



Función Pública

Concepto 301771 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

20206000301771

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000301771

Fecha: 10/07/2020 01:34:00 p.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA: EMPLEOS. Evaluación del Desempeño a provisionales de la Fiscalía General de la Nación. RAD. 20209000266512 del 24 de junio de 2020.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual solicita *“aclaración acerca de la obligatoriedad que recae sobre los funcionarios de la Fiscalía General de La Nación nombrados en Provisionalidad a presentar Evaluación de Desempeño, y si el no presentarla puede generar algún tipo de sanción disciplinaria, traslados, impedimento para promoción en encargos y similares”*; me permito manifestar lo siguiente:

Inicialmente es importante destacar que este Departamento en ejercicio de sus funciones contenidas en el Decreto 430 de 2016¹, realiza la interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con el empleo público y la administración de personal; sin embargo, no le corresponde la valoración de los casos particulares, y carece de competencia para ordenar reconocimiento de derechos; tampoco funge como ente de control ni es el competente para decidir sobre la legalidad de las actuaciones de las entidades del estado, competencia atribuida a los jueces de la república.

Ahora bien, para abordar las normas atinentes a su consulta, la Constitución Política, establece:

“ARTÍCULO 253. La ley determinará lo relativo a la estructura y funcionamiento de la Fiscalía General de la Nación, al ingreso por carrera y al retiro del servicio, a las inhabilidades e incompatibilidades, denominación, calidades, remuneración, prestaciones sociales y régimen disciplinario de los funcionarios y empleados de su dependencia.

En desarrollo del artículo constitucional, la Ley 270 de 1996, *“Estatutaria De La Administración De Justicia”*, dispuso:

“ARTÍCULO 159. Régimen de Carrera de la Fiscalía. La Fiscalía General de la Nación tendrá su propio régimen autónomo de carrera sujeto a los principios del concurso de méritos y calificación de servicios, orientado a garantizar la igualdad de oportunidades para el ingreso, permanencia y ascenso en el servicio de los funcionarios y empleados que la conforman. (...)”

Luego, mediante la expedición de la Ley 1654 de 2013, se otorgaron facultades extraordinarias pro tempore al Presidente de la República para modificar la estructura y la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación y expedir su Régimen de Carrera y situaciones administrativas.

Consecuencia de lo anterior, y en ejercicio de dichas facultades, el Gobierno Nacional expidió el Decreto Ley 020 de 2014, "por el cual se clasifican los empleos y se expide el régimen de carrera especial de la Fiscalía General de la Nación y de sus entidades adscritas", en el que se definió:

"ARTÍCULO 2. Definición de la Carrera Especial de la Fiscalía General de la Nación y de sus entidades adscritas. La carrera especial de la Fiscalía General y de sus entidades adscritas es el sistema técnico de administración de personal que, en cumplimiento de los principios constitucionales de la función pública busca garantizar la igualdad de oportunidades para acceder a los cargos, previa demostración del mérito; proteger los derechos de los servidores a la estabilidad y permanencia en los mismos; desarrollar las capacidades técnicas y funcionales del servidor mediante la capacitación, los estímulos y el ascenso. Así mismo, pretende la eficiencia y eficacia de la función que cumplen los servidores, evaluada ésta a través del desempeño del cargo y de las competencias laborales."

"ARTÍCULO 68. EVALUACIÓN DEL DESEMPEÑO. La evaluación del desempeño es la valoración de la gestión individual del servidor público, vinculado en un cargo de la Fiscalía General de la Nación o de las entidades adscritas, realizada teniendo en cuenta parámetros objetivos, cualitativos y cuantitativos previamente señalados por el jefe del organismo respectivo y concertados entre evaluador y evaluado que den cuenta de los aportes del servidor al cumplimiento de metas y objetivos institucionales conforme al plan anual de gestión adoptado para cada una de las dependencias."

Las evaluaciones del desempeño laboral deben ser:

1. *Objetivas, imparciales y fundadas en principios de equidad;*
2. *Justas, para lo cual deben tenerse en cuenta tanto las actuaciones positivas como las negativas, y*
3. *Referidas a hechos concretos y a condiciones demostradas por el servidor durante el lapso evaluado y apreciadas dentro de las circunstancias en que el servidor desempeña sus funciones"*.

