



Concepto 393021 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000393021

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000393021

Fecha: 29/10/2021 11:21:28 a.m.

Bogotá D.C.

Referencia: EMPLEO. Supernumerarios. Radicado: 20219000637262 del 22 de septiembre de 2021.

En atención a la comunicación de la referencia, solicita usted, en ejercicio del derecho de petición se le emita un concepto que resuelva las siguientes preguntas:

1. *¿Puede un supernumerario suplir la vacante temporal por incapacidad de un empleo de libre nombramiento y remoción?*
2. *¿Puede un supernumerario nombrarse mediante acto administrativo, sin que el manual de funciones de la respectiva entidad lo contenga?* (copiado del original con modificaciones de forma).

I. FUNDAMENTOS DEL CONCEPTO

La respuesta a los interrogantes planteados tendrá en cuenta los siguientes referentes normativos, conceptuales y jurisprudenciales:

- Fundamento legal de la vinculación de supernumerarios

El Decreto Ley 1042 de 1978 implementa la figura del supernumerario para suplir vacancias temporales de los empleados públicos en casos de licencias o vacaciones, así como para desarrollar actividades de carácter netamente transitorio. Al respecto, el artículo 83, establece:

ARTICULO 83. DE LOS SUPERNUMERARIOS. Para suplir las vacancias temporales de los empleados públicos en caso de licencias o vacaciones, podrá vincularse personal supernumerario.

También podrán vincularse supernumerarios para desarrollar actividades de carácter netamente transitorio.

La remuneración de los supernumerarios se fijará de acuerdo con las escalas de remuneración establecidas en el presente Decreto, según las funciones que deban desarrollarse.

La vinculación de supernumerarios se hará mediante resolución administrativa en la cual deberá constar expresamente el término durante el cual se prestarán los servicios y la asignación mensual que vaya a pagarse.

De esta forma y analizado el espíritu de la norma: *“Las labores que se adelantan por dichos funcionarios supernumerarios son, justamente, aquellas que transitoriamente no pueden ser atendidas por el titular ausente, o aquellas que nadie cumple dentro de la organización por no formar parte del rol ordinario de actividades, por tratarse también de actividades temporales”*. (Sentencia Corte Constitucional C-401 de 1998).

A este respecto la Corte Constitucional en la sentencia en cita, afirma:

8. Resulta claro que la vinculación de empleados supernumerarios para llevar a cabo actividades meramente temporales, constituye un modo excepcional de vinculación laboral con la Administración Pública. Difiere del contrato de prestación de servicios profesionales por varios conceptos, especialmente porque en este último, aunque puede haber cierto grado de sujeción, no se involucra el elemento de subordinación de tipo laboral que se halla presente en el primero, y porque la vinculación de personal supernumerario se lleva a cabo mediante resolución, en la cual deberá expresarse el término durante el cual se prestarán los servicios y el salario que se devengará, que se fijará teniendo en cuenta

las escalas de remuneración establecidas en la ley. Se trata pues de una verdadera relación laboral regida por normas de derecho administrativo, que en esencia es temporal.

Así mismo, la sentencia C-422 de 2012, Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo, al resolver una demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 2º inciso primero (parcial) y el artículo 83 del Decreto 1042 de 1978, reitera las consideraciones de la sentencia C-401 de 1998, así:

6.4. (...). Es así como dicha sentencia indica que se „encuentra que la confrontación del inciso tercero transcrito, con el artículo 122 superior, conduce a deducir una contradicción tal, que le obliga a retirar del ordenamiento el referido inciso”, esto por cuanto „si bien la Administración Pública tiene facultades constitucionales que le permiten vincular transitoriamente personal para atender las necesidades de servicio que se requieran debido a labores ocasionales que hayan de adelantarse, o a reemplazos de personal vinculado en forma permanente, lo cierto es que, según lo ordena la norma constitucional, aun en estos casos las funciones correspondientes a estos cargos transitorios además de estar previamente detalladas en la ley o reglamento que regulen la función pública en la respectiva entidad, dichos cargos deben estar previamente dispuestos en la planta de personal y apropiados los rubros correspondientes a salarios y prestaciones sociales en el presupuesto respectivo”.

