



Función Pública

Concepto 285531 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

20206000285531

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000285531

Fecha: 01/07/2020 05:58:49 p.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA: OTROS. Evaluación del desempeño a provisionales. Aplicabilidad Sentencia Nulidad - RAD. 20209000256822 del 18 de junio de 2020.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta si en virtud de la Sentencia [2017-00281](#) de 2020 proferida por el Consejo de Estado 1. (...) *¿se puede seguir evaluando los funcionarios con nombramiento provisional? 2. ¿Las entidades que tienen adoptado este sistema de evaluación para los provisionales, deben dejar de evaluarlos a la luz de dicha sentencia? 3. El alcance de esta sentencia se haría extensivo a todas las entidades que tenemos adoptados formatos de evaluación para los funcionarios en provisionalidad? 4. Para declarar insubsistente a un funcionario en provisionalidad ¿qué criterios se deben tener en cuenta? 5. Qué norma regula el retiro de los funcionarios en provisionalidad? 6. Cuáles son los criterios para retirar a los funcionarios en provisionalidad de su cargo cuando es por resultado de un concurso y existen varias plazas del mismo empleo, pero los funcionarios que ganaron el concurso no se posesionan en el mismo?, 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 los numerales 1, 2 y 3 de su consulta, se hace necesario traer a colación la sentencia [2017-00281](#) de 2020² mencionada en su escrito, la cual fue proferida por la Sección Segunda Subsección B, del 24 de abril de 2020, con Consejero Ponente: César Palomino Cortés. Al respecto, mediante acción de nulidad simple se demandó a la Fiscalía General de la Nación por la presunta expedición irregular de la Resolución [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 (...).

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, e Consejo de Estado mediante Sentencia 2017-00281 de 2020, señaló:

"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.

-

(...)

El hecho de que la resolución, tal como se dijo, plantea una apariencia de legalidad, no la exime del control riguroso de legalidad que debe realizar el juez contencioso administrativo, todo lo contrario; pues se ha advertido que las disposiciones en ella contenidas generan una nueva realidad, un estado de cosas contrarias a Derecho, por cuanto que jamás será posible que la Fiscalía se releve, o acaso postergue de manera indefinida, su obligación de proveer de manera pronta y oportuna los cargos vacantes mediante el sistema de concurso, como tampoco será jurídicamente posible el que los empleados vinculados mediante provisionalidad obtengan la estabilidad propia de los cargos de carrera, muy a pesar de que sus calificaciones del servicio resultaren excelsas y sobresalientes, o que sus cargos no fueren proveídos mediante concurso de manera inmediata o futura.

-

(...)

En ese mismo sentido, frente al concepto de buen servicio, también es imperioso mencionar que la evaluación del desempeño de los funcionarios nombrados en provisionalidad al servicio de la Fiscalía General de la Nación carece de trascendencia para la vida administrativa y la gobernanza de la Entidad, lo cual reafirma el carácter de ineficiente e ineficaz de dicho proceso; toda vez que a la luz del artículo 3 del acto demandado¹⁸, no es posible motivar una eventual declaratoria de insubsistencia de un nombramiento en provisionalidad cuando quiera que la calificación del servicio arrojaré como resultado el de "insuficiente"; o todo lo contrario, sería posible declarar insubsistente el nombramiento de quien haya obtenido una calificación "sobresaliente".

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.

(...)

Si bien la entidad demandada no podía de manera válida adoptar el mismo sistema de evaluación de desempeño previsto para los servidores públicos de carrera con respecto a los nombrados en provisionalidad, como se explicó anteriormente; lo cierto es, que del estudio de las normas inmersas en los actos administrativos enjuiciados no es posible advertir disposición alguna que autorice o permita, aunque fuere de manera soterrada, el ingreso de manera automática a la carrera de los cargos nombrados en provisionalidad. (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 consecuencia, 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 distinción 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, como quiera que con dicha sentencia se declaró la nulidad de resoluciones internas expedidas por la Fiscalía General de la Nación, y cuyo ámbito de aplicación de sus disposiciones estaban dirigidas a los servidores públicos de esa entidad, en criterio de esta Dirección Jurídica, los efectos de la sentencia 2017-00281 de 2020 se deberán aplicar solamente a dicha entidad, sin que sean extensivos a otros funcionarios o a otras entidades, puesto que tanto los supuestos de hechos así como los fundamentos legales incoados en la demanda son particulares para la situación de los servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación, máxime cuando las resoluciones 2456 y 2457 de 2016, encuentran como único sustento jurídico el Decreto Ley 020 de 2014, por lo que la ley 909 de 2004 no corresponde al sustento normativo de las mismas, ello hará inaplicable los efectos de la sentencia al régimen general de carrera administrativa.

En ese sentido, para abordar el tema de evaluación del desempeño, la Ley 909 de 2004³ estableció la necesidad y obligatoriedad de evaluar a los servidores públicos. Así el artículo 40 de esta ley planteó que:

"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 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 40. 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 original).

