



Función Pública

## Concepto 126041 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20226000126041\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000126041

Fecha: 30/03/2022 05:58:21 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: RETIRO DEL SERVICIO ¿¿Renuncia. Renuncia protocolaria empleados supernumerarios y contratistas del CNE. Radicado: 20222060076142 del 09 de febrero de 2022.

Respetado Señor Borrás,

Acuso recibo de la comunicación de la referencia, a través la cual consulta si es procedente que un empleado del nivel directivo, puede solicitar la renuncia protocolaria de los empleados del despacho que tiene a su cargo, teniendo en cuenta que son contratistas o supernumerarios.

Al respecto, me permito señalar inicialmente que, este Departamento en ejercicio de sus funciones contenidas en el Decreto 430 de 2016, realiza la interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con el empleo público y la administración de personal; sin embargo, no le corresponde la valoración de los casos particulares, y carece de competencia para ordenar el reconocimiento de derechos; tampoco funge como ente de control ni es el competente para decidir sobre la legalidad de las actuaciones de las entidades del estado o de los servidores públicos, competencia atribuida a los Jueces de la República.

No obstante, me permito dar respuesta en los siguientes términos:

### Renuncia Protocolaria:

Es imperante manifestar que la renuncia tiene su desarrollo normativo en la Ley 909 de 2004, el Decreto-Ley 2400 de 1968 y el Decreto 1083 de 2015. En estas normas se expresa que esta causal de retiro consiste en la manifestación de la voluntad del empleado de separarse del cargo del cual es titular, por lo tanto, debe ser libre, espontánea, inequívoca y constar por escrito; en otras palabras, la renuncia es un acto unilateral, del servidor público, mediante el cual éste expresa su voluntad de dejar el cargo que ocupa, para que la Administración aceptando esa solicitud, lo desvincule del empleo que viene ejerciendo.

Así las cosas, quedan prohibidas y carecen de valor, las renunciaciones en blanco o sin fecha determinada o que mediante cualesquiera otras circunstancias pongan con anticipación en manos del jefe del organismo la suerte del empleado.

En atención a lo referido en su consulta, de forma complementaria a lo anterior, es preciso referir lo que el Consejo de Estado, ha indicado con relación a la renuncia protocolaria, en sentencias como la emitida por la Sección Segunda, Subsección "B" del 01 de junio de 2017, así:

*"Las renunciaciones protocolarias se producen por la voluntad inequívoca del funcionario de dejar en libertad al nominador para reorganizar la dependencia respectiva, designando a las personas que a su juicio sean las más idóneas para el ejercicio del cargo. En el mismo sentido, es preciso indicar respecto de la solicitud de la renuncia, que esta conducta por parte de la administración se acostumbra a realizar más como un*

acto de cortesía, para no hacer uso de la facultad discrecional de la que se encuentra investido el nominador, máxime cuando se halla frente a un empleado que no goza de fuero de estabilidad. También se ha sostenido, que en niveles directivos de libre nombramiento y remoción la insinuación de la presentación de la renuncia no es ilegal, pues ello obedece, en razón de la naturaleza del cargo, a la posibilidad de la máxima autoridad de la entidad de conformar su equipo de trabajo y de permitirle al funcionario una salida ajena a cualquier connotación negativa, que aunque equivocada, tiene la decisión de que su cargo sea declarado insubsistente.”

