



# Concepto 372261 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20216000372261\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000372261

Fecha: 11/10/2021 04:28:30 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: EMPLEO. Supernumerarios. ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA. Embarazada. CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS. Ley de garantías. Radicado: 20219000616842 del 9 de septiembre de 2021.

Reciba un cordial saludo,

En atención a la comunicación de la referencia, solicita usted, en ejercicio del derecho de petición se le emita un concepto que resuelva las siguientes preguntas:

1.- *¿Se debe conservar la modalidad de vinculación hasta que culmine la licencia de maternidad, teniendo en cuenta que en promedio terminaría en febrero de 2022?*

2.- *¿Es viable que se le haga un contrato de prestación de servicios, para garantizarle la vinculación?*

3.- *Ante la Ley de Garantías a causa de procesos electorales del 2022, ¿cómo se daría la vinculación de esta joven en estado de embarazo o en licencia de maternidad?*

4.- *¿Es deber de la entidad sostenerla mediante la misma modalidad de vinculación (supernumerario) o es factible vincularla mediante modalidad de contrato de prestación de servicios?*

5.- *¿La Administración está obligada a sostenerla en el puesto hasta la terminación de la licencia de maternidad y el periodo de lactancia?* (copiado del original).

## I. FUNDAMENTOS DEL CONCEPTO

La respuesta a los interrogantes planteados tendrá en cuenta los siguientes referentes normativos, conceptuales y jurisprudenciales:

Sobre el particular es preciso señalar 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.

Por lo tanto, es importante precisar que las competencias relativas a establecer las directrices jurídicas para la aplicación de las normas 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, ni tiene competencia para emitir concepto sobre los actos administrativos o determinaciones proferidas por las mismas.

Así las cosas, y en respuesta a su comunicación, nos referiremos con relación a la normativa vigente en la materia:

El Decreto Ley 1042 de 1978 implementa 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. Al respecto, el artículo 83, establece:

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.

De esta forma y analizado el espíritu de la norma: *“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 C-401 de 1998).

A este respecto la Corte Constitucional en la sentencia en cita, afirma:

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.

Así mismo, la sentencia C-422 de 2012, 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, Magistrado Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, expediente núm. 08001-23-31-000-2003-01429-01 (1393-07), en relación con el tipo de vinculación de los supernumerarios, afirma:

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).

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 vinculados 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 vinculadas temporalmente como supernumerarias, la Corte Constitucional en sentencia T-141 de 2008, Magistrado Ponente: Clara Inés Vargas, señala:

“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. En este entendido, la terminación de la relación laboral de una supernumeraria embarazada, aduciendo el cumplimiento del término de vinculación se determina siempre y cuando el mismo hubiera sido transitorio o permanente. De lo contrario, de haber sido permanente, la Administración estaría en el uso indebido de la figura como supernumeraria, lo que conllevará a primar su permanencia y, por consiguiente, la protección a la estabilidad laboral reforzada derivada de su embarazo. Esto último es muy importante por cuanto en términos de la Corte Constitucional, si se llegare a comprobar la permanencia en la relación laboral de la supernumeraria, el cumplimiento del término de vinculación, no sería el verdadero motivo por el cual se terminaría la relación laboral, sino lo sería su estado de gravidez, lo cual vulneraría la protección constitucional a la mujer en estado de embarazo.

## II. RESPUESTA A LAS PREGUNTAS OBJETO DE LA SOLICITUD DE CONCEPTO

Con fundamento en los criterios y disposiciones expuestos, damos respuesta a sus interrogantes en el mismo orden en que se formularon, concluyendo:

1. Frente a la obligatoriedad de conservar la modalidad de vinculación como supernumeraria hasta el término de la licencia de maternidad, en criterio de esta Dirección Jurídica, corresponde a la respectiva Administración evaluar si, para el caso concreto, se cumplen las condiciones especiales, mencionadas por la Corte Constitucional, para conceder el amparo de estabilidad laboral reforzada o efectuar el retiro de la supernumeraria en estado de embarazo y, es quien conoce de manera cierta y detallada la situación del personal a su cargo. Lo anterior, por cuanto como se manifestó al inicio de este concepto, pronunciarnos frente a situaciones de tipo individual excede las competencias atribuidas a este Departamento Administrativo en el Decreto 430 de 2016.

2. De acuerdo con la conclusión del punto anterior, corresponde a la Administración analizar si para el caso procede la suscripción de un contrato por orden de prestación de servicios en los términos de la Ley 80 de 1993.

3. En términos del artículo 33 de la Ley 996 de 2005, ley de garantías electorales, se restringe la contratación directa, como es el caso del contrato de prestación de servicios y de apoyo a la gestión, en todas las entidades del Estado de todas las Ramas del Poder Público pertenecientes al nivel nacional y territorial durante los 4 meses anteriores a la elección presidencial y hasta la fecha en la cual el Presidente de la República sea elegido, es decir, a partir del 29 de enero de 2022 y hasta el 29 de mayo, o 19 de junio de 2022 si hubiera segunda vuelta presidencial.

4. Respecto al deber de la entidad de sostenerla mediante la misma modalidad de vinculación (supernumerario) o contratarla por orden de prestación de servicios, se reitera lo expuesto en el punto 1 de este acápite.

5. Finalmente, frente a la obligación de la Administración a sostenerla en el puesto hasta la terminación de la licencia de maternidad y el periodo de lactancia, reiteramos la conclusión dada en el punto 1.

### III. NATURALEZA DEL CONCEPTO

Este concepto lo emitimos en los términos y con los alcances dados por el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo - Ley 1437 de 2011.

Para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web [www.funcionpublica.gov.co/eva](http://www.funcionpublica.gov.co/eva) en el link «Gestor Normativo» donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

Adicionalmente, en el link <https://coronaviruscolombia.gov.co/Covid19/index.html> encuentra la normativa que ha emitido el Gobierno Nacional con relación a la emergencia sanitaria causada por el COVID-19.

Cordialmente,

ARMANDO LOPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Angélica Guzmán Cañón

Revisó: Harold Herreño Suarez

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

---

*Fecha y hora de creación: 2025-03-03 01:31:48*