



Función Pública

Concepto 162981 de 2015 Departamento Administrativo de la Función Pública

20156000162981

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20156000162981

Fecha: 25/09/2015 09:33:07 a.m.

Bogotá D. C.,

REF: EMPLEOS. Nombramiento de supernumerarios en Ley de Garantías. Radicado: 2015206016729-2 del 14 de septiembre de 2015.

En atención a la comunicación de la referencia, remitida por la Procuraduría General de la Nación, me permito dar respuesta a la misma en los siguientes términos:

PLANTEAMIENTO JURÍDICO:

¿En vigencia de la Ley de Garantías, es viable vincular supernumerarios?

FUENTES FORMALES:

- Ley [996](#) de 2005¹

- Decreto [1042](#) de 1978²

- Decreto [1737](#) de 1998³

- Directiva Unificada de la Procuraduría General de la Nación.

- Directiva Presidencial No [11](#) de 2009.

- Conceptos Consejo de Estado.

ANÁLISIS:

Con el objeto de abordar el tema sometido a estudio, es necesario analizar las disposiciones legales que a continuación se relacionan:

La Ley 996 del 24 de noviembre de 2005, (Ley de Garantías), que tiene por objetivo garantizar la transparencia en los comicios electorales, establece limitaciones a la vinculación de personal a las entidades y por regla general se aplica a todas las Entidades del Estado. Esta ley señaló en los artículos 32 y 38, lo siguiente:

“ARTÍCULO 32. Vinculación a la nómina estatal. Se suspenderá cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal, en la Rama Ejecutiva del Poder Público, durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la segunda vuelta, si fuere el caso. Se exceptúan de la presente disposición, los casos a que se refiere el inciso segundo del artículo siguiente.

PARÁGRAFO. Para efectos de proveer el personal supernumerario que requiera la Organización Electoral, la Registraduría organizará los procesos de selección y vinculación de manera objetiva a través de concursos públicos de méritos”. (Subrayado fuera de texto)

“ARTÍCULO 38. Prohibiciones para los servidores públicos. A los empleados del Estado les está prohibido: (...)

Parágrafo. (...)

La nómina del respectivo ente territorial o entidad no se podrá modificar dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, salvo que se trate de provisión de cargos por faltas definitivas, con ocasión de muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada, y en los casos de aplicación de las normas de carrera administrativa.” (Subrayado fuera de texto)

Es importante tener en cuenta que la Directiva Unificada No. 003 de 2011 de la Procuraduría General de la Nación, señaló:

“1) Atender las prohibiciones que por virtud de la ley 996 de 2005 y la sentencia de Constitucionalidad C-1153 de 2005 aplican, en materia de contratación estatal, utilización de muebles e inmuebles, inauguración de obras públicas y modificación de la nómina:

“(…)”

d. La nómina del respectivo ente territorial o entidad no se podrá modificar dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, salvo que se trate de provisión de cargos por faltas definitivas, con ocasión de muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada, y en los casos de aplicación de las normas de carrera administrativa. (...)”

(Subrayado fuera de texto)

La Presidencia de la República, mediante Directiva Presidencial No. 11 del 13 de noviembre de 2009, señaló lo siguiente:

"1. Suspensión de vinculación de personal a la Nómina Estatal

1.1 De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley 996 de 2005, se suspenderá cualquier forma de vinculación a la nómina estatal en la Rama Ejecutiva del Poder Público, durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la segunda vuelta, si fuere el caso. Esto es, desde el 30 de enero de 2010 a las cero horas (00:00 a. m.) y hasta la realización de la primera vuelta presidencial (30 de mayo a las 11:59:59 p. m.), o de la segunda vuelta (20 de junio hasta las 11:59:59 p. m.), si a ello hubiere lugar.

1.2 La Rama Ejecutiva del Poder Público, se encuentra conformada por las entidades y organismos establecidos en el artículo 38 de la Ley 489 de 1989.

1.3 De conformidad con lo expresado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-1153 de 2005, la prohibición de suspender cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal, hace referencia a la imposibilidad de creación de nuevos cargos y a la provisión de los mismos, salvo que se trate de solventar situaciones tales como renuncia, licencia o muerte cuya provisión sea indispensable para el cabal funcionamiento de la Administración Pública, o cuando se trate de la designación de servidores públicos en cargos de carrera por el sistema de concurso público de méritos.

