



**Función Pública**

## Concepto 119121 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20226000119121\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000119121

Fecha: 22/03/2022 08:16:12 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: PRESTACIONES SOCIALES. Auxilio por maternidad. Una empleada puede renunciar al disfrute de su licencia de maternidad. EMPLEOS. Provisión. ¿Cómo debe proveerse el empleo de jefe de control interno durante vacancia temporal por cuanto su titular se encuentra en licencia de maternidad? Radicado: 20222060078072 del 10 de febrero de 2022.

Respetada Señora,

Acuso recibo de su comunicación de la referencia, mediante la cual manifiesta que actualmente se desempeña como Jefe de Control Interno de la ESE Centro de Salud El Roble - Sucre, y que se encuentra en estado de embarazo con 30 semanas de gestación, por lo que realiza varios interrogantes sobre su licencia de maternidad y la forma de proveer su empleo durante la misma.

Al respecto, es necesario indicarle primero que, de acuerdo con lo establecido en el Decreto [430](#) de 2016<sup>1</sup>, 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, razón por la cual no es de su competencia realizar liquidaciones ni pronunciarse sobre los derechos adquiridos de un empleado, así como tampoco en relación con la legalidad de los actos administrativos o los procedimientos internos de una entidad pública.

Por tanto, este Departamento Administrativo, en ejercicio de sus funciones, realiza la interpretación general de las disposiciones legales y, en consecuencia, tampoco le corresponde la valoración de los casos particulares.

No obstante lo anterior, me permito dar respuesta a sus interrogantes de manera general, en el siguiente orden:

¿Es posible renunciar a la licencia de maternidad y una vez recuperada a los 15 días de la cesárea regrese a mi oficina a cumplir con mis obligaciones laborales, de ese modo no tendrían que elegir y nombrar otra persona que ocupe ese cargo durante el tiempo de licencia de maternidad?

En primer lugar, es importante indicar que de conformidad con lo establecido en el numeral 3° del artículo [236](#) del Código Sustantivo del Trabajo, las disposiciones que se refieren a la licencia de maternidad en dicha norma y el artículo [239](#) del mismo Código, son extensivas a las trabajadoras del sector público.

Aclarado esto, se indica que el mencionado artículo en relación con la licencia en época de parto e incentivos para la adecuada atención para el recién nacido, señala:

*"ARTÍCULO 236. LICENCIA EN LA ÉPOCA DEL PARTO E INCENTIVOS PARA LA ADECUADA ATENCIÓN Y CUIDADO DEL RECIÉN NACIDO. Artículo modificado por la Ley 2114 de 2021.*

*1. Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de dieciocho (18) semanas en la época de parto, remunerada con el salario que devengue al momento de iniciar su licencia.*

*2. Si se tratare de un salario que no sea fijo como en el caso del trabajo a destajo o por tarea, se tomará en cuenta el salario promedio devengado por la trabajadora en el último año de servicio, o en todo el tiempo si fuere menor.*

*3. Para los efectos de la licencia de que trata este artículo, la trabajadora debe presentar al empleador un certificado médico, en el cual debe constar:*

*a) El estado de embarazo de la trabajadora;*

*b) La indicación del día probable del parto, y*

*c) La indicación del día desde el cual debe empezar la licencia, teniendo en cuenta que, por lo menos, ha de iniciarse dos semanas antes del parto.*

*Los beneficios incluidos en este artículo, y el artículo 239 de la presente ley, no excluyen a los trabajadores del sector público.*

*4. Todas las provisiones y garantías establecidas en la presente ley para la madre biológica se hacen extensivas en los mismos términos y en cuanto fuere procedente a la madre adoptante, o al padre que quede a cargo del recién nacido sin apoyo de la madre, sea por enfermedad, abandono o muerte, asimilando la fecha del parto a la de la entrega oficial del menor que se ha adoptado, o del que adquiere custodia justo después del nacimiento. En ese sentido, la licencia materna se extiende al padre en caso de fallecimiento, abandono o enfermedad de la madre, el empleador del padre del niño le concederá una licencia de duración equivalente al tiempo que falta para expirar el periodo de la licencia posterior al parto concedida a la madre.*

*5. La licencia de maternidad para madres de niños prematuros, tendrá en cuenta la diferencia entre la fecha gestacional y el nacimiento a término, las cuales serán sumadas a las dieciocho (18) semanas que se establecen en la presente ley. Cuando se trate de madres con parto múltiple o madres de un hijo con discapacidad, la licencia se ampliará en dos semanas más.*

