



## Concepto 290341 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20206000290341\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000290341

Fecha: 03/07/2020 05:45:26 p.m.

Bogotá D.C.,

REFERENCIA: EMPLEO- Contrato de Prestación de Servicios. RAD. 20202060208132 del 27 de mayo de 2020.

Por medio del presente, y en atención a su consulta, en la cual solicita se le oriente respecto a la terminación de la vinculación como supernumeraria de una empresa de salud en Sogamoso, Boyacá encontrándose en estado de embarazo. Me permito darle respuesta, teniendo en cuenta que de acuerdo con lo establecido en el Decreto 430 de 2016, este Departamento Administrativo tiene como objeto el fortalecimiento de las capacidades de los servidores públicos y de las entidades y organismos del Estado, su organización y funcionamiento, el desarrollo de la democratización de la gestión pública y el servicio al ciudadano, mediante la formulación, implementación, seguimiento y evaluación de políticas públicas, la adopción de instrumentos técnicos y jurídicos, la asesoría y la capacitación.

Las competencias relativas a establecer las directrices jurídicas para la aplicación de las normas por parte de la entidad y demás organismos y entidades de la administración pública en materia de régimen de administración de personal se formaliza, entre otros, a través de conceptos jurídicos, que guardan directa relación con la interpretación general de aquellas expresiones que ofrezcan algún grado de dificultad en su comprensión o aplicación, sin que tales atribuciones comporten, de manera alguna, la definición de casos particulares que se presenten al interior de las diferentes entidades.

En ese sentido, la resolución de los casos particulares corresponderá en todos los casos a la autoridad empleadora y nominadora, en cuanto es la instancia que conoce de manera cierta y documentada la situación particular de su personal y, además, en desarrollo de los principios de la especialización presupuestal y de la autonomía administrativa, constituye el único órgano llamado a producir una declaración de voluntad con efectos vinculantes en el mundo del derecho; o a los Jueces de la República, en el caso de controversia entre la entidad y el empleado. Razón por la cual, no es de nuestra competencia intervenir en situaciones internas de las entidades, actuar como ente de control, investigación, ni señalar los procedimientos a seguir en caso de que se presenten anomalías al interior de las entidades.

No obstante, a modo de orientación general, me permito precisar 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:

*"ARTICULO 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.*

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". (Subraya propia)

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).

A este respecto la Corte Constitucional en la sentencia antes citada 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". (Subraya propia)

Así mismo, la sentencia C-422 de 2012 con Magistrado Ponente: 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:

"6.4. (...) 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'.

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 pre delimitación 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'

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(...)' (Subraya propia).

En ese mismo sentido, el Consejo de Estado Sala en sentencia del 23 de octubre de 2008, con Magistrado Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, del expediente No. 08001-23-31-000-2003-01429-01 (1393-07), 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.

(...) 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)". (Subraya propia).*

De conformidad con la normativa 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 razón a lo 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.

Además, el personal supernumerario debe tener claramente establecidas las funciones correspondientes, en virtud de lo establecido en el artículo 122 de la Constitución y debe ajustarse a las normas sobre clasificación y nomenclatura de cargos previstas para los empleos de la planta permanente, y al manual descriptivo de empleos y requisitos de cada organismo. La Corte estima que estas reglas son de obligatorio cumplimiento para proceder a vincular personal supernumerario.

Ahora bien, respecto de la estabilidad laboral reforzada a las mujeres en estado de embarazo que se encuentren vinculadas temporalmente como supernumerarias, la Corte Constitucional en sentencia T-141 de 2008 con Magistrado Ponente: Clara Inés Vargas señaló:

*"En este orden de ideas, el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades estipuladas, en los eventos en los cuales se da por terminada la relación laboral de una funcionaria supernumeraria que se encuentre embarazada, aduciendo el cumplimiento del término para el cual fue vinculada, estará encaminado a determinar si el vínculo de aquella con la Administración fue transitorio o permanente, puesto que en el caso de que el mismo hubiere sido permanente, en el sentido de que la Administración le conceda una utilización indebida de la vinculación como supernumeraria, al ser nombrada por períodos fijos pero sucesivos, conllevará a que prime dicha permanencia y se le reconozca, la protección a la estabilidad laboral reforzada derivada de su embarazo.*

*Lo anterior por cuanto, si se llegare a comprobar la permanencia en la relación laboral de la funcionaria supernumeraria, la llegada del término para el cual fue vinculada no sería el verdadero motivo por el cual se terminaría la relación laboral, sino lo sería su estado de gravidez, lo que significaría la vulneración a la protección que se le reconoce a la mujer en razón de su embarazo.*

*De esta manera, queda claro que la protección de la estabilidad laboral reforzada se extiende a las servidoras supernumerarias."*

De acuerdo con la ley y la jurisprudencia, está prohibido el despido de la mujer embarazada por motivos de embarazo o lactancia. Para el caso concreto de la terminación de la relación laboral de una funcionaria supernumeraria que se encuentre embarazada, aduciendo el cumplimiento del término para el cual fue vinculada, debe determinarse si el vínculo de aquella con la Administración fue transitorio o permanente, puesto que en el caso de que el mismo hubiere sido permanente, en el sentido de que la Administración le conceda una utilización indebida de la vinculación como supernumeraria, al ser nombrada por períodos fijos pero sucesivos, conllevará a que prime dicha permanencia y se le reconozca, la protección a la estabilidad laboral reforzada derivada de su embarazo.

Para la Corte Constitucional, si se llegare a comprobar la permanencia en la relación laboral de la supernumeraria, la llegada del término para el cual fue vinculada no sería el verdadero motivo por el cual se terminaría la relación laboral, sino lo sería su estado de gravidez, lo que significaría la vulneración a la protección que se le reconoce a la mujer en razón de su embarazo.

Por lo anterior, esta Dirección considera necesario que la Administración evalúe si se cumplen las condiciones especiales que la Corte Constitucional ha señalado para que proceda el amparo de estabilidad laboral reforzada para la supernumeraria que se encuentra en estado de embarazo, antes de proceder a su retiro por vencimiento del término. Es importante tener en cuenta que de conformidad con el artículo 83 del Decreto 1042 de 1978 y la sentencia C-401 de 1998, los supernumerarios tienen derecho a todas las prestaciones sociales y beneficios salariales de los servidores públicos; por tal razón, la licencia de maternidad de la supernumeraria estará a cargo de la EPS a la que se encuentre afiliada.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público, las inhabilidades e incompatibilidades

aplicables a los mismos; así como la normatividad que ha emitido el Gobierno Nacional a propósito de la emergencia ocasionada por el COVID - 19, me permito indicar que en el link <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> y <https://coronaviruscolombia.gov.co/Covid19/index.html> podrá encontrar conceptos y normativa relacionados con el tema.

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

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Andrea Liz Figueroa

11602.8.4

---

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:11:29