



Concepto 125051 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000125051

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000125051

Fecha: 25/03/2022 01:29:57 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: ACTO ADMINISTRATIVO. Notificación. Radicado: 20229000108222 del 3 de marzo de 2022.

Cordial saludo.

En atención a la radicación de la referencia, en la cual realiza la siguiente pregunta:

“EN EL CASO QUE UN FUNCIONARIO DE CARRERA ADMINISTRATIVA SE LE REALICE UN ENCARGO EN UN PUESTO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y NO SE LE REALICE EL ACTO ADMINISTRATIVO DE LA COMISION EN ESE MOMENTO NI LA NOTACION EN LA CNSC, SOLO EN NOMBRAMIENTO, CUANTO TIEMPO SE TIENE PARA REALIZARLO?”

Se da respuesta en los siguientes términos.

En primer lugar, es importante precisar que 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 éste 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.

En relación 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, requerir de la aprobación de un superior o estar sujeto a una condición para que produzca sus efectos.

De igual manera, la normatividad vigente diferencia la forma de poner en conocimiento los actos administrativos según sean éstos de carácter general o particular, en razón a los efectos que estos mismos producen. Por consiguiente, es preciso tener en cuenta lo siguiente:

a) Con respecto a los primeros, el artículo 43 del Código Contencioso Administrativo dispone que “los actos administrativos de carácter general no serán obligatorios para los particulares mientras no hayan sido publicados en el Diario Oficial, o en el diario, gaceta o boletín que las autoridades destinen a ese objeto.(...)”.

En consecuencia, estos actos administrativos sin publicar no son obligatorios para los particulares, lo cual no significa que la publicación sea requisito de validez, sino condición de oponibilidad. En efecto, la falta de promulgación de un acto administrativo de carácter general no es causal de nulidad; produce la falta de oponibilidad del acto a los particulares, o la no obligatoriedad del mismo.

b) En cuanto a los segundos, es decir a los actos administrativos de carácter particular, su obligatoriedad y los requisitos de su notificación están regulados en los artículos 44 a 47 del Código Contencioso Administrativo. Al respecto, el artículo 44 *ibídem* preceptúa que “*las demás decisiones que pongan término a una actuación administrativa se notificarán personalmente al interesado, o a su representante o apoderado*”.

En este caso, la notificación a través de los diversos medios señalados por el ordenamiento legal, constituye una formalidad que le brinda legitimidad y eficacia a la actividad administrativa, y así mismo, una garantía de los derechos fundamentales de acceso a la administración de justicia y al derecho de defensa, en cuanto eventualmente le permitirá al afectado por el mismo ejercer los correspondientes recursos y acciones.

De lo anterior se deduce que el acto administrativo, general o particular, existe desde el momento mismo en que se profiere o expide, pero no produce efectos jurídicos, es decir, carece de fuerza vinculante mientras no se realice su publicación, notificación o comunicación. En este sentido, dispone el artículo 48 del C.C.A. que:

“sin el lleno de los anteriores requisitos, no se tendrá por hecha la notificación ni producirá efectos legales la decisión (...).

Tampoco producirán efectos legales las decisiones mientras no se hagan las publicaciones respectivas en el caso del artículo 46”.

De otra parte, en relación con la vigencia de los actos administrativos, el Consejo de Estado considera que la decisión administrativa contenida en el acto de carácter general o particular es válida desde el momento en que se expide (desde que ha sido firmado, aún sin haber sido publicado o notificado, según el caso); sin embargo, su fuerza vinculante comienza desde que se ha producido la publicación o notificación del acto; por lo tanto, la publicación no constituye un requisito de validez del acto administrativo; se trata simplemente de una condición para que pueda ser oponible a los particulares, es decir, de obligatoriedad. En este evento, se está ante un problema de eficacia de la norma, no de validez; es un aspecto extrínseco del acto y posterior al mismo.

En síntesis, los actos administrativos expedidos por las autoridades de los diferentes ordenes territoriales existen y son válidos desde el momento mismo de su expedición, pero no producen efectos jurídicos, es decir, no tienen fuerza vinculante, sino a partir de que se realiza su publicación, en tratándose de actos administrativos de carácter general, o su notificación cuando se trata de actos administrativos de carácter particular. Sólo a partir de este momento, serán obligatorios y oponibles a terceros.

Se reitera, los actos administrativos, generales o particulares, existen y son válidos desde el momento mismo en que se profieren o expiden, pero no producen efectos jurídicos, es decir, carecen de fuerza vinculante mientras no se realice su publicación, notificación o comunicación.

En virtud de lo anterior, un acto administrativo es válido y eficaz desde el momento que lo expide la administración, lo que genera consecuentemente su ejecutabilidad, es decir, la generación de los efectos jurídicos (una vez cumplidos los requisitos de publicación o notificación).

