Función Pública

Sentencia 2017-00281 de 2020 Consejo de Estado

EVALUACIÓN DEL DESEMPEÑO LABORAL DE LOS SERVIDORES VINCULADOS CON NOMBRAMIENTOS EN PROVISIONALIDAD EN LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN - No puede hacer extensivos los parámetros de los servidores vinculados en carrera administrativa o en periodo de prueba / DESEQUILIBRIO DE LAS CARGAS PÚBLICAS

En la medida en que la Resolución 2457 de 2016 hace extensivos los mecanismos, parámetros e instrumentos previstos para la evaluación del desempeño y del servicio de los funcionarios vinculados mediante carrera administrativa y en periodo de prueba a aquellos nombrados en provisionalidad, vulnera ostensiblemente el derecho de igualdad, antes que garantizarlo, como lo dice en el cuerpo mismo de su articulado; lo que ocurre cuando quiera que se equipara a todos los funcionarios de la Entidad en condiciones y responsabilidades, sin otorgar los mismos beneficios, pues es claro que la estabilidad propia de la carrera administrativa no es ni será predicable para quien ocupa el cargo en provisionalidad; propiciando también un desequilibrio en las cargas públicas imputable a la Fiscalía General de la Nación y a sus servidores públicos, quien teniendo el deber jurídico de proveer la totalidad de sus cargos mediante el sistema de concurso no lo hace, bajo el amparo de un sistema de calificación del servicio de los funcionarios nombrados en provisionalidad, cuya reglamentación legitima en apariencia su proceder. Razón por la cual el cargo estará llamado a prosperar y el acto administrativo compelido a perder su presunción de legalidad. Finalmente, el Consejo de Estado llama la atención en el sentido de precisar que la declaratoria de nulidad que se dictará mediante este acto administrativo no implica que el hecho mismo de calificar el servicio de los funcionarios nombrados en provisionalidad al interior de la Fiscalía General de la Nación sea contrario a derecho, toda vez que lo que jurídicamente se reprocha es que dicha calificación se realice equiparando a este tipo de funcionarios con los de carrera mediante la aplicación de los mismos criterios, parámetros, instrumentos y mecanismos que para medir su desempeño se utilizan, desnaturalizando por ende la razón de ser de unos y otros. NOTA DE RELATORÍA: Sobre la improcedencia de evaluación de desempeño en relación con servidores vinculados en provisionalidad, ver: Consejo de Estado, Sección Segunda, *S*entencia 2016-00040. MP César Palomino Cortés, rad 0112-2016.

COMPETENCIA DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN PARA REGLAMENTAR LA CARRERA ADMINISTRATIVA

El Fiscal General de la Nación está investido de facultades para desarrollar reglamentos, protocolos, manuales de organización y procedimientos conducentes al eficaz desempeño de las funciones de la Fiscalía General de la Nación. Sumado a que dicho funcionario expidió los actos cuestionados con observancia de la potestad reglamentaria a él conferida y dentro del marco normativo que le sirvió de referencia, en particular los Decretos Ley 016 al 021 de 2014.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA- ARTÍULO 253 / LEY 1654 DE 2013 / DECRETO 016 DE 2014

NORMA DEMANDADA: RESOLUCIÓN 02457 DE 2016. FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN (Nulo)

CLASIFICACIÓN DE LA CARRERA ADMINISTRATIVA- Modalidades / CARRERA ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN- Regulación / RÉGIMEN ESPECIAL DE CARRERA – Límites

La carrera administrativa se clasifica en tres modalidades, tales como: (i) sistema general de carrera; (ii) sistema especial de carrera de origen constitucional y; (iii) sistema especial de carrera de creación legal. (…) *La lectura de la norma trascrita* [Artíulo 253 de la Constitución] *indica que el querer del Constituyente, en esta materia, fue que la Fiscalía General de la Nación, y en consecuencia sus órganos adscritos, tuviesen una carrera administrativa especial y autónoma, cuya regulación fue delegada al legislador. Predicándose en este punto que tiene un sistema especial de origen constitucional.(...)* la Sala parte de la premisa que la Fiscalía General de la Nación tiene su propio régimen especial de carrera, autónomo e independiente, cuya administración y vigilancia, a diferencia de lo dispuesto para el sistema general de carrera, está a cargo de las Comisiones de la Carrera Especial, de acuerdo con lo previsto en el Decreto Ley 020 de 2014, expedido por el Gobierno Nacional en ejercicio de facultades extraordinarias. Ello, en atención a la naturaleza y especialidad de las actividades asignadas a sus servidores, que necesariamente determinan la adopción de requisitos especiales para el ingreso, ascenso y retiro de la función pública, todo dentro de los límites que la Constitución impone.

FUENTE FORMAL : CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍULO 253 / LEY 270 DE 1996 - ARTÍULO 159 / LEY 909 DE 2004 - ARTÍULO 3 / DECRETO LEY 20 DE 2014

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS

Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de abril de dos mil veinte (2020)

Radicación número: 11001-03-25-000-2017-00281-00(1363-17)

Actor: MÓNICA JULIANA PACHECO ORJUELA

Demandado: FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Tema :Nulidad de la Resolución 02456 de 2016, "*Por medio de la cual se reglamenta el sistema de evaluación del desempeño laboral de los servidores que ostentan derechos de carrera o se encuentren en período de prueba en el régimen de carrera especial de la Fiscalía General de la Nación, y se aprueban y adoptan los parámetros y el instrumento para su aplicación",* y de la Resolución 02457 de 2016, *"Por medio del cual se adopta el sistema de evaluación del desempeño laboral contenido en la Resolución 02456 de 2016, para la evaluación de los servidores vinculados a través de nombramientos en provisionalidad*"; expedidas por la Fiscalía General de la Nación.

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 Artíulo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo contra las Resoluciones 2456 y 2457 de 2016[1], expedidas por el Fiscal General de la Nación.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

El 30 de abril de 2016[2], la señora Mónica Juliana Pacheco Orjuela, actuando en causa propia, presentó demanda de nulidad contra las Resoluciones 2456 de 2016, "*por medio de la cual se reglamenta el sistema de evaluación del desempeño laboral de los servidores que ostentan derechos de carrera o se encuentren en período de prueba en el régimen de carrera especial de la Fiscalía General de la Nación, y se aprueban y adoptan los parámetros y el instrumento para su aplicación",* y 2457 de 2016, *"por medio del cual se adopta el sistema de evaluación del desempeño laboral contenido en la Resolución 02456 de 2016 (…)"*;expedidas por la Fiscalía General de la Nación.

Señaló que la entidad demandada en un claro desconocimiento del sistema general de carrera administrativa, profirió los actos administrativos demandados vulnerando los principios del mérito y las leyes 489 y 909 como regla general para ingresar a la carrera administrativa; tal y como lo prevé la Constitución Política en el Artíulo 125.

Resaltó que se puede desvincular a un provisional de su cargo, siempre y cuando sea motivado y obedezca a razones de eficiencia del servicio. Así mismo, en obedecimiento a las causales taxativamente señaladas en la ley es decir, "*que por tratarse de normas restrictivas no opera la interpretación analógica ni extensiva*".

1.1. El acto acusado

La ciudadana mencionada pretende que se declare la nulidad de la Resolución 2456 de 2016, "*por medio de la cual se reglamenta el sistema de evaluación del desempeño laboral de los servidores que ostentan derechos de carrera o se encuentren en período de prueba en el régimen de carrera especial de la Fiscalía General de la Nación, y se aprueban y adoptan los parámetros y el instrumento para su aplicación",* y 2457 de 2016, *"por medio del cual se adopta el sistema de evaluación del desempeño laboral contenido en la Resolución 02456 de 2016 (…)"*;expedidas por la Fiscalía General de la Nación.

Debido a la extensión de los actos administrativos acusados, solo se transcribirá en su totalidad la Resolución 02457 de 2016, por cuanto será objeto del pronunciamiento de esta Corporación, y cuyo contenido es el siguiente:

"RESOLUCIÓN 02457

(14 JULIO DE 2016)

"Por medio de la cual se adopta el sistema de evaluación del desempeño laboral contenido en la Resolución No. 02456 del 14 de julio de 2016, para la evaluación de los servidores vinculados a través de nombramientos en provisionalidad".

EL FISCAL GENERAL DE LA NACIÓN (E)

En ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial las conferidas en el numeral 190 del Artíulo 40 del Decreto Ley 016 del 9 de enero de 2014, y

CONSIDERANDO:

Que la Constitución Política dispone, en sus Artíulos 249 y 253, que la Fiscalía General de la Nación forma parte de la rama judicial y tiene autonomía administrativa, y que su estructura y funcionamiento están determinados por ley, así como el manejo de personal.

Que mediante la Ley 1654 de 2013 el Congreso de la República revistió al Presidente de la República de facultades extraordinarias para modificar y definir la estructura orgánica y funcional de la Fiscalía General de la Nación; situación que se materializó a través de los Decretos Ley O16 al 021 de 2014 expedidos por el Presidente de la República.

