



Sentencia 2019-00273 de 2020 Consejo de Estado

EVALUACIÓN DE DESEMPEÑO DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS VINCULADOS MEDIANTE NOMBRAMIENTO PROVISIONAL EN LA PLANTA GLOBAL DEL INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR / MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Las consideraciones, objetivos y principios de la evaluación del desempeño de los empleados del icbf nombrados en provisionalidad, *prima facie*, no pugnan con el ordenamiento jurídico superior; por el contrario, se avienen a los postulados del control interno, el sistema de gestión y la excelencia que requiere el desempeño del empleo público en aras de garantizar el interés general y materializar los fines esenciales del Estado. ii) La evaluación que se analiza se funda en criterios objetivos y verificables de cara a las metas y funciones asignadas a los diferentes empleos sujetos a evaluación, de esta manera se logra proteger la función pública, así como el debido proceso de los servidores oficiales, quienes de antemano conocen las responsabilidades sobre las cuales se evaluará su desempeño. A su vez, se garantiza que la motivación del acto de insubstancia del nombramiento contenga elementos suficientes para una eventual impugnación en sede judicial. iii) El artículo 2 de la Ley 909 de 2004 estableció que la responsabilidad de los servidores por el trabajo desarrollado se concretaría a través de la evaluación de desempeño, razón por la que no es posible sostener, en principio, que no existe autorización legal para que las entidades establezcan políticas tendientes a realizar dicha calificación. iv) El actor sostuvo que, en anterior oportunidad, este despacho precisó que no es posible evaluar el servicio que prestan los empleados nombrados en provisionalidad; sin embargo, esta premisa no fue sostenida en la aludida providencia; por el contrario, se explicó 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». Es decir, que podría considerarse viable la realización de calificaciones de desempeño a los empleados provisionales; pero no bajo la normativa, características y régimen propios de los empleados de carrera. En el *sub lite*, el icbf no invocó las reglas que rigen la situación de los empleados de carrera, sino las normas de la función pública y sus principios rectores, razón por la que en este caso no puede decretarse la suspensión provisional como se hizo en la controversia objeto de comparación.

NORMA DEMANDADA: RESOLUCIÓN 1364 DE 2019. INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR

FUENTE FORMAL: LEY 909 DE 2004 / DECRETO 1083 DE 2015 / DECRETO 648 DE 2017

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Bogotá, D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020).

Radicación número: 11001-03-25-000-2019-00273-00(1711-19)

Actor: JAIRO BENJAMÍN VILLEGAS ARBELÁEZ

Demandado: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR

Temas: Suspensión provisional

Referencia: NULIDAD

AUTO INTERLOCUTORIO

Procede el despacho a resolver la solicitud de suspensión provisional elevada por el actor dentro del proceso de la referencia.

1. Antecedentes

1.1. Solicitud de suspensión provisional

El señor Jairo Benjamín Villegas Arbeláez, en ejercicio del medio de control de nulidad establecido en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011 (cpaca), solicitó como medida cautelar la suspensión provisional de los efectos de la Resolución 1364 de 22 de febrero 2019, «Por la cual se

adopta el Sistema de Valoración del desempeño de los servidores públicos vinculados mediante nombramiento provisional en la planta global del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y se deroga una Resolución».

El demandante invocó como vulneradas las siguientes disposiciones: artículos 6, 122 y 125 de la Constitución Política; 11, 38, 40 y 41 de la Ley 909 de 2004; 2.2.8.1.1. del Decreto 1083 de 2015; y el Acuerdo 6176 de 2018, proferido por la Comisión Nacional del Servicio Civil. Al respecto, precisó que el acto demandado incurrió en las causales de nulidad de infracción de las normas en que debía fundarse, falta de competencia en su expedición y falsa motivación, por las siguientes razones:

i) El ordenamiento jurídico únicamente permite evaluar el desempeño de los empleados nombrados en carrera y en período de prueba, razón por la que no puede extenderse a los provisionales.

ii) No existe norma que autorice la calificación de los servidores nombrados en provisionalidad. En consecuencia, las autoridades nominadoras no pueden arrogarse facultades en tal sentido, bajo el pretexto de valorar la gestión institucional y el cumplimiento de sus metas.

iii) La Corte Constitucional ha referido que el retiro del servicio de los empleados provisionales debe motivarse, entre otras posibles razones, en una calificación insatisfactoria; sin embargo, esta afirmación en realidad constituye un *obiter dictum* de sus decisiones.

iv) La evaluación del desempeño es una figura exclusiva del sistema de carrera, toda vez que constituye el fundamento para el ingreso, permanencia y retiro dentro de aquélla, es decir, que no puede quebrantarse este tríptico propio del concepto de mérito y, en su lugar, instituir la calificación únicamente para la permanencia y el retiro, lo cual se presentaría al permitirse la calificación de los servidores provisionales.