Es importante tener en cuenta que conforme establecido en el Decreto 430 de 2016, a este Departamento Administrativo le compete formular, implementar, hacer seguimiento y evaluar las políticas de desarrollo administrativo de la función pública, el empleo público, la gestión del talento humano en las entidades estatales, 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, propiciando la materialización de los principios orientadores de la función administrativa.

En relación con el encargo, la Ley 1960 de 2019, «Por el cual se modifican la ley 909 de 2004, el decreto-ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones», establece:

«ARTÍCULO 1°. El artículo 24 de la Ley 909 de 2004, quedará así:

ARTÍCULO 24. Encargo. Mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de carrera administrativa, los empleados de carrera

tendrán derecho a ser encargados en estos si acreditan los requisitos para su ejercicio, poseen las aptitudes y habilidades para su desempeño, no han sido sancionados disciplinariamente en el último año y su última evaluación del desempeño es sobresaliente.

En el evento en que no haya empleados de carrera con evaluación sobresaliente, el encargo deberá recaer en quienes tengan las más altas calificaciones descendiendo del nivel sobresaliente al satisfactorio, de conformidad con el sistema de evaluación que estén aplicando las entidades. Adicionalmente el empleado a cumplir el encargo deberá reunir las condiciones y requisitos previstos en la ley.

El encargo deberá recaer en un empleado que se encuentre desempeñando el cargo inmediatamente inferior de la planta de personal de la entidad.

Los cargos de libre nombramiento y remoción, en caso de vacancia temporal o definitiva, podrán ser provistos a través del encargo de empleados de carrera o de libre nombramiento y remoción, que cumplan los requisitos y el perfil para su desempeño.

En caso de vacancia definitiva el encargo será hasta por el término de tres (3) meses, prorrogable por tres (3) meses más, vencidos los cuales el empleo deberá ser provisto en forma definitiva.

PARÁGRAFO 1. Lo dispuesto en este artículo se aplicará para los encargos que sean otorgados con posteridad a la vigencia de esta ley.

PARÁGRAFO 2. Previo a proveer vacantes definitivas mediante encargo o nombramiento provisional, el nombramiento o en quien este haya delegado, informara la existencia de la vacante a la Comisión Nacional del Servicio Civil a través del medio que esta indique.»

Por su parte, el Decreto 1083 de 2015, «Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública», al referirse a los encargos, señaló:

«ARTÍCULO 2.2.5.5.41 Encargo. Los empleados podrán ser encargados para asumir parcial o totalmente las funciones de empleos diferentes de aquellos para los cuales han sido nombrados, por ausencia temporal o definitiva del titular, desvinculándose o no de las propias de su cargo.

El encargo no interrumpe el tiempo de servicio para efectos de la antigüedad en el empleo del cual es titular, ni afecta los derechos de carrera del empleado.

ARTÍCULO 2.2.5.5.42 Encargo en empleos de carrera. El encargo en empleos de carrera que se encuentren vacantes de manera temporal o definitiva se regirá por lo previsto en la Ley 909 de 2004 y en las normas que la modifiquen, adicionen o reglamenten y por las normas que regulan los sistemas específicos de carrera. (Subraya fuera del texto)»

En ese orden de ideas, el encargo puede entenderse como una situación administrativa a la que tienen derecho de los servidores públicos de carrera administrativa y una forma de provisión de las vacantes definitivas o temporales que puedan generarse en empleos de carrera administrativa o de libre nombramiento y remoción.

De lo anterior, puede concluirse que los empleados de carrera tendrán derecho a ser encargados de tales empleos si acreditan los requisitos para su ejercicio contenidos en el manual específico de funciones y de competencias laborales que tenga adoptado la entidad, poseen las aptitudes y habilidades para su desempeño, su última evaluación del desempeño sea sobresaliente, no hayan sido sancionados disciplinariamente en el año anterior y se encuentren desempeñando el empleo inmediatamente inferior al que se va a proveer, igualmente evento en que no haya empleados de carrera con evaluación sobresaliente, el encargo deberá recaer en quienes tengan las más altas calificaciones descendiendo del nivel sobresaliente al satisfactorio.

En consecuencia, a la luz de la norma que se ha indicado en el presente escrito, no habrá lugar a que un nombramiento pueda realizarse si no existe un acto administrativo que materialice dicha situación, se reitera que los actos administrativos, generales o particulares, existen y son válidos desde el momento mismo en que se profieren o expiden.

Para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web de la entidad en el link /web/eva/gestor-normativo, «Gestor Normativo», donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

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

Atentamente,

ARMANDO LOPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Janne Alexandra Guzmán Quintero. .

Aprobó: Armando López Cortés.

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:11:19