



## Concepto 235191 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20226000235191\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000235191

Fecha: 29/06/2022 12:16:36 p.m.

Bogotá D.C

REFERENCIA: ACTO ADMINISTRATIVO- Vigencia. SITUACIONES ADMINISTRATIVAS-Encargo. Radicación No. 20229000318472 de fecha 13 de Junio de 2022.

En atención al escrito de la referencia, mediante el cual realiza la siguiente consulta:

“Concretamente me gustaría saber si es posible encargar a un servidor en un empleo durante un tiempo anterior a la expedición del acto administrativo del encargo. Ej.: Se requiere encargar a Pepito Pérez en un empleo de secretario debido a que el titular del empleo se encuentra en compensatorio, durante el 06 de enero al 8 de enero, sin embargo, el acto administrativo que confiere el encargo es expedido el 10 de enero. ¿ Es viable jurídicamente que este acto administrativo? ¿Tendría algún vicio este acto administrativo? ¿Habría en este caso, si se emite el acto administrativo, alguna extralimitación de poder? ¿Si no es viable jurídicamente su expedición? ¿Qué pasaría con el empleo con vacancia temporal? ¿No existen consecuencias respecto a qué un cargo quede sin titular o encargado por cierto tiempo? ¿Si se emite el acto administrativo, se podrá decir que este tiene la característica de retroactividad excepcional, respecto a sus efectos, o cómo podría entenderse?”

Me permito manifestarle:

En primer lugar, me permito informar que de acuerdo con lo establecido en el Decreto 430 de 2016, a este Departamento Administrativo le compete formular las políticas generales de Administración Pública, en especial en materias relacionadas con empleo público, la gestión del talento humano, la gerencia pública, el desempeño de las funciones públicas por los particulares, la organización administrativa del Estado, la planeación y la gestión, el control interno, la participación ciudadana, la transparencia en la gestión pública y el servicio al ciudadano, razón por la cual no es de nuestra competencia intervenir en situaciones internas de las entidades o actuar como ente de control.

Así las cosas, solo es dable realizar una interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con la materia de su consulta.

Respecto a su consulta, teniendo en cuenta que el Consejo de Estado en sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, con consejera ponente Jeannette Carvajal Basta mediante sentencia del 12 de octubre de 2017 con radicado 11001-03-27-000-2013-00007-00 (19950) definió el acto administrativo:

*“Como expresión de la voluntad administrativa unilateral encaminada a producir efectos jurídicos a nivel general y/o particular y concreto, se forma por la concurrencia de elementos de tipo subjetivo (órgano competente), objetivo (presupuestos de hecho a partir de un contenido en el que se identifique objeto, causa, motivo y finalidad, y elementos esenciales referidos a la efectiva expresión de una voluntad unilateral emitida en ejercicio de la función administrativa) y formal (procedimiento de expedición). Sin tales elementos el acto no sería tal y adolecería de vicios de formación generadores de invalidez, que afectan su legalidad”*

â¿

Igualmente, los Actos Administrativos han sido definidos por la doctrina como *“las manifestaciones de voluntad de la administración tendientes a modificar el ordenamiento jurídico, es decir, a producir efectos jurídicos”*.

Con respecto a la emisión y nacimiento del Acto Administrativo se precisa que para que este pueda nacer a la vida jurídica debe reunir los requisitos y procedimientos consagrados en la ley. Por lo tanto, cualquier autoridad pública puede emitir actos administrativos, independientemente del nivel al que pertenezcan, es decir, pueden ser expedidos por autoridades del orden nacional, territorial o por los órganos de control.

De igual forma, la doctrina ha sostenido que existen ciertos elementos esenciales en todo acto administrativo que predeterminan la validez y la eficacia misma del acto. Es decir, la competencia de la autoridad administrativa, la voluntad en la expedición, el contenido, la motivación, la finalidad y la forma.

Por su parte, frente a la definición de autoridad pública la Corte Constitucional en Sentencia T- 502 de 1992, con Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo, señaló:

*“La autoridad es pública cuando el poder del que dispone proviene del Estado, de conformidad con las instituciones que lo rigen. Subjetivamente hablando, la expresión autoridad sirve para designar a quien encarna y ejerce esa potestad. Para el acceso a mecanismos judiciales concebidos para la defensa de los derechos fundamentales, como es el caso del derecho de amparo o recurso extraordinario en otros sistemas, o de la acción de tutela entre nosotros, por autoridades públicas deben entenderse todas aquellas personas que están facultadas por la normatividad para ejercer poder de mando o decisión en nombre del Estado y cuyas actuaciones obliguen y afecten a los particulares. Los jueces son autoridad pública, puesto que ejercen jurisdicción, es decir, administran justicia en nombre del pueblo y por autoridad de la Constitución y de la Ley”*

