



Función Pública

Concepto 367621 de 2019 Departamento Administrativo de la Función Pública

20196000367621

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20196000367621

Fecha: 22/11/2019 10:47:47 a.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Servidor público. Servidor público electo debe respetar los principios constitucionales. RAD. 20199000365582 del 6 de noviembre de 2019.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta si puede un funcionario público electo pero no posesionado aceptar un viaje todo pago a conocer las instalaciones de una fábrica extranjera, con la cual podrá contratar en el futuro cuando se posesione, me permito manifestarle lo siguiente:

Sobre los empleos públicos, la Constitución Política señala:

"ARTÍCULO 122. No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento, y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.

Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben.

(...)" (Se subraya).

En relación con la posesión, el Consejo de Estado en sentencia de fecha agosto 3 de 1992, M.P. Joaquín Barreto Ruiz, Radicación N° 491, señaló:

"La posesión no es un acto jurídico, sino el hecho de asumir unas funciones de acuerdo con las formalidades establecidas en la ley, y una de las consecuencias del nombramiento, el cual, obviamente, permanece con vigor jurídico hasta cuando sea suspendido o anulado por esta jurisdicción o revocado, sustituido o declarado insubsistente o cuando pierda fuerza ejecutoria."

Así mismo, la Sección Quinta de la misma Corporación, mediante sentencia del 9 de marzo de 2000 al analizar la naturaleza jurídica del acta de posesión, estimó que no es un acto administrativo, sino que es un simple acto formal:

“El acta de posesión demandada 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 público no es por lo mismo un elemento fundamental para probar el ejercicio de un 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 acta donde consta, no es un acto administrativo, sino que es un documento que prueba la existencia de una diligencia en la cual el funcionario se comprometió a cumplir fielmente sus funciones.”

En este orden de ideas, el acto de la posesión debe suscribirse en la fecha a partir de la cual el funcionario presta juramento de cumplir y defender la Constitución, desempeñar las funciones que el cargo impone, de acuerdo con la ley, y haber cumplido las exigencias legales que autorizan el ejercicio del mismo. Por lo tanto, es a partir de la fecha de posesión en la cual el servidor público adquiere esta calidad. Para el caso en estudio, la persona que fue electa en un cargo de elección popular, ostentará la calidad de servidora pública en el instante en que preste juramento para ejercer su cargo.

Sin embargo, efectuada la elección y verificada la escogencia popular de unos candidatos específicos, quien resulte electo deberá atender los principios de transparencia que rigen al estado colombiano y por tanto, las actividades que realice como “candidato elegido”, deberán estar enmarcadas por este principio, aun cuando no haya tomado posesión del cargo para el cual fue elegido.

Indica en su consulta que la persona que fue elegida para ejercer un cargo de elección popular, pretende visitar las instalaciones de una fábrica en el exterior, de quien sería en el futuro un contratista de la entidad pública.

Sobre el particular, se considera pertinente citar la sentencia emitida el 27 de enero de 2016 por la Subsección “C” de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, dentro del proceso con radicado número 760012331000200502371 00 (49.847), que con ponencia del Consejero Jaime Orlando Santofimio Gamboa, manifestó:

“El principio de transparencia en la contratación estatal comprende aspectos tales como la claridad y la nitidez en la actuación contractual para poder hacer efectiva la supremacía del interés general, la libre concurrencia de los interesados en contratar con el Estado, la igualdad de los oferentes, la publicidad de todo el ítem contractual, la selección objetiva del contratista, el derecho a cuestionar o controvertir las decisiones que en esta materia realice la Administración, etc.

La libre concurrencia de los interesados implica la posibilidad de estos de acceder e intervenir en el proceso de selección y la imposibilidad para la Administración de establecer, sin justificación legal alguna, mecanismos o previsiones que conduzcan a la exclusión de potenciales oferentes.

Y es que de no ser así se conculcaría también el deber de selección objetiva porque al excluir posibles proponentes se estaría creando un universo restringido de oferentes en el que perfectamente puede no estar la mejor oferta.

El artículo 24 de la Ley 80 de 1993 para asegurar el principio de transparencia, después de sentar como norma general que la escogencia del contratista debía hacerse por medio de licitación o concurso, regulaba los casos en que se podía contratar directamente.”

Así las cosas, en criterio de esta Dirección Jurídica, si el candidato electo pretende visitar las fábricas de un posible contratista de la entidad a la cual estará vinculado, deberá atender el principio de transparencia descrito y decidir, si la visita con todos los gastos pagos puede transgredir este principio constitucional, pues la contratación pública está claramente reglada en nuestro ordenamiento y se funda, entre otros, en la

participación equitativa de los posibles oferentes a una licitación pública.

En caso que requiera mayor información sobre las normas de administración de los empleados del sector público y demás temas competencia de este Departamento Administrativo puede ingresar a la página web de la entidad, en el link “Gestor Normativo”: <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo>, donde podrá encontrar todos los conceptos relacionados 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.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTÉS

Director Jurídico

Elaboró: Claudia Inés Silva

Revisó: José Fernando Ceballos

Aprobó Armando López Cortés

111602.8.4

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 12:34:25