

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

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 permanecía 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

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

CARMELO PERDOMO CUÉTER