A renglón seguido, la Corte destaca que el señalamiento de los cargos en la planta y las apropiaciones presupuestales respectivas constituyen una „derivación concreta de aquellos principios superiores de rango constitucional que dominan el ejercicio de la función pública. En ésta, los funcionarios no pueden hacer sino aquello que les está expresamente autorizado por la normatividad jurídica, al contrario de lo que sucede en el terreno de las relaciones entre los particulares. Adicionalmente, esta pre delimitación de las labores y de la remuneración que a ellas corresponde, contribuye a la realización del principio de eficacia predicable de la función pública, en cuanto descarta criterios de improvisación en la prestación del servicio administrativo”

Estos apartes, sin duda, exponen cómo el artículo 83 del Decreto 1042 de 1978 fue contrastado con el artículo 122 Constitucional en la sentencia C-401 de 1998, situación que se concreta más adelante, cuando la Corte expone los lineamientos que debe tener en cuenta el Gobierno al vincular personal supernumerario:

„Estas restricciones o requisitos son: a) Dichas funciones deben estar previamente detalladas en la Ley o Reglamento. En el evento de reemplazo del personal permanente este requisito no ofrece mayor dificultad, pero que cuando se trata de funciones ocasionales, no ordinarias, impone una actividad tendiente a prever dichas eventualidades, para poder cumplir con la exigencia constitucional de detallar anticipadamente las labores a las que se dedicará el personal que se vincule transitoriamente, previsión que, como se dijo, debe estar consignada en una Ley o en un Reglamento Administrativo. b) Los cargos temporales que la Administración vaya a proveer, deberán estar previamente incluidos dentro de la planta de personal de la respectiva entidad, y c) Los salarios y prestaciones correspondientes a los cargos temporales, deberán estar previamente apropiados en el presupuesto correspondiente, y las partidas deben estar disponibles (...) (Subraya propia).

En ese mismo sentido, la misma Corporación en sentencia del 23 de octubre de 2008, Magistrado Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, expediente núm. 08001- 23-31-000-2003-01429-01 (1393-07), con relación al tipo de vinculación de los supernumerarios, afirma:

Se infiere entonces, que el actor efectivamente, era un auxiliar de la Administración, que en calidad de Supernumerario, desempeñaba actividades de apoyo al interior de la Entidad demandada, de carácter netamente transitorio, la mayoría relacionadas con el Plan de Choque contra la Evasión.

(...) De suerte que, en el presente asunto, el término de duración de la designación del actor, por varios meses con interrupciones, como auxiliar de la Administración, no fue el que determinó su permanencia, pues la misma obedeció a la finalidad de la actividad que desarrollaba.

(...) En igual sentido, tampoco encuentra la Sala que se haya desconocido el principio de igualdad, cuya vulneración alega el demandante, por estimar que su permanencia en el cargo y las funciones desempeñadas eran iguales a las que ejercían los funcionarios de la planta de personal; pues a todas luces, el modo excepcional de vinculación del actor a la Administración, no es el mismo que el del personal de planta de la U.A.E. DIAN, advirtiendo además, que dicho modo precario de vinculación, solo le generaba el derecho al reconocimiento de los salarios y prestaciones sociales de los empleados de planta, los que evidentemente le fueron reconocidos de conformidad con la ley aplicable a su particular situación, tal como se desprende de la certificación de pagos por salarios y deducciones emitida por el Jefe de la División de tesorería de la DIAN. (Folios 173 a 179 Cuaderno Principal).