Naturaleza de los empleos supernumerarios y de los contratistas:

Sobre la figura de los supernumerarios el artículo 83 del Decreto 1042 de 1978, dispone:

*“ARTÍCULO 83.- De los supernumerarios. Para suplir las vacancias temporales de los empleados públicos en caso de licencias o vacaciones, podrá vincularse personal supernumerario.*

*(Inciso segundo derogado tácitamente por el artículo 21 de la Ley 909 de 2004, sentencia C 422 de 2012, Magistrado Ponente Dr. MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO.) Texto original: También podrán vincularse supernumerarios para desarrollar actividades de carácter netamente transitorio.*

*(Inciso 3o. declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-401-98 de 1998 del 19 de agosto de 1998, Magistrado Ponente Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.) Texto original: En ningún caso la vinculación de un supernumerario excederá el término de tres meses, salvo autorización especial del gobierno cuando se trate de actividades que por su naturaleza requieran personal transitorio por períodos superiores.*

*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.*

*(Aparte tachado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-401-98 de 1998 del 19 de agosto de 1998, Magistrado Ponente Dr. Vladimiro Naranjo Mesa. Aparte tachado y con negrita derogado tácitamente por el Artículo 161 de la Ley 100 de 1993.) Texto original: Cuando la vinculación de personal supernumerario no exceda el término de tres meses, no habrá lugar al reconocimiento de prestaciones sociales. Sin embargo, las entidades deberán suministrar al personal supernumerario atención médica en caso de enfermedad o accidente de trabajo.*

*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.”*

Por su parte, la Corte Constitucional en la sentencia C-401 de 1998, Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa, en la cual resuelve la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 83 del Decreto 1042 de 1978, señaló lo siguiente:

*“7. De otra parte, la vinculación de servidores supernumerarios llamados a prestar servicios temporales en la Administración Pública, no desconoce los derechos de quienes se hallan inscritos en la carrera administrativa. En efecto, en cuanto la vinculación de personal supernumerario se lleva a cabo sólo cuando se presentan vacancias temporales por licencia o vacaciones y cuando existe necesidad de desarrollar actividades de carácter meramente transitorio, resulta evidente que no conlleva el desplazamiento ni la desvinculación del cargo de otros funcionarios de carrera. 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.*

*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”. (Subrayado fuera de texto).*

De acuerdo con lo anterior, el personal supernumerario se vincula a la administración de manera temporal en casos de vacancia temporal de los empleados públicos como licencias o vacaciones.

Es importante aclarar que los supernumerarios se encuentran ubicados por fuera de la planta de personal y tienen la calidad de Auxiliares de la Administración. Al respecto, el doctrinante Diego Younes Moreno, en su libro Derecho Administrativo Laboral, señala:

"No están los auxiliares incorporados a las plantas de personal. Prestan sus servicios en forma ocasional o temporal a la administración. La doctrina también los denomina "colaboradores" de la administración.

En la rama ejecutiva las formas usuales de auxiliares de la administración son los supernumerarios y los contratistas independientes".

Con relación a la naturaleza jurídica de los supernumerarios, el tratadista Jairo Villegas Arbeláez expresó en su obra:

"Legalmente podría asumirse desde dos puntos de vista distintos:

- Como auxiliares de la administración pública, dado que el concepto de empleo está referido a satisfacer necesidades permanentes de la administración<sup>2</sup>, y además, por asimilarse su naturaleza a la de meros auxiliares, por desarrollar una actividad temporal y no pertenecer a los cuadros permanentes de la administración<sup>3</sup>. Este es el criterio del profesor Diego Younes Moreno.

- Como empleados, dado que el factor o duración de la actividad no es lo determinante, sino que lo es el ejercicio de funciones administrativas, como lo advirtió la Corte Constitucional en caso semejante".

Al respecto, el Consejo de Estado, señaló en relación a la naturaleza de los supernumerarios lo siguiente:

"(...) 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.

En efecto, en la descripción genérica del cargo desempeñado para los años 2000 y siguientes, en el apartado de Asignación de Funciones, se indica que el actor debía realizar "... labores de apoyo en los operativos de control aduanero a establecimientos, vías, depósitos y demás sitios identificados como vulnerables para el contrabando en coordinación con otras autoridades (POLFA), planear, recopilar, examinar, evaluar la información, comunicar los resultados y hacer el seguimiento de cada uno de los casos u operativos asignados" además "Apoyar eficazmente la realización de los operativos a nivel nacional ordenados por la Subdirección en coordinación con la policía fiscal". (Folio 72 y 78 Cuaderno Principal, 79 Cuaderno 2).