En este contexto, la administración desconoce el mérito para el ingreso, pero pretende implementarlo para garantizar la continuidad en el cargo. Además, se aprovecha de su propia culpa, pues el nombramiento en provisionalidad obedece a su omisión de ofertar el cargo a concurso abierto de méritos, haciendo de la excepción una regla general.

v) Se vulnera el debido proceso, ya que la calificación no se realiza conforme a una ley preexistente sino con fundamento en un acto administrativo. Esta situación quebranta el principio de legalidad.

1.2. Del traslado de la medida cautelar

Mediante auto de 1 de agosto de 2019, se dispuso correr traslado de la solicitud de medida cautelar.¹

Por su parte, el icbf se opuso al decreto de la suspensión provisional del acto demandado, con fundamento en los siguientes argumentos:²

i) El acto acusado es respetuoso del ordenamiento jurídico superior y de las directrices jurisprudenciales trazadas por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional en cuanto a la posibilidad de evaluar el desempeño de los empleados provisionales en aras de garantizar el correcto funcionamiento de las entidades públicas y los fines misionales, los cuales deben cumplirse y valorarse al margen del tipo de vinculación que tenga su personal.

ii) Contrario a lo sostenido por el actor, la resolución demandada no se fundó en el artículo 44 de la Ley 909 de 2004, pues dicha norma regula la evaluación de desempeño de los empleados de carrera, cuyo régimen es especial y no puede equipararse a los nombramientos provisionales.

iii) El icbf adecuó su actuación a los lineamientos impartidos por el Acuerdo 6176 de 2018, suscrito por la Comisión Nacional del Servicio Civil, el cual indicó que cada entidad debe fijar los parámetros para la evaluación de sus servidores provisionales.

iv) El Consejo de Estado, en anterior oportunidad,³ declaró la suspensión provisional de la evaluación de desempeño de los empleados provisionales de la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca - car; sin embargo, la controversia analizada es diferente a la que se ventila en el *sub lite*, ya que el acto demandado se basó en el artículo 44 de la Ley 909 de 2004 y la providencia que accedió a la medida cautelar se fundó en el Decreto 1083 de 2015; por el contrario, en el presente caso, el acto demandado nunca aludió a dichas normas, sino que se fundó en el Decreto 1449 de 2017.

2. Consideraciones

2.1. Problema jurídico

Se contrae a establecer si procede la solicitud de suspensión provisional de los efectos de la Resolución 1364 de 22 de febrero 2019, «Por la cual se adopta el Sistema de Valoración del desempeño de los servidores públicos vinculados mediante nombramiento provisional en la planta global del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y se deroga una Resolución».

Para efectos metodológicos, el estudio del asunto se desarrollará en el siguiente orden: i) norma respecto de la cual se solicita la medida cautelar; ii) suspensión provisional en el medio de control de simple nulidad; iii) eficiencia en el desempeño laboral como presupuesto de la función pública; iv) nombramiento provisional como forma de atender las necesidades del servicio; y v) solución al caso concreto.

2.2. Norma respecto de la cual se solicita la suspensión provisional

En este caso no se transcribirá el contenido integral del acto enjuiciado en razón a su extensión y a que el actor no demandó aspectos

específicos de su contenido, sino que, en general, se opuso a su motivación y a la posibilidad de aplicar el sistema de evaluación de desempeño a los empleados provisionales.

Por lo anterior, únicamente se citarán la motivación y el artículo 1 de la resolución demandada, cuyo tenor literal es el siguiente:

resolución 1364 de 2019

(febrero 22)

Por la cual se adopta el Sistema de Valoración del desempeño de los servidores públicos vinculados mediante nombramiento provisional en la planta global del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar" y se deroga una Resolución

la directora general del instituto colombiano de bienestar familiar - cecilia de la fuente de lleras - icbf

En uso de sus facultades legales y estatutarias, en especial las conferidas por el artículo 78 de la Ley 489 de 1998, y

considerando:

Que el artículo 209 de la Constitución Política y el artículo 3 de la Ley 489 de 1998 enuncian como principios de la función administrativa los de buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia, los cuales deberán ser tenidos en cuenta al evaluar el desempeño de las entidades y servidores públicos al valorar la conducta y gestión de los mismos en el cumplimiento de sus deberes constitucionales, legales o reglamentarios, garantizando en todo momento que prime el interés colectivo sobre el particular.

Que el numeral 3 del artículo 2 de la Ley 909 de 2004, establece dentro de los criterios básicos para el logro de la satisfacción de los intereses generales y de la efectiva prestación del servicio: a) la profesionalización del talento humano al servicio de la administración pública como mecanismo de consolidación del principio del mérito, b) la flexibilidad de la gestión pública para ajustarse a las cambiantes necesidades de la sociedad; c) la responsabilidad de los servidores públicos en el trabajo y la evaluación de su gestión, sin distinguir el tipo de nivel ocupacional o el tipo de vinculación laboral.