Que el Decreto Ley 020 de 2014, "por el cual se clasifican los empleos y se expide el régimen de carrera especial de la Fiscalía General de la Nación", en su capítulo X dispone lo relativo a la evaluación del desempeño de los servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación,

Que el Artíulo 83 de dicha ley, regula lo relativo a la evaluación de los servidores vinculados en provisionalidad; y el Artíulo.68 define la evaluación del desempeño como lila valoración de la gestión individual del servidor público, vinculado en un empleo de la Fiscalía General de la Nación".

Que lo consagrado en el inciso final de dicho Artíulo advierte que "la evaluación del desempeño de los empleados provisionales en ningún caso genera derechos de carrera".

Que el Artíulo 69 del Decreto Ley 020 de 2014, crea el Comité de Evaluación del Desempeño Laboral y el Artíulo 70 establece sus funciones, dentro de las cuales se encuentra la de definir los' parámetros y proponer, para aprobación del Fiscal General de la Nación, los instrumentos de evaluación del desempeño laboral.

Que de conformidad con lo establecido en el parágrafo 10 del Artíulo 4° de la Resolución N° 0001 del 9 de noviembre de 2015, "por medio de la cual se adopta el reglamento del Comité de evaluación del Desempeño Laboral de la Fiscalía General de la Nación", corresponde a dicho comité proponer los instrumentos de evaluación de los servidores vinculados en provisionalidad.

Que la Dirección Nacional de Políticas ", Públicas y Planeación elaboró un documento de política que contiene los antecedentes conceptuales y organizacionales de la evaluación del desempeño, así como un diagnóstico de la forma en la que se evalúa actualmente a los servidores en período de prueba o que ostentan derechos de carrera en el régimen de carrera especial de la Fiscalía General de la Nación.

Que a partir de dicho diagnóstico, se evidenció la necesidad de articular la evaluación de los servidores de la Fiscalía General de la Nación con la nueva arquitectura institucional, las directrices y políticas misionales de modernización, el actual modelo de investigación penal y los procesos de gestión del personal y de las dependencias.

Que el documento de política fue expuesto al Comité de Evaluación del Desempeño laboral de la Fiscalía General de la Nación, en el cual se definieron los parámetros y se diseñaron los instrumentos para la aplicación de la evaluación del desempeño laboral en la entidad para todos los servidores de la entidad.

Que mediante el Fiscal General de la Nación (E) profirió la Resolución N° 02456 del 14 de julio de 2016, "Por medio de la cual reglamenta el sistema de evaluación del desempeño laboral de los servidores que ostenten derechos de carrera o se encuentren en período de prueba en el régimen de carrera especial de la Fiscalía General de la Nación, y se aprueban y adoptan los parámetros y el instrumento para su aplicación".

Que la evaluación del desempeño laboral tiene como propósito la valoración de la gestión individual de los servidores con base en las funciones que realizan y que están dirigidas al cumplimiento de los objetivos estratégicos de la entidad y a garantizar la debida prestación del servicio, independientemente de su tipo de vinculación laboral.

En mérito de lo expuesto, el Fiscal General de la Nación (E) en ejercicio de sus funciones,

RESUELVE:

ARTÍULO 1º. Evaluación del desempeño laboral de los servidores vinculados a través de nombramientos en provisionalidad. Adóptese el Sistema de Evaluación del Desempeño laboral de la Fiscalía General de la Nación, reglamentado mediante la Resolución N° 02456 del 14 de julio de 2016 para la evaluación del desempeño laboral de los servidores con nombramiento en provisionalidad.

ARTÍULO 2°. Ámbito de aplicación. La evaluación del desempeño laboral adoptada mediante la presente resolución se aplicará a todos los servidores vinculados a través de nombramientos en provisionalidad en la Fiscalía General de la Nación que se encuentren en servicio activo y desempeñando funciones en la entidad.

PARÁGRAFO. La evaluación del desempeño de los empleados provisionales en ningún caso generará derechos de carrera, de conformidad con lo dispuesto en el Artíulo 83 del Decreto Ley 020 de 2014.

ARTÍULO 3°. Facultad discrecional del nominador. La evaluación del desempeño laboral de los servidores vinculados en provisionalidad, no se opone a la facultad discrecional del Fiscal General de la Nación de declarar la insubsistencia del nombramiento por razones del servicio.

ARTÍULO 4°. Excepciones a la aplicación del sistema de evaluación del desempeño laboral para los servidores vinculados en provisionalidad. La aplicación del sistema de evaluación del desempeño laboral de los servidores vinculados en provisionalidad se realizará conforme a lo

establecido en la Resolución N° 02456 del 14 de julio de 2016, salvo las excepciones que se presentan a continuación:

a) El recurso de apelación que procede en contra de las evaluaciones del desempeño laboral ordinaria anual y anticipada será resuelto por el/la Director(a) Nacional de Apoyo a la Gestión de la Fiscalía General de la Nación, de conformidad con lo dispuesto en el Artíulo 83 del Decreto Ley 020 de 2014;

b) No procederán las consecuencias de la evaluación del desempeño laboral establecidas en los Artíulos 48, 51 Y 52 de la Resolución N° 02456 del 14 de julio de 2016, ni las demás que se pongan a las normas que regulan los tipos de vinculación a los empleos del Estado;

c) Los impedimentos y recusaciones serán resueltos por el/la Director(a) Nacional de Apoyo a la Gestión de la Fiscalía General de la Nación, quien deberá asignar un evaluador ad hoc en caso de aceptarlos.

PARÁGRAFO. Los servidores en provisionalidad evaluados directamente por la Dirección Nacional de Apoyo a la Gestión, deberán presentar el recurso de apelación, impedimento o recusación, ante el Comité de Evaluación del Desempeño Laboral.

ARTÍULO 5°. Período de divulgación, socialización y capacitación. A partir de la fecha de publicación y hasta la fecha de entrada en vigencia de la presente resolución, se llevará a cabo el proceso de divulgación, socialización y capacitación del sistema de evaluación del desempeño laboral adoptado.

ARTÍULO 6°. Vigencia. La presente resolución rige a partir del 10 de enero de 2017.

(…)".

1.2. Normas violadas y concepto de violación

La parte actora considera que los actos administrativos enjuiciados vulneran los Artíulos 10, 40, 125,130, 209 y 268 de la Constitución Política, el Decreto Ley 020 de 2014, y la Sentencia C-588 de 2009 del Tribunal Constitucional.

El concepto de violación es desarrollado por la accionante en seis cargos que buscan acreditar que los actos administrativos cuestionados adolecen de:

(i) "*Violación directa de la estabilidad laboral de los provisionales*", toda vez que las Resoluciones demandadas "*resultan incompatibles con la Ley 909 (…) de 2004, la Constitución Política y toda la normatividad que regula el empleo público; (…) que por tratarse de un régimen especial el de la FGN no puede estar ajeno a todo el entramado jurídico que supone las mínimas garantías para todos los trabajadores afectados a ella*".

(ii) *"Imposibilidad de evaluar a los empleados nombrados en provisionalidad"*, puesto que la evaluación en pos de la mejora del servicio es uno de los elementos constitutivos de la relación legal y reglamentaria que gozan los empleados públicos. En tal sentido, no puede ser "*extensiva a los provisionales, (…) dado que los mismos no profesan un registro de carrera en firme, (…) pues en teoría son transeúntes de la administración que deben cumplir (…) sus deberes, (…) sin que sean afectos de la calificación*".

(iii) "*Ingreso automático al sistema de carrera*", dado que los actos administrativos demandados son contrarios al principio fundamental de la carrera administrativa en Colombia, "*el ascenso y el mérito mediante concurso*". No como incorporaciones automáticas como se pretende hacer, toda vez que vulnera la identidad del concurso de méritos y limita las posibilidades de los ciudadanos que aspiren a ocupar un cargo.

(iv) "*Contradicciones entre las mismas resoluciones*", toda vez que del cuerpo normativo de la Resolución 2456 de 2016, se extrae que un funcionario en provisionalidad ingresa a carrera administrativa siempre y cuando haya obtenido un resultado satisfactorio, aceptable, superior o sobresaliente en la evaluación del período de prueba. Acto administrativo contrarío con lo dispuesto en la Resolución 02457 de 2016, pues la misma establece que "*la evaluación no genera derechos de carrera*".

(v) "*Falta de competencia e idoneidad del órgano reformador así como del método*", puesto que los actos enjuiciados desbordan las competencias del Fiscal General de la Nación quien podía "*concertar el contenido de la reglamentación de carrera con el Presidente de la República (…) para dar una participación activa a todos los sectores afectados con esta disposición, pero en ningún momento podía con una norma de menor categoría suplantar un decreto con fuerza de ley*". Aunado a que, si quería cambiar la estructura del Decreto 020 de 2014, procedía bajo el imperio de una norma de igual o superior nivel.