*6. La trabajadora que haga uso de la licencia en la época del parto tomará las dieciocho (18) semanas de licencia a las que tiene derecho, de la siguiente manera:*

*a) Licencia de maternidad preparto. Esta será de una (1) semana con anterioridad a la fecha probable del parto debidamente acreditada. Si por alguna razón médica la futura madre requiere una semana adicional previa al parto podrá gozar de las dos (2) semanas, con dieciséis (16) posparto. Si en caso diferente, por razón médica no puede tomar la semana previa al parto, podrá disfrutar las dieciocho (18) semanas en el posparto inmediato.*

*b) Licencia de maternidad posparto. Esta licencia tendrá una duración normal de diecisiete (17) semanas contadas desde la fecha del parto, o de dieciséis (16) o dieciocho (18) semanas por decisión médica, de acuerdo con lo previsto en el literal anterior.*

*PARÁGRAFO 1°. De las dieciocho (18) semanas de licencia remunerada, la semana anterior al probable parto será de obligatorio goce a menos que el médico tratante prescriba algo diferente. La licencia remunerada de la que habla este artículo es incompatible con la licencia de calamidad doméstica y en caso de haberse solicitado esta última por el nacimiento de un hijo, estos días serán descontados de la misma. (...)"*  
*(Subrayado fuera de texto).*

Por otra parte, el Decreto 1083 de 2015, "Único Reglamentario del Sector Función Pública", dispone:

*"ARTÍCULO 2.2.5.5.12 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 nuestro)

De acuerdo con lo establecido en la norma, toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de dieciocho (18) semanas en

la época de parto, remunerada con el salario que devengue al momento de iniciar su licencia.

Ahora bien, para abordar su interrogante relacionado con la procedencia de renunciar a la licencia de maternidad, esta Dirección Jurídica ha sido consistente en indicar que la prestación social por maternidad es un derecho de toda trabajadora en estado de embarazo consistente en el descanso de catorce semanas remuneradas, las cuales se liquidarán "con el salario que devengue al entrar a disfrutar del descanso.

Se trata así de un derecho laboral de carácter sustantivo con efectos económicos y temporales en la relación laboral de la cual se origina, en favor del sector de los trabajadores públicos y privados, a cargo del sistema de régimen contributivo al cual se encuentra afiliada, o del propio empleador si no lo está, independientemente de si estén o no cobijados por el sistema integral de seguridad social en salud de la ley 100 de 1993.

Es necesario considerar que la licencia remunerada tiene como finalidad el descanso y recuperación de la madre y la atención del recién nacido. Sobre el tema la Corte Constitucional en diversos pronunciamientos ha indicado:

*"La figura de la licencia de maternidad tiene una finalidad principal, cual es la de proteger a las mujeres trabajadoras en estado de gravidez, durante la época del embarazo y luego del parto protección que se extiende, en lo pertinente, a los hombres trabajadores sin cónyuge o compañera permanente; así como la de asegurar la protección de la niñez. El amparo que de allí se deriva es, por consiguiente, doble e integral. Es doble, por cuanto se despliega respecto de la madre -y en lo que corresponda, respecto del padre sin cónyuge o compañera permanente-, a la vez que en relación con los hijos o hijas. Es integral, toda vez que abarca un conjunto de prestaciones encaminadas a asegurar que las mujeres trabajadoras -incluyendo los hombres trabajadores sin cónyuge o compañera permanente- y su descendencia dispongan de un espacio propicio para iniciar las relaciones familiares en condiciones de calidad y de dignidad". (Subrayado nuestro)*

Adicionalmente, el artículo 53 de la Constitución política señala que las leyes laborales tendrán en cuenta los principios de igualdad de oportunidades para los trabajadores, irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales, protección especial a la mujer, a la maternidad entre otros; derechos y garantías mínimos que son irrenunciables.

Teniendo en cuenta lo anterior, en criterio de esta Dirección jurídica, la licencia de maternidad se constituye como un derecho irrenunciable de la trabajadora. En ese sentido, se considera que no es procedente que la empleada renuncie al disfrute de su licencia de maternidad, por cuanto es un beneficio mínimo laboral irrenunciable y por cuanto dicha licencia no es solamente para beneficiar a la trabajadora, sino que tiene también como fin proteger al niño recién nacido y garantizarle el cuidado y amor por parte de la madre, lo cual tiene incidencia en su desarrollo armónico e integral y en el ejercicio pleno de sus derechos.

