

	ANEXO: A	Código del Formato: DG-A-P-23-V03-F01
	FORMATO PARA LA EMISIÓN DE CONCEPTOS JURÍDICOS	Página 1 de 5

Bogotá D.C, 31 de agosto de 2020.

CONCEPTO JURÍDICO No. 00025-OJ-DG-2020

PARA: Comité de Estímulos del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses

DE: OFICINA JURÍDICA
Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses

ASUNTO: Viabilidad jurídica del comité de estímulos

De acuerdo con las funciones otorgadas a la Oficina Jurídica por el artículo 8 del Acuerdo 8 de 2012, emanado de la Junta Directiva del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, fundamentado en el procedimiento interno y dentro del plazo contemplado en la normatividad vigente, damos respuesta a sus requerimientos en los siguientes términos:

1. OBJETO DE LA CONSULTA

La Secretaria Técnica del Comité de Estímulos del Instituto, presentó la siguiente consulta:

“De manera respetuosa me permito solicitarle se emita un concepto jurídico relacionado con la viabilidad jurídica del comité de estímulos y la aplicación y creación de los mismos dado que:

1. De conformidad con el Artículo 86 del Decreto 020 del 9 de enero del 2014 que establece que la entidad adscrita creará y conformará el respectivo Comité de Estímulos, el cual contará con la representación de los servidores, y su organización y operatividad serán definidos mediante acto administrativo.
2. Mediante Resolución No. 001839 del 16 de diciembre del 2015 emanada de la Dirección General, se crea y conforma el Comité de Estímulos en el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.
3. Mediante fallo 1363-2017 de la corte de fecha 2017 declara la nulidad al proceso de evaluación del desempeño para los funcionarios en provisionalidad con 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”.
4. El Instituto Nacional de Medicina Legal no cuenta con el sistema de carrera
5. El Departamento Administrativo de la Función Pública maneja el Sistema de Estímulos por el Sistema de Carrera y con obtención de la evaluación de desempeño.

Por lo anteriormente expuesto, el comité de estímulos en reunión del pasado 13 de agosto solicita concepto jurídico a la Oficina Jurídica para la viabilidad jurídica de la creación, de la aplicación y fundamentación para otorgamiento de estímulos.

	ANEXO: A	Código del Formato: DG-A-P-23-V03-F01
	FORMATO PARA LA EMISIÓN DE CONCEPTOS JURÍDICOS	Página 2 de 5

O si, por el contrario, se deberán manejar dentro de un proceso de bienestar, dado que el comité no tendría aplicabilidad por no existir ni evaluación del desempeño ni sistema de carrera para el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses”.

2. PROBLEMA JURÍDICO

En el presente caso, se suscita el siguiente problema jurídico:

¿Es viable que el Comité de Estímulos del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses continúe funcionando, aunque la entidad no tenga implementado el sistema de carrera?

3. MARCO JURÍDICO

3.1. Sistema nacional de capacitación y estímulos

Debe tenerse en cuenta que el Decreto ley 1567 de 1998, creó el sistema nacional de capacitación y el sistema de estímulos para los empleados del estado, específicamente para quienes se encontraban vinculados en la Rama Ejecutiva, conforme lo señalaba la Ley 443 de 1998.

La Ley 443 de 1998, fue derogada por el artículo 58 de la Ley 909 de 2004, con excepción de los arts. 24, 58, 81 y 82.

El numeral 2 del artículo 3 de la Ley 909 de 2004, dispuso: “2. Las disposiciones contenidas en esta ley se aplicarán, igualmente, con carácter supletorio, en caso de presentarse vacíos en la normatividad que los rige, a los servidores públicos de las carreras especiales tales como: - Rama Judicial del Poder Público... La Fiscalía General de la Nación”.

El sistema de estímulos lo desarrolla el Título II del Decreto Ley 1567 de 1998.

El artículo 18 del mencionado decreto conforma el sistema de estímulos a favor de los empleados públicos se conforma con dos (2) programas:

- 1) Programa de bienestar social y
- 2) Programa de incentivos.

3.1.1. Programas de bienestar social

Respecto de los programas de bienestar social, el artículo 20 ibidem precisa las condiciones y características que las entidades deben contemplar para su aplicación y señala, en su párrafo único, que tendrán derecho a beneficiarse de los programas de bienestar social **todos los empleados de la entidad**. Esto debe interpretarse que, independiente del tipo de vinculación (carrera, provisional, temporal, de período o de libre nombramiento y remoción), **todos los empleados públicos tendrán acceso a los programas de bienestar social que desarrolle la entidad**.