(vi) "*Desconocimiento del precedente judicial*", al determinar que ha sido insistente el legislador cuando "*prevé que el único método de ingreso a la carrera administrativa es el concurso, ya que en su núcleo se encuentra el mérito, como garantía de transparencia y consecución de los fines esenciales del estado*". No obstante, de manera oficiosa se ha querido desconocer dicho elemento y con actos legislativos lesivos del principio de igualdad, se ha pretendido ingresar a los provisionales al sistema de carrera administrativa obviando las etapas del concurso.

2. TRÁMITE PROCESAL

Este despacho admitió la demanda por auto de 25 de julio de 2017[3]. Igualmente, mediante el mencionado proveído se ordenó informar a la comunidad sobre la existencia del proceso y notificar al Agente del Ministerio Público, y al Fiscal General de la Nación.

Mediante auto de 16 de febrero de 2018[4], el magistrado sustanciador convocó a la audiencia inicial de que trata el Artíulo 180 de la Ley 1437 de 2011, para el 9 de abril de 2018. No obstante, y ante la solicitud de aplazamiento que hiciera el Procurador Tercero Delegado ante el Consejo de Estado; el despacho fijó como nueva fecha para llevar a cabo la audiencia inicial, el 30 de abril de 2018[5].

3. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Fiscalía General de la Nación[6], por intermedio de apoderada se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda.

Refirió que es evidente que "*la carrera administrativa en la Fiscalía General de la Nación deviene de lo consagrado en la Constitución Política de Colombia que asigna a la ley su desarrollo, como un régimen especial de carrera, la cual no se rige por lo consagrado en la Ley 909 de 2004, sino por la normatividad especifica que se expidió para tal efecto y que se encuentra contenida en el Decreto 020 de 2014*".

Precisó, que en el *sub lite* el Decreto en mención "*invistió al Fiscal General de la Nación con precisas facultades para adoptar el instrumento de evaluación, definir períodos de calificación, escalas de valoración, puntajes y demás criterios atinentes a este proceso, tanto para los servidores inscritos en el régimen especial de carrera como para aquellos nombrados en provisionalidad, por ello, al efectuar el análisis de la primera causal prevista en el Artíulo 93 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se concluye que las Resoluciones 2456 y 2457 de 2016, no se oponen a la Constitución Política, ni a la ley, por lo que, de contera, jurídicamente no resulta viable su revocación por dicha causal*".

Reseñó que la Resolución 2456 de 2016, se expidió con fundamento en lo dispuesto en el numeral 19, Artíulo 4 del Decreto Ley 016 de 2014 en concordancia con lo señalado en los Artíulos 68 y 71 del Decreto Ley 020 de 2014, que reglamentó "*el sistema de evaluación de desempeño laboral de los servidores que ostentan derechos de carrera o en período de prueba en el régimen de carrera especial de la Fiscalía General de la Nación y se aprobaron y adoptaron los parámetros y el instrumento para su aplicación*".

Concluyó que el acto administrativo 2457 de 2016, se desarrolló de conformidad con lo establecido en el canon 83 del Decreto Ley 020 de 2014, en lo referente "*a la evaluación del desempeño de los servidores vinculados a través de nombramiento en provisionalidad, para lo cual el Fiscal General de la Nación, cuenta con las facultades legales que le permiten adoptar el instrumento de evaluación, definir períodos de calificación, escalas de versión, puntajes y demás criterios atinentes al proceso*", sin que la evaluación les genere derechos de carrera. Motivo por el cual se deben negar las suplicas de la demanda.

El Agente del Ministerio Público y el representante de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado guardaron silencio.

4. AUDIENCIA INICIAL

Mediante audiencia realizada el 30 de abril de 2018[7], se agotó el trámite previsto en el Artíulo 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Así, en su desarrollo se indicó la no existencia de vicios o irregularidades que requieran que el proceso fuese saneado. No obstante, en virtud del principio de integración normativa, y comoquiera que la Resolución 3096 de 2016 modificó el Artíulo 46 de la Resolución 2456 de 2016, la misma se incluirá en la presente proposición jurídica.

Por otra parte, no hubo lugar a referirse a las excepciones previas, toda vez que la entidad demandada omitió proponerlas y, el Despacho no advirtió la existencia de alguna de aquellas que deberían decretarse de oficio.

Posteriormente, al momento de la fijación del litigio se planteó que el problema jurídico se centra en establecer si las resoluciones demandadas incurren en yerros de fondo y de forma, toda vez que: "*i) pretenden reglamentar un Decreto Ley; ii) el cuerpo normativo es contradictorio entre las resoluciones 02456 y 02457 de 2016; y (iii) los Artíulos 47, 48, 49, 50 y 51 de la resolución 02456 de 2016 y los Artíulos 2 y 3 de la resolución 02457 del mismo año, vulneran los Artíulos 40,125,130-10, 209, y 268 de la Constitución Política*". Así mismo, el Decreto 020 de 2014, la sentencia C- 588 de 2009 del Tribunal Constitucional, los derechos fundamentales de la carrera administrativa, y el derecho a la igualdad.

Igualmente, el Magistrado ponente negó la solicitud de la medida cautelar de suspensión provisional, al considerar que si bien es cierto, las normas superiores contienen principios referidos a la función pública y carrera administrativa, no es menos, que no son suficientes para decretar la medida precautelativa solicitada, máxime cuando la Fiscalía General de la Nación tiene un régimen de carrera especial previsto en los cánones 83 y 96 del Decreto Ley 020 de 2014; amén que exige un análisis exhaustivo, ponderado y profundo que no es del caso resolver en ese momento.

Finalmente, se determinó que se tendrían como pruebas, las allegadas con la demanda y su contestación.

De este modo, se prescindió de la práctica de pruebas y se cerró el debate probatorio, de conformidad con lo normado en el Artíulo 181 de la Ley 1437 de 2011.

Posteriormente, se otorgó un término de diez (10) días a las partes, para que presentaran los alegatos de conclusión y al Ministerio Público, para que conceptuara sobre el asunto, si lo estimaba pertinente.

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

5.1. La parte demandante[8]

La parte actora iteró que "*si bien es cierto dentro de los regímenes especiales enunciados taxativamente por la ley 909 no se encuentra señalado el de la Fiscalía General de la Nación, mediante el Decreto 020 de 2014, que si se observa detalladamente es un calco de la ley 909 en todo su corpus normativo y que dentro del mismo se concibe la evaluación de provisionales como un elemento de medición laboral y de concertación de objetivos pero no como un elemento para crear una nueva causal de retiro del servicio*". (sic).

Indicó que "*en el aspecto sustancial la contradicción salta a la vista por cuanto (…) el decreto 020 de 2014 no prevé causal de retiro del servicio por haber tenido una evaluación del desempeño insuficiente, sino que se aviene en las resoluciones hoy demandas*". Razón por la cual la norma debe ser sacada del tránsito jurídico por violar el corpus normativo ya señalado.

5.2. La parte demandada[9]

La representante legal de la entidad demandada, al momento de alegar de conclusión refirió que "*es evidente que la carrera administrativa en la Fiscalía General de la Nación deviene de lo consagrado en la Constitución Política de Colombia que asigna a la ley su desarrollo, como un régimen especial de carrera, el cual no se rige por lo consagrado en la Ley 909 de 2004, sino por la normatividad específica que se expidió para tal efecto y que se encuentra contenida en el Decreto 020 de 2014*".

Así mismo, refirió que los Artículos 68, 71 y 83 del Decreto 020 de 2014 reglamentan la evaluación del desempeño de la Fiscalía General de la Nación y la evaluación del desempeño de los servidores vinculados a través de nombramientos en provisionalidad, sin que sea dable "*acudir con este mismo propósito a otras normas*". Sumado, a que dicha normativa confirió al Fiscal General de la Nación de facultades para adoptar el sistema de evaluación, definir períodos de calificación, escalas de valoración, puntajes y demás criterios atinentes a ese proceso, tanto para los servidores inscritos en el régimen especial de carrera como para aquellos nombrados en provisionalidad; en tal sentido los actos administrativos demandados no se oponen a la Constitución Política, ni a la Ley.

Adujo que con la evaluación del desempeño "*tanto servidores públicos que ocupan cargos de carrera en propiedad y provisionalidad (…) buscan garantizar el derecho a la igualdad entre unos y otros, pues (…) permanentemente los funcionarios en propiedad están siendo evaluados y al evaluarse también a los provisionales se garantiza dicho derecho, pero con ello no se le confiere un mejor derecho del que tienen los de carrera, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional*".

Concluyó que los cargos en contra de las resoluciones enjuiciadas cuya legalidad e inconstitucionalidad se pregona, "*no están probados y carecen de sustento, pues se expidieron de acuerdo con la autorización dada por los Decretos Ley que regulan el Régimen Especial de Carrera de la Entidad*".

Por tal motivo, las pretensiones de la demanda no tienen vocación de prosperidad, dado que no se acreditaron los cargos esgrimidos en la demanda.