Con lo anterior, para la Sala, se torna inviable la posibilidad de dar aplicación al principio de primacía de la realidad sobre las formalidades invocado por el demandante, pues si bien es cierto, su nombramiento como Supernumerario, se produjo por parte de la Entidad demandada en diversas oportunidades, mediante los actos administrativos reseñados y desempeñó funciones administrativas directamente relacionadas con el objeto y la naturaleza de la U.A.E. DIAN; no lo es menos, que su vínculo con la Administración, como se infiere de las pruebas relacionadas, implicó la ejecución de funciones de carácter transitorio, con solución de continuidad, por períodos que no excedieron los once meses, incluidas las prórrogas, que obedecían a las necesidades del servicio en apoyo de las labores atendidas por el personal de planta, relacionadas entre otras, con el plan de lucha contra la evasión y el contrabando.

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)". (Negrita y subrayado fuera del texto).

La misma Corporación en sentencia con radicación número: 68001-23-31-000-2013-00754-01 (1167-15) del 09 de noviembre de 2017 y ponencia del Consejero Carmelo Perdomo Cueter, preceptuó:

"Respecto de la existencia de un contrato realidad y la aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, pretendidas por el accionante, cabe reiterar los criterios jurisprudenciales citados en precedencia, en el sentido de que la situación de los supernumerarios no es asimilable a los funcionarios de planta de la DIAN, ya que su vinculación si bien comporta naturaleza laboral, se efectúa de manera temporal para atender necesidades del servicio de carácter transitorio, algunas atañederas al plan de lucha contra la evasión y el contrabando, por lo que también devengando prestaciones sociales, tal como se observa en el sub lite, por lo tanto, se comparte la aseveración del Tribunal.

Ahora, si la labor que ejercía el accionante como supernumerario podía extenderse por la necesidad del servicio, ello no implica arrogarse derechos de los empleados de carrera de la planta de personal de la entidad demandada, por el solo pasar del tiempo, pues no se desdibuja la naturaleza de su vinculación”.

De acuerdo con lo anterior podemos señalar:

a.- El personal que ingresa como supernumerario a las entidades públicas, de acuerdo con el Decreto 1042 de 1978 tiene como función suplir vacancias temporales de los empleados públicos o para desarrollar actividades de carácter netamente transitorio.

b.- Los supernumerarios son auxiliares de la administración que se vinculan por medio de una Resolución y tienen derecho al mismo reconocimiento de salarios y prestaciones sociales de los empleados de planta, pero no son considerados empleados públicos.

Ahora bien, con relación a los contratistas se observa que de conformidad con el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, la vinculación mediante contrato de prestación de servicios dispone:

*“ARTICULO 32. “DE LOS CONTRATOS ESTATALES (...)*

*3°. Contrato de prestación de servicios.*

*Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.*

*En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.”*

Como puede observar, los contratos de prestación de servicios son una modalidad a través de la cual las entidades estatales pueden desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, no obstante, no tienen la calidad de servidores públicos.

Frente al particular, debe tenerse en cuenta que el Consejo de Estado mediante Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil de mayo 10 de 2001, Radicación No. 1.344, Consejero Ponente: Flavio Augusto Rodríguez Arce, señaló:

*“La vinculación jurídica derivada del contrato de prestación de servicios es diferente de la que emana de la relación laboral de origen contractual con los trabajadores oficiales. En efecto, el de prestación se refiere a actividades relacionadas con la administración y funcionamiento de la entidad; el contratista es autónomo para ejecutar el contrato; no se causan prestaciones sociales y no responde disciplinariamente -Sentencia C-280/96, mientras que el trabajador oficial, en su orden, labora en la construcción y sostenimiento de obras públicas o está vinculado a una empresa industrial o comercial del Estado; está, por esencia, subordinado a la administración; las prestaciones sociales le son consustanciales y responde disciplinariamente.*