De conformidad con la normativa y la jurisprudencia citadas, la vinculación de personal a través de la figura de supernumerario tiene un carácter netamente temporal, limitado al término de duración de la vacancia temporal o a la ejecución de la labor ocasional y transitoria para la cual es requerido. En razón a lo expuesto, los supernumerarios son auxiliares de la administración vinculados por medio de una resolución para suplir o atender necesidades del servicio y/o para desarrollar actividades de carácter netamente transitorio.

Además, el personal supernumerario debe tener claramente establecidas las funciones correspondientes, en virtud de lo establecido en el artículo 122 de la Constitución y debe ajustarse a las normas sobre clasificación y nomenclatura de cargos previstas para los empleos de la planta permanente, y al manual descriptivo de empleos y requisitos de cada organismo. La Corte estima que estas reglas son de obligatorio cumplimiento para proceder a vincular personal supernumerario.

- Del retiro de los empleados de libre nombramiento y remoción

La Constitución Política de Colombia clasifica los empleos en su artículo 125. Uno de ellos, son los empleados de libre nombramiento y remoción, quienes como su nombre lo indica, pueden ser libremente nombrados y removidos en ejercicio del poder discrecional que tiene la Administración para escoger a sus colaboradores, ocupando

lugares de dirección y/o confianza dentro de la entidad pública; sin gozar de las mismas prerrogativas, en igualdad de condiciones, de los empleados pertenecientes al régimen de carrera.

Al respecto, el Decreto 1083 de 2015, Único Reglamentario del Sector Función Pública contempla la declaratoria de insubsistencia de los empleados de libre nombramiento y remoción, con base en las siguientes precisiones:

ARTÍCULO 2.2.11.1.2 De la declaratoria de insubsistencia. En cualquier momento podrá declararse insubsistente un nombramiento ordinario, sin motivar la providencia, de acuerdo con la facultad discrecional que tiene el nominador de nombrar y remover libremente sus empleados.

En los empleos de libre nombramiento y remoción la designación de una nueva persona implica la insubsistencia del nombramiento de quien lo desempeña.

Conforme a lo anterior, la insubsistencia es una causal autónoma de retiro del servicio, producto de la facultad discrecional de remoción de la cual están investidas las autoridades nominadoras, con el propósito de hacer cesar la vinculación en el empleo designado. Sin embargo, ha de llegarse a tal decisión cuando la autoridad nominadora se ha persuadido de su conveniencia y oportunidad. El Consejo de Estado se ha referido sobre el tema en distintas oportunidades, algunos de los análisis se mencionan a continuación:

“La insubsistencia del nombramiento es una figura a la que se recurre cuando la autoridad nominadora lo considera conveniente, en aras del mejoramiento del buen servicio. Sabido es que una medida de tal naturaleza se supone inspirada en razones del buen servicio, fin primordial de la función pública, y que el acto administrativo contentivo de una manifestación de voluntad, como la que se controvierte, goza de la presunción de legalidad, vale decir, que se expidió con sujeción al ordenamiento jurídico vigente, aunque puede ser desvirtuada mediante prueba en contrario” (Consejo de Estado, Sección Segunda, en sentencia Radicado núm. 2002-00188-01 del 19 de enero de 2006, Magistrado Ponente: Tarsicio Cáceres Toro).

“En cuanto a los nombramientos en cargos de libre nombramiento y remoción, la Sala reitera su criterio jurisprudencial, según el cual, dada la forma en que se realiza el ingreso, asimismo puede la administración en cualquier tiempo declarar la insubsistencia, a través de acto administrativo que no requiere motivación alguna. No obstante, la justificación del retiro debe propender por la búsqueda de mejorar el servicio de la entidad pública y los intereses generales que deben predominar en la función pública.

Dicho objetivo es una presunción que la ley le otorga a estos actos, siendo deber del particular desvirtuarla, en el sentido de comprobar que, con su retiro, el nominador tuvo en cuenta intereses particulares y caprichosos y, que, por tal razón, se desmejoró el servicio” (Consejo de Estado, Sección Segunda, Radicado núm. 4425-2004 del 4 de noviembre de 2008, Magistrado Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero).