6. Concepto del Ministerio Público[10]

Luego de hacer un resumen completo de las actuaciones surtidas en el proceso de la referencia, el Procurador Tercero delegado ante el Consejo de Estado, iteró que "*le asiste razón a la contendiente activa cuando manifiesta que el hecho de evaluar el desempeño de los servidores provisionales para declararlos insubsistentes, en el evento de una calificación insatisfactoria, infringe el sistema técnico de administración de personal de la Fiscalía pues éste, no sometido a los cánones de la Ley 909 de 2004, sino supeditado a las normas especiales del Decreto Ley 020 de 2014, el que, igual que aquél ordenamiento, contempla la valoración académica, de trabajo, y de desempeño laboral, solamente para los servidores aforados por el mecanismo relativo a la adscripción en carrera administrativa, en función del mérito*". Igualmente, que es ineficaz evaluar el desempeño de un trabajador en provisionalidad, cuando de todas maneras soporta la "*capitus diminutio"* de nombramiento en cuanto a la estabilidad; puesto que "*no hay razón para someterlos a exámenes, revisión de antecedentes, hoja de vida, y a una eventual presentación de recursos, cuando todo ello no conduce a un puerto jurídico que compense esas actividades*".

Respecto al cargo "*ingreso automático al sistema de carrera*", adujo que no tiene acaecimiento en esta controversia, dado que ninguna de las normas jurídicas inmersas en los actos acusados contempla tal situación.

Así mismo, que no se predica contradicción entre los actos administrativos censurados, ya que "*son dos escenarios distintos en los que se desarrolla la evaluación del desempeño de los servidores adscritos en carrera y en período de prueba, sobreentendiéndose que quienes están es esta situación, de análisis de rendimiento laboral se sometieron a las fases propias del concurso (…), en tanto que, (…) la evaluación de provisionales es de suyo inane, sin que, (…) apareje un derecho*."

Igualmente, que la falta de competencia tampoco se prédica en el presente caso, toda vez que "*las resoluciones contentivas de los actos enjuiciados se suscribieron por funcionarios que engloban el concepto de Gobierno*", de conformidad con lo dispuesto en el inciso 2 del Artículo 1 de la Carta Magna.

Frente al "*desconocimiento de la Sentencia C-588 de 2009*", reseñó que la misma queda circunscrita a las causales de violación de la Ley, incompetencia y expedición irregular, dado que "*la administración actúa como si la regla de derecho, en (…) cualquiera de esas tres manifestaciones, no existiera*".

Por consiguiente, solicita se acceda parcialmente a las súplicas de anulación y, en este caso, a la "*invalidez de los Artículos 2 y 3 de la resolución 02457 de 2016 por haberse acreditado la incursión en el vicio de ilegalidad*", consignado por la memorialista.

II. CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

Como las resoluciones 02456 y 02457 de 2016, son actos administrativos expedidos por una autoridad del orden nacional, esta Subsección es competente para conocer del presente proceso privativamente y en única instancia conforme con el numeral 1º del Artículo 149 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2. PROBLEMA JURÍDICO

La Sala debe establecer si los actos demandados, infringen los Artículos 10, 40, 125,130, 209 y 268 de la Constitución Política, el Decreto Ley 020 de 2014, y la Sentencia C-588 de 2009 del Tribunal Constitucional; y si consecuencialmente, vulnera el derecho fundamental a la igualdad y el principio de la carrera administrativa.

Con el propósito de dar respuesta al problema jurídico, metodológicamente se emprenderá del análisis de los siguientes aspectos: (i) Naturaleza Especial de la Carrera Administrativa de la Fiscalía General de la Nación; (ii) Evaluación del desempeño de los servidores públicos vinculados en un cargo de la Fiscalía General de la Nación; y (iii) Caso concreto.

3. SOLUCIÓN PROBLEMA JURÍDICO

3.1. NATURALEZA ESPECIAL DE LA CARRERA ADMINISTRATIVA DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Como punto de partida, la Sala recuerda que el Artículo 125 de la Constitución Política establece como regla general, (i) que el régimen de los empleos públicos es el de carrera administrativa, buscando con ello privilegiar el mérito como criterio de selección y permanencia del personal en el sector público; salvo algunas excepciones tales como: cargos de elección popular, de libre nombramiento y remoción, de trabajadores oficiales, y los demás que determine la ley; (ii) dispone que los funcionarios del Estado sean nombrados por concurso público, excepto cuando su sistema de nombramiento no haya sido previsto por la Constitución o la Ley; (iii) prevé el ingreso y ascenso a los cargos de carrera con el previo cumplimiento de los requisitos y condiciones legalmente fijados por la Ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes, (iv) así como el retiro, que se producirá por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o en la Ley; (v) y, por último, descarta la filiación política como criterio determinante para el nombramiento, ascenso o remoción de un empleo de carrera.

En ese mismo sentido, el canon 130 superior señala que "*habrá una Comisión Nacional del Servicio Civil responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, excepción hecha de las que tengan carácter especial*" (negrilla fuera del texto).

Acorde con lo anterior, el Tribunal Constitucional ha determinado que, en el ordenamiento jurídico interno, la carrera administrativa se clasifica en tres modalidades, tales como: (i) sistema general de carrera[11]; (ii) sistema especial de carrera de origen constitucional[12] y; (iii) sistema especial de carrera de creación legal[13].

Ahora bien, para los servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación, el Artículo 253 de la Constitución Política de 1991, dispuso que "*La Ley determinará lo relativo a la estructura y funcionamiento de la Fiscalía General de la Nación, al ingreso por carrera y al retiro del servicio, a las inhabilidades e incompatibilidades, denominación, calidades, remuneración, prestaciones sociales y régimen disciplinario de los funcionarios y empleados de su dependencia*".

La lectura de la norma trascrita indica que el querer del Constituyente, en esta materia, fue que la Fiscalía General de la Nación, y en consecuencia sus órganos adscritos, tuviesen una carrera administrativa especial y autónoma, cuya regulación fue delegada al legislador. Predicándose en este punto que tiene un sistema especial de origen constitucional.

Disposición que fue desarrollada por el Artículo 159 de la Ley 270 de 1996, que reza:

"REGIMEN DE CARRERA DE LA FISCALIA. La Fiscalía General de la Nación tendrá su propio régimen autónomo de carrera sujeto a los principios del concurso de méritos y calificación de servicios, orientado a garantizar la igualdad de oportunidades para el ingreso, permanencia y ascenso en el servicio de los funcionarios y empleados que la conforman".

Posteriormente, el Artículo 3 de la Ley 909 de 2004, establece que las disposiciones contenidas en la presente Ley serán aplicables con carácter supletorio a los servidores públicos de carreras especiales que se relacionan a continuación:

"*(…)*

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:

(…)

Fiscalía General de la Nación.

(…)".

Más adelante, el Presidente de la República en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confiere los literales b) y c) del Artículo 1 de la Ley 1654 de 2013, expidió el Decreto Ley 20 de 2014, "*por el cual se clasifican los empleos y se expide el régimen de carrera especial de la Fiscalía General de la Nación y de sus entidades adscritas*".

Además, el Artículo 2 de la citada norma define la carrera especial de la Fiscalía General de la Nación y de sus entidades adscritas como:

"*(…) el sistema técnico de administración de personal que, en cumplimiento de los principios constitucionales de la función pública, busca garantizar la igualdad de oportunidades para acceder a los cargos, previa demostración del mérito; proteger los derechos de los servidores a la estabilidad y permanencia en los mismos; desarrollar las capacidades técnicas y funcionales del servidor mediante la capacitación, los estímulos y el ascenso. Así mismo, pretende la eficiencia y eficacia de la función que cumplen los servidores, evaluada ésta a través del desempeño del cargo y de las competencias laborales*.

(…)".

Al respecto el Tribunal Constitucional en Sentencia T-096 de 2018, señaló:

"(…) *la jurisprudencia constitucional ha precisado que, en el ordenamiento jurídico interno, la carrera administrativa se articula en torno a tres categorías o modalidades, a saber: (i) el sistema general de carrera, (ii) los sistemas especiales de carrera de origen constitucional y (iii) los sistemas especiales de carrera de creación legal. El sistema general de carrera es aquel establecido en el Artículo 125 Const., como regla general, para la gran mayoría de empleos públicos en los niveles nacional y territorial, central y descentralizado, el cual se encuentra regulado en la Ley 909 de 2004, "por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones", y sus normas complementarias. De manera paralela al sistema general de carrera, coexisten sistemas especiales que, por su naturaleza, se encuentran sometidos a una regulación diferente por parte del legislador, pero siempre con observancia de los principios que orientan el sistema general de carrera. A estos se sujetan los empleos de determinadas entidades del Estado, bien por expreso mandato constitucional, ora por disposición del legislador, dada la singularidad y especificidad de las funciones que les vienen asignadas.*

Particularmente y por interesar a esta causa, la Fiscalía General de la Nación tiene un sistema especial de carrera de origen constitucional, por expresa disposición del Artículo 253 de la Carta, el cual establece que "la ley determinará lo relativo a la estructura y funcionamiento de la Fiscalía General de la Nación, al ingreso por carrera y al retiro del servicio […] de los funcionarios y empleados de su dependencia".