Que el desempeño laboral de los servidores públicos nombrados en provisionalidad contribuye al cumplimiento de los fines del Estado, así como a la consecución oportuna de las metas y objetivos institucionales a partir de la entrega de productos y servicios, en el marco de los planes y misión de la entidad.

Que la Ley 489 de 1998 destaca que en cumplimiento de los principios de la función pública debe medirse el desempeño de las entidades y de manera concomitante el cumplimiento de los deberes constitucionales, legales o reglamentarios de los servidores públicos, esto implica que todos los servidores públicos deben estar en condiciones de demostrar los resultados de su desempeño ya que la sumatoria de su gestión determinará el logro de los fines, metas y resultados institucionales.

Que el Gobierno Nacional a través del Decreto 1499 de 2017 determinó que las entidades deben contar con un Modelo Integrado de Planeación y Gestión - MIPG que incluya en sus políticas de Gestión y Desempeño Institucional aquellas relacionadas, entre otras, con el talento humano.

Que la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC mediante el Criterio Unificado sobre "Evaluación de funcionarios vinculados en nombramiento provisional" proferido en sesión del 5 de julio de 2016 indicó:

"La evaluación de la gestión institucional o del desempeño laboral es una herramienta de carácter estratégico, la cual aplica a todos los servidores públicos independientemente del tipo de vinculación, o el empleo que desempeñe, ya que la responsabilidad es inherente al servicio público y al marco normativo que regula su ejercicio, que no prevén ningún tipo de excepción sobre el seguimiento o la valoración de resultados, en el cumplimiento de los deberes y/o el desempeño laboral.

En cuanto a la evaluación de los servidores públicos que ocupan empleos cuya naturaleza es de carrera administrativa y que se encuentran vinculados mediante un nombramiento provisional, es necesario destacar que no existe norma expresa que lo prohíba, por tanto la evaluación resulta procedente como política institucional, dentro de un marco de apoyo y seguimiento a la gestión de la entidad".

Que en procura de una efectiva prestación del servicio público, es procedente adoptar como política Institucional el seguimiento y valoración del desempeño de los servidores públicos vinculados bajo nombramiento provisional al ICBF.

Que el seguimiento y valoración del desempeño de los servidores públicos vinculados bajo nombramiento provisional a la planta global del ICBF, tiene como finalidad examinar las fortalezas y debilidades de los servidores públicos en sus respectivos puestos de trabajo y sus aportes al cumplimiento de las metas Institucionales, generando un sistema de medición objetivo, homogéneo y sistemático de la gestión, que garantice el derecho fundamental al debido proceso.

Que la buena prestación del servicio público de Bienestar Familiar requiere que los servidores y demás personas que colaboran con la administración desempeñen sus funciones en forma satisfactoria, conforme el sistema de valoración que se adopte, atendiendo al tipo de vinculación.

Que tal y como lo menciona la CNSC en el criterio unificado del 5 de julio de 2016, la Corte Constitucional en sentencias SU-917 de 2010 y SU-554 de 2016, entre otras, le ha conferido a los servidores públicos nombrados en provisionalidad una protección Intermedia precisando que el retiro solo puede darse por circunstancias objetivas tales como: i) porque el cargo se proveerá mediante el sistema de méritos, esto es mediante concurso desarrollado por la CNSC, o ii) por la existencia de una razón suficiente desde la perspectiva del servicio debidamente motivada.

Que el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1083 de 2015 dispone que “Antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlos por terminados”.

Que la jurisprudencia constitucional en reiteradas oportunidades ha señalado que “sólo es constitucionalmente admisible una motivación donde la insubstancia 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” (Sentencias C-279 de 2007 y SU-917 de 2010, entre otras)

Que, conforme lo Indicado por la CNSC el sistema de medición que se adopte puede prever los Instrumentos específicos diseñados al Interior de esta, o tomar como referente los formatos establecidos por la CNSC, como guía de orientación.

Que la valoración del desempeño efectuada a los servidores en nombramiento provisional no otorga derechos de carrera, ni los privilegios que la ley establece para los servidores que ostentan esta condición, como tampoco el acceso a los Incentivos previstos en la entidad para los funcionarios escalafonados, ni la Inscripción en el Registro Público de Carrera que se encuentra a cargo de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Que mediante Resolución 036 de 2018 el ICBF estableció el sistema de valoración de provisionales, dentro del cual adoptó e Incorporó un plan piloto de validación y aplicación de competencias comportamentales propias desarrolladas por la Dirección de Gestión Humana para el del empleo Defensor de Familia, el cual termina con la calificación definitiva del periodo 2018- 2019.