Por su parte, el Decreto 1083 de 2015⁴, establece:

ARTÍCULO 2.2.8.1.1 Definición. La evaluación del desempeño laboral es 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 desempeño de sus respectivos cargos, busca valorar el mérito como principio sobre el cual se fundamenten su permanencia y desarrollo en el servicio.

"ARTÍCULO 2.2.10.10. Otorgamiento de incentivos. (...) Parágrafo. El desempeño laboral de los empleados de libre nombramiento y remoción de

Gerencia Pública, 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". (Resaltado nuestro)

Así mismo, la Comisión Nacional del Servicio Civil, mediante concepto No. 2-2009-07345 del 08 de mayo de 2009 sobre el tema de la evaluación de los empleados provisionales, sostuvo:

"En cuanto a la evaluación de los funcionarios provisionales, ésta resulta procedente siempre y cuando se desarrolle a través de instrumentos específicos diseñados por la entidad para tal fin, sin que estos puedan corresponder a los establecidos por esta Comisión para los funcionarios de carrera o en período de prueba, 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 funcionarios escalafonados". (Resaltado nuestro).

De conformidad con lo anterior, la evaluación del desempeño laboral es propia de los empleados públicos de carrera administrativa, en periodo de prueba y de libre nombramiento y remoción distintos a los de Gerencia Pública, lo cual significa que no se aplica a los empleados provisionales.

No obstante, 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.

Así mismo, el Acuerdo [20181000006176](#) de 2018⁵ expedido por la Comisión Nacional del Servicio Civil, establece lo siguiente:

«ARTÍCULO 1°. FINALIDAD DE LA EVALUACIÓN DEL DESEMPEÑO. Es una herramienta de gestión objetiva y permanente, encaminada a valorar las contribuciones individuales y el comportamiento del evaluado, midiendo el impacto positivo o negativo en el logro de las metas institucionales. Esta evaluación de tipo individual permite así mismo medir el desempeño institucional. (...). (Subrayado Nuestro).

Conforme con lo anterior, para el caso en consulta, 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.

Es importante indicar que para la evaluación del desempeño de empleados con nombramiento provisional se deberá señalar, 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, tampoco otorgará incentivos previstos en la entidad para los funcionarios escalafonados en carrera administrativa.

Por otro lado, para abordar los numerales 4, 5 y 6, es pertinente precisar que el artículo [2.2.5.3.4](#). del Decreto 1083 de 2015 señala que antes de cumplirse el término de duración del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlo por terminado.

La Corte Constitucional mediante sentencia de unificación SU-917 de 2010, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, señaló:

“En suma, el deber de motivación de los actos administrativos que (por regla general) tiene la administración, hace efectiva la cláusula de Estado de Derecho, el principio democrático, el principio de publicidad en las actuaciones de la administración, al tiempo que permite a los asociados contar con elementos de juicio suficientes para ejercer su derecho de contradicción y defensa a fin de acudir ante las instancias gubernativas y autoridades judiciales para controlar los abusos en el ejercicio del poder. De esta forma a la Administración corresponde motivar los actos, estos es, hacer expresas las razones de su decisión, mientras que a la jurisdicción compete definir si esas razones son justificadas constitucional y legalmente.

“(...)”

Estos motivos pueden ser, por ejemplo, aquellos que se fundan en la realización de los principios que orientan la función administrativa o derivados del incumplimiento de las funciones propias del cargo, lo cuales, en todo caso, deben ser constatables empíricamente, es decir, con soporte fáctico, porque de lo contrario se incurrirá en causal de nulidad por falsa motivación.

“(...)”

“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”. (Negrilla y subrayado fuera de texto).

Por su parte, el Ministerio de Trabajo y este Departamento Administrativo, en la Circular Conjunta No. 0032 del 3 de agosto de 2012, sobre el retiro de los empleados provisionales, señala:

“De conformidad con lo expuesto, y con el fin de evitar reclamaciones a la Administración Pública, se recuerda a los representantes legales de las entidades y organismos del sector central y descentralizado de la Rama Ejecutiva de los niveles nacional y territorial que al momento de expedir los actos administrativos de insubsistencia del personal provisional deben ajustarse a los criterios y a los lineamientos impartidos por la Corte Constitucional en esta materia.

Por lo tanto, situaciones como la declaratoria de inexequibilidad de los Actos Legislativos Nos. 01 de 2008 o 04 de 2011, o el vencimiento de duración del término del nombramiento provisional o el de su prórroga no son motivos suficientes para el retiro del personal provisional, en cuanto esta situación no está consagrada como causal de retiro del servicio de estos empleados.

(...)”

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.2.5.3.4. del Decreto 1083 de 2015, y el criterio expuesto por la Corte Constitucional en la Sentencia SU-917 de 2010, la terminación del nombramiento provisional o el de su prórroga, procede por acto motivado, y sólo es admisible una motivación donde la insubsistencia invoque argumentos puntuales como la provisión definitiva del cargo con quien ganó la plaza respectiva 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.

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

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
3. Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.
4. Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública.
5. Por el cual se establece el Sistema Tipo de Evaluación del Desempeño Laboral de los Empleados Públicos de Carrera Administrativa y en Período de Prueba.

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:04:19