

**Función Pública**

Concepto 037401 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000037401

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000037401

Fecha: 24/01/2022 04:41:18 p.m.

Bogotá D.C.

REF: EMPLEO. Supernumerarios. ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA. Embarazadas. RAD. 20219000729482 de fecha 3 de diciembre de 2021.

En atención a la comunicación de la referencia, en la que solicita concepto sobre una persona en estado de gestación, que fue vinculada como supernumeraria por 11 días, pero el mismo día de la posesión nació el bebe, por lo cual pregunta que teniendo en cuenta que la persona se encuentra vinculada por 11 días, término que fue definido en la convocatoria, se debe continuar o no su vinculación una vez culminen los 11 días o la persona seguirá vinculada con su respectivo salario o sólo se le haría el pago de los aportes de salud y pensión; me permito manifestarle lo siguiente:

El Artículo 83 del Decreto-Ley 1042 de 1978, 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, manifiesta frente a la naturaleza de los supernumerarios, lo siguiente:

"ARTÍCULO 83. De los supernumerarios. Para suplir las vacancias temporales de los empleados públicos en caso de licencias o vacaciones, podrá vincularse personal supernumerario. (Inciso segundo derogado tácitamente por el Artículo 21 de la Ley 909 de 2004, sentencia C422 de 2012, Magistrado Ponente Dr. MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO.) Texto original: También podrán vincularse supernumerarios para desarrollar actividades de carácter netamente transitorio.

(Inciso 3o. declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-401-98 de 1998 del 19 de agosto de 1998, Magistrado Ponente Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.) Texto original: En ningún caso la vinculación de un supernumerario excederá el término de tres meses, salvo autorización especial del gobierno cuando se trate de actividades que por su naturaleza requieran personal transitorio por períodos superiores.

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.

(Aparte tachado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-401-98 de 1998 del 19 de agosto de 1998, Magistrado Ponente Dr. Vladimiro Naranjo Mesa. Aparte tachado y con negrita derogado tácitamente por el Artículo 161 de la Ley 100 de 1993.) Texto original: 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.

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 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.

Del mismo modo, la Corte Constitucional en sentencia C-401 de 1998, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa, resolvió demanda de inconstitucionalidad contra el Artículo 83 del Decreto 1042 de 1978, indicando lo siguiente:

"De esta manera, 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.

(â€¦)

17. Por lo tanto, las normas constitucionales reseñadas establecen, sin duda, ciertos parámetros restrictivos dentro de los cuales puede ejercerse la facultad del Gobierno de vincular personal temporal. 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 (â€¦).

Como un desarrollo de las restricciones constitucionales anteriormente expuestas, el Artículo 75 del Decreto 1042 de 1978, al cual pertenece la norma sub examine, se refiere en general a los requisitos para la conformación de las plantas de personal en las entidades de la rama ejecutiva. Entre ellos menciona la necesidad de que la creación de empleos se ajuste a las normas sobre clasificación y nomenclatura de cargos previstas en el mismo decreto, y al manual descriptivo de empleos de cada organismo. Así mismo, indica que ningún empleo podrá tener funciones generales distintas de las establecidas en la Constitución o en la ley para las distintas categorías de cargos, y que la conformación y reforma de las plantas de personal en las distintas entidades, se hará mediante decreto, que llevará la firma del ministro o director del departamento administrativo correspondiente, la del ministro de Hacienda y Crédito Público, la del director del Departamento Administrativo del Servicio Civil y la certificación sobre la apropiación presupuestal correspondiente. "(â€¦)" La Corte estima que estas últimas reglas son también de obligatorio cumplimiento para proceder a vincular personal supernumerario.

