

MEDIDA CAUTELAR / SUSPENSION PROVISIONAL / EVALUACIÓN DE DESEMPEÑO / CARRERA ADMINISTRATIVA / EMPLEADO EN PROVISIONALIDAD / SUSPENSIÓN PROVISIONAL DEL ACTO QUE REGLAMENTA LA EVALUACIÓN DE DESEMPEÑO DE EMPLEADO EN PROVISIONALIDAD

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. Si bien es cierto, la excelencia del servicio público exige que la administración esté integrada por servidores públicos de las más altas cualidades profesionales y personales y, que en virtud de ello pueden ser sometidos a evaluaciones en su desempeño en aras de mejorarlo, ello no es razón suficiente para que se permita a las entidades asumir competencias que no les corresponden, al otorgar alcances distintos al contenido de la ley y el decreto mencionados, los cuales son claros en que regulan la evaluación de los empleados en carrera administrativa y en periodo de prueba. Debe decirse además, que aunque la evaluación del desempeño de los empleados provisionales es procedente en aras de garantizar el buen desempeño de la administración pública, esta no puede hacerse bajo iguales parámetros a los fijados para los empleados de carrera administrativa, como se avizora en el *sub judice* al ordenarse la aplicación del Acuerdo 565 de 2016, sino que requiere otro tratamiento acorde con su tipo de vinculación temporal. Así las cosas y por las razones expuestas, la Sala Unitaria declarará la suspensión provisional del artículo 3.º de la Resolución 2466 de 2016 puesto que se pudo constatar, de manera preliminar y sin que ello constituya un juicio definitivo sobre la legalidad de la norma, que la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca la profirió sin atender los parámetros fijados en el artículo 40 de la Ley 909 de 2004, el Decreto 1083 de 2015 y el Acuerdo 565 de 2016 que establecieron el instrumento de evaluación del desempeño laboral únicamente para los empleados de carrera administrativa.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Bogotá, D. C. dieciséis (16) de agosto de dos mil dieciocho (2018).

Radicación número: 11001-03-25-000-2017-00129-00(0677-17)

Actor: JAIRO BENJAMÍN VILLEGAS ARBELÁEZ

Demandado: CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE CUNDINAMARCA

Suspensión Provisional

Le corresponde a la Sala Unitaria decidir la solicitud de suspensión provisional del artículo 3.º de la Resolución 2466 de 2016 cuyo contenido más adelante se relacionará.

1. Antecedentes

1.2. Pretensiones

En ejercicio del medio de control consagrado en el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el señor Jairo Benjamín Villegas Arbeláez solicitó la nulidad y suspensión provisional del artículo 3.º de la Resolución 2466 de 2016 «por la cual se reglamenta la evaluación del desempeño laboral de los empleados públicos de la entidad» proferida por el director general de la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca.

1.3. La suspensión provisional¹

En escrito aparte de la demanda que se tramita en el presente cuaderno, el señor Jairo Benjamín Villegas Arbeláez pidió la suspensión provisional de la parte del acto administrativo enunciado, bajo los siguientes razonamientos:

El demandante señaló que la Constitución Política de 1991 estableció la carrera administrativa como el medio para ingresar, permanecer y retirar del servicio a los empleados públicos cuando su calificación sea insatisfactoria.

Siguiendo estos parámetros, adujo que la evaluación del desempeño laboral para los eventos descritos fue regulada por la Ley 909 de 2004, únicamente para los empleados en carrera administrativa².

De igual manera, advirtió que la Comisión Nacional del Servicio Civil, encargada de la administración del sistema de carrera administrativa por mandato del artículo 130 de la Constitución Política de 1991, expidió el Acuerdo 565 de 2016 en el que estableció el sistema tipo de evaluación de desempeño solamente para los empleados en carrera administrativa y en periodo de prueba.

Así, el demandante precisó que el artículo 3.º de la Resolución 2466 de 2016 es nulo porque reguló la evaluación del desempeño de los empleados en provisionalidad pese a que en ninguna de las normas descritas se autorizó este proceder respecto de esta clase de empleados públicos y, además, porque la demandada no contaba con competencias funcionales para efectuar tal valoración.

¹ Folios 15 a 17.

² Como pie de página citó los artículos 37, 38, y 41 e la Ley 909 de 2004, al igual que el artículo 50 del Decreto 1227 de 2005.

