



Concepto 471131 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000471131

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000471131

Fecha: 29/12/2021 11:54:23 p.m.

Señora

REF.: SITUACIONES ADMINISTRATIVAS. Licencia de maternidad. ¿Cómo se provee una vacancia temporal por licencia de maternidad en un empleo de libre nombramiento y remoción? RADICADO: 20219000738152 del 11 de diciembre de 2021.

Acuso recibo de su comunicación, mediante la cual manifiesta que, en un ente territorial municipal, la persona que viene ocupando el cargo de Asesor en el Despacho del Alcalde (empleo de libre nombramiento y remoción) se encuentra en estado de gravidez, por lo que consulta cómo debe proveerse dicho cargo durante la vacancia temporal y si se puede nombrar en su reemplazo a una persona que no se encuentre vinculada a la planta de personal de la alcaldía municipal.

Al respecto, me permito dar respuesta en los siguientes términos:

El Artículo 2.2.5.2.2 del Decreto 1083 de 2015¹, dispone que un empleo público quedará temporalmente vacante cuando su titular se encuentre, entre otros, en licencia, para lo cual en el mismo estatuto el Artículo 2.2.5.5.12 dispuso para el tema en concreto lo siguiente:

“Duración de licencias por enfermedad y riesgos laborales y de la licencia de maternidad o paternidad. La duración de la licencia por enfermedad y riesgos laborales y de la licencia de maternidad o paternidad, será por el término que se determine en el certificado médico de incapacidad, o por el fijado directamente por la ley que las regula, sin que dicho plazo pueda ser aumentado o disminuido por el servidor o por el empleador”. (Subrayado fuera del texto)

Por lo anterior, la duración de la licencia de maternidad será por el fijado directamente por la ley que las regula, que al respecto el Artículo 2º de la Ley 1822 de 2017², dispuso que toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de dieciocho (18) semanas en la época de parto, sin que dicho plazo pueda ser aumentado o disminuido por el servidor o por el empleador.

En este orden de ideas, mientras la empleada de carrera administrativa gestante disfruta de licencia de maternidad por dieciocho (18) semanas, el empleo del cual es titular quedará vacante temporalmente y para su provisión, se encuentra expresamente dispuesto en el Decreto 1083 de 2015 lo siguiente, a saber:

“ARTÍCULO 2.2.5.3.3. Provisión de las vacancias temporales. Las vacantes temporales en empleos de libre nombramiento y remoción podrán ser provistas mediante la figura del encargo, el cual deberá recaer en empleados de libre nombramiento y remoción o de carrera administrativa, previo cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del cargo.

Las vacantes temporales en empleos de carrera, podrán ser provistas mediante nombramiento provisional, cuando no fuere posible proveerlas mediante encargo con empleados de carrera.

Tendrá el carácter de provisional la vinculación del empleado que ejerza un empleo de libre nombramiento y remoción que en virtud de la ley se convierta en cargo de carrera. El carácter se adquiere a partir de la fecha en que opere el cambio de naturaleza del cargo, el cual deberá ser provisto teniendo en cuenta el orden de prioridad establecido en el presente título, mediante acto administrativo expedido por el nominador.

PARÁGRAFO. Los encargos o nombramientos que se realicen en vacancias temporales, se efectuarán por el tiempo que dure la misma.” (Subrayado fuera de texto)

Sobre el encargo en empleos de libre nombramiento y remoción el mismo Decreto preceptúa:

“ARTÍCULO 2.2.5.5.43 Encargo en empleos de libre nombramiento y remoción. Los empleos de libre nombramiento y remoción en caso de vacancia temporal o definitiva podrán ser provistos a través del encargo de empleados de carrera o de libre nombramiento y remoción, que

cumplan los requisitos y el perfil para su desempeño.

En caso de vacancia temporal, el encargo se efectuará durante el término de ésta.

En caso de vacancia definitiva el encargo será hasta por el término de tres (3) meses, vencidos los cuales el empleo deberá ser provisto en forma definitiva." (Subraya propia)

Así mismo, la Ley 1960 de 2019, "por el cual se modifican la ley 909 de 2004, el decreto-ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones", establece:

"ARTÍCULO 1. El Artículo 24 de la Ley 909 de 2004, quedará así:

ARTÍCULO 24. Encargo.

(...)

Los cargos de libre nombramiento y remoción, en caso de vacancia temporal o definitiva, podrán ser provistos a través del encargo de empleados de carrera o de libre nombramiento y remoción, que cumplan los requisitos y el perfil para su desempeño.

En caso de vacancia definitiva el encargo será hasta por el término de tres (3) meses, prorrogable por tres (3) meses más, vencidos los cuales el empleo deberá ser provisto en forma definitiva.