*De los presupuestos de la definición legal y de los elementos analizados, se concluye que particulares que colaboran con el Estado mediante un contrato de prestación de servicios o cualquier otro, tipificado en la ley 80 de 1993 o producto de la autonomía de la voluntad, no están subsumidos en el contexto de la función pública, ni son, por tanto, servidores públicos y, por lo mismo, no reciben "asignación" en los términos establecidos, lo que hace imposible aplicarles el régimen de estos.” (Subrayado fuera de texto)*

Es de precisar que, el contrato de prestación de servicios se rige por las cláusulas acordadas y estipuladas de común acuerdo por las partes en el mismo, entre las cuales deberán estar previstas las causales de terminación, y la posibilidad de ceder o terminar de manera voluntaria la relación contractual.

Por lo anterior, y en atención a su primera inquietud, esta Dirección Jurídica concluye lo siguiente:

Las renunciaciones protocolarias se producen por la voluntad inequívoca del funcionario de dejar en libertad al nominador para reorganizar la dependencia respectiva, designando a las personas que a su juicio sean las más idóneas para el ejercicio del cargo y solo puede solicitarse a empleados de libre nombramiento y remoción, por su carácter discrecional.

Los supernumerarios al igual que los contratistas no son servidores públicos de conformidad con lo expuesto a lo largo de este concepto, por lo mismo que no son de libre nombramiento y remoción.

Como quiera que la renuncia protocolaria solo aplica en el caso de empleados de libre nombramiento y remoción, esta Dirección Jurídica concluye que no es viable la solicitud de renuncia protocolaria a empleados supernumerarios y contratistas.

Ahora bien, frente a su consulta particular sobre la viabilidad que un Magistrado del Consejo Nacional Electoral solicite renuncia protocolaria a los empleados supernumerarios y a los contratistas que pertenecen a su despacho, me permito indicarle que, de conformidad con lo señalado en el artículo 265 de la Constitución Política de Colombia y el artículo 1° del Decreto 2085 de 2019, el Consejo Nacional Electoral es un organismo autónomo, de origen constitucional, independiente de las tres ramas del poder público y hace parte de la organización electoral, el cual goza de la autonomía administrativa y presupuestal.

Adicionalmente, el artículo 24 del mismo Decreto 2085 de 2019, establece que los servidores del Consejo Nacional Electoral se regirán en materia de nomenclatura, salarios, clasificación de los empleos, carrera administrativa, retiro de servicio y situaciones administrativas, por el régimen establecido para los servidores de la Registraduría Nacional del Estado Civil, en especial en la Ley 1350 de 2009.

De lo anterior puede evidenciarse que, el Consejo Nacional Electoral es un órgano autónomo e independiente, cuyas situaciones administrativas y causales de retiro del servicio deben ser reguladas de conformidad con lo establecido en la Ley 1350 de 2009 que reglamenta la Carrera Administrativa Especial en la Registraduría Nacional del Estado Civil.

En ese sentido, y de conformidad con lo establecido en el Decreto 430 de 2016, este Departamento Administrativo carece de competencia para pronunciarse sobre el particular, razón por la cual su consulta será remitida a la Unidad Asesora Jurídica y Defensa Judicial del Consejo Nacional Electoral, para que se pronuncie de fondo sobre el particular. Lo anterior, también dando cumplimiento al artículo 121 de la Constitución Política de Colombia.

Finalmente, para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público; así como las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos, me permito indicar que en el link </eva/es/gestor-normativo> podrá encontrar conceptos relacionados con el tema, que han sido 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 CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Maria Camila Bonilla.

Revisó: Harold Herreño.

Aprobó: Armando López Cortes.

11602.8.4

---

*Fecha y hora de creación: 2024-12-11 18:27:27*