1.4. Del traslado a la entidad demandada

La Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca dio respuesta a la solicitud de la medida cautelar en los siguientes términos³:

La entidad manifestó que la resolución enjuiciada se sustenta en: i) el contenido del artículo 3.º de la Ley 489 de 1998 que ordena a la administración evaluar a los servidores públicos, ii) el artículo 2.º de la Ley 909 de 2004 que permite la protección del interés general a través de los instrumentos de la evaluación del desempeño y, iii) el artículo 40 *ibidem* que preceptúa que las entidades deben evaluar sus servidores siguiendo los parámetros fijados por la Comisión Nacional el Servicio Civil, por lo cual la actuación se adecuó a los conceptos emitidos por esta⁴.

Conforme con lo expuesto, argumentó que el acto enjuiciado en su artículo 3.º aplicó el Acuerdo 565 de 2016 a través del cual la CNSC fijó el sistema tipo de evaluación de desempeño.

Finalmente, expresó que todos los servidores públicos deben ser objeto de evaluación de su desempeño sin importar el modo de su vinculación, en aras de salvaguardar el interés general.

2. Consideraciones

2.1. Problema jurídico

Se contrae a establecer si procede el decreto de la suspensión provisional del artículo 3.º de la Resolución 2466 de 2016 porque al regular la evaluación de desempeño de los empleados de la CAR Cundinamarca, desconoció la Ley 909 de 2004 y el Acuerdo 565 de 2016, normas que regularon la evaluación de desempeño únicamente para los empleados en carrera administrativa⁵.

³ Folios 55 a 60

⁴ Citó un concepto del 5 de julio de 2016 en el que la entidad dispuso que para la evaluación del desempeño de los servidores públicos vinculados en provisionalidad pueden tenerse como referente al sistema tipo de evaluación establecido para los empleados en carrera administrativa. Folios 55 y 56.

⁵ En el escrito de suspensión provisional se citaron los artículos 37, 38 y 41 de la Ley 909 de 2004, al igual que el artículo 50 del Decreto 1227 de 2005 y del Acuerdo 565 de 2016 el artículo 1.º ordinales 1.1.1., 1.1.2, 1.16 y los artículos 2.º y 6.º.

2.2. Marco normativo. Procedencia de la suspensión provisional de los actos administrativos.

Los artículos 229 a 241 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo regularon las medidas cautelares que se pueden decretar en los procesos declarativos que se adelanten ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, las cuales tienen como finalidad «proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia»⁶. Igualmente, las mencionadas disposiciones normativas establecieron que la solicitud de la medida debe estar debidamente sustentada.

Por su parte, el artículo 230 *ibidem* precisó que las medidas cautelares pueden ser de naturaleza preventiva, conservativa, anticipativa o de suspensión y deben relacionarse directa y necesariamente con las pretensiones de la demanda.

A su turno, dentro del catálogo de medidas se incluyó la suspensión provisional de los actos administrativos, la cual se encamina a conjurar temporalmente sus efectos y, en lo que concierne al medio de control de simple nulidad, puede decretarse por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en el escrito que contenga la solicitud de la medida, cuando tal violación surja: a) del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o b) del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.

Por su parte, esta Corporación ha aclarado que al tenor de lo dispuesto en el Decreto 01 de 1984 (Código Contencioso Administrativo) la medida precautoria solo procedía cuando existiera una «manifiesta infracción»⁷ de las normas superiores por parte de la disposición enjuiciada, mientras que bajo el marco regulatorio del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo,⁸ no se exige que esta sea evidente, ostensible, notoria, palmaria, a simple vista o «prima facie»⁹. En tal

⁶ Artículo 229 del CPACA.

⁷ «Artículo 152. El Consejo de Estado y los tribunales administrativos podrán suspender los actos administrativos mediante los siguientes requisitos:

1. Que la medida se solicite y sustente de modo expreso en la demanda o por escrito separado, presentado antes de que sea admitida.

2. Si la acción es de nulidad, basta que haya manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud.

3. Si la acción es distinta de la de nulidad, además se deberá demostrar, aunque sea sumariamente, el perjuicio que la ejecución del acto demandado causa o podría causar al actor».