18. Así mismo, debe repararse en que las facultades del Gobierno para nombrar personal supernumerario, aun dentro de las restricciones anteriormente indicadas, se revisten de cierto margen de discrecionalidad, pero están también limitadas por su finalidad. En efecto, la Corte pone de relieve que tales facultades se tienen para cubrir necesidades excepcionales, trabajos ocasionales o extraordinarios que no forman parte del rol de actividades comunes de la entidad administrativa, o para proveer el reemplazo de funcionarios con vinculación permanente que por vacaciones u otras causas dejarán transitoriamente de desempeñar sus funciones. Así las cosas, dichas facultades no se tienen para conformar una nómina paralela integrada por otra categoría de servidores llamados supernumerarios. Por lo tanto, esta finalidad de las facultades, la de solucionar necesidades extraordinarias, se erige en otra limitante para la Administración cuando va a proveer cargos temporales.

19. No encuentra la Corte que las normas constitucionales impongan límite temporal alguno para la vinculación de personal transitorio a la administración Pública. Bien puede entonces producirse esta vinculación por períodos que sean inferiores o que superen los tres meses de que habla la norma sub examine. En cambio, el cumplimiento de los requisitos y finalidades anteriormente referidos, resulta absolutamente inexcusable." (Subrayado fuera de texto)

De acuerdo con el análisis de la Corte, 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, M. P. 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 conformidad 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, será necesario determinar si el vínculo de aquella con la Administración fue transitorio o permanente.

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 prevalezca 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 que el retiro será procedente si la vinculación de la supernumeraria fue por término definido en el Acto administrativo de posesión, es decir, conocido desde el principio por la mujer vinculada.

Ahora bien, en caso de que se cumplan 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 licencia de maternidad, la administración debe evaluar la situación particular antes de proceder a su retiro por vencimiento del término, y con estos evitar transgresión de derechos.

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.

En cuanto al pago de la licencia de maternidad, el Decreto 806 de 1998, por el cual se reglamenta la afiliación al Régimen de Seguridad Social en Salud y la prestación de los beneficios del servicio público esencial de Seguridad Social en Salud y como servicio de interés general, en todo el territorio nacional, establece:

"ARTÍCULO 63 "LICENCIAS DE MATERNIDAD. El derecho al reconocimiento de las prestaciones económicas por licencia de maternidad requerirá que la afiliada haya cotizado como mínimo por un período igual al período de gestación".

El Decreto 047 de 2000, por el cual se expiden normas sobre afiliación y se dictan otras disposiciones, dispone:

"ARTÍCULO 3. PERÍODOS MÍNIMOS DE COTIZACIÓN. Para el acceso a las prestaciones económicas se estará sujeto a los siguientes períodos mínimos de cotización:

(...)

2. Licencias por maternidad. Para acceder a las prestaciones económicas derivadas de la licencia de maternidad la trabajadora deberá, en calidad de afiliada cotizante, haber cotizado ininterrumpidamente al sistema durante todo su período de gestación en curso, sin perjuicio de los demás requisitos previstos para el reconocimiento de prestaciones económicas, conforme las reglas de control a la evasión.

Lo previsto en este numeral se entiende sin perjuicio del deber del empleador de cancelar la correspondiente licencia cuando exista relación laboral y se cotice un período inferior al de la gestación en curso o no se cumplan con las condiciones previstas dentro del régimen de control a la evasión para el pago de las prestaciones económicas con cargo a los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

recursos del sistema general de seguridad social en salud, cuando éstas se originen en tratamientos con fines estéticos o sus complicaciones, los cuales se encuentran expresamente excluidos de los beneficios del Sistema General de Seguridad Social en Salud".

De conformidad con lo anterior, se tiene entonces que, para acceder a las prestaciones económicas derivadas de la licencia de maternidad la trabajadora deberá, en calidad de afiliada cotizante, haber cotizado ininterrumpidamente al sistema durante todo su período de gestación en curso, en consecuencia, si cotizo durante todo el tiempo de gestación la EPS a la que se encuentre afiliada, deberá pagar la licencia de maternidad, en los términos que corresponda.

Lo anterior sin perjuicio de que su vinculación sea como supernumeraria, se reitera, la norma establece como requisito es haber cotizado ininterrumpidamente al sistema durante todo su período de gestación.

Por último, 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 [/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

Proyecto: Luis Fernando Nuñez.

Revisó. Maia Borja

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-06-30 14:21:58