"ARTÍCULO 71. INSTRUMENTOS DE EVALUACIÓN DEL DESEMPEÑO. El nominador de la entidad, mediante resolución, aprobará los instrumentos de evaluación del desempeño. En dichos instrumentos determinará, como mínimo, el grupo funcional de empleos al que aplica, los responsables de evaluar, la metodología para la evaluación, los factores a evaluar, los rangos de puntuación y su peso porcentual".

Ahora bien, sobre la Evaluación del desempeño de los empleados de libre nombramiento y remoción y de los vinculados mediante nombramiento en provisionalidad, el mismo decreto señaló:

"ARTÍCULO 83. EVALUACIÓN DEL DESEMPEÑO DE LOS EMPLEADOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN Y VINCULADOS MEDIANTE NOMBRAMIENTO PROVISIONAL. El Fiscal General de la Nación y los Directores de las entidades adscritas a la Fiscalía, adoptarán el instrumento para la evaluación de los servidores de libre nombramiento y remoción y de los vinculados en provisionalidad, teniendo en cuenta parámetros objetivos, cualitativos y cuantitativos previamente señalados por el jefe del organismo respectivo y concertados entre evaluador y evaluado que den cuenta de los aportes del servidor al cumplimiento de metas y objetivos institucionales conforme al plan anual de gestión adoptado para cada una de las dependencias.

En el instrumento se deberán definir los períodos de calificación, las escalas de valoración con su respectiva interpretación, los puntajes mínimo satisfactorio y el que indique el nivel de excelencia, para efectos de incentivos, los criterios de desempate para el otorgamiento de incentivos y el procedimiento de comunicación y notificación de la calificación.

Contra la evaluación del desempeño de los servidores de libre nombramiento y remoción y en provisionalidad, procederá el recurso de reposición ante el responsable de evaluar y el de apelación ante el Director de Apoyo a la Gestión de la Fiscalía General de la Nación o ante el Secretario General en el caso de las entidades adscritas.

La evaluación del desempeño de los empleados provisionales en ningún caso genera derechos de carrera y la de los empleados de libre nombramiento y remoción no origina el cambio de naturaleza del empleo". (Destacado fuera del texto)

De acuerdo a lo anterior, la Fiscalía General de la Nación expidió las Resoluciones No. 2456 de 2016, "por medio de la cual se reglamenta el sistema de evaluación del desempeño laboral de los servidores que ostentan derechos de carrera o se encuentren en período de prueba en el régimen de carrera especial de la Fiscalía General de la Nación, y se aprueban y adoptan los parámetros y el instrumento para su aplicación", y la Resolución No. 2457 de 2016, "Por medio del cual se adopta el sistema de evaluación del desempeño laboral contenido en la Resolución 02456 de 2016, para la evaluación de los servidores vinculados a través de nombramientos en provisionalidad "

Sin embargo, la señora Mónica Juliana Pacheco Orjuela, actuando en causa propia, presentó demanda de nulidad en ejercicio del medio de control previsto en el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en contra las Resoluciones 2456 y 2457 de 2016, expedidas por el Fiscal General de la Nación. La demandante fundó el medio de control porque consideraba que dicha resolución desconocía el Sistema General de Carrera Administrativa y porque las mencionadas resoluciones estaban en contravía de los artículos 10, 40, 125, 130, 209 de la Constitución Política, el Decreto Ley 020 de 2014, y la Sentencia C-588/2009.

Al respecto, el Consejo de Estado mediante Sentencia 2017-00281 del 24 de abril de 2020², proferida por la Sección Segunda Subsección B, con Consejero Ponente: César Palomino Cortés, señaló:

"Como se precisó en su momento oportuno, la Resolución 2457 de 2016, expedida por la Fiscalía General de la Nación, adoptó para los servidores públicos de dicha entidad, vinculados con nombramiento en provisionalidad, el sistema de evaluación del desempeño laboral reglamentado por la Resolución 2456 de 2016 para los funcionarios de carrera y en periodo de prueba, homogenizando y haciendo de esta forma extensivos los procedimientos de evaluación para todos los funcionarios por igual, sin distinción de la forma como fueron vinculados.