“Respecto de esta clase de empleos públicos, ha sido claro el criterio establecido por la Sala en lo relacionado con el tratamiento que debe darse a los funcionarios que los ocupan, en el entendido de que corresponde a la Administración, en ejercicio de su facultad discrecional y con el fin del mejoramiento del servicio, efectuar los movimientos de personal que a bien tenga dada la naturaleza especial que revisten, por lo que no es necesaria la motivación expresa del acto de retiro de los mismos, para proferir dicha decisión. Es en síntesis, una amplia facultad o margen de libertad para que la Administración elija a los funcionarios que en su sentir desempeñarán una mejor tarea en pro del buen servicio público que prestan y del cumplimiento de los fines que se le han encomendado, por ello resulta razonable en aras del interés de la institución, al cual debe ceder el interés particular, que el nominador en ejercicio de su potestad discrecional pueda retirar del servicio a los funcionarios de libre nombramiento y remoción para reacomodar su equipo” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, Radicado núm. 70001 23 31 000 2001 01370 01 (2447-07) del 8 de mayo de 2008, Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren).

De acuerdo al pronunciamiento jurisprudencial, la insubsistencia de los empleados de libre nombramiento y remoción procede cuando el nominador así lo considera pertinente, sin motivación; por cuanto, el nombramiento en dichos empleos se fundamenta, principalmente, en la confianza y el manejo que representan con relación a la autoridad empleadora, en aras de mejorar el servicio y los fines públicos encomendados. Por ende, cuando el nominador nombra a otra persona en un empleo de libre, en calidad de *reemplazo*, estaría declarando la insubsistencia de quien ocupa el cargo actualmente y nombrando a un nuevo colaborador.

II. RESPUESTA A LAS PREGUNTAS OBJETO DE LA SOLICITUD DE CONCEPTO

Con fundamento en los criterios y disposiciones expuestos, damos respuesta a sus interrogantes en el mismo orden en que se formularon, concluyendo:

1. *¿Puede un supernumerario suplir la vacante temporal por incapacidad de un empleo de libre nombramiento y remoción?*

Si bien el nombramiento del supernumerario procede a efectos de suplir vacancias temporales de empleados públicos, durante licencias o vacaciones, el hacer esta acción en empleos de libre nombramiento y remoción comportaría, entonces, un retiro efectivo del servicio del titular de este empleo, al ser un nombramiento ordinario.

Por lo tanto, en caso de vacancia temporal en un empleo de libre nombramiento y remoción, la ley prevé que, ante la vacancia de este tipo de empleos, los mismos se provean a través de encargo con empleados de carrera administrativa o de libre, siempre y cuando cumplan con el perfil y los requisitos establecidos para desempeñar el respectivo cargo (Ley 1960 de 2019, artículo 1º, incisos 4 y 5, modificatoria de la Ley 909 de 2004, art. 24).

2. *¿Puede un supernumerario nombrarse mediante acto administrativo, sin que el manual de funciones de la respectiva entidad lo contenga?*

Esta pregunta no es clara. No obstante, se precisa que el personal supernumerario es nombrado mediante acto administrativo (resolución). Y, además, debe tener definidas las funciones del empleo a desarrollar (artículo 122 Superior), esto como condición requerida para su vinculación con las entidades del Estado.

III. NATURALEZA DEL CONCEPTO

Este concepto lo emitimos en los términos y con los alcances dados por el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo - Ley 1437 de 2011.

Para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web www.funcionpublica.gov.co/eva, en el botón web *Gestor Normativo* puede consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

Adicionalmente, en la web <https://coronaviruscolombia.gov.co/Covid19/index.html> encuentra la normativa expedida por el Gobierno Nacional con relación a la emergencia sanitaria causada por el COVID-19.

Cordialmente,

ARMANDO LOPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Angélica Guzmán Cañón

Revisó: Harold Herreño Suarez

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:12:27