(…)*".*

El Consejo de Estado al ocuparse de asuntos que guardan simetría con el aquí abordado, ha sostenido, que:[14]

"El Artículo 253 de la Constitución Política, establece:

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

En desarrollo de dicha preceptiva constitucional, la Ley 270 de 1996, en su Artículo 159, preceptúa lo siguiente:

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

(…)

La Ley 909 de 2004 , también reconoce la naturaleza especial de la carrera administrativa de la Fiscalía General de la Nación, al precisar en su Artículo 3º, numeral 2°, literal 4.º, que dicho estatuto general regulatorio de la carrera administrativa ordinaria tendrá carácter supletorio frente a carreras administrativas especiales o específicas como la del ente investigador.

Veamos:

ARTÍULO 3º. Campo de aplicación de la presente ley.
1. Las disposiciones contenidas en la presente ley serán aplicables en su integridad a los siguientes servidores públicos:

(…)

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:

(…)

Fiscalía General de la Nación.

(…).

Posteriormente, a través de la Ley 1654 de 2013, el Congreso de la República, de conformidad con lo establecido en el Artículo 150, numeral 10º de la Constitución Política, revistió al Presidente de la República:

(…) de precisas facultades extraordinarias, por el término de seis (6) meses, contados a partir de la fecha de publicación de la presente ley para expedir normas con fuerza material de ley, dirigidas a:

(…)

c) Expedir el régimen de carrera especial de la Fiscalía General de la Nación y de sus entidades adscritas y el de las situaciones administrativas de sus servidores.

(…)

En ejercicio de dichas facultades, el Gobierno Nacional expidió el Decreto Ley 020 de 2014, cuyo Artículo 2º definió la carrera especial de la Fiscalía General de la Nación y de sus entidades adscritas, en los siguientes términos:

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

El anterior recuento normativo permite vislumbrar que la Fiscalía General de la Nación y sus entidades adscritas, como el INMLCF, tienen un régimen de carrera administrativa especial por expresa disposición constitucional y legal.

(…)

Agrega la Sala, que además de la consagración de requisitos y exigencias especiales para el ingreso y la permanencia en la función pública, las carreras administrativas especiales de origen constitucional, como la de la Fiscalía General de la Nación y sus órganos adscritos, como el INMLCF, se caracterizan porque su administración y vigilancia no corresponde a la Comisión Nacional del Servicio Civil, tal como lo establece el Artículo 130 de la Constitución Política.

(…)

ARTÍULO 130. Habrá una Comisión Nacional del Servicio Civil responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, excepción hecha de las que tengan carácter especial.

En ese sentido, el legislador se encuentra habilitado para establecer un régimen especial y autónomo de carrera para la Fiscalía General de la Nación y sus entidades adscritas, como expresión, además, de la autonomía administrativa y presupuestal que le reconoce la Carta Política en su Artículo 249 a dicha entidad.

En desarrollo de esa potestad, el legislador en un primer momento estableció en el Artículo 60 de la Ley 938 de 2004, que el régimen de carrera especial de la Fiscalía General de la Nación estaría administrado por una Comisión Nacional de Administración de Carrera. Dicha preceptiva fue derogada por el Artículo 121 del Decreto Ley 020 de 2014, el cual precisó en su Artículo 4º:

ARTÍULO 4. Administración de la carrera. La administración de la carrera especial corresponde a las Comisiones de la Carrera Especial de la Fiscalía General de la Nación y de sus entidades adscritas.

En conclusión de lo expuesto en este apartado, la Fiscalía General de la Nación y sus organismos adscritos, como el INMLCF, tienen un régimen de carrera administrativa de naturaleza especial, cuyo origen es constitucional, el cual se encuentra regulado en el Decreto Ley 020 de 2014, que establece que su administración y vigilancia está asignada a las "Comisiones de Carrera Especial".

(…)*".*

De la normativa y jurisprudencia transcrita, la Sala parte de la premisa que la Fiscalía General de la Nación tiene su propio régimen especial de

carrera, autónomo e independiente, cuya administración y vigilancia, a diferencia de lo dispuesto para el sistema general de carrera, está a cargo de las Comisiones de la Carrera Especial, de acuerdo con lo previsto en el Decreto Ley 020 de 2014, expedido por el Gobierno Nacional en ejercicio de facultades extraordinarias. Ello, en atención a la naturaleza y especialidad de las actividades asignadas a sus servidores, que necesariamente determinan la adopción de requisitos especiales para el ingreso, ascenso y retiro de la función pública, todo dentro de los límites que la Constitución impone.

3.2. EVALUACIÓN DEL DESEMPEÑO DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS VINCULADOS EN UN CARGO DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Como ya se ha señalado, el Decreto Ley 020 de 2014, por medio del cual "*se clasifican los empleos y se expide el régimen de carrera especial de la Fiscalía General de la Nación y de sus entidades adscritas",* establece en el Artículo 68, la evaluación del desempeño de los servidores públicos vinculados en un cargo de la Fiscalía General de la Nación o de las entidades adscritas, reseñando que:

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

Las evaluaciones del desempeño laboral deben ser:

1. Objetivas, imparciales y fundadas en principios de equidad;

2. Justas, para lo cual deben tenerse en cuenta tanto las actuaciones positivas como las negativas, y

3. Referidas a hechos concretos y a condiciones demostradas por el servidor durante el lapso evaluado y apreciadas dentro de las circunstancias en que el servidor desempeña sus funciones".

Así mismo, esta preceptiva, en su Artículo 71 consagra lo relativo a los instrumentos de evaluación del desempeño, en los siguientes términos:

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

De igual manera, el canon 83 establece la Evaluación del desempeño de los empleados de libre nombramiento y remoción y vinculados mediante nombramiento en provisionalidad, así:

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

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

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

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

Determinada la manera como en el Decreto Ley 020 de 2014[15], se encuentran regulados los aspectos de la Comisión de Carrera Especial de la Fiscalía General de la Nación y de sus entidades adscritas; resalta la Sala, que de conformidad con el Artículo 17 numeral 20 de la disposición en cita, son "*Funciones de las Comisiones de la Carrera Especial*", la adopción de *"su propio reglamento*[16]".

A partir de tal entendimiento, el precepto aludido constituye el referente normativo que debe aplicarse en el *sub judice*; sin que sea dable acudir a la Ley 909 de 2004, toda vez que sus normas regulan lo atinente al "*sistema general de carrera administrativa*"; y los servidores públicos de la entidad demandada están cobijados bajo el amparo del régimen especial de carrera, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 253 de la Constitución Política.

3.3 CASO CONCRETO

Descendiendo al caso concreto, se tiene en síntesis que la señora Mónica Juliana Pacheco Orjuela, solicitó que se declare la nulidad de las Resoluciones 2456 de 2016, "*por medio de la cual se reglamenta el sistema de evaluación del desempeño laboral de los servidores que ostentan derechos de carrera o se encuentren en período de prueba en el régimen de carrera especial de la Fiscalía General de la Nación, y se aprueban y adoptan los parámetros y el instrumento para su aplicación",* y 2457 de 2016, *"por medio del cual se adopta el sistema de evaluación del desempeño laboral contenido en la Resolución 02456 de 2016 (...)"*;expedidas por la Fiscalía General de la Nación.

Señaló que la entidad demandada en un claro desconocimiento del sistema general de carrera administrativa profirió los actos administrativos demandados vulnerando los principios del mérito y las leyes 489 de 1998 y 909 de 2004 como regla general para ingresar a la carrera administrativa; tal y como lo prevé la Constitución Política en el Artíulo 125.

Resaltó que se puede desvincular a un provisional de su cargo, siempre y cuando el acto sea motivado y obedezca a razones de eficiencia del servicio. Así mismo, en obedecimiento a las causales taxativamente señaladas en la ley es decir, "*que por tratarse de normas restrictivas no opera la interpretación analógica ni extensiva*".

Por su parte, la entidad demandada al momento de alegar de conclusión iteró que "*es evidente que la carrera administrativa en la Fiscalía General de la Nación deviene de lo consagrado en la Constitución Política de Colombia que asigna a la ley su desarrollo, como un régimen especial de carrera, el cual no se rige por lo consagrado en la Ley 909 de 2004, sino por la normatividad específica que se expidió para tal efecto y que se encuentra contenida en el Decreto 020 de 2014*".

También señaló que los Artíulos 68, 71 y 83 del Decreto 020 de 2014 reglamentan la evaluación del desempeño de los servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación y, particularmente, la de los servidores vinculados a través de nombramientos en provisionalidad, sin que sea dable "*acudir con este mismo propósito a otras normas*".