Al comprender este cargo la imposibilidad de evaluar a los funcionarios vinculados en provisionalidad con las reglas previstas para los funcionarios de carrera y en periodo de prueba, es menester poner de presente que el juicio de legalidad que en este acápite se presenta, se realizará respecto de la Resolución 2457 de 2016, por ser este el acto que cobija exclusivamente a quienes fueron vinculados a la Fiscalía General de la Nación como provisionales, tal como lo señala en su artículo 2 al referirse al ámbito de aplicación de dichas disposiciones.

-

(...)

Para la Sala, lo que en la práctica hace la Resolución 2457 de 2016 es equiparar a los funcionarios de carrera administrativa con los de nombramiento en provisionalidad, pues así lo dice la misma Entidad demandada para efectos de la calificación del servicio, sin que estos últimos tengan, ni lleguen a tener los derechos que ostentan los de carrera, lo que de entrada es jurídicamente reprochable; dado que no solamente prevé los mismos mecanismos e instrumentos para su evaluación, sino que también los homologa en condiciones y responsabilidades, siendo claro que nunca un funcionario de carácter provisional podrá adquirir el estatus funcional que implica el ejercicio de la actividad desarrollada por otro de carrera administrativa.

(...)

Por otro lado, la Resolución 2457 de 2016 en su apariencia de legalidad trae consigo un sofisma jurídico que conlleva a un desequilibrio en las cargas públicas de manera dual.

Dicho desequilibrio se concreta, de una parte, en que la Fiscalía General de la Nación termina por asumir que con el hecho de adelantar y proferir la calificación del servicio de los empleados vinculados mediante nombramiento en provisionalidad ha observado completamente el mandato constitucional y legal de proveer todos sus cargos mediante concurso de méritos, y que por lo tanto, dicha obligación se encuentra completamente satisfecha; mientras que, por otra parte, el funcionario provisional que ha sido calificado en su desempeño, termina considerando que dicho ejercicio le ha mejorado de alguna manera su "status" de estabilidad, conllevando en uno y otro caso a una distorsión perversa del sistema de mérito como principio general de acceso a los cargos públicos.

(...)

Recabando, en la medida en que la Resolución 2457 de 2016 hace extensivos los mecanismos, parámetros e instrumentos previstos para la evaluación del desempeño y del servicio de los funcionarios vinculados mediante carrera administrativa y en periodo de prueba a aquellos nombrados en provisionalidad, vulnera ostensiblemente el derecho de igualdad, antes que garantizarlo, como lo dice en el cuerpo mismo de su articulado; lo que ocurre cuando quiera que se equipara a todos los funcionarios de la Entidad en condiciones y responsabilidades, sin otorgar los mismos beneficios, pues es claro que la estabilidad propia de la carrera administrativa no es ni será predicable para quien ocupa el cargo en provisionalidad; propiciando también un desequilibrio en las cargas públicas imputable a la Fiscalía General de la Nación y a sus servidores públicos, quien teniendo el deber jurídico de proveer la totalidad de sus cargos mediante el sistema de concurso no lo hace, bajo el amparo de un sistema de calificación del servicio de los funcionarios nombrados en provisionalidad, cuya reglamentación legítima en apariencia su proceder. Razón por la cual el cargo estará llamado a prosperar y el acto administrativo compelido a perder su presunción de legalidad.

Finalmente, el Consejo de Estado llama la atención en el sentido de precisar que la declaratoria de nulidad que se dictará mediante este acto administrativo no implica que el hecho mismo de calificar el servicio de los funcionarios nombrados en provisionalidad al interior de la Fiscalía General de la Nación sea contrario a derecho, toda vez que lo que jurídicamente se reprocha es que dicha calificación se realice equiparando a este tipo de funcionarios con los de carrera mediante la aplicación de los mismos criterios, parámetros, instrumentos y mecanismos que para medir su desempeño se utilizan, desnaturalizando por ende la razón de ser de unos y otros.” (Destacado fuera del texto)

De acuerdo con el anterior pronunciamiento, al expedir la Resolución 2457 de 2016 La Fiscalía General de la Nación equiparó a los funcionarios de carrera administrativa con los de nombramiento en provisionalidad, previendo los mismos mecanismos e instrumentos para su evaluación, homologando en condiciones y responsabilidades a ambos tipos de servidores, siendo claro que nunca un funcionario de carácter provisional podrá adquirir el estatus funcional que implica el ejercicio de la actividad desarrollada por otro de carrera administrativa, así como tampoco podrán tener los derechos que ostentan los de carrera.