⁸ Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

⁹ Ver entre otras las providencias del: (1) 24 de enero de 2014, expedido por el Consejero Mauricio Fajardo en el Expediente No. 11001-03-26-000-2013-00090-00 (47694); (2) 29 de enero de 2014 proferido por el Consejero Jorge Octavio Ramírez, emitido en el Expediente No. 11001-03-27-000-2013-00014- (20066); (3) de 30 de abril de 2014, proferido por el Consejero Carlos Alberto Zambrano, en el Expediente 11001-03-26-000-2013-00090-00 (47694); (4) de 21 de mayo de 2014, emitido por la Consejera Carmen Teresa Ortiz en el Expediente No. 11001-03-24-000-2013-0534-00 (20946); (5) de 28 de agosto de 2014, proferido dentro del Expediente 11001-03-27-000-2014-0003-00 (20731), con ponencia del Consejero Jorge Octavio Ramírez; y (6) 17 de marzo de 2015, emitido en el expediente 11001-03-15-000-2014-03799-00, consejera de estado Sandra Lisset Ibarra. Todas ellas citadas en el auto del 18 de agosto de 2017, Radicación número: 11001-03-25-000-2016-01031-00(4659-16), magistrada ponente Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

sentido, se ha concluido¹⁰:

Así mismo esta Corporación ha señalado¹¹ que el CPACA «amplió el campo de análisis que debe adelantar el juez competente y el estudio de los argumentos y fundamentos que se deriven de la aplicación normativa o cargos formulados contra el acto administrativo demandado que podrán servir de apoyo a la decisión de suspensión provisional, dando efectivamente prelación al fondo sobre la forma o sobre aspectos eminentemente subjetivos», lo cual, implica el estudio de la vulneración respecto de las normas superiores invocadas junto la interpretación y aplicación desarrollada jurisprudencialmente en sentencias proferidas por el órgano de cierre de la jurisdicción.

En este orden de ideas, el juez de lo contencioso administrativo, previo análisis del contenido del acto acusado, de las normas invocadas como vulneradas y de los elementos probatorios allegados con la solicitud de medida cautelar, está facultado para determinar si la decisión enjuiciada vulnera el ordenamiento jurídico y, en caso afirmativo, suspender el acto para que no produzca efectos.

Igualmente, debe tenerse en cuenta que lo anteriormente descrito corresponde a un estudio o análisis preliminar que versa sobre los planteamientos y pruebas que fundamenten la solicitud de la medida, es decir, se trata de una percepción inicial y sumaria, que por regla general se adopta en una etapa inicial del proceso. Entonces, la decisión sobre la medida comporta un primer acercamiento al debate, en el que se realizan interpretaciones normativas y valoraciones, pero sin que ello afecte o comprometa el contenido de la sentencia que debe poner fin a la cuestión litigiosa. En efecto, el artículo 229 del CPACA dispone que la decisión sobre la medida cautelar «no implica prejuzgamiento».

2.3. Análisis normativo y jurisprudencial para el estudio del presente caso.

2.3.1. Regulación de la evaluación de desempeño laboral en la Ley 909 de 2004 y el Decreto 1083 de 2015.

La Ley 909 de 2004 reguló todo lo relacionado con el empleo público y específicamente, el sistema de carrera administrativa. La ley en el artículo 3.º determinó que es aplicable a los servidores públicos vinculados a través de la carrera administrativa de la rama ejecutiva y de sus entes descentralizados, de las corporaciones autónomas regionales, de la Comisión Nacional del Servicio Civil, del nivel territorial y sus entes descentralizados, de los empleados de las asambleas departamentales, de los concejos municipales, entre otros.

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, consejero ponente: Dr. William Hernández Gómez, auto de 25 de enero de 2018, Radicación: 11001-03-25-000-2017-00433-00 (2079-2017).

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, providencia de 17 de marzo de 2015, Consejero Ponente Hernán Andrade, número interno 51754.

La ley enunciada en el artículo 40 *ibidem* ordenó a la Comisión Nacional del Servicio Civil y a las entidades a las que se les aplica, lo siguiente:

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 texto original).

El artículo citado es claro en ordenar a las entidades reguladas por la Ley 909 de 2004 desarrollar sistemas propios de evaluación de desempeño de sus empleados. Es preciso aclarar que estos 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 su vez, dispuso 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 limitación¹². Ello, puesto que es esta la entidad responsable de la administración y vigilancia de la carrera administrativa, conforme con los términos del artículo 130 Constitucional y 7.º de la Ley 909 de 2004¹³.