Adujo que con la evaluación del desempeño "*tantos servidores públicos que ocupan cargos de carrera en propiedad y provisionalidad (...) buscan garantizar el derecho a la igualdad entre unos y otros, pues (...) permanentemente los funcionarios en propiedad están siendo evaluados y al evaluarse también a los provisionales se garantiza dicho derecho, pero con ello no se le confiere un mejor derecho del que tienen los de carrera, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional*".

Concluyó que los cargos en contra de los actos acusados cuya legalidad e inconstitucionalidad se pregona, "*no están probados y carecen de sustento, pues se expidieron de acuerdo con la autorización dada por los Decretos Ley que regulan el Régimen Especial de Carrera de la Entidad*". Por tal motivo, las pretensiones de la demanda no tienen vocación de prosperidad, dado que no se acreditaron los cargos esgrimidos en la demanda.

En el *sub judice*, corresponde a la Sala decidir si la Fiscalía General de la Nación, desconoció las normas en que debió fundarse para proferir los actos administrativos acusados.

Desde ese contexto, el análisis de las censuras es el siguiente:

Violación directa de la estabilidad laboral de los provisionales

La ciudadana Mónica Juliana Pacheco Orjuela, resaltó que las Resoluciones demandadas "*resultan incompatibles con la Ley 909 (...) de 2004, la Constitución Política y toda la normatividad que regula el empleo público; (...) (Sic) que por tratarse de un régimen especial el de la FGN no puede estar ajeno a todo el entramado jurídico que supone las mínimas garantías para todos los trabajadores afectados a ella*".

Al respeto, el Artíulo 3, numeral 2, literal 4, de la Ley 909 de 2004, establece a cuáles servidores públicos se le aplica la presente ley:

"ARTÍULO 3º. Campo de aplicación de la presente ley.

1. Las disposiciones contenidas en la presente ley serán aplicables en su integridad a los siguientes servidores públicos:

(...)

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: (negrilla fuera del texto original).

(...)

Fiscalía General de la Nación.

(...).

Por consiguiente, a partir de la disposición arriba transcrita, la Sala se ve conminada a precisar que para el caso particular y concreto, la Ley 909 de 2004 no es un presupuesto jurídico válido para ser tenido en cuenta como parámetro de confrontación frente a los actos administrativos demandados a efectos de determinar su avenencia legal o no con dicho estatuto, toda vez que esta normativa, como atrás se estableció, no fue diseñada para reglamentar el sistema de carrera de la Fiscalía General de la Nación; razón por la cual las resoluciones 2456 y 2457 de 2016,

encuentran como sustento jurídico el Decreto Ley 020 de 2014, situación que además permite concluir sin necesidad de acudir a mayores elucubraciones, que el cargo no estará llamado a prosperar, dada la imposibilidad de contrastar los actos acusados con unas disposiciones, que si bien son de rango superior, no corresponden al sustento normativo que orienta los supuestos de hecho precisados en los mencionados actos administrativos.

De esta manera debe también indicarse que no es jurídicamente viable y fácticamente imposible, a la luz de lo señalado por la demandante, determinar frente a la Ley 909 de 2004 si los actos atacados se constituyen en amenaza o peligro frente a la estabilidad laboral de los funcionarios vinculados en provisionalidad al servicio del tantas veces mencionado ente de control, puesto que se reitera, no es este compendio normativo el llamado a ser tenido en cuenta como parámetro de legalidad.

Respecto de la imposibilidad de evaluar a los empleados nombrados en provisionalidad

A juicio de la demandante, la evaluación en pos de la mejora del servicio es uno de los elementos constitutivos de la relación legal y reglamentaria de que gozan los empleados públicos. En tal sentido, no puede ser "*extensiva a los provisionales, (…) dado que los mismos no profesan un registro de carrera en firme, (…)*".

Sobre el particular, el señor Procurador Tercero Delgado ante esta Corporación coincide también con la objeción presentada por la demandante, al considerar que "*deviene una carga innecesaria evaluar a un trabajador en provisionalidad cuando de todas maneras soporta la "capitus diminutio" (…) en cuanto a (…) la estabilidad*". Sumado a que, en la valoración de desempeño a los trabajadores vinculados en provisionalidad la entidad demandada implementó sistemas de evaluación académica, de trabajo y de desempeño laboral que por regla general son aplicables a los empleados públicos pertenecientes al régimen de carrera con ocasión del mérito.

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

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

Ahora bien, la Resolución 2457 de 2016 en el parágrafo de su Artíulo 2 es explícita al señalar que "la evaluación del desempeño de los empleados provisionales en ningún caso generarán derechos de carrera", teniendo esta como propósito, según se desprende de su parte motiva, "la valoración de la gestión individual de los servidores con base en las funciones que realizan y que están dirigidas al cumplimiento de los objetivos estratégicos de la entidad y a garantizar la debida prestación del servicio (…)"; lo que bien podría catalogarse como un fin noble y afecto a la Constitución y a los principios de la función pública, y por tanto, *prima facie*, en consonancia con el ordenamiento jurídico superior.

Sin embargo, la Sala encuentra que del contenido mismo y profundo del acto administrativo demandado es posible determinar que su espíritu y propósito teleológico en sí mismo, no se compadece con los fines para los cuales se estableció el sistema de evaluación del servicio, la carrera administrativa especial de la fiscalía y la naturaleza misma de los cargos y su forma de vinculación, por lo que si bien es cierto la Resolución 2457 de 2016 en cuanto a su ropaje jurídico es compatible con el Decreto Ley 020 de 2014, su Artíulo 83 y demás disposiciones legales que le sirven de sustento, lo cierto es que dicha compatibilidad resulta ser solamente en apariencia.

En efecto, el propósito de todo sistema de carrera administrativa es garantizar el derecho de acceso a los cargos públicos en condiciones de igualdad y estabilidad, bajo la premisa de la mejora continua del servicio prestado por quienes tienen la capacidad y el mérito para hacerlo; siendo claro que la regla general para su vinculación es el concurso. Por su parte, el nombramiento en provisionalidad, si bien persigue también los fines de la buena prestación del servicio público, trae consigo inmerso el principio de temporalidad. En otras palabras, para evitar la parálisis de la administración y mientras se surte la forma normal de provisión del empleo, esto es el concurso, se puede proveer una vacante temporalmente bajo la figura de la provisionalidad.

Es así como, en desarrollo del Artíulo 40, numeral 7, Superior, el sistema de carrera administrativa está íntimamente ligado con la protección del derecho de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos en condiciones que satisfagan la igualdad de oportunidades. De ahí que, también, la exigencia de un concurso público de méritos permite a partir de un procedimiento abierto y democrático, que los ciudadanos sin requisitos diferentes a las calidades profesionales dejen a consideración de las autoridades del Estado la intención de hacer parte de su estructura.

Por tanto, en desarrollo de dicho precepto constitucional, el mecanismo de selección debe responder a parámetros objetivos de evaluación, lo que impide tratamientos discriminatorios injustificados en el acceso al servicio público

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

En ese sentido, en relación con la aplicación de instrumentos legales de la calificación del desempeño de funcionarios en carrera administrativa a los nombrados en provisionalidad, el Consejo de Estado, mediante providencia de esta Subsección, señaló lo siguiente:[17]

"(…)

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 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.

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

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

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

También resulta plausible señalar que, tal como lo sostiene el Ministerio Público, adelantar un proceso de evaluación del servicio prestado por las personas nombradas en provisionalidad conlleva a un despilfarro de recursos materiales, humanos y presupuestales, sin sustento ni razón de ser, dado el carácter temporal de tales vinculaciones; atentando, de contera, contra los principios de eficiencia y eficacia, como con los valores que orientan la función administrativa, tales como la buena fe, la igualdad, la responsabilidad y la transparencia.

En ese mismo sentido, frente al concepto de buen servicio, también es imperioso mencionar que la evaluación del desempeño de los funcionarios nombrados en provisionalidad al servicio de la Fiscalía General de la Nación carece de trascendencia para la vida administrativa y la gobernanza de la Entidad, lo cual reafirma el carácter de ineficiente e ineficaz de dicho proceso; toda vez que a la luz del Artíulo 3 del acto demandado[18], no es posible motivar una eventual declaratoria de insubsistencia de un nombramiento en provisionalidad cuando quiera que la calificación del servicio arrojare como resultado el de "insuficiente"; o todo lo contrario, sería posible declarar insubsistente el nombramiento de quien haya obtenido una calificación "sobresaliente".

En efecto, si el resultado de la evaluación del desempeño de los servidores vinculados en provisionalidad "no se opone", como dice el mencionado Artíulo 3 de la Resolución 02457 de 2016; es decir, no es tenido en cuenta, para que el nominador declare la insubsistencia del nombramiento "por razones del servicio", debe forzosamente concluirse que el proceso de calificación no solamente es inane sino que va en contravía de los fines para los cuales se ha instituido el proceso de evaluación del desempeño en la carrera administrativa, cual es mejorar el servicio y garantizar la permanencia y estabilidad en el empleo.

