



Concepto 388511 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000388511

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000388511

Fecha: 26/10/2021 05:34:56 p.m.

Bogotá D.C.

REF: EMPLEO. Supernumerario. Posibilidad de que suscriba contrato con entidad privada. RAD. 20219000642822 del 27 de septiembre de 2021.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta si una persona que tiene un contrato de prestación de servicios con una empresa privada puede posesionarse en el cargo de supernumeraria con una entidad pública, o estaría incurriendo en incompatibilidad y/o incompatibilidad, me permito manifestarle lo siguiente.

Sobre la figura de los supernumerarios el artículo 83 del Decreto Ley 1042 de 1978, “*Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los Ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones*”, 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.

(...)

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.”

Por su parte, la Corte Constitucional en la sentencia C-401 de 1998, 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 nuestro).

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.

Al respecto, el Consejo de Estado, manifestó 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)". (Destacado nuestro).

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.

Ahora bien, el artículo 128 de la Constitución Política, señala:

"ARTÍCULO 128. Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley.

-
Entiéndase por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas." (Subrayado nuestro)

Respecto a las excepciones a la prohibición constitucional de recibir más de una asignación del Tesoro Público, la Ley 4^a de 1992, "Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política", las determina así:

"ARTÍCULO 19. Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público, ni recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado. Exceptúense las siguientes asignaciones:

a) Las que reciban los profesores universitarios que se desempeñen como asesores de la Rama Legislativa;

b) Las percibidas por el personal con asignación de retiro o pensión militar o policial de la Fuerza Pública;

c) Las percibidas por concepto de sustitución pensional;

d) Los honorarios percibidos por concepto de hora-cátedra;

e) Los honorarios percibidos por concepto de servicios profesionales de salud;

f) Los honorarios percibidos por los miembros de las Juntas Directivas, en razón de su asistencia a las mismas, siempre que no se trate de más

de dos juntas;

g) Las que a la fecha de entrar en vigencia la presente Ley beneficien a los servidores oficiales docentes pensionados.

PARÁGRAFO. No se podrán recibir honorarios que sumados correspondan a más de ocho (8) horas diarias de trabajo a varias entidades”.

De acuerdo con las normas y la jurisprudencia citada, está prohibido recibir más de una asignación que provenga del erario público, salvo las excepciones establecidas en el artículo 19 de la Ley 4 de 1992.

Según los textos normativos, los supernumerarios, al desempeñar empleos donde suplen vacancias temporales o se vinculan para desarrollar actividades de carácter netamente transitorio, cuyas obligaciones laborales deben estar definidas previamente en el presupuesto correspondiente, junto con su clasificación y nomenclatura acorde con los empleos de planta permanente, no pueden recibir doble asignación que provenga del tesoro público.

Para el caso objeto de la consulta, se trata de una contratista del sector privado que se posesionará como supernumeraria en una entidad pública. Por lo tanto, en el caso expuesto, no se evidencia una doble erogación del tesoro público.

Por otro lado, es preciso indicar que de conformidad con lo expuesto por la Corte Constitucional en reiterados pronunciamientos, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, como las demás calidades, exigencias o requisitos que debe reunir quien aspire a ingresar o a permanecer al servicio del Estado, deben estar consagradas en forma expresa y clara en la Constitución y en Ley.

Por su parte, la Sala Plena del Consejo de Estado en sentencia dictada el 8 de febrero de 2011, respecto del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, consideró lo siguiente:

“Las inhabilidades e incompatibilidades, en tanto limitan la libertad y los derechos de las personas, son de origen constitucional y legal. La tipificación de sus causas, vigencia, naturaleza y efectos es rígida y taxativa; su aplicación es restrictiva, de manera que excluye la analogía legis o iuris, excepto en lo favorable; están definidas en el tiempo, salvo aquellas de carácter constitucional (verbi gratia arts. 179 No.1, 197 y 267 C.P.); y, además, hacen parte de un conjunto de disposiciones que integran un régimen jurídico imperativo y de orden público, razón por la cual no son disponibles ni pueden ser derogadas por acuerdo o convenio”. (Las negrillas y subrayas son de la Sala).

Conforme con lo anterior, las inhabilidades son restricciones fijadas por el constituyente o el legislador para limitar el derecho de acceso al ejercicio de cargos o funciones públicas, ello quiere decir, que tienen un carácter prohibitivo y, por consiguiente, estas son taxativas, es decir, están expresamente consagradas en la Constitución o en la Ley y su interpretación es restrictiva, razón por la cual no procede la aplicación analógica ni extensiva de las mismas.

Así las cosas, cuando se trata de servicios que se presten en el sector privado, en criterio de esta Dirección Jurídica, no se evidencia impedimento legal alguno para que quien tiene una vinculación como supernumerario perciba honorarios por concepto de trabajos particulares ejecutados por fuera de la jornada laboral (Ver numeral 11, art. 34. Ley 734 de 2002), dado que no se ha previsto incompatibilidad alguna constitucional o legal frente a ingresos provenientes del sector privado.

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: Harold Herreño

Aprobó Armando López Cortés

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección II Subsección "A", Sentencia del 23 de octubre de 2008, M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. REF: Expediente No. 08001-23-31-000-2003-01429-01 (1393-07).
2. Corte Constitucional en Sentencia No. [C-546](#) de 1993, Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz
3. Sentencia proferida dentro del Expediente N°: 11001-03-15-000-2010-00990-00(PI) Demandante: Cesar Julio Gordillo Núñez.

Fecha y hora de creación: 2026-01-30 00:14:35