En efecto, en virtud de lo anterior, en el literal d) del artículo 11 *ibidem*¹⁴ se determinó, entre otras funciones de la Comisión, la de establecer los instrumentos

¹² La jurisprudencia ha señalado 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. Ver sentencia del Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. Radicado: 11001-03-25-000-2012-00795-00. Número interno: 2566-2012. Actor: Iván Alexander Chinchilla Alarcón. Demandado: Nación, Departamento Administrativo de la Función Pública y La Comisión Nacional del Servicio Civil. Consejero ponente Gerardo Arenas Monsalve. Bogotá 5 de mayo de 2014. En la providencia se indicó: « De otra parte advierte el Despacho que dentro de las facultades conferidas a la Comisión Nacional de Servicio Civil esta 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 Ley**» (Subraya el despacho).

¹³ La norma definió la CNSC como «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».

¹⁴ La norma señaló: «) Establecer los instrumentos necesarios para la aplicación de las normas sobre evaluación del desempeño **de los empleados de carrera administrativa**». (Resalta el Despacho).

para aplicar las normas sobre evaluación del desempeño de los «empleados de carrera administrativa».

Precisamente, 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».

De igual manera, el artículo 39 *ibidem* precisó que los encargados de evaluar deben hacerlo atendiendo la metodología contenida en el sistema tipo encargado a la CNSC en el artículo 40 *ejusdem* o, en el instrumento emitido por la entidad respectiva y, en los términos que señale el reglamento que para dichos efectos se expida.

Los artículos enunciados fueron reglamentados 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 el Título 8.º del decreto se recopilaron entre otras normas, las 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. *ibidem* 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 cargos¹⁵» (Subraya el Despacho). Igualmente, en el artículo 2.2.8.1.3 *ejusdem* se determinaron los parámetros que deben atenderse cuando se efectúe la evaluación del desempeño laboral también «de los empleados de carrera administrativa»¹⁶.

Según se advierte, tanto la Ley 909 de 2004 como el Decreto 1083 de 2015 regularon todo lo relacionado con la evaluación del desempeño de los empleados

¹⁵ «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». (Resalta el Despacho).

¹⁶ «Artículo 2.2.8.1.3. Parámetros de la evaluación del desempeño laboral. 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» (Negrilla fuera de texto).

públicos de carrera administrativa y que se encuentren en periodo de prueba. De esta manera, de su contenido puede concluirse que ninguna de las dos normas determinó que dicha evaluación también debía hacerse sobre los empleados en provisionalidad o de libre nombramiento y remoción.

Además, es claro que, las entidades a quienes se les aplica esta normativa y la CNSC al desarrollar los sistemas de evaluación del desempeño de estos servidores públicos, por mandato del artículo 40 de la ley referida, deben sujetarse a lo regulado en esta y en su reglamentación, sin que puedan modificarla o adicionarla.

2.3.2. Sistema tipo de evaluación emitido por la Comisión Nacional del Servicio Civil.

La Comisión Nacional del Servicio Civil en cumplimiento de lo expuesto con anterioridad, expidió el Acuerdo 565 de 2016, a través del cual estableció el sistema tipo de evaluación de desempeño laboral de los empleados públicos de carrera administrativa y en periodo de prueba, el cual debía ser acatado, tal como se dispuso en el inciso final el artículo 40 de la Ley 909 de 2004, por las entidades públicas a las que se les aplica esta mientras desarrollaban su propio instrumento evaluativo.

El acuerdo mencionado definió la evaluación del desempeño laboral como una herramienta de gestión con base en juicios sobre la conducta, competencias laborales y aportes a las metas institucionales de los empleados de carrera administrativa y en periodo de prueba¹⁷, cuyo objetivo es aplicar el principio del mérito como sustento para el ingreso, permanencia y promoción de los empleados que ocupen cargos de esta índole¹⁸.

El sistema tipo de evaluación es aplicable, por mandato del artículo 4.º del acuerdo al que se ha hecho referencia, a las entidades públicas regidas por la Ley 909 de 2004 y aquellas con sistemas de carrera especiales y que no hubiesen adoptado el propio. Por su parte, el artículo 5.º *ibidem* señaló los empleados públicos que deben ser objeto de evaluación de la siguiente manera:

Artículo 6.º. Sujetos de evaluación. Los sujetos a los que se les aplica el presente Acuerdo son:

- 1. Los empleados de carrera administrativa y en periodo de prueba** que presten sus servicios en las entidades que se rigen por la Ley 909 de 2004 o que hagan parte de los Sistemas Específicos y Especiales de origen legal,

¹⁷ Ver artículos 1 y 2 del Acuerdo 565 de 2016.