Que debido a la terminación del plan piloto y a los resultados del seguimiento efectuado por la Dirección de Gestión Humana, se estableció la necesidad de replantear aspectos como niveles de cumplimiento, escalas de calificación, rol del evaluador, formatos, entre otros aspectos a modificar.

Que bajo este contexto se hace necesario que el ICBF, adopte como política institucional, un sistema de valoración para los servidores vinculados bajo nombramiento provisional, en procura de una efectiva prestación del servicio público.

En mérito de lo expuesto,

resuelve:

artículo primero. adopción del sistema. Adoptar, como política institucional, el Sistema de Valoración del Desempeño de los servidores públicos vinculados bajo nombramiento provisional en la planta global del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.
[...].

2.3. Medida cautelar de suspensión provisional en el medio de control de simple nulidad

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».⁴ Igualmente, las mencionadas disposiciones normativas establecieron que la solicitud de la medida debe estar debidamente sustentada.

A su vez, 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.

Ahora bien, 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 del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.

Por su parte, esta corporación aclaró que al tenor de lo dispuesto en el Decreto 01 de 1984 (Código Contencioso Administrativo) la medida precautoria sólo procedía cuando existiera una «manifiesta infracción»⁵ 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,⁶ no se exige que esta sea evidente, ostensible, notoria, palmaria, a simple vista o «prima facie».⁷ En tal sentido, se concluyó:

Así mismo esta Corporación ha señalado⁸ 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 respectos (sic) de las normas superiores invocadas junto la interpretación y aplicación

desarrollada jurisprudencialmente en sentencias proferidas por el órgano de cierre de la jurisdicción.⁹

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».

2.4. Eficiencia en el desempeño laboral como presupuesto de la función pública

El artículo 19 de la Ley 909 de 2004 precisó que el empleo público es el núcleo básico de la función pública y se entiende como el «conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado».

Una lectura armónica de la anterior disposición y de los artículos 125 de la Constitución Política¹⁰ y 2.2.18.2.1 del Decreto 1083 de 2015,¹¹ permite extraer las siguientes reglas en materia de empleo público en Colombia:

i) El empleo público es presupuesto indispensable para el correcto ejercicio de la función pública, entendida en su sentido amplio como el «conjunto de las actividades que realiza el Estado, a través de los órganos de las ramas del poder público, de los órganos autónomos e independientes, (art. 113) y de las demás entidades o agencias públicas, en orden a alcanzar sus diferentes fines».¹²

Bajo este contexto, el desempeño eficiente de los servidores públicos en cada una de las entidades contribuye a la satisfacción de las necesidades sociales, la consecución de los valores y fines estatales y a la prosperidad de la Nación.

ii) En atención a lo anterior, es decir, la necesidad de garantizar que accedan las personas más idóneas a la función pública, por regla general, los empleos son de carrera.

iii) Excepcionalmente, es posible acceder al servicio público en virtud de nombramientos provisionales.

iv) El retiro del servicio obedecerá a calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo, violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.

En este orden de ideas, para el cabal funcionamiento de las instituciones del Estado, resulta indispensable que los servidores públicos desarrollen sus funciones con altos estándares de calidad, eficiencia y transparencia, pues, de lo contrario, se pone en riesgo la misión institucional de las entidades a las que pertenecen y se atenta contra el interés general.¹³

En tal sentido, el artículo 2 de la Ley 909 de 2004 precisó que uno de los presupuestos para la efectiva prestación del servicio público era la responsabilidad de los servidores por el trabajo desarrollado, «que se concretará a través de los instrumentos de evaluación del desempeño y de los acuerdos de gestión».

En consonancia con lo antes expuesto, el artículo 133 de la Ley 1753 de 2015 creó el sistema de gestión a nivel estatal y ordenó su articulación con los Sistemas Nacional e Institucional de Control Interno consagrados en la Ley 87 de 1993 y en los artículos 27 al 29 de la Ley 489 de 1998, «de tal manera que permita el fortalecimiento de los mecanismos, métodos y procedimientos de control al interior de los organismos y entidades del Estado».