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

Finalmente, el Consejo de Estado llama la atención en el sentido de precisar que la declaratoria de nulidad que se dictará mediante este acto administrativo no implica que el hecho mismo de calificar el servicio de los funcionarios nombrados en provisionalidad al interior de la Fiscalía General de la Nación sea contrario a derecho, toda vez que lo que jurídicamente se reprocha es que dicha calificación se realice equiparando a este tipo de funcionarios con los de carrera mediante la aplicación de los mismos criterios, parámetros, instrumentos y mecanismos que para

medir su desempeño se utilizan, desnaturalizando por ende la razón de ser de unos y otros.

Se considera además, que se constituye en hecho notorio y evidente la demora de la Fiscalía General de la Nación para convocar un concurso de méritos tendiente a proveer los cargos nombrados en provisionalidad, siendo su calificación una práctica arraigada; situación que resulta ser una consecuencia de haber equiparado en condiciones a éste tipo de funcionarios con quienes se vincularon en carrera administrativa. De esta manera, la Fiscalía General de la Nación ha pasado por alto lo consagrado en el Artíulo 118 del Decreto 020 de 2014, que estableció que dentro de los tres (3) años siguientes a la entrada en vigor de este Decreto Ley, las Comisiones de la Carrera Especial de la Fiscalía General de la Nación debían convocar a concurso los cargos de carrera vacantes; plazo que por lo demás se encuentra suficientemente fenecido, circunstancia que sería motivo suficiente para que esta Corporación diera un plazo perentorio para el cumplimiento de dicha obligación; lo que sin lugar a dudas efectuaría, de no ser porque, enhorabuena, el honorable Tribunal Administrativo de Cundinamarca al desatar una acción pública de cumplimiento ordenó al representante legal de la Comisión de la Carrera Especial de la Fiscalía General de la Nación que "*en el término de seis (6) meses a partir de la notificación de la providencia*" adelante "*todas las tareas administrativas pertinentes y necesarias con el fin de obtener las partidas presupuestales correspondientes que permitan atender los concursos públicos de méritos en la entidad*"; correspondiendo a esta colegiatura, entonces, exhortar el oportuno cumplimiento de dicha providencia[19].

Con relación al ingreso automático al sistema de carrera

Se duele la accionante al decir que "*los actos administrativos demandados son contrarios al principio fundamental de la carrera administrativa*, (…) al *ascenso y mérito mediante concurso*"; toda vez que "*vulnera la identidad del concurso de méritos*" y limita las posibilidades de los ciudadanos que (…) aspiran a ocupar un cargo.

En efecto y como se explicó en precedencia, el Artíulo 83, inciso 3 del Decreto Ley 020 de 2014, resalta que:

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

Así también, al analizar el Artíulo 2 de la Resolución 02457 de 2016[20], la entidad demandada indicó que:

"PARÁGRAFO: La evaluación del desempeño de los empleados provisionales en ningún caso generará derechos de carrera, de conformidad con lo dispuesto en el Artíulo 83 del decreto 020 de 2014"

Sobre esta temática la Corte Constitucional ha indicado:

"(…)

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, también se quebranta la igualdad cuando se permite el acceso automático a la carrera administrativa, esto es, cuando a determinadas personas se les autoriza el ingreso a la carrera sin necesidad de pasar por un proceso orientado a valorar sus capacidades o méritos y con fundamento en la sola circunstancia de haber desempeñado en provisionalidad el cargo de carrera, y se quebranta por cuanto "no tienen adquirido un derecho de ingreso a la carrera", ni siquiera por el simple hecho de haber ejercido el cargo por un periodo largo de tiempo.

En otra oportunidad la Corte expuso que al facilitar el ingreso y permanencia en carrera administrativa "de cierto grupo de personas que, por estar en cierta condición (…) no requieren someterse a un proceso de selección para evaluar sus méritos y capacidades", se desconoce "el Artíulo 125 de la Constitución, que exige la convocación a concursos públicos para proveer los cargos de carrera" y "los principios generales que este sistema de selección tiene implícitos, tales como la igualdad y la eficacia en la administración pública[21].

(…)".

Si bien la entidad demandada no podía de manera válida adoptar el mismo sistema de evaluación de desempeño previsto para los servidores públicos de carrera con respecto a los nombrados en provisionalidad, como se explicó anteriormente; lo cierto es, que del estudio de las normas inmersas en los actos administrativos enjuiciados no es posible advertir disposición alguna que autorice o permita, aunque fuere de manera soterrada, el ingreso de manera automática a la carrera de los cargos nombrados en provisionalidad.

De suerte que no se advierte de las disposiciones contenidas en los actos acusados, ni tampoco se precisa en el libelo de la demanda, de la existencia de un supuesto de hecho que a manera de precepto normativo permita que sin necesidad de pasar por un proceso orientado a valorar las aptitudes o méritos de los empleados y con fundamento en la sola circunstancia de haber ejercido en provisionalidad, se obtenga el derecho o la estabilidad que incorpora un cargo de carrera administrativa, razón por la cual se desestimará este cargo.

En relación con la contradicción entre los actos atacados

La libelista resaltó que del cuerpo normativo de la Resolución 2456 de 2016, se extrae que un funcionario en provisionalidad ingresa a carrera administrativa siempre y cuando haya obtenido un resultado satisfactorio, aceptable, superior o sobresaliente en la evaluación del período de prueba, lo que a su decir resulta contradictorio con la previsión contenida en la Resolución 02457 de 2016, al precisar que "*la evaluación no genera derechos de carrera*".

Frente a este reparo la Sala considera que tampoco tiene vocación de prosperidad, en atención a que de la confrontación del contenido de los actos administrativo demandados se infiere que el acceso a la carrera administrativa, previo resultado satisfactorio del concurso de méritos, se predica de los funcionarios cuya evaluación se regula mediante la Resolución 2456 de 2016 y no así frente a aquellos nombrados en provisionalidad, cuya evaluación se reglamentaba mediante la Resolución 2457 de 2016.

Sin embargo, la Sala señala que dicha discusión jurídica resulta a todas luces ser inocua, dado que como se dijo se declarará la nulidad de la Resolución 2457 de 2016, por lo que cualquier contradicción que existiere o antinomia jurídica que se presentaré, será, por tanto, eliminada del mundo jurídico al desaparecer el acto que eventualmente le diere sustento.

Por consiguiente, este cargo tampoco estará llamado a prosperar.

Respecto a la falta de competencia de la Fiscalía General de la Nación

Plantea la recurrente el cargo al decir que los actos enjuiciados desbordan las competencias del Fiscal General de la Nación quien podía "*concertar el contenido de la reglamentación de carrera con el Presidente de la República (…) para dar una participación activa a todos los sectores afectados con esta disposición, pero en ningún momento podía con una norma de menor categoría suplantar un decreto con fuerza de ley*".

Sobre el particular, el Artículo 253 de la Constitución Política, determina lo relativo a la estructura y funcionamiento de la Fiscalía General de la Nación, resaltando que:

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

Además, el Artículo 150, numeral 10 de la Ley 1654 de 2013,[22] revistió al presidente de la República de facultades extraordinarias para:

"*(…)*

c) Expedir el régimen de carrera especial de la Fiscalía General de la Nación y de sus entidades adscritas y el de las situaciones administrativas de sus servidores.

(…)".

En desarrollo de tales disposiciones, se tiene que el numeral 19, Artículo 4, del Decreto 016 de 2014, enseña que las funciones del Fiscal General de la Nación son las siguientes:

" (…)

ARTÍULO 4o. FUNCIONES DEL FISCAL GENERAL DE LA NACIÓN. El Fiscal General de la Nación, además de las funciones especiales definidas en la Constitución Política y en las demás leyes, cumplirá las siguientes:

(…)

19. Expedir reglamentos, protocolos, órdenes, circulares y manuales de organización y procedimiento conducentes a la organización administrativa y al eficaz desempeño de las funciones de la Fiscalía General de la Nación.

Sobre este tópico, la Corporación resalta que el presente cargo será desestimado, toda vez que el Fiscal General de la Nación está investido de facultades para desarrollar reglamentos, protocolos, manuales de organización y procedimientos conducentes al eficaz desempeño de las funciones de la Fiscalía General de la Nación. Sumado a que dicho funcionario expidió los actos cuestionados con observancia de la potestad reglamentaria a él conferida y dentro del marco normativo que le sirvió de referencia, en particular los Decretos Ley 016 al 021 de 2014.

En lo concerniente al desconocimiento del precedente jurisprudencial y la vulneración del principio de igualdad

La actora indica que ha sido insistente el legislador cuando "*prevé que el único método de ingreso a la carrera administrativa es el concurso, ya que en su núcleo se encuentra el mérito como garantía de transparencia y consecución de los fines esenciales del estado*". No obstante, de manera fallida se ha querido desconocer dicho elemento y con actos legislativos lesivos a todas luces del principio de igualdad se ha pretendido ingresar a los provisionales al sistema de carrera administrativa obviando las etapas del concurso.