¹⁸ Artículo 3.º literal c, *ibidem*.

mientras que las entidades a las que pertenecen adoptan su sistema propio de Evaluación del Desempeño Laboral.

Así mismo, se aplicará de manera supletoria en lo no regulado en los Sistemas Especiales y Específicos de Carrera Administrativa.

2. Los empleados de Libre Nombramiento y Remoción, distintos a los de Gerencia Pública.

3. Los empleados que estén cumpliendo Comisión de Servicios en otra entidad, quienes eran calificados y evaluados por la entidad en la cual se encuentran en comisión (...) (Resalta el Despacho).

Cabe precisar que el ordinal segundo referido, fue suspendido provisionalmente por esta Corporación mediante auto del 26 de abril de 2018¹⁹ al encontrar que su contenido vulneraba los artículos 37 a 40 de la Ley 909 de 2004 y los artículos 2.2.8.1.1. al 2.2.8.1.12 del Decreto 1083 de 2015.

En la providencia se indicó que dichas normas solo regularon lo relacionado con la evaluación de desempeño de los empleados de carrera administrativa y no los que ocupaban empleos de libre nombramiento y remoción, por lo que se concluyó que «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, ya que su función de administrar y vigilar la carrera administrativa no se lo permite, por lo que desbordó sus competencias».

De conformidad con la norma citada y en consideración a lo anterior, es claro que el sistema tipo de evaluación de desempeño laboral es aplicable a los empleados de carrera administrativa y a aquellos que se encuentren en periodo de prueba y, no puede extenderse en sus efectos a los empleados vinculados al Estado a través de otro tipo de nombramiento.

Ello, puesto que el artículo 40 de la Ley 909 de 2004 y el artículo 2.2.8.1.7 del Decreto 1083 de 2015, tal como se expuso en precedencia, solo ordenaron a la CNSC el desarrollo del sistema tipo de evaluación para valorar el desempeño de los empleados de carrera administrativa.

Este criterio es igualmente aplicable para las entidades que emiten sus propios instrumentos de evaluación de desempeño, por lo que no pueden incluir en este a

¹⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda, Subsección A Radicación: 110010325000201700920 00. Número: 4871-2017. Consejero ponente: Rafael Francisco Suárez Vargas. Actor: Departamento Administrativo de la Función Pública. Demandado: Comisión Nacional del Servicio Civil. Bogotá, D. C. 26 de abril de 2018. En la providencia también se declaró la suspensión provisional del artículo 54 del Acuerdo 565 de 2016 que establecía los criterios y los instrumentos para evaluar a los empleados de libre nombramiento y remoción.

empleados públicos cuya vinculación no sea de este modo, por cuanto el hacerlo, implicaría la vulneración de las normas enunciadas y el quebrantamiento de sus competencias.

3. Caso concreto.

3.1. Contenido de los actos administrativos respecto de los cuales se solicita la medida cautelar.

La parte demandante solicitó la suspensión provisional del artículo 3.º de la Resolución 2466 de 2016 emitida por el director general de la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca «por la cual se reglamenta la evaluación del desempeño laboral de los empleados públicos de la entidad». La norma acusada establece:

Artículo 3. Evaluación del desempeño laboral de los servidores provisionales. 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.

El formato para evaluar los servidores provisionales de la entidad hace parte integral de la presente Resolución y está conformado por los siguientes componentes:

1. Información general. Consolida y detalla la información concerniente a los compromisos laborales, competencias comportamentales, evaluación de gestión por dependencias y calificación correspondiente para el periodo semestral y anual.
2. Compromisos laborales y competencias comportamentales. Identifica al evaluado y evaluador (es) y establece los compromisos laborales y las competencias comportamentales.
3. Evidencias. Describe la información relacionada con los soportes que demuestran el nivel de cumplimiento o incumplimiento de los compromisos o competencias.
4. Calificación de competencias comportamentales. Detalla la valoración de los niveles de desarrollo de las competencias comportamentales objeto de evaluación.
5. Reporte calificación periodo anual u ordinario. Consolida los resultados de las evaluaciones parciales semestrales y la definitiva; y registra la comunicación o notificación de los mismos.
6. Plan de mejoramiento. Relaciona las acciones que se deben ejecutar para mejorar o superar brechas, así como su seguimiento durante el proceso de evaluación.
7. Evaluación parcial eventual. Consolida los resultados de las evaluaciones parciales eventuales.
8. Evaluación extraordinaria. Consolida los resultados de la evaluación extraordinaria, la cual se lleva a cabo cuando exista información soportada sobre el presunto desempeño deficiente del servidor provisional, con respecto a los compromisos laborales.
9. Evaluación inferior a un (1) año. Consolida los resultados de la evaluación definitiva, en caso de que el periodo de evaluación sea inferior a un (1) año, y registra la comunicación o notificación de los mismos.