A su vez, el sistema de gestión fue reglamentado por el Decreto 1499 de 2017, indicando que «es el conjunto de entidades y organismos del Estado, políticas, normas, recursos e información, cuyo objeto es dirigir la gestión pública al mejor desempeño institucional y a la consecución de resultados para la satisfacción de las necesidades y el goce efectivo de los derechos de los ciudadanos, en el marco de la legalidad y la integridad».¹⁴

En este orden de ideas, existe fundamento legal y reglamentario para efectos de monitorear la gestión de las entidades estatales y realizar el control interno respectivo, del cual se destacan las siguientes características como relevantes para resolver el problema jurídico planteado en el *sub lite*:

i) Su implementación y desarrollo está a cargo del representante legal o máximo directivo correspondiente de cada entidad.¹⁵

ii) Tiene, entre otros, los siguientes objetivos:¹⁶ a. salvaguardar la eficacia, la eficiencia y economía en todas las operaciones, promoviendo y facilitando la correcta ejecución de las funciones y actividades definidas para el logro de la misión institucional; b. garantizar la correcta evaluación y seguimiento de la gestión organizacional; c. promover que el sistema de control interno disponga de sus propios mecanismos de verificación y evaluación.

iii) Presenta, entre otros, los siguientes componentes:¹⁷ a. objetivos y metas generales y específicas; b. dirección y administración del personal conforme a un sistema de méritos y sanciones; c. aplicación de las recomendaciones resultantes de las evaluaciones del control interno; d. organización de métodos confiables para la evaluación de la gestión.

Por su parte, el Decreto 1499 de 2017 dispuso que, para el funcionamiento del Sistema de Gestión y su articulación con el Sistema de Control Interno, se adoptaría la versión actualizada del Modelo Integrado de Planeación y Gestión -mipg, cuyas objetivos más relevantes, de cara al *sub lite*, son los siguientes: a. fortalecer el liderazgo y el talento humano bajo los principios de integridad y legalidad, como motores de la generación de resultados de las entidades públicas; b. desarrollar una cultura organizacional fundamentada en la información, el control y la evaluación, para la toma de decisiones y la mejora continua.

A su vez, el artículo 2 del Decreto 1499 de 2017 dispuso la articulación del Sistema de Gestión con los Sistemas de Control Interno, teniendo en cuenta que este último «es transversal a la gestión y desempeño de las entidades».

El anterior marco normativo contribuye a la realización del propósito constitucional de garantizar que la función pública se desarrolle de manera eficiente, a través de servidores oficiales que tengan asignadas responsabilidades y metas acordes a las misiones institucionales y coordinadas con los fines esenciales del Estado. Para el efecto, las entidades deben fijar objetivos, metas y mecanismos de evaluación que permitan verificar el grado y calidad de su cumplimiento, en aras de privilegiar el interés general.

2.5. Nombramiento provisional como forma de atender las necesidades del servicio público

En el contexto antes descrito cobra significado el establecimiento de la regla general del acceso al empleo público a través del sistema del mérito y que los cargos deban pertenecer a la carrera administrativa; sin embargo, como medida excepcional, se ha admitido la posibilidad de realizar los nombramientos en provisionalidad para ocupar cargos de carrera sin previa convocatoria a concurso, cuando por motivos de reestructuración, fusión o transformación de la entidad o por razones de estricta necesidad del servicio se justifique.

Además, el nombramiento provisional solo procede cuando no haya personal que cumpla con los requisitos para ser encargado y no haya lista de elegibles vigente que pueda ser utilizada.¹⁸ Igualmente, dichos nombramientos pueden efectuarse mientras se surte el proceso de selección tendiente a proveer de manera definitiva el empleo de carrera vacante.¹⁹

Por su parte, el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1083 de 2015, modificado por el Decreto 648 de 2017, dispuso que «[a]ntes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlos por terminados». Al respecto, la Corte Constitucional ha precisado:²⁰

Igualmente, la Corte ha sido enfática en determinar que los actos en que se decide la desvinculación de los servidores en provisionalidad deben contener las razones del servicio por las cuales se separa del cargo al funcionario. Si bien el nominador cuenta con un cierto grado de discrecionalidad, ésta no puede convertirse en arbitrariedad. Por eso, los motivos de interés público que fundamentan la desvinculación deben ser explicitados para garantizar el derecho al debido proceso de la persona desvinculada²¹. Así, la discrecionalidad del nominador solo puede atender a razones de interés general atinentes al servicio prestado por el funcionario habida cuenta de sus responsabilidades en la entidad, dentro de las cuales la Corte ha mencionado las razones disciplinarias, la calificación insatisfactoria u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto. Por supuesto, la razón principal consiste en que el cargo va a ser ocupado por un funcionario que ha participado en un concurso de méritos y ocupado un lugar en dicho concurso que lo hace merecedor del cargo²². (Se resalta).

En este orden de ideas, la desvinculación de los empleados nombrados en provisionalidad debe motivarse en razones serias, que cuenten con respaldo normativo y fáctico, entre las que se encuentran la incursión en faltas disciplinarias y la calificación insatisfactoria, las cuales son congruentes con el criterio de excelencia que debe orientar la función pública y el desempeño de los cargos oficiales, pues ello repercute en la consecución de los fines estatales y el interés general.