1.4 En consecuencia, de esta prohibición, se exceptúa la provisión de cargos en los siguientes casos:

1.4.1 Aquellos necesarios para la defensa y seguridad del Estado.

1.4.2 Aquellos necesarios para el cubrimiento de emergencias educativas, sanitarias, hospitalarias y desastres; así como también los indispensables para la reconstrucción de la infraestructura vial (vías, puentes, carreteras) o energética y de comunicaciones, en caso de que las mismas hayan sido objeto de atentados, acciones terroristas, desastres naturales o casos de fuerza mayor. Igualmente aquellos que, para el mismo efecto, requieran las entidades sanitarias y hospitalarias.

1.4.3 Aquellos referidos a la vinculación del personal supernumerario que requiera la Organización Electoral, para lo cual la Registraduría Nacional del Estado Civil organizará los procesos de selección y vinculación de manera objetiva a través de concursos públicos de méritos, ágiles y eficaces." (Negrilla y subrayado fuera de texto)

Estas restricciones aplican a las autoridades nominadoras de los sectores central y descentralizado del nivel nacional y de las entidades territoriales y sus entidades descentralizadas.

Con respecto a las excepciones de para la prohibición de contratación en vigencia de la ley de garantías, es importante remitirse a lo expresado por la Corte Constitucional al examinar la constitucionalidad del referido artículo 32 de la citada Ley mediante sentencia C-1153/05 del 11 de noviembre de 2005, Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra, frente al alcance de las prohibiciones y restricciones de provisión de empleos contenidos en la Ley 996 de 2005, en la cual expresó:

"De otra parte, para la Sala el inciso primero se ajusta a la Constitución, pues la suspensión de las vinculaciones que afecten a la nómina estatal durante el periodo en que el candidato Presidente puede estar en campaña electoral sí es garantía de una mayor equidad de condiciones entre este candidato y los demás aspirantes a la presidencia de la República, en cuanto a través de esas vinculaciones se pueden buscar favores políticos.

Ahora, si bien la limitación garantiza la igualdad de condiciones, también es necesario que tal limitación que pretende la igualdad no termine yendo en detrimento de intereses públicos cuya garantía está en cabeza del ejecutivo, como son los inmersos en las excepciones para la prohibición de contratación.

En efecto, las excepciones de limitación protegen diversos tipos de urgencias de defensa, salud, educación, infraestructura vial y de servicios públicos y ecológicas tienden a no limitar desproporcionadamente la acción del Estado en el cumplimiento de sus fines, en procura de la igualdad entre candidatos como garantía electoral. Por su parte, la no restricción en la celebración de contratos de crédito público es razonable, pues le permite al Estado mantener la estabilidad fiscal toda vez que tanto el endeudamiento interno como el externo permiten conseguir los recursos necesarios para el pleno cubrimiento de las provisiones presupuestales.

Ahora bien, esta Corporación considera que la prohibición de suspender cualquier forma de vinculación que "afecte" la nómina estatal hace referencia a la imposibilidad de creación de nuevos cargos y a la provisión de los mismos, salvo que se trate de solventar situaciones tales como renuncia, licencia o muerte que sean indispensables para el cabal funcionamiento de la Administración Pública.

-

Por último, la Sala precisa que la declaratoria de exequibilidad del artículo 32 se da bajo el entendido que el Presidente o el Vicepresidente de la República se ven cubiertos con la prohibición desde que manifiestan el interés previsto en el artículo 9º."

"(...)"

"Por último, la Sala también encuentra ajustada a la Carta la prohibición de modificar la nómina de los entes territoriales que dirijan o en los cuales participen Gobernadores, Alcaldes, Secretarios, Gerentes y directores de Entidades Descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital durante los cuatro meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, pues esto garantiza que no se utilice como medio para la campaña electoral en la cual pueden llegar a participar los funcionarios públicos autorizados por la Carta para actuar en política y, por tanto, promueve la transparencia del actuar administrativo.

