

CONCEPTO ICBF No 13

Fecha: 2020/07/23

Asunto: Concepto Jurídico - Recursos de Reposición y en subsidio Apelación contra calificación de desempeño laboral de los empleados públicos de carrera administrativa y en período de prueba.

De manera atenta, en relación con el asunto de la referencia, en los términos previstos en los artículos 26 del Código Civil, la Ley 1755 de 2015, y el artículo 6°, numeral 4, del Decreto 987 de 2012, se da respuesta a la consulta sobre el caso en cuestión, en los términos que siguen:

1. PROBLEMA JURÍDICO

Se solicita aclarar si cuando el recurso de reposición es resuelto favorablemente en primera instancia es necesario remitir el expediente administrativo a la segunda instancia para que se estudie el recurso de apelación instaurado en el marco del proceso de Evaluación del Desempeño Laboral- EDL establecido en el Acuerdo CNSC 6176 de 2018, su Anexo Técnico y todas las normas que reglamentan la materia.

2. ANÁLISIS DEL PROBLEMA JURÍDICO

En primer término, ha de destacarse que los recursos ordinarios son los medios impugnativos que prevé la ley para que el afectado recurra una actuación de la administración, con el propósito de obtener por parte de esta la corrección, modificación o revocatoria de los actos o decisiones de carácter particular que considere lesivas a sus intereses ya sea por quien emitió el acto administrativo o el superior de este. Al respecto, se ha indicado:

“Los recursos administrativos son actos del administrado a través de los cuales solicita a la administración la modificación la revocación o la aclaración de una decisión. Son actos impugnatorios de una decisión y en este sentido se distinguen de las peticiones que buscan la producción de nuevos actos.

Es indudable que por constituir un medio de impugnación de las decisiones definitivas de la administración constituyen una garantía, ya que se otorga la posibilidad de impugnarlas y, eventualmente, eliminar el perjuicio que comportan¹.

En línea con lo dispuesto en el artículo 74 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) se entienden como recursos ordinarios: el recurso de reposición, la apelación, la queja y la súplica.

Ahora bien, teniendo en cuenta el objeto de esta consulta, ha de resaltarse que el artículo 17 del Acuerdo 6176 de 2018 “*Por el cual se establece el Sistema Tipo de Evaluación del Desempeño Laboral de los Empleados Públicos de Carrera Administrativa y en Período de Prueba*”, normativa aplicable para la evaluación del desempeño laboral de los empleados públicos de carrera administrativa del ICBF, dispone lo siguiente:

“ARTÍCULO 17°. RECURSOS CONTRA LA CALIFICACIÓN DEFINITIVA. *Los recursos en contra de la calificación definitiva se adelantarán en los términos de los artículos 35, 36 y 37 del Decreto Ley 760 de 2005 y en el trámite y decisión de los mismos se aplicará lo dispuesto en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo CPACA - o las disposiciones que lo modifiquen, aclaren o sustituyan.*

En todo caso, en contra de las evaluaciones parciales semestrales y eventuales no procede recurso alguno.”

A su turno, el Decreto 760 de 2005 de la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC) establece en los citados artículos:

“ARTÍCULO 35. *Contra la calificación definitiva expresa o presunta podrá interponerse el recurso de reposición ante el evaluador y el de apelación para ante el inmediato superior de este, cuando considerare que se produjo con violación de las normas legales o reglamentarias que la regulan.*

Los recursos se presentarán personalmente ante el evaluador por escrito y sustentados en la diligencia de notificación personal o dentro de los cinco (5) días siguientes a ella.

En el trámite y decisión de los recursos se aplicará lo dispuesto en el Código Contencioso Administrativo.

ARTÍCULO 36. *Contra las evaluaciones semestrales o parciales expresas o presuntas no procederá recurso alguno”*

ARTÍCULO 37. *Ejecutoriada la calificación definitiva, el evaluador al día siguiente remitirá el respectivo expediente al Jefe de la Unidad de Personal o a quien haga sus veces.*

Si la calificación del empleado de carrera es insatisfactoria, el jefe de la unidad de personal al día siguiente proyectará para la firma del jefe de la entidad el acto administrativo que declare insubsistente el nombramiento, el cual deberá expedirse en un término no superior a tres (3) días, salvo lo establecido en el numeral 3 del artículo 51 de la Ley 909 de 2004.