Adicionalmente, para efectuar dicho retiro se deben tener en cuenta las previsiones del artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 648 de 2017, las cuales establecen acciones afirmativas en beneficio de quienes ocupan cargos en provisionalidad y se encuentran en condiciones personales o sociales que ameritan especial protección.²³

2.6. Caso concreto. Análisis del despacho

El demandante solicitó la suspensión provisional de los efectos de la Resolución 1364 de 22 de febrero 2019, proferida por el icbf, mediante la cual se implementó la evaluación del desempeño para los empleados provisionales adscritos a la entidad. Al respecto, sostuvo que no existía habilitación legal para aplicar dicho mecanismo y tampoco para disponer el retiro del servicio con fundamento en una calificación insatisfactoria.

Sin embargo, conforme a lo expuesto en el acápite antes desarrollado, se negará el decreto de la medida cautelar invocada, con fundamento en los siguientes razonamientos:

i) El acto acusado se fundó en la necesidad de desarrollar la función pública conforme a altos estándares de calidad, en aras de cumplir la misión institucional. En tal sentido, se indicó que su finalidad era «propender por el cabal cumplimiento de los fines del Estado encaminados a mejorar el servicio del Sistema de Bienestar Familiar, de conformidad con el Modelo Integrado de Planeación y Gestión, para lo cual evidenciará las competencias y aportes del servidor público y orientará la toma de decisiones relacionadas con su desarrollo laboral y con la permanencia del servicio».

Para lograr dicho objetivo, se establecieron los siguientes principios:

- Mérito: Este determinará la permanencia de los servidores dentro del término del nombramiento provisional. El servidor deberá demostrar en forma continua su capacidad para alcanzar los resultados esperados en las condiciones previstas.

- Objetividad: La valoración del desempeño de los servidores vinculados bajo nombramiento provisional se realizará con base en parámetros previamente establecidos y estará determinada por el cumplimiento de las actividades y la contribución al logro de las metas institucionales.

- Igualdad: A todos los servidores públicos vinculados bajo nombramiento provisional se les medirá su gestión con los mismos propósitos y bajo las mismas normas, parámetros, criterios e instrumentos.

- Cumplimiento: Todos los servidores deberán cumplir cabalmente las normas que regulan la función pública y las funciones asignadas al empleo.

- Evaluación: La permanencia en los cargos exige que el servidor público vinculado bajo nombramiento provisional se someta y colabore activamente en el proceso de valoración personal e institucional, de conformidad con los criterios definidos por la entidad o autoridad competente.

- Promoción de lo Público: Es tarea de cada servidor la búsqueda de un ambiente colaborativo, de trabajo en equipo, de defensa permanente del interés público y de asumir un compromiso con la protección de los derechos, el interés general y la libertad de los ciudadanos.

En este orden de ideas las consideraciones, objetivos y principios de la evaluación del desempeño de los empleados del icbf nombrados en provisionalidad, *prima facie*, no pugnan con el ordenamiento jurídico superior; por el contrario, se avienen a los postulados del control interno, el sistema de gestión y la excelencia que requiere el desempeño del empleo público en aras de garantizar el interés general y materializar los fines esenciales del Estado.

ii) La evaluación que se analiza se funda en criterios objetivos y verificables de cara a las metas y funciones asignadas a los diferentes empleos sujetos a evaluación, de esta manera se logra proteger la función pública, así como el debido proceso de los servidores oficiales, quienes de antemano conocen las responsabilidades sobre las cuales se evaluará su desempeño. A su vez, se garantiza que la motivación del acto de insubstancia del nombramiento contenga elementos suficientes para una eventual impugnación en sede judicial.

iii) El artículo 2 de la Ley 909 de 2004 estableció que la responsabilidad de los servidores por el trabajo desarrollado se concretaría a través de la evaluación de desempeño, razón por la que no es posible sostener, en principio, que no existe autorización legal para que las entidades establezcan políticas tendientes a realizar dicha calificación.

iv) El actor sostuvo que, en anterior oportunidad,²⁴ este despacho precisó que no es posible evaluar el servicio que prestan los empleados nombrados en provisionalidad; sin embargo, esta premisa no fue sostenida en la aludida providencia; por el contrario, se explicó 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».²⁵

Es decir, que podría considerarse viable la realización de calificaciones de desempeño a los empleados provisionales; pero no bajo la normativa, características y régimen propios de los empleados de carrera.