(Subraya y negrilla propia)

Ahora bien, respecto a los efectos del acto administrativo se tiene que por regla general surte efectos a partir de su expedición, siempre que no contenga alguna determinación que lo dilate, posponga o suspenda, como su publicación, notificación, requerimiento de aprobación de un superior o estar sujeto a una condición para que produzca sus efectos. Así lo ha afirmado el Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda, en sentencia del 12 de diciembre de 1984:

*“El principio universal de la irretroactividad de los actos jurídicos es uno de los pilares del estado de derecho ya que las relaciones jurídicas requieren seguridad y estabilidad sin las cuales surgirían el caos y la arbitrariedad, pues como dice Kohler Toda nuestra cultura exige una cierta firmeza de relaciones y todo nuestro impulso para establecer el orden jurídico responde a la consideración de que nuestras relaciones jurídicas van a perdurar”*

*En muchas legislaciones, este principio está expresamente consagrado en los Códigos. Entre nosotros también lo estaba en el artículo 10 del Código Civil que fue derogado por el artículo 49 de la Ley 153 de 1887. Ello no significa que la irretroactividad haya sido abolida de nuestro derecho ya que inspira todo el sistema jurídico y numerosas normas legales regulan la aplicación de las leyes en el tiempo.*

*A este respecto, en concepto del 25 de febrero de 1975 la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado se expresó así: (...) de conformidad con el artículo 30 de la Constitución Nacional y la Ley 153 de 1887, es norma general que la ley es irretroactiva, que sólo tiene efectos para el futuro, con miras a mantener la confianza, seguridad y certidumbre de las personas en el orden jurídico. Es norma de observancia para los Jueces y el legislador en garantía de situaciones nacidas válidamente al amparo de normas legítimamente existentes.*

*De la irretroactividad de la ley se deduce la irretroactividad de los actos administrativos, los cuales no pueden surtir efecto con anterioridad a su vigencia. Sólo en forma excepcional puede un acto administrativo tener efectos hacia el pasado y siempre con base en una autorización legal.*

*Los tratadistas de derecho administrativo son acordes al afirmar que el acto administrativo no produce efectos sino para el futuro. El profesor Rivero en su obra Derecho Administrativo sostiene que la aplicación de un acto administrativo con retroactividad puede dar lugar a su declaratoria de nulidad por exceso de poder, pues la Administración no puede hacer remontar los efectos de su decisión sino para el futuro. En su otra El Principio de la Irretroactividad de los Actos Administrativos afirma Liétourner que la regla ¿la irretroactividad de los actos administrativos significa que un acto de esta índole no puede legalmente producir efectos en una fecha anterior a aquella de su entrada en vigencia” (Subraya propia)*

De esta forma, todo acto administrativo, tiene como característica esencial el carácter irretroactivo, es decir, que los efectos jurídico-materiales que producen, por regla general son ex nunc (hacia el futuro) a efectos de preservar la confianza, la seguridad y la certidumbre de las personas en el orden jurídico vigente.

Respecto al otro tema de su consulta, es necesario señalar que el artículo 2.2.5.5.1 del Decreto 1083 de 2015 con relación a las situaciones administrativas en las cuales se puede encontrar un empleado público se encuentra el encargo, el cual se utiliza para designar temporalmente a

un funcionario que asuma total o parcialmente las funciones de otro empleo vacante por falta temporal o definitiva de su titular desvinculándose o no de las propias de su cargo.

Ahora bien, debe recordarse que el inciso segundo del artículo 122 de la Constitución política señala que ningún servidor público podrá ejercer su empleo sin haber prestado juramento; es decir sin haberse posesionado.

En ese sentido, toda persona que ejerza un empleo así sea en virtud de un encargo, debe estar precedida de un nombramiento y una posesión.

Por otra parte, el artículo 2.2.5.1.8 del Decreto 1083 de 2015 señala que quien haya sido nombrado o encargado en un empleo público prestará juramento de cumplir y defender la Constitución y las leyes y desempeñar los deberes que le incumben, de lo cual se dejará constancia en un acta firmada por la autoridad que posesiona y el posesionado.

