DESEMPEÑO. El desempeño laboral de los empleados de carrera administrativa deberá ser evaluado y calificado con base en parámetros previamente establecidos que permitan fundamentar un juicio objetivo sobre su conducta laboral y sus aportes al

¹² Radicado 00920-2017. MP. Rafael Francisco Suárez Vargas. Número interno 4871-2017

cumplimiento de las metas institucionales. A tal efecto, los instrumentos para la evaluación y calificación del desempeño de los empleados se diseñarán en función de las metas institucionales”.

“ARTÍCULO 2.2.8.1.7 Responsables de evaluar. En el sistema tipo de calificación que diseñe la Comisión Nacional del Servicio Civil, se determinará el o los empleados responsables de evaluar el desempeño de los empleados de carrera, dentro de los cuales, en todo caso, habrá un empleado de libre nombramiento y remoción”.

Las disposiciones anteriores permiten arribar a la conclusión que la entidad demandada se excedió en el ejercicio de la potestad reglamentaria, pues no se ciñó a lo dispuesto en los artículos 38 y 2.2.8.1.7 de la Ley 909 de 2004 y el Decreto 1083 de 2015, respectivamente, sino que agregó otros requisitos que no están previstos para la evaluación de desempeño laboral de los empleados en provisionalidad. En consecuencia, infringió los artículos 6, 122 y 125 de la Constitución Política.

II. DECISIÓN

Por esos motivos, la Sala accederá a las pretensiones de la demanda incoada por el señor Jairo Benjamín Villegas Arbeláez, contra la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca (CAR), en consecuencia, se declarará la nulidad del memorando OTH 20153119026 de 2015, con su instructivo y formulario, *“por medio del cual se [concertan] [los] compromisos laborales prueba piloto evaluación de desempeño funcionarios en provisionalidad”*, expedido por la Jefe de Talento Humano, comoquiera que se emitió en contravía de lo normado en la Ley 909 de 2004 y el Decreto 1083 de 2015, que establecieron la evaluación del desempeño laboral para los empleados vinculados en carrera administrativa.

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

FALLA

DECLARAR la nulidad del memorando OTH 20153119026 de 2015, con su instructivo y formulario, *“por medio del cual se [concertan] [los] compromisos laborales prueba piloto evaluación de desempeño funcionarios en provisionalidad”*, expedido por la Jefe de Talento Humano de la entidad demandada, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

CÓPIESE, COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

legis

CARMELO PERDOMO CUÉTER