En el *sub lite*, el icbf no invocó las reglas que rigen la situación de los empleados de carrera, sino las normas de la función pública y sus principios rectores, razón por la que en este caso no puede decretarse la suspensión provisional como se hizo en la controversia objeto de comparación.

v) La Corte Constitucional rechazó una demanda en la que se pretendía debatir la posibilidad de evaluar el desempeño de servidores nombrados en provisionalidad, con fundamento en los siguientes argumentos:²⁶

[...] el escrito no evidencia razones que sugieran que la existencia de una evaluación para funcionarios en provisionalidad -que guarda similitud con aquella que se realiza a funcionarios de carrera- se oponga a la Constitución. La idea del demandante, según la cual (i) “el mérito no es fraccionable” y (ii) por ello se prohíbe la evaluación de los empleados provisionales en la forma en que está previsto en el artículo demandado, no se sostiene en contenidos de la Carta. En efecto, de la lectura del su artículo 125 de (sic) no se sigue -al menos *prima facie*- la prohibición de realizar evaluaciones semejantes a empleados de carrera y empleados provisionales. Más allá de consideraciones asociadas a una especie de unidad conceptual del sistema de mérito (carrera-evaluación-retiro), que impediría la aplicación de uno de sus instrumentos -la evaluación- a empleados designados en provisionalidad, no es posible identificar argumentos que permitan iniciar el proceso de constitucionalidad.

Conforme al anterior criterio, no es posible afirmar que la Constitución Política contenga una prohibición en torno a la calificación de empleados nombrados en provisionalidad y, por lo tanto, la aplicación de este procedimiento no puede considerarse violatorio de dicho ordenamiento.

Así las cosas, de manera preliminar, puede sostenerse que la mencionada evaluación es consecuente con la función pública, la eficiencia en el servicio y dota de elementos a los servidores con el fin de controvertir el acto administrativo que declare la insubstancia del nombramiento con fundamento en un bajo desempeño laboral.²⁷

En este orden de ideas, sin que ello implique prejuzgamiento, se negará la suspensión provisional de los efectos de la Resolución 1364 de 22 de febrero 2019, «Por la cual se adopta el Sistema de Valoración del desempeño de los servidores públicos vinculados mediante nombramiento provisional en la planta global del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y se deroga una Resolución».

En mérito de lo expuesto, el despacho

Resuelve:

Primero. Negar la medida cautelar solicitadas por el señor Jairo Benjamín Villegas Arbeláez dentro del medio de control de la referencia, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Segundo. Reconocer personería jurídica al abogado Erasmo Carlos Arrieta Álvarez como apoderado del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - icbf, conforme al poder visible en el folio 24 del cuaderno de medida cautelar.

Tercero. Ejecutoriado este auto, agréguese el presente cuaderno al expediente principal.

Notifíquese y cúmplase

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Firmado electrónicamente

cgg

constancia: La presente providencia fue firmada electrónicamente por el consejero conductor del proceso en la plataforma del Consejo de Estado denominada samai. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con el artículo 186 del cpaca.

NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

1. Folio 17, cuaderno de medida cautelar.

2. Folios 25 a 27, cuaderno de medida cautelar.

3. El icbf se refirió al expediente 11001-03-25-000-2017-00129-00, cuyo conocimiento correspondió al magistrado conductor del presente proceso.

4. Artículo 229 del CPACA.

5. «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».

6. Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

7. 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.

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

9. 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).

10. Artículo 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

[...]

El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.

[...].

11. Artículo 2.2.18.2.1 Encargos y provisionalidades. [...].

Parágrafo. Se podrán autorizar encargos y nombramientos provisionales, sin previa convocatoria a concurso, cuando por razones de reestructuración, fusión o transformación de la entidad o por razones de estricta necesidad del servicio se justifique. En estos casos el encargo o el nombramiento provisional no podrán exceder los seis (6) meses, término dentro del cual se deberá convocar el empleo a concurso. El nombramiento provisional procederá de manera excepcional cuando no haya personal que cumpla con los requisitos para ser encargado y no haya lista de elegibles vigente que pueda ser utilizada.

12. Sentencia C-563 de 1998, magistrados ponentes: Dr. Antonio Barrera Carbonell y Dr. Carlos Gaviria Díaz.

13. En igual sentido, el artículo 209 de la Constitución Política dispone que la función administrativa se orienta por «los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad».

14. Artículo 2.2.22.1.1 del Decreto 1499 de 2017.

15. Artículo 6 de la Ley 87 de 1993.

16. Artículo 2 de la Ley 87 de 1993.

17. Artículo 4 de la Ley 87 de 1993.

18. Artículo 2.2.18.2.1 del Decreto 1083 de 2015.

19. Artículo 2.2.5.3.1 del Decreto 1083 de 2015.

20. Corte Constitucional, sentencia C-279 de 2007. Este criterio ha sido reiterado en las sentencias SU-917 de 2010, SU-691 de 2011 y SU-054

de 2015. A su vez, el Consejo de Estado se ha referido a la necesidad de motivar el acto de retiro de los empleados provisionales, entre otras, en las siguientes providencias:

- Sección Segunda, Subsección B, C.P. Dr. César Palomino Cortés, sentencia de 6 de julio de 2017, radicado: 25000-23-25-000-2012-00554-01 (1870-13).