Con respecto a la formalidad de la posesión, la Corte Constitucional en Sentencia T-003 del 11 de mayo de 1992, Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo, señaló:

*"Para que el derecho al ejercicio de cargos y funciones públicas pueda ejercerse de manera efectiva es indispensable que concurren dos elementos exigidos por la Carta: la elección o nombramiento, acto condición que implica designación que el Estado hace, por conducto del funcionario o Corporación competente, en cabeza de una persona para que ejerza las funciones, deberes y responsabilidades que el ordenamiento jurídico ha previsto respecto de un determinado cargo, y la posesión, es decir, el hecho en cuya virtud la persona asume, en efecto, esas funciones deberes y responsabilidades, bajo promesa de desempeñarlos con arreglo a la Constitución y la Ley.*

*Mientras la persona no se ha posesionado, le está vedada cualquier actuación en desarrollo de las atribuciones y actividades que corresponden al cargo, de tal modo que, pese a su designación, carece del carácter de servidor público. Es la posesión, en tal sentido, un requisito sine qua non para iniciar el desempeño de la función pública, pues según el artículo 122 de la Carta Política, ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defenderla Constitución y desempeñar los deberes que le incumben."*

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, en sentencia de julio 31 de 1980, en relación la posesión se pronunció en el siguiente sentido:

*"El acto de posesión no es un acto administrativo estricto sensu sino un documento escrito en el que se relatan en forma clara, pormenorizada y veraz, los hechos relativos a la toma de posesión de un cargo público. La posesión de un empleo no es por lo mismo elemento fundamental para probar el ejercicio del cargo, por cuanto es un simple acto formal que tiene por objeto demostrar que se ha prometido el cumplimiento de los deberes que el cargo impone de acuerdo con la Ley, y que se han llenado determinadas exigencias legales que autorizan el ejercicio del mismo.*

*(...)"*.

El Consejo de Estado en sentencia de fecha agosto 29 de 2010, Magistrada Ponente Doctora María Claudia Rojas Lasso, la cual resume anteriores pronunciamientos de la misma Corporación sobre este mismo asunto, señaló:

*"(...) En efecto, la posesión en un cargo es una diligencia a través de la cual el elegido o nombrado presta juramento ante la autoridad competente "de cumplir y defenderla Constitución y desempeñar los deberes que le incumben", en cumplimiento de la obligación señalada en el inciso segundo del artículo 122 de la Constitución Política, que la instituye en requisito previo e indispensable para ejercer como servidor público*

*(...) esta Corporación ha sostenido que "El acto de posesión no es un acto administrativo strictu sensu, sino un documento escrito en el que se relatan en forma clara, pormenorizada y veraz, los hechos relativos a la toma de posesión de un cargo público. La posesión de un empleo no es por lo mismo elemento fundamental para probar el ejercicio del cargo, por cuanto es un simple acto formal que tiene por objeto demostrar que se ha prometido el cumplimiento de los deberes que el cargo impone, de acuerdo con la ley, y que se han llenado determinadas exigencias legales que autorizan el ejercicio del mismo."*

De acuerdo con lo expuesto, es pertinente manifestar que toda designación de empleo que se realice a un servidor público (incluida el encargo), deberá estar seguida de la posesión, razón por la cual es viable manifestar que en todo encargo debe surtirse la posesión en el empleo.

Por lo tanto, esta Dirección Jurídica considera que toda designación de empleo incluida el encargo debe ser comunicada al servidor público para que éste manifieste si acepta o la rechaza; ahora bien, en el evento que acepte, el empleado público deberá tomar posesión. Es necesario hacer énfasis en que tanto la Constitución Política como la ley establecen que ningún empleado público ejercerá su cargo sin prestar juramento de respetar, cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes, y de desempeñar los deberes que le incumben. Así las cosas, es pertinente

manifestar que toda designación de empleo que se realice a un servidor público, deberá estar seguida de la posesión, razón por la cual es viable manifestar que en todo encargo debe surtirse la posesión en el empleo.

Frente a la legalidad del acto administrativo este Departamento Administrativo no es un organismo de control o vigilancia, ni es un organismo jurisdiccional, en consecuencia, no cuenta con la facultad legal para determinar la validez, ni legalidad de los actos administrativos, facultad otorgada por el Legislador a los Jueces de la República, en consecuencia, no es procedente efectuar un pronunciamiento frente al tema.

En cuanto a la consulta de si existen o no consecuencias respecto a qué un cargo quede sin titular o encargado por cierto tiempo, debe precisarse que este Departamento Administrativo no está facultado para emitir un pronunciamiento al respecto, de conformidad con lo establecido en el Decreto 430 de 2016, por lo que se sugiere elevar su petición sobre este particular ante la Procuraduría General de la Nación.

Finalmente, me permito indicarle que para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web [www.funcionpublica.gov.co/eva](http://www.funcionpublica.gov.co/eva) en el link "Gestor Normativo" donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

El anterior concepto se imparte en los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Christian Ayala

Revisó: Harold Herreño.

Aprobó. Armando Lopez Cortes.

11602.8.4

---

*Fecha y hora de creación: 2024-12-12 08:12:00*