

Departamento Administrativo de la Función Pública

Concepto 082041

Fecha: 17/02/2022

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Personero. Inhabilidad por ser supernumerario. **RAD. 20222060080982** del 14 de enero de 2022.

Cordial saludo.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta si puede ser personera después de haber ejercido un cargo público en la modalidad de contrato de supernumeraria por 50 días "vacaciones de la comisaría de familia" dentro del mismo municipio, me permito manifestarle lo siguiente:

Inicialmente, es importante destacar que este Departamento en ejercicio de sus funciones contenidas en el Decreto 430 de 2016¹, 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 así como tampoco, le compete señalar si una persona incurrió o no en causal de inhabilidad o incompatibilidad, competencia atribuida a los jueces de la república.

Así las cosas, solo es dable realizar una interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con la materia de su consulta. Al respecto, debe indicarse que los Servidores Públicos son las personas encargadas de cumplir y realizar las funciones y los fines establecidos por el Estado para su funcionamiento. Para evitar que los intereses particulares interfieran con las funciones públicas, la Constitución y las Leyes establecen un sistema de requisitos y limitaciones para quienes se van a vincular y para quienes se encuentran desempeñando cargos del Estado, que comúnmente son denominadas **inhabilidades e incompatibilidades**.

En relación a las inhabilidades para ser elegido Personero, la Ley 136 de 1994, "*Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios*", señala:

"ARTÍCULO 174. INHABILIDADES. No podrá ser elegido personero quien:

(...)

b) Haya ocupado durante el año anterior, cargo o empleo público en la administración central o descentralizada del distrito o municipio;

(...)" (Se subraya).

De acuerdo con el literal b) del Artículo citado, para que una persona pueda ser elegida por el concejo municipal o distrital como personero, no debe haber ocupado durante el año anterior, **cargo o empleo** público en la **administración central o descentralizada** del distrito o municipio en el cual será designado.

Ahora bien, con respecto a lo que debe entenderse por Administración Central o Descentralizada del Distrito o Municipio, se debe tener en cuenta lo siguiente:

- El sector central está conformado por la alcaldía, las secretarías y los departamentos administrativos.

- Por su parte, el sector descentralizado está conformado por aquellas entidades cuya gestión administrativa, aunque subordinada al gobierno central, se realiza con relativa independencia y que cuentan con autonomía administrativa y patrimonio propio o capital independiente como es el caso de los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta, las unidades administrativas especiales con personería jurídica, las empresas sociales del Estado y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios, entre otras.

Esto significa que si el aspirante al cargo de personero, ocupó durante el año anterior a su elección, un cargo o empleo público en la administración central o descentralizada del distrito o municipio, estará inhabilitado para aspirar al citado cargo.

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.

(...)

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.

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".

Al respecto, el Consejo de Estado², 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).

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 Magistrado 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 devengan 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.

c.- El supernumerario es un **auxiliar de la administración.** Es decir, se vincula con la administración para desarrollar actividades de carácter transitorio.

Ahora bien, es importante señalar que, por ser las inhabilidades de naturaleza restrictiva, no deben ser interpretadas de manera analógica o extensiva y, en tal virtud, no se considera viable, para efectos de la inhabilidad, otorgar a los supernumerarios la calidad de empleados e incluirlos así en la limitación legal.

Con base en los argumentos expuestos, esta Dirección Jurídica considera que la persona que se desempeñó como supernumerario dentro del año anterior a la

elección en el mismo municipio en el que se pretende proveer el cargo de Personero, no se encuentra inhabilitada para acceder a este empleo, pues esta figura no es un empleado de la entidad oficial, sino un auxiliar de la administración.

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": </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"Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública"

²Sala 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).