En dicho sentido, el Consejo de Estado declaró la nulidad de la Resolución 02457 de 2016 "Por medio del cual se adopta el sistema de evaluación del desempeño laboral contenido en la Resolución 02456 de 2016, para la evaluación de los servidores vinculados a través de nombramientos en provisionalidad", expedida por el Fiscal General de la Nación, teniendo en cuenta que el sistema de evaluación del desempeño laboral reglamentado por la Resolución 2456 de 2016 para los funcionarios de carrera y en periodo de prueba, hacía extensivos los procedimientos de evaluación para todos los funcionarios por igual, sin distingo de la forma como fueron vinculados.

Sin embargo, señaló el alto tribunal que la declaratoria de nulidad de la mencionada resolución no implicaba que el hecho mismo de calificar el servicio de los funcionarios nombrados en provisionalidad al interior de la Fiscalía General de la Nación fuera contrario a derecho, pues lo que se reprochó en este caso fue que, dicha calificación, tal y como estaba dispuesta en la resolución, estaba igualando a ambos funcionarios (Carrera y provisional) mediante la aplicación de los mismos criterios, instrumentos y mecanismos para medir el desempeño de carrera administrativa, y contribuyendo con esto desnaturalizar la razón de ser de unos y de otros.

Ahora bien, este Departamento ha sido consistente al manifestar que las entidades podrán evaluar a los provisionales a través de instrumentos específicos diseñados por la entidad para tal fin, o podrá emplear formatos similares a los que utiliza para la evaluación de los empleados de carrera, en período de prueba o de libre nombramiento y remoción. Esta evaluación debe generarse como política institucional, dentro de un marco de apoyo y seguimiento a la gestión de la entidad, para lo cual deberá señalarse de manera expresa que la misma no genera 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 empleados de carrera administrativa.

Conforme con lo anterior, para el caso en consulta, si bien la resolución 2457 de 2016 fue declarada nula, el Decreto 020 de 2014 sí estableció la evaluación del desempeño como medio para la valoración de la gestión individual del servidor público, vinculado en un cargo de la Fiscalía General de la Nación o de las entidades adscritas, disponiendo en su artículo 83, que le corresponderá al Fiscal General de la Nación y a los Directores de las entidades adscritas a la Fiscalía, adoptar el instrumento para la evaluación de los servidores de libre nombramiento y remoción y de los vinculados en provisionalidad.

En ese sentido se recuerda que, al contar con un mecanismo para evaluación de los provisionales dentro de la reglamentación interna de la entidad, esta Dirección jurídica considera que dicho instrumento es de gran importancia para el fortalecimiento de la misma, ya que el desempeño laboral de los servidores públicos, independientemente de su tipo de vinculación, tiene como propósito fundamental el cumplimiento de los fines del estado a partir de la entrega de productos y servicios en el marco de los planes y la misión propia de propia de cada institución. En ese sentido, la evaluación del desempeño para provisionales podrá generarse como política institucional, dentro de un marco de apoyo y seguimiento a la gestión de la entidad, lo que quiere decir que seguirla utilizando, permitiría medir el desempeño institucional de la entidad.

En consecuencia, en criterio de esta Dirección Jurídica, conforme a lo dispuesto por el Decreto Ley 020 de 2014, la evaluación del desempeño para los empleados de la Fiscalía vinculados mediante nombramiento provisional es procedente, y en tal virtud, se deberá dar cumplimiento a las disposiciones contenidas en dicha norma.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público; así como las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos, me permito indicar que en el link <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> podrá encontrar conceptos relacionados con el tema, que han sido emitidos por esta Dirección Jurídica.

El anterior concepto se emite en los términos establecidos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: A. Ramos

Revisó: José Fernando Ceballos.

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública

2. Radicado: 11001-03-25-000-2017-00281-00, Número interno: 1363-2017, Demandante: Mónica Juliana Pacheco Orjuela. Demandado: Fiscalía General de la Nación

Fecha y hora de creación: 2024-06-30 10:19:45