PARAGRAFO. La evaluación del desempeño realizada a servidores en provisionalidad no genera los privilegios que la ley establece para el ingreso y permanencia en la carrera administrativa, ni para el acceso a los incentivos

previstos en las normas legales de manera exclusiva para los servidores que ostentan derechos de carrera administrativa.

Como sustento de la medida cautelar solicitada, el demandante señaló que la norma vulneró la Ley 909 de 2004 y el Acuerdo 565 de 2016 emitido por la CNSC, al establecer la evaluación de desempeño para los empleados provisionales, pese a que esta solo es aplicable a los empleados de carrera administrativa y en periodo de prueba.

3.2. Pues bien, para la Sala Unitaria es claro que la norma objeto de demanda pretendía el cumplimiento del artículo 40 de la Ley 909 de 2004, el Decreto 1083 de 2015 y el Acuerdo 565 de 2016, que ordenan a las entidades que regulan la expedición del sistema de evaluación del desempeño únicamente para los empleados de carrera administrativa. Ello se desprende de sus considerandos así:

EL DIRECTOR GENERAL DE LA CORPORACIÓN AUTONOMA REGIONAL
DE CUNDINAMARCA –CAR–

En uso de sus facultades legales y estatutarias, en especial las previstas en el artículo 29 de la Ley 99 de 1993, el artículo 42 de los Estatutos de la Corporación y **lo estipulado en el artículo 40 de la Ley 909 de 2004** y;

CONSIDERANDO

(...)

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 parágrafo 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 argumentos²⁰:

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 8.º 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

²⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda, Subsección A Radicación: 110010325000201700920 00. Número: 4871-2017. Consejero ponente: Rafael Francisco Suárez Vargas. Actor: Departamento Administrativo de la Función Pública. Demandado: Comisión Nacional del Servicio Civil. Bogotá, D. C. 26 de abril de 2018.

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.

Si bien es cierto, la excelencia del servicio público exige que la administración esté integrada por servidores públicos de las más altas cualidades profesionales y personales y, que en virtud de ello pueden ser sometidos a evaluaciones en su desempeño en aras de mejorarlo, ello no es razón suficiente para que se permita a las entidades asumir competencias que no les corresponden, al otorgar alcances distintos al contenido de la ley y el decreto mencionados, los cuales son claros en que regulan la evaluación de los empleados en carrera administrativa y en periodo de prueba.

Debe decirse además, que aunque la evaluación del desempeño de los empleados provisionales es procedente en aras de garantizar el buen desempeño de la administración pública, esta no puede hacerse bajo iguales parámetros a los fijados para los empleados de carrera administrativa, como se avizora en el *sub judice* al ordenarse la aplicación del Acuerdo 565 de 2016, sino que requiere otro tratamiento acorde con su tipo de vinculación temporal.

Así las cosas y por las razones expuestas, la Sala Unitaria declarará la suspensión provisional del artículo 3.º de la Resolución 2466 de 2016 puesto que se pudo constatar, de manera preliminar y sin que ello constituya un juicio definitivo sobre la legalidad de la norma, que la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca la profirió sin atender los parámetros fijados en el artículo 40 de la Ley 909 de 2004, el Decreto 1083 de 2015 y el Acuerdo 565 de 2016 que establecieron el instrumento de evaluación del desempeño laboral únicamente para los empleados de carrera administrativa.

Se aclara que la decisión no impide que continúe el trámite del proceso y mediante sentencia que haga tránsito a cosa juzgada se decida de fondo sobre la legalidad del acto administrativo demandado.

En mérito de lo expuesto, la Sala Unitaria

Resuelve

Decretar la suspensión provisional del artículo 3.º de la Resolución 2466 de 2016 emitida por el director general de la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca «por la cual se reglamenta la evaluación del desempeño laboral de los empleados públicos de la entidad».

Cópiese, notifíquese, cúmplase

RAFAEL FRANCISCO SUAREZ VARGAS

Consejero de Estado

YSB/GRAR