Ahora bien, las excepciones a esta prohibición, consignadas en el inciso cuarto del párrafo, respetan el equilibrio que debe existir entre la guarda de la moralidad administrativa y la eficacia de la administración, a través de la autorización de vincular en nómina (a) cuando se trate de proveer cargos por faltas definitivas derivada de muerte o renuncia y (b) los cargos de carrera administrativa.

En efecto, si se trata de proveer un cargo por necesidad del servicio, toda vez que quien lo desempeñaba no está en capacidad de seguirlo haciendo, es claro que la vinculación no se tratará de un cargo creado ad hoc en épocas de campaña, sino de una necesidad permanente de la administración que no puede dejar de ser satisfecha por encontrarse en periodo de campaña. De otra parte, si con la prohibición de modificación de nómina pretende evitar la vulneración de la moralidad administrativa, las vinculaciones que se presenten aplicando las normas de carrera administrativa serán admisibles por todas las garantías de transparencia y objetividad que deben rodear el régimen de carrera.

-

Por último, el límite de tiempo para la prohibición de modificación de nómina es razonable, pues en los cuatro meses indicados, época de campaña, es que se presentan el mayor riesgo de aprovechamiento del cargo público para fines políticos". (Negrilla y subrayado fuera de texto)

Al respecto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto con radicación No. 1.985 (11001-03-06-000-2010-00006-00) del 4 de febrero de 2010, Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo, señaló:

"Se tiene pues que, tratándose de las campañas presidenciales, la prohibición de hacer vinculaciones en la nómina, bajo cualquier forma, rige para la rama Ejecutiva, esto es, aplica a las autoridades nominadoras de los sectores central y descentralizado del nivel nacional y de las entidades territoriales y sus entidades descentralizadas; para sus efectos, es indiferente que en la respectiva campaña presidencial participen como candidatos, el Presidente o el Vicepresidente de la república en ejercicio, pues los artículos 32 y 33 no distinguen entre estas situaciones.

Las excepciones establecidas en los artículos 32 y 33 en comento, guardan relación, exclusivamente, con algunos servicios públicos que por su naturaleza no admiten postergaciones en la atención de sus necesidades de personal, bienes y servicios; en estos preceptos no se establece condición alguna relacionada con las causales de retiro del servicio de los servidores que eran titulares de los empleos vacantes.

Elo significa que durante las campañas presidenciales los organismos y entidades nacionales y territoriales, de la Rama Ejecutiva, con funciones atinentes a la defensa y seguridad del Estado, las entidades sanitarias y hospitalarias, y los responsables de la educación y las infraestructuras vial, energética y de comunicaciones en los solos eventos taxativamente señalados en el inciso segundo del artículo 33, pueden proveer sus vacantes sin considerar la causal de retiro de los servidores que desempeñaban el cargo y que generan vacantes.”

(Subrayado fuera de texto)

A su vez, el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado con radicación No. 1.839 (1001-03-06-000-2007-00061-00) del 26 de julio de 2007, Consejero Ponente: Gustavo Aponte Santos, indica:

“En efecto, de acuerdo con lo previsto en el artículo 123 Constitucional, los destinatarios de las prohibiciones contenidas en los citados numerales de la norma en comento, son los miembros de corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios, en tanto, éstas son de carácter general. Mientras que, las restricciones del párrafo son temporales y están dirigidas a unos sujetos o destinatarios específicos: “los Gobernadores, alcaldes municipales y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital”, con el fin de evitar que utilicen los recursos, la burocracia y en general los medios que poseen en razón de sus cargos para romper el equilibrio entre los candidatos a las diferentes corporaciones o cargos del nivel territorial.

En consecuencia, los gobernadores, alcaldes municipales y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital, dentro de los cuatro meses anteriores a las elecciones, no podrán modificar la nómina del respectivo ente territorial o entidad, es decir, incorporar, ni desvincular a persona alguna de la nómina departamental, municipal o de las empresas descentralizadas.

-

Como tampoco, podrá modificarse la nómina de las entidades o empresas en las cuales, éstos participen como miembros de sus juntas directivas.

(...)