PARÁGRAFO 1. Lo dispuesto en este Artículo se aplicará para los encargos que sean otorgados con posteridad a la vigencia de esta ley.

PARÁGRAFO 2. Previo a proveer vacantes definitivas mediante encargo o nombramiento provisional, el nombramiento o en quien este haya delegado, informara la existencia de la vacante a la Comisión Nacional del Servicio Civil a través del medio que esta indique." (Subraya propia)

De conformidad con las normas expuestas, en caso de una vacancia temporal en empleos de libre nombramiento y remoción, será procedente efectuar un encargo con empleados que desempeñan cargos de carrera administrativa o de libre nombramiento y remoción siempre y cuando acrediten los requisitos y cumplan con el perfil para su ejercicio, además que cumplan con los requisitos exigidos en el manual específico de funciones y competencias laborales adoptados por la entidad.

Conforme lo señalado, una persona particular, es decir, que no sea empleado de la entidad; no podrá ejercer un encargo para cubrir una vacancia temporal de un empleado de libre nombramiento y remoción, lo anterior, teniendo en cuenta que esta situación administrativa es propia de los empleados (de carrera administrativa o de libre nombramiento y remoción) de la entidad.

Adicionalmente, es importante mencionar lo establecido por el Decreto 1083 de 2015, en el siguiente Artículo:

"ARTÍCULO 2.2.11.1.2 De la declaratoria de insubsistencia. En cualquier momento podrá declararse insubsistente un nombramiento ordinario, sin motivar la providencia, de acuerdo con la facultad discrecional que tiene el nominador de nombrar y remover libremente sus empleados.

En los empleos de libre nombramiento y remoción la designación de una nueva persona implica la insubsistencia del nombramiento de quien lo desempeña. (Negrilla propia)"

Así las cosas, no es procedente que, ante la vacancia temporal del empleo, por licencia de maternidad del titular, se designe a una persona externa a la entidad, debido a que esta situación tendría como consecuencia el retiro del servicio del funcionario que esta desempeña el empleo de libre nombramiento y remoción.

Por otra parte, una opción es la vinculación de supernumerarios y es oportuno señalar que al revisar la decisión contenida en la Sentencia C-422 de 2012 emanada de la Corte Constitucional, se encuentra que la misma señala en su parte resolutive que en virtud de la inclusión del Artículo 21 de la Ley 909 de 2004, se ha producido una derogatoria tácita del inciso segundo del Artículo 83 del Decreto 1042 de 1978, dejando indemne el resto del Artículo.

Así las cosas, como quiera que el inciso primero del Artículo 83 del Decreto 1042 de 1978, conserva su vigencia, es posible la vinculación de supernumerarios en los eventos contemplados en él; es decir, para cubrir vacantes temporales en virtud del reconocimiento y disfrute de vacaciones por parte de personal de planta de las entidades y en el evento de licencias de los mismos.

De acuerdo con lo anterior y atendiendo las Sentencias C-401 de 1998 y C-422 de 2012, el Artículo 83 del Decreto 1042 de 1978, queda de la siguiente forma:

"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.)

(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.)

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.

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.

(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.)

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 tal manera que 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.

La figura del supernumerario es utilizada para suplir vacancias temporales o para suplir actividades de carácter netamente transitorio, no se vinculan para desempeñar un empleo y, por lo tanto no son empleados, son auxiliares de la administración que se vinculan por el término que señale la Resolución y tienen derecho a los elementos salariales y prestacionales, las cuales se liquidan a la terminación de la vinculación.

En consecuencia, y dando contestación a su consulta, en criterio de esta Dirección Jurídica, el empleo de libre nombramiento y remoción con vacancia temporal por encontrarse su titular en licencia de maternidad, se proveerá mediante encargo con empleados de carrera administrativa o de libre nombramiento y remoción, de conformidad con las disposiciones contenidas en el Artículo 24 de la ley 909 de 2004, modificado por el Artículo 1º de la Ley 1960 de 2019.

No obstante, si verificada la planta de personal arroja que ningún empleado cumple con los requisitos, la entidad podrá recurrir de la figura de supernumerarios para suplir la vacancia temporal del titular como es en este caso por el tiempo de la licencia de maternidad, siempre y cuando la entidad cuente con el rubro presupuestal correspondiente a salarios y prestaciones sociales para supernumerarios.

Para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web 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.

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 CORTES

Director Jurídico

Proyecto Ma. Camila Bonilla G.

Revisó: Harold I. Herreño

Aprobó: Armando Lopez C

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

¹ Reglamentario Único para el Sector Función Pública.

² “Por medio de la cual se incentiva la adecuada atención y cuidado de la primera infancia, se modifican los artículos 236 y 239 del código sustantivo del trabajo y se dictan otras disposiciones”.

Fecha y hora de creación: 2025-03-02 13:57:06