Al respecto y comoquiera que este reproche está estrechamente ligado con el cargo de "*ingreso automático al sistema de carrera*"; la Sala reitera los argumentos allí expuestos, y concluye que solo se ingresa a los empleos de carrera previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes; manteniendo en todo caso los presupuestos esenciales de la carrera general estipulados en la Constitución Política y desarrollados en la ley que regula la materia. Por tal motivo este cargo no prospera.

Por otro lado, en relación con la vulneración del principio de igualdad por parte de la Resolución 2457 de 2016, la Sala se remitirá a lo considerado anteriormente y que se constituye en *Ratio Decidendi* de la nulidad que se declarará.

Ahora bien, con el propósito de establecer si la Resolución 2456 de 2016 vulnera el principio de igualdad, es menester acudir a los criterios que han sido definidos constitucionalmente para determinar o no dicha trasgresión.

Sobre el particular ha dicho el Tribunal Constitucional Colombiano:

"*El principio de igualdad es uno de los elementos más relevantes del Estado constitucional de derecho. Este principio, en términos generales, ordena dar un trato igual a quienes se encuentran en la misma situación fáctica, y un trato diverso a quienes se hallan en distintas condiciones de hecho. Esta formulación general no refleja sin embargo la complejidad que supone su eficacia en un orden jurídico orientado bajo los principios del Estado Social de Derecho, ni deja en claro qué elementos son relevantes para el derecho al momento de verificar las condiciones de hecho, considerando que todas las personas y situaciones presentan semejanzas y diferencias.*

Por ese motivo, la Sala recuerda que este principio es un mandato complejo en un Estado Social de Derecho. De acuerdo con el Artículo 13 Superior, comporta un conjunto de mandatos independientes y no siempre armónicos, entre los que se destacan (i) la igualdad formal o igualdad ante la ley, relacionada con el carácter general y abstracto de las disposiciones normativas dictadas por el Congreso de la República y su aplicación uniforme a todas las personas; (ii) la prohibición de discriminación, que excluye la legitimidad constitucional de cualquier acto (no solo las leyes) que involucre una distinción basada en motivos definidos como prohibidos por la Constitución Política, el derecho internacional de los derechos humanos, o bien, la prohibición de distinciones irrazonables; y (iii) el principio de igualdad material, que ordena la adopción de medidas afirmativas para asegurar la vigencia del principio de igualdad ante circunstancias fácticas desiguales"

En cuanto a la segunda dificultad planteada, es decir, a la existencia de semejanzas y diferencias en todas las personas y situaciones fácticas, las dificultades del intérprete radican en escoger cuáles características son relevantes, sin basarse exclusivamente en juicios de valor. La escogencia de esas cualidades debe efectuarse evaluando su relevancia jurídica, y ponderando, en cada caso, si las semejanzas superan a las diferencias. Así, casos idénticos deberán recibir consecuencias idénticas; casos semejantes, un tratamiento igualitario; y casos disímiles uno distinto, pero solo después de que el juez evalúe la relevancia de los criterios de comparación y pondere cuáles resultan determinantes en cada caso.

En ese orden de ideas, la Corporación ha resaltado que el principio de igualdad posee un carácter relacional, lo que significa que deben establecerse dos grupos o situaciones de hecho susceptibles de ser contrastadas, antes de iniciar un examen de adecuación entre las normas legales y ese principio. Además, debe determinarse si esos grupos o situaciones se encuentran en situación de igualdad o desigualdad desde un punto de vista fáctico, para esclarecer si el Legislador debía aplicar idénticas consecuencias normativas, o si se hallaba facultado para dar un trato distinto a ambos grupos; en tercer término, debe definirse un criterio de comparación que permita analizar esas diferencias o similitudes fácticas a la luz del sistema normativo vigente; y, finalmente, debe constatarse si (i) un tratamiento distinto entre iguales o (ii) un tratamiento igual entre desiguales es razonable. Es decir, si persigue un fin constitucionalmente legítimo y no restringe en exceso los derechos de uno de los grupos en comparación.

Por ese motivo, la Corte exige que las demandas por presunta violación a la igualdad señalen, por lo menos, los grupos que serán objeto de comparación; las circunstancias de hecho comunes a esos grupos, que justifican iniciar el examen de igualdad; la existencia de un trato diverso, a partir de un parámetro de comparación constitucionalmente relevante; y la inexistencia de razones válidas desde el punto de vista constitucional que justifiquen ese tratamiento distinto[23]".

Con el fin de establecer si existe o no vulneración del principio fundamental consagrado en el Artículo 13 de la Carta Magna por parte de una ley o un acto administrativo; la misma Corporación Constitucional ha implementado un juicio de igualdad que a la letra dice:

"*El juicio integrado de igualdad tiene tres etapas de análisis: (i) establecer el criterio de comparación: patrón de igualdad o tertium comparationis, valga decir, precisar si los supuestos de hecho son susceptibles de compararse y si se compara sujetos de la misma naturaleza; (ii) definir si en el plano fáctico y en el plano jurídico existe un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales; y (iii) averiguar si la diferencia de trato está constitucionalmente justificada, es decir, si las situaciones objeto de la comparación ameritan un trato diferente desde la Constitución[24]*."

Por razón de lo anterior, se colige que la Corte Constitucional exige que en aquellos casos en que se le atribuya a una disposición normativa transgredir el derecho fundamental a la igualdad, el demandante señale como mínimo las situaciones objeto de comparación. Igualmente, explica que un trato diferenciado no siempre conlleva una vulneración a la igualdad, siempre que el razonamiento que llevó a este trato diferencial haya sido adecuado, proporcionado y razonable.

Ciertamente la Sala encuentra que en el presente asunto los motivos de censura presentados por la demandante con relación a la Resolución 2456 de 2016 expedida por la Fiscalía General de la Nación, no son suficientemente argumentados y sólidos para demostrar la violación del derecho a la igualdad, puesto que no cumplió con las exigencias mínimas para plantear el cargo, pues aunque manifestó cuáles eran los grupos comparables, no indicó en qué consiste el trato desigual que reciben, ni las razones por las cuales dicho trato es injustificado desde el punto de vista constitucional.

Dado entonces que no se agotó la carga argumentativa suficiente por parte de la actora, como es debido y requerido por la Ley, el cargo planteado tampoco estará llamado a prosperar.

III.DECISIÓN

Como corolario de lo anterior, por trasgredir las disposiciones previstas en los Artículos 13, 125 y 209 de la Constitución Política Nacional, se declarará la nulidad de la Resolución 02457 de 2016 "Por medio del cual se adopta el sistema de evaluación del desempeño laboral contenido en la Resolución 02456 de 2016, para la evaluación de los servidores vinculados a través de nombramientos en provisionalidad"*, expedida por el Fiscal General de la Nación.*

Se negarán las demás pretensiones de la demanda.

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

PRIMERO: DECLARAR la nulidad de la Resolución 02457 de 2016 "*Por medio del cual se adopta el sistema de evaluación del desempeño laboral contenido en la Resolución 02456 de 2016, para la evaluación de los servidores vinculados a través de nombramientos en provisionalidad"*, expedida por el Fiscal General de la Nación.

SEGUNDO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

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

NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

1. Folios 1 a 56

2. Folios 57 a 80

3. Folio 83

4. Folios 229 a 230

5. Folio 239 y 240

6. Folios 220 a 227

7. Folios 247 a 254

8. Folios 113 a 128

9. Folios 113 a 128

10. Folios 268 a 277

11. Sentencia C-553 de 2010.

12. Artíulo 253 de la Constitución Política

13. Articulo 4 Ley 909 de 2004

14. Sentencia 00629-2015 (856-2015). MP Sandra Lisset Ibarra Vélez

15. Artíulos 68, 71 y 83

16. Numeral 20 del Decreto Ley 020 de 2014

17. S*entencia 2016-00040*. MP César Palomino Cortés. Número interno 0112-2016.

18. Resolución 02457 de 2016. Artíulo 3°. Facultad discrecional del nominador. La evaluación del desempeño laboral de los servidores vinculados en provisionalidad, no se opone a la facultad discrecional del Fiscal General de la Nación de declarar la insubsistencia del nombramiento por razones del servicio.

19. Sobre el particular ver la Sentencia del 4 de marzo de 2020, expedida por el Tribunal de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, cuyo Magistrado Ponente fue el doctor Oscar Armando Dimaté Cárdenas. Expediente Radicado No. 25000-23-41-000-2020-00185-00.

20. Folios 54 a 56

21. Sentencia C-030 de 1997. M. P. Jorge Arango Mejía.

22. “Por la cual se otorgan facultades extraordinarias pro tempore al Presidente de la República para modificar la estructura y la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación y expedir su Régimen de Carrera y situaciones administrativas”.

23. Corte Constitucional C-178 de 26 de marzo de 2014

24. Corte Constitucional C-811 de 5 de noviembre de 2014

Fecha y hora de creación: 2026-01-30 06:40:36