



Función Pública

Concepto 344921 de 2019 Departamento Administrativo de la Función Pública

20196000344921

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20196000344921

Fecha: 30/10/2019 05:02:25 p.m.

Bogotá D.C.

REF: ORGANIZACIÓN SINDICAL Y/O SINDICATO. Libertad de Asociación. Vinculación de supernumerarios a un sindicato. REMUNERACIÓN. Aumento Salarial. RAD.: 20192060336042 del 2 de octubre de 2019.

En atención a su comunicación de la referencia, remitida por el Ministerio del Trabajo mediante oficio No. 08SE201920300000038644, en la cual formula varias inquietudes en relación con el derecho de asociación y la remuneración de los supernumerarios; me permito dar respuesta a éstas en el mismo orden en que fueron presentadas, así:

1. ¿La exclusión de los supernumerarios de los acuerdos laborales genera violación del derecho fundamental de asociación y libertad sindical?

En relación con el derecho fundamental de asociación y libertad sindical de los supernumerarios, debe en primer lugar hacerse referencia a la naturaleza jurídica de quienes se vinculan con la administración bajo esta modalidad.

El Decreto Ley [1042](#) de 1978 establece 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, en el siguiente sentido:

“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 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”. (Subrayado fuera de texto)

De esta forma y analizado el espíritu de la norma se tiene que: *“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 No. C-401 de 1998).

Sobre este particular, la Corte Constitucional en la sentencia antes mencionada, afirmó:

"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)

Así mismo, esa Corporación en la sentencia C-422 del 6 de Junio de 2012, M.P. 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:

"(...) 6.3. Frente al segundo de los requisitos, el accionante fundamenta que su demanda se encamina a censurar el hecho de que los supernumerarios no están regulados en sus funciones por el Manual ni los cargos se encuentran previstos en la Planta, lo cual contraría lo dispuesto en el artículo 122 constitucional. El demandante plantea que lo anterior resulta de la aplicación del artículo 2º del mismo decreto, el cual menciona únicamente las necesidades permanentes de la Administración como fundamento del empleo público, razón por la cual se encontrarían excluidos de esta definición todos aquellos empleos que satisfacen las necesidades temporales de la misma. Para el demandante no habría cosa juzgada material al considerar que en el proceso que culminó en la sentencia C-401 de 1998, se demandó la disposición por la vulneración de los artículos 43 sobre protección de maternidad, y se examinó la inconstitucionalidad de la norma a la luz de lo dispuesto en el artículo 125, en tanto se consideró que la figura del Supernumerario desnaturalizaría el objetivo de la Carrera Administrativa, mientras que la presente demanda acusa la infracción del artículo 122 constitucional.

6.4. La sentencia C-401 de 1998 señala en lo pertinente que se analiza en ella "si la vinculación de empleados supernumerarios en la Administración Pública, desconoce las normas constitucionales que consagran la carrera administrativa, y si a la vez impide la efectividad de los principios de eficacia y celeridad que por mandato de las normas superiores deben gobernar la función pública". Al respecto, cabe anotar que la función pública está regulada en la Constitución en el Capítulo 2 del Título V de la Carta, comprendiendo los artículos 122 a 131. Es así como la Sentencia C-401 de 1998, si bien se enfoca inicialmente al análisis de la adecuación de la norma demandada al sistema de carrera administrativa, más adelante hace referencia a los principios que rigen la función pública y se extiende el análisis a disposiciones diferentes al artículo 125 Constitucional, especialmente el artículo 122 de la Carta.

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" (Subrayas y negrilla fuera del texto original).

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 predelimitación 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" (Subrayas fuera del texto original).

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”

Estas consideraciones indican que, contrario a lo expresado por el demandante, la Corte Constitucional al dictar la sentencia C-401 de 1998 no limitó su análisis a la verificación de la compatibilidad del artículo 83 del Decreto 1042 de 1978 frente al artículo 125 constitucional, sino que analizó la norma a la luz de las normas constitucionales que regulan la función pública, y en especial, contrastó la norma de rango legal con el artículo 122 Constitucional-fundamento de la demanda que se analiza en la presente providencia-. Aún más, la objeción por inconstitucionalidad planteada por el accionante, consistente en la supuesta inconformidad de la norma de rango legal con la Constitución por cuanto los supernumerarios no estarían regulados en sus funciones por el Manual ni los cargos previstos en la planta, fue expresamente atendida en la sentencia C-401 de 1998, razón por la cual debe considerarse cumplido el segundo de los requisitos para la configuración de la cosa juzgada constitucional, en tanto la cuestión propuesta en la demanda de constitucionalidad se basa en las mismas razones -tanto frente al sustento del cargo como frente a las normas constitucionales supuestamente infringidas- ya estudiadas en una sentencia previa.” (Subrayado nuestro)

De conformidad con la norma 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 consecuencia, los supernumerarios son auxiliares de la administración, no se encuentran vinculados a la planta de personal de la entidad, ejercen funciones de carácter transitorio encaminadas a suplir vacancias, en caso de licencia o vacaciones de los titulares de los empleos o a desarrollar labores que se requieran según las necesidades del servicio, pero en calidad de apoyo; se vinculan mediante resolución Administrativa y su salario deberá ser determinado en el acto de vinculación así como la duración de su vinculación.