- Sección Segunda, Subsección B, C.P. Dr. César Palomino Cortés, sentencia de 22 de marzo de 2018, radicado: 25000-23-42-000-2013-01621-01 (3660 - 2014).

- Sección Segunda, Subsección A, C.P. Dr. William Hernández Gómez, sentencia de tutela de 31 de octubre de 2019, radicado: 11001-03-15-000-2019-01437-01.

21. En la sentencia T-081 de 2006 MP: Alfredo Beltrán Sierra se reiteró la anterior posición y se recordó la jurisprudencia que así lo ha establecido desde tiempo atrás: "Para la Corte, si bien la Constitución otorga esta facultad al Fiscal General de la Nación, no debe desconocerse que dicha potestad no puede ejercerse sino "de conformidad con la ley" y aunque es discrecional no debe interpretarse como arbitraria. Al respecto en sentencia C-031 de 1995 se dijo:

"No debe confundirse lo arbitrario con lo discrecional. En lo arbitrario se expresa el capricho individual de quien ejerce el poder sin sujeción a la ley. El poder discrecional por el contrario, está sometido a normas inviolables como las reglas de derecho preexistentes en cabeza del órgano o funcionario competente para adoptar la decisión en cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares, a fin de proteger la vida, honra y bienes de los asociados, así como sus derechos y libertades.

Dentro de la facultad discrecional, el poder o la competencia no tiene prefijada su decisión de una manera rígida, sino que en atención a la complejidad y variación de los factores de los asuntos sometidos a su jurisdicción, debe aplicar el precepto más adecuado y justo a la situación concreta, ateniéndose a los objetivos fijados por la Constitución y la ley, ajenos a su libre capricho. Tanto es así, que en los sistemas jurídicos más perfectos se ha introducido el recurso contencioso-administrativo por *desviación de poder* contra aquellos actos discrecionales de la administración en que el agente de la administración se aparta de la finalidad del buen servicio a la colectividad y a los fines propios del Estado de derecho, que de conformidad con el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, constituye una de las causales de procedencia de la acción de nulidad de los actos administrativos."

22. Sentencia T-1310 de 2005 MP: Álvaro Tafur Galvis: "En efecto, la desvinculación por parte de la administración sólo procede por motivos disciplinarios, baja calificación o porque se convoque a concurso para llenar la plaza de manera definitiva, con quien obtuvo el primer lugar." A su vez la sentencia T-222 de 2005 MP: Clara Inés Vargas Hernández dijo: "La Corte ha precisado que un empleado o funcionario de carrera sólo puede ser desvinculado por razones disciplinarias, calificación insatisfactoria o por otra causal previamente descrita en la ley. Así, la ley exige que el acto mediante el cual se desvincula a un empleado o funcionario de un cargo de carrera administrativa o judicial debe ser motivado." Ver, entre otras, sentencias; T-800 de 1998 MP: Vladimiro Naranjo Mesa; T-884 de 2002 MP: Clara Inés Vargas Hernández; T-1206 de 2004 MP: Jaime Araujo Rentería; y T-392 de 2005, MP: Alfredo Beltrán Sierra.

23. Artículo 2.2.5.3.2 Orden para la provisión definitiva de los empleos de carrera. [...].

Parágrafo 2º. Cuando la lista de elegibles elaborada como resultado de un proceso de selección esté conformada por un número menor de aspirantes al de empleos ofertados a proveer, la administración, antes de efectuar los respectivos nombramientos en período de prueba y retirar del servicio a los provisionales, deberá tener en cuenta el siguiente orden de protección generado por:

1. Enfermedad catastrófica o algún tipo de discapacidad.

2. Acreditar la condición de padre o madre cabeza de familia en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia.

3. Ostentar la condición de prepensionados en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia.

4. Tener la condición de empleado amparado con fuero sindical.

24. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, C.P. Dr. Rafael Francisco Suárez Vargas, auto de 16 de agosto de 2018, radicado: 110010325000201700129 00 (0677-2017).

25. Similar criterio fue esgrimido en la siguiente providencia: Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, C.P. Dr. César Palomino Cortés, sentencia de 24 de abril de 2020, radicado: 11001-03-25-000-2017-00281-00 (1363-2017).

26. Auto de 26 de junio de 2019, M.P. Dr. José Fernando Reyes Cuartas, Expediente: D-13238.

27. En igual sentido puede consultarse la siguiente providencia: Consejo de Estado, Sección Segunda, C.P. Dr. César Palomino Cortés, radicado: 110010325000 2016 00040 00 (0112-2016).

Fecha y hora de creación: 2025-12-22 13:17:49