¹ Sánchez Torres Carlos Ariel. El Acto Administrativo Teoría General. Segunda Edición. Legis Editores SA. 1995 Pág. 113

El acto administrativo que declare insubsistente el nombramiento del empleado en período de prueba se notificará y contra él procede el recurso de reposición, en los términos del Código Contencioso Administrativo.”

A la luz de lo expuesto, se puede concluir que los empleados públicos de carrera administrativa y en período de prueba del ICBF cuentan tanto con el recurso de reposición como el de apelación para solicitar a la administración la revisión y modificación de la calificación definitiva de desempeño laboral anual. Es de resaltar que los funcionarios del Estado del Instituto podrán interponer: (i) de manera independiente el recurso de reposición o el de apelación o, (ii) de manera conjunta el recurso de reposición y subsidiariamente el de apelación.

En ese sentido, se puede concluir que si el afectado estima que es innecesaria la reposición nada impide que prescinda de ella y directamente apele. Es facultativo del afectado determinar si presenta uno u otro recurso o los dos. Lo anterior, teniendo en cuenta que la ley no impide que se pueda tomar cualquiera de las opciones descritas, ni es causal de rechazo del recurso de apelación no haber agotado el recurso de reposición.

Aclarado lo anterior, se procede entonces analizar los dos recursos ordinarios mencionados.

2.1. Recurso de reposición

El recurso de reposición es aquel mediante el cual se busca que la misma autoridad que emitió el acto administrativo o la providencia impugnada, la revoque, modifique o corrija. Para ello, quien interpone el recurso debe declarar de manera explícita los motivos de inconformidad, o las razones por las cuales considera que quien emitió el acto administrativo incurrió en algún yerro. Así, “este recurso busca que el mismo funcionario que profirió la decisión sea el que vuelva sobre ella y, si es del caso, reconsiderarla, en forma total o parcial”².

Con base en los argumentos presentados por el recurrente, la autoridad ante quien se interpone el recurso deberá estudiar los argumentos para resolverla y tomar una decisión. Es decir, si encuentra que al recurrente le asiste la razón, procederá a corregir, revocar o reponer su decisión, y en caso contrario, debe confirmar lo decidido en el acto o providencia recurrida

Con base en lo expuesto, el recurso de reposición es procedente contra la calificación definitiva expresa o presunta y deberá interponerse ante el funcionario que emitió la decisión en forma escrita, en los términos del artículo 76 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo C.P.A.C.A.

2.2. Recurso de apelación

² López Blanco Hernán Fabio. Código General del Proceso. Parte General. Dupre Editores. 2016. Pág. 783.

El recurso de apelación consiste en la solicitud que eleva el recurrente ante el superior de quien emitió el acto administrativo o la providencia, para que lo revise, lo modifique o revoque. Este, al igual que el recurso de reposición, debe ser sustentado en los motivos o razones que el recurrente considera que la autoridad que emitió el acto administrativo erró o no tuvo en cuenta y que son importantes para la toma de la decisión final. Concretamente, se ha considerado que el recurso de apelación:

“[E]s el que sirve más efectivamente para remediar los errores judiciales, pues, a diferencia de la reposición donde decide la misma persona, siendo lo usual que tienda a mantener su opinión, lo resuelve otro funcionario de mayor categoría, en quien se supone mayor experiencia y versación en la ciencia jurídica. Además, el juez que dictó la [decisión] apelada debe cumplir obligatoriamente lo decidido por el superior”³.

El artículo 35 del Decreto Ley 760 de 2005 señala que el recurso de apelación es procedente contra la calificación definitiva expresa o presunta y debe interponerse ante la autoridad que emitió el acto administrativo o la providencia objeto del recurso, quien dará el trámite correspondiente ante su superior.

2.2.1. Procedencia del recurso de apelación como subsidiario del de reposición

En el evento en que se presenten los dos recursos, como ya se dijo, el de reposición y el de apelación, el primero se considera principal y el segundo (apelación) será subsidiario. El recurrente deberá expresarlo en su escrito, afirmando que interpone el recurso de reposición y en subsidio el de apelación. De esta manera, el recurso deberá ser conocido y decidido (en primer lugar) por quien emitió el acto administrativo objeto del recurso, y si este no acoge los argumentos del recurrente y confirma su decisión, pasará al superior jerárquico para que decida en segunda instancia sobre el recurso de apelación.