Por consiguiente, los supernumerarios tienen derecho a todas las prestaciones sociales así como, a la afiliación a los Sistema de Seguridad Social en Salud y Pensiones los cuales se reconocerán y pagarán a partir de la fecha de su vinculación y hasta su retiro según se hubiera establecido en el Acto de Nombramiento.

En ese mismo sentido, el Consejo de Estado¹ en relación con el tipo de vinculación de los supernumerarios, indicó:

“(…) 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)". (Subrayado fuera del texto).

Conforme con lo anteriormente expuesto, los supernumerarios son auxiliares de la administración que se vinculan por medio de una Resolución para suplir o atender necesidades del servicio y/o para desarrollar actividades de carácter netamente transitorio.

De acuerdo con lo expuesto, puede concluirse que:

1. El personal que ingresa como supernumerario a las entidades públicas, de acuerdo con el Decreto Ley 1042 de 1978 tiene como función suplir vacancias temporales de los empleados públicos, o para desarrollar actividades de carácter netamente transitorio, limitadas al término de duración de la vacancia temporal o a la ejecución de la labor ocasional y transitoria, para la cual es requerido.
2. Así mismo, los supernumerarios serán nombrados 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 consiguiente, el tiempo que dure su vinculación tendrá derecho a los salarios y las prestaciones sociales a partir de la fecha en la que se expida la respectiva resolución de vinculación.

Por otro lado, en cuanto a la aplicación de los acuerdos laborales, el Decreto 1072 de 2015 dispuso frente al ámbito de las negociaciones, lo siguiente:

"ARTÍCULO 2.2.2.4.6. Ámbito de la negociación. Constituyen ámbitos de la negociación:

1. *El general o de contenido común, con efectos para todos los empleados públicos o para parte de ellos, por región, departamento, distrito o municipio.*
2. *El singular o de contenido particular por entidad o por distrito, departamento o municipio. (...)"*

La regla general de aplicación del Derecho de Negociación Colectiva de los Empleados Públicos, contempla que solamente están exceptuados los Altos Funcionarios, los Trabajadores Oficiales y el personal armado de las FF.MM y de Policía

No obstante, debemos precisar que cosa distinta es estar excluido de los Acuerdos Colectivos, en donde las negociaciones serán de carácter

general y objetivo de aplicación a todos los empleados sin discriminación alguna, por tanto lo acordado entre una entidad pública y la respectiva organización sindical de empleados públicos, se hará extensiva a todos los empleados sin que sea necesario efectuar ningún tipo de restricción frente a la calidad o nivel de los empleados de la respectiva entidad, dado que los actos de implementación de los acuerdos, son de naturaleza legal aplicables a todos ellos.

Con base en los argumentos que anteceden, esta Dirección Jurídica advierte que como los supernumerarios son auxiliares de la administración y no empleados, no podrán beneficiarse de los acuerdos laborales que rijan para una entidad pública, pues como se explicó en precedencia, su nombramiento se hace 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.

2. Permiso sindical de los supernumerarios. Inspectores de Policía como directivos sindicales.

En cuanto a estos interrogantes, contenidos los numerales 1 y 2 de su escrito de consulta, debe señalarse que de conformidad con lo establecido en el Decreto 430 de 2016, este Departamento Administrativo carece de competencia para pronunciarse sobre el particular. En consecuencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 21 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y por considerar que se trata de un tema de competencia del Ministerio del Trabajo de acuerdo con lo establecido en el numeral 13 del artículo 2 del Decreto 4108 de 2011.

Por consiguiente, su solicitud ha sido remitida a la entidad mencionada, para que en cumplimiento de sus funciones dé respuesta a su requerimiento.

3. Reajuste salarial de los supernumerarios.

Finalmente, debe precisarse que respecto a su última inquietud, esta Dirección Jurídica dio respuesta a esta misma consulta, que fue presentada por usted mediante radicado de entrada No. 20192060315702, con radicado de salida No. 20196000334721 de octubre 18 de 2019. En dicha oportunidad, se concluyó que la figura del supernumerario es utilizada para suplir vacancias temporales o para suplir actividades de carácter netamente transitorio y no se vinculan para desempeñar un empleo. Por lo tanto no son empleados, sino auxiliares de la administración que se vinculan por el término que señale la resolución respectiva y tienen derecho a los elementos salariales y prestacionales, las cuales se liquidan a la terminación de la vinculación. En consecuencia, como el Decreto 1042 de 1978, indica que su vinculación se realizará a través de resolución donde expresará el tiempo de servicio y la asignación mensual, no es procedente el reajuste salarial, porque en dicha resolución se pactó la remuneración por el tiempo del servicio, contrario a los empleados públicos, ya que la asignación mensual de estos últimos la establece el gobierno nacional a través de los decretos salariales anuales.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público y demás temas competencia de este Departamento Administrativo, me permito indicar que en el link <http://www.funcionpublica.gov.co/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 CORTÉS

Director Jurídico

Proyectó: Melitza Donado.

Revisó: José Fernando Ceballos.

Aprobó: Armando López C.

12602.8.4

NOTAS DE PIE DE PAGINA

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).

Fecha y hora de creación: 2024-10-19 08:42:29