Los programas de bienestar que deben elaborar las entidades públicas deben contener las áreas de protección y servicio social, así como la calidad de vida laboral en beneficio de sus empleados

3.1.2. Programa de incentivos

Los programas de incentivos, se encuentran regulados en los artículos 26 al 38, capítulo IV del citado Decreto Ley 1567 de 1998. Se destaca lo dispuesto en el artículo 30 al señalar que, para reconocer el desempeño en niveles de excelencia podrán organizarse planes de incentivos pecuniarios y no pecuniarios. La norma agrega que todos los empleados de carrera, así como el de libre nombramiento y remoción, de los niveles profesional, técnico, administrativo y operativo, tendrán derecho a esos incentivos.

Es decir, que solamente los empleados con derechos de carrera y de libre nombramiento y remoción en los niveles que señala la norma serán beneficiarios de incentivos no pecuniarios, sin que la norma extienda sus efectos a otros tipos de vinculación, como es el caso del nombramiento en provisionalidad, de período o temporal.

De otra parte, el artículo 3º de la Ley 1960 de 2019, modificó el literal g) del artículo 6º del Decreto 1567 de 1998, en el sentido de indicar que los servidores públicos, independientemente de su tipo de vinculación con el Estado (Libre nombramiento y remoción, carrera administrativa, provisionales, temporales) podrán acceder a los programas de capacitación y bienestar que adelante la entidad, atendiendo las necesidades y al presupuesto asignado.

En todo caso, indica la norma, que si el presupuesto es insuficiente, se dará prioridad a los empleados con derechos de carrera administrativa.

3.2. Decreto 20 del 9 de enero de 2014.

En lo referente a la evaluación del desempeño el referido Decreto, en su artículo 68, dispone:

“ARTÍCULO 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”.

El artículo 71 define los instrumentos de evaluación del desempeño, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 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”.

En lo referente a la evaluación del desempeño de los empleados de libre nombramiento y remoción y vinculados mediante nombramiento provisional, el artículo 83 del citado Decreto, dispuso:

“ARTÍCULO 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”.

El artículo 85 del mismo Decreto, señala que la Fiscalía General de la Nación y sus entidades adscritas, como en el caso del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, formularán una política de estímulos para sus servidores públicos de la que harán parte los programas de incentivos y de bienestar laboral, sin importar el tipo de vinculación que estos tengan con la entidad.

Para dar cumplimiento a esa disposición, el artículo 86, ibídem, dispuso la creación del Comité de Estímulos, con la finalidad de orientar la formulación del plan institucional de estímulos y priorizará los contenidos de dicho plan.

Como se fue advertido en la consulta que es objeto de análisis, el Consejo de Estado¹, declaró la nulidad de la Resolución No. **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.

Pero las razones de la decisión consistieron en que la Fiscalía General de la Nación vulneró el derecho a la igualdad por: i) haber hecho 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. ii) equipara a todos los funcionarios de la Entidad en condiciones y responsabilidades, sin otorgar los

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección B, Consejero Ponente: César Palomino Cortés, sentencia con radicado:11001-03-25-000-2017-00281-00, número interno :1363-2017 Demandante: Mónica Juliana Pacheco Orjuela- Demandado: Fiscalía General de la Nación.

mismos beneficios. iii) no es predicable la estabilidad propia de la carrera administrativa para quien ocupa el cargo en provisionalidad.

El Consejo de Estado precisó que la declaratoria de nulidad de la Resolución no se da porque la calificación del servicio de los funcionarios nombrados en provisionalidad sea contrario a derecho; sino que, jurídicamente, resulta reprochable 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.

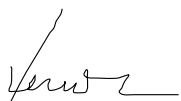
Entonces, si para la aplicación de estímulos e incentivos se requiere de la evaluación del desempeño, es jurídicamente viable hacer tal evaluación a los servidores de libre nombramiento y remoción y los nombrados en provisionalidad, aunque la carrera especial aún no esté implementada en el Instituto. Eso sí, se deben ajustar los criterios, parámetros, instrumentos y mecanismos, que no sean los mismos para medir el desempeño de quienes, en adelante, se inscriban en carrera.

4. CONCLUSIONES:

De acuerdo con las normas arriba citadas y el precedente jurisprudencial analizados, se concluye:

- 1. Es viable, jurídicamente, la creación, aplicación y fundamentación para el otorgamiento de estímulos; como es viable también la evaluación del desempeño para servidores de libre nombramiento y remoción y nombrados en provisionalidad, aunque no se haya implementado la carrera especial en el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.
- 2. De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 85 y 86 del Decreto 20 de 2014, el Instituto Nacional de Medicina Legal debe contar con un Comité que defina el plan institucional de estímulos dirigido a todos los servidores de la entidad, sin importar el tipo de vinculación.

Atentamente,


LUIS GONZALO COMBA TORRES
Jefe Oficina Jurídica (E)

Proyectó: Andrea Patiño Pinilla – Profesional Especializado Oficina Jurídica. 