Cabe resaltar que los dos recursos deben interponerse oportunamente, pues como lo establece la norma deben presentarse dentro de los cinco (05) días hábiles siguientes a la notificación del acto administrativo o la providencia objeto de los recursos.

Ahora bien, como se ha dicho, el recurso de apelación es de carácter subsidiario. Deberá ser tramitado una vez quien emitió la resolución o el acto administrativo se haya pronunciado frente al recurso de reposición, y este haya decidido confirmar la decisión inicial al menos parcialmente. En caso contrario, es decir, cuando la autoridad administrativa encuentre que los argumentos del recurrente están ajustados a derecho, concluya que le asiste razón, y en consecuencia decida revocar, corregir o modificar el acto administrativo conforme a todo lo solicitado por el recurrente, ya no habrá inconformidad para decidir y, por tanto, no habrá recurso por resolver por parte del superior de quien emitió el primer acto administrativo o providencia.

³ *Ibid.* Pág. 789

Por ello, si en sede de reposición se accede a lo pretendido en su totalidad por el recurrente, ya no será procedente el recurso de apelación, pues las pretensiones fueron resueltas a favor del recurrente y ya no habría nada que resolver por parte del superior de quien emitió el acto administrativo inicial.

2.2.2. Procedencia frente a la negación del recurso de apelación por la primera instancia

Como ya se dijo, si quien emitió el acto administrativo en sede de reposición concede la razón al recurrente en todas sus pretensiones y como consecuencia de ello revoca o modifica su decisión, el recurso de apelación ya no deberá ser tramitado por cuanto este último no tendría objeto.

Insistimos en el carácter subsidiario del recurso de apelación. Este implica que, si quien emitió el acto administrativo confirma lo decidido en el acto administrativo inicial, rechaza las pretensiones y/o argumentos del recurrente, o parte de ellas, deberá dar trámite al recurso de apelación para que el superior decida si confirma, revoca o modifica la decisión de primera instancia. Así las cosas, este último se encuentra condicionado a lo que decida el servidor de primera instancia.

No hay que olvidar que el recurso de apelación debe presentarse ante quien emitió el acto administrativo, dentro de los cinco (05) días siguientes a la notificación del acto administrativo. En referencia a los trámites y procedimientos, se debe actuar conforme a lo establecido en el artículo 35 del Decreto Ley 760 de 2005 que establece: *“En el trámite y decisión de los recursos se aplicará lo dispuesto en el Código Contencioso Administrativo.”*, por lo que, el recurso en cuestión podrá ser rechazado con base en la Ley 1437 de 2011.

3. CONCLUSIONES

Atendiendo los elementos de juicio antes mencionados, **se puede concluir** que si un empleado público de carrera administrativa del ICBF presenta de manera conjunta el recurso de reposición y el de apelación contra la calificación del desempeño laboral en los términos del Decreto Ley 760 de 2005, y en sede de reposición se decide a favor del recurrente la totalidad de sus pretensiones, no se deberá dar trámite al recurso de apelación por falta de objeto. Ahora bien, si en sede de reposición la administración decide mantener la posición recurrida en todo o en parte, se deberá remitir el recurso de apelación para que en segunda instancia se pronuncien respecto de las pretensiones del afectado.

De lo expuesto, se concluye que no es necesario dar trámite al recurso de apelación cuando en sede de reposición se accede a realizar las modificaciones que propone el afectado con la decisión. En efecto, no tendría sentido que el superior haga lo mismo,

pues el acto administrativo se cambia por decisión de la misma autoridad que lo profiere en atención a las pretensiones del recurrente.

Por último, es de precisar que el presente concepto no es de obligatorio cumplimiento o ejecución para particulares o agentes externos, de conformidad con lo establecido en la Ley 1755 de 2015. No obstante lo anterior, tiene carácter vinculante para las dependencias internas del Instituto y terceros que colaboren en la prestación del servicio público o en el desarrollo de la función administrativa de competencia del ICBF, en virtud de la función asignada a la Oficina Asesora Jurídica de mantener la unidad doctrinaria e impartir las directrices jurídicas necesarias para el desarrollo de las funciones del Instituto, de conformidad con lo establecido en el artículo 6, numerales 8 y 15 del Decreto 987 de 2012.

Cordialmente,

ÉDGAR LEONARDO BOJACÁ CASTRO
Jefe Oficina Asesora Jurídica