A partir de la naturaleza jurídica de las empresas sociales del Estado y del carácter de servidores públicos que tienen las personas que a ellas se vinculan, considera la Sala que la ley 996 de 2005, les resulta plenamente aplicable y como destinatarios que son del régimen de prohibiciones preelectorales contenido en el artículo 38 ibídem, les está vedado realizar las conductas descritas en los numerales 1°, 2° y 3° de dicha norma.”
(Subrayado fuera de texto)

De conformidad con las normas y jurisprudencia anteriormente citadas, se prohíbe la modificación de la nómina de los entes territoriales que dirijan o en los cuales participen Gobernadores, Alcaldes, Secretarios, Gerentes y Directores de Entidades Descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital durante los cuatro meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, pues esto garantiza que no se utilice como medio para la campaña electoral en la cual pueden llegar a participar los funcionarios públicos autorizados por la Carta para actuar en política y, por tanto, promueve la transparencia del actuar administrativo.

Tal como lo señala la Corte Constitucional en sentencia C-1153/05 del 11 de noviembre de 2005, se entiende que la prohibición de suspender cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal hace referencia a la imposibilidad de creación de nuevos cargos y a la provisión de los mismos. En ese sentido está prohibida la provisión de cargos, salvo que se trate de solventar situaciones tales como renuncia, licencia o muerte que sean indispensables para el cabal funcionamiento de la Administración Pública, o cuando se trate de la designación de servidores públicos en cargos de carrera por el sistema de concurso público de méritos. En esos casos, de conformidad con lo señalado por la Corte Constitucional, la vinculación no se tratará de un cargo creado ad hoc en épocas de campaña, sino de una necesidad permanente de la administración que no puede dejar de ser satisfecha por encontrarse en periodo de campaña.

Ahora bien, con respecto a suplir las vacancias temporales mediante supernumerarios, el Decreto 1042 de 1978, establece:

“ARTÍCULO 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.

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. Aparte Tachado declarado inexequible mediante la Sentencia C-401/98 Expediente D-1938 M. P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa, en la cual se concluye que “El desconocimiento de las prestaciones sociales a los empleados supernumerarios que se vinculan transitoriamente a la Administración Pública, resulta contrario a los principios rectores de las relaciones laborales, y a la justicia que debe presidir dichas relaciones. En efecto, desconoce, en primer término, el principio de igualdad de oportunidades, por cuanto el hecho de que la vinculación sea transitoria, no es óbice legítimo para establecer diferencias frente a aquellos servidores públicos vinculados permanentemente a la Administración”. Lo cual quiere decir que los supernumerarios tienen derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los empleados públicos.

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, el Decreto 1737 de 1998, para suplir la vacancia temporal, dispone:

“ARTÍCULO 5º. La vinculación de supernumerarios sólo podrá hacerse cuando no exista personal de planta suficiente para atender las actividades requeridas. En este caso, deberá motivarse la vinculación, previo estudio de las vacantes disponibles en la planta de personal.”

CONCLUSIONES:

De conformidad con lo expresado por la Corte Constitucional, la prohibición de suspender cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal hace referencia a la imposibilidad de creación de nuevos cargos y a la provisión de los mismos, salvo que se trate de solventar situaciones tales como renuncia, licencia o muerte que sean indispensables para el cabal funcionamiento de la Administración Pública.

Por lo tanto, en criterio de esta Dirección, es viable que en ley de garantías la administración nombre supernumerarios, siempre que se trate de suplir vacancias temporales como licencias o vacaciones.

El anterior concepto se imparte en los términos del Artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

CLAUDIA PATRICIA HERNÁNDEZ LEÓN

Directora Jurídica

Jaime Jiménez/JFCA

600.4.8

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

¹ *Por medio de la cual se reglamenta la elección de Presidente de la República, de conformidad con el artículo 152 literal f) de la Constitución Política de Colombia, y de acuerdo con lo establecido en el Acto Legislativo 02 de 2004, y se dictan otras disposiciones*

² *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*

³ *“Por el cual se expiden medidas de austeridad y eficiencia y se someten a condiciones especiales la asunción de compromisos por parte de las entidades públicas que manejan recursos del Tesoro Público*

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 09:54:22