¿Puede el señor gerente nombrar por encargo mediante resolución a un funcionario de la nómina o a un contratista para cumplir con mis funciones, sin necesidad que el alcalde tenga que realizar todo el proceso de selección y nombramiento de un jefe de control interno para hacer la licencia?

Sea lo primero señalar que de acuerdo con lo establecido en la Ley 1474 de 2011, Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública, en los artículos 8 y 9, modificó los artículos 11 y 14 de la Ley 87 de 1993, así:

«ARTÍCULO 8. DESIGNACIÓN DE RESPONSABLE DEL CONTROL INTERNO. Modifíquese el artículo 11 de la Ley 87 de 1993, que quedará así:

*Para la verificación y evaluación permanente del Sistema de Control, el Presidente de la República designará en las entidades estatales de la rama ejecutiva del orden nacional al jefe de la Unidad de la oficina de control interno o quien haga sus veces, quien será de libre nombramiento y remoción.*

*Cuando se trate de entidades de la rama ejecutiva del orden territorial, la designación se hará por la máxima autoridad administrativa de la respectiva entidad territorial. Este funcionario será designado por un período fijo de cuatro años, en la mitad del respectivo período del alcalde o gobernador. (...)."*

(...)

*PARÁGRAFO 1. Para desempeñar el cargo de asesor, coordinador o de auditor interno se deberá acreditar formación profesional y experiencia mínima de tres (3) años en asuntos del control interno."*

«ARTÍCULO 9. REPORTE DEL RESPONSABLE DE CONTROL INTERNO. Modifíquese el artículo 14 de la Ley 87 de 1993, que quedará así:

*El jefe de la Unidad de la Oficina de Control Interno o quien haga sus veces en una entidad de la rama ejecutiva del orden nacional será un servidor público de libre nombramiento y remoción, designado por el Presidente de la República.*

“(…)”

*PARÁGRAFO TRANSITORIO. Para ajustar el periodo de que trata el presente artículo, los responsables del Control Interno que estuvieren ocupando el cargo al 31 de diciembre del 2011, permanecerán en el mismo hasta que el Gobernador o Alcalde haga la designación del nuevo funcionario, conforme a la fecha prevista en el presente artículo.»*

Como se observa, el artículo 8 de la Ley 1474 de 2011 modificó la forma de elección del jefe de la Unidad de la Oficina de Control Interno o quien haga sus veces, quienes deberán ser nombrados por el Presidente de la República en las entidades estatales de la Rama Ejecutiva del orden nacional en un empleo de libre nombramiento y remoción o por la máxima autoridad administrativa de la respectiva entidad territorial, alcalde o gobernador en un empleo de periodo por cuatro (4) años.

Refiriéndonos al nivel territorial, la norma dispuso que el empleo se clasifique como de periodo fijo de cuatro años, y que será designado por el alcalde o gobernador, en la mitad de su respectivo período que permite intercalar el período de los alcalde y gobernadores con el empleo de Jefe de Control Interno, para que a la mitad de su periodo realicen dicha designación.

De acuerdo con lo expuesto, se encuentra que la Ley 1474 de 2011 estableció la forma de designar al jefe de la Unidad de control interno o quien haga sus veces en las entidades de la rama ejecutiva del orden territorial, la cual se hará por la máxima autoridad administrativa de la respectiva entidad territorial. Este funcionario será designado por un período fijo de cuatro años, en la mitad del respectivo período del Gobernador o Alcalde.

Es preciso señalar que en criterio de esta Dirección, la facultad nominadora del responsable del Control Interno en la Empresa Social del Estado corresponde a la máxima autoridad administrativa de la respectiva entidad territorial, es decir, el alcalde o el gobernador.

Aclarado esto, también se indica que el cargo de Jefe de la Oficina de Control Interno, corresponde a un cargo de período institucional y no personal, quien sea designado para ese cargo en reemplazo del anterior titular, lo hará para un período de cuatro años, y quien eventualmente tuviere que remplazarlo lo hará para terminar lo que haga falta del mismo, en ese sentido se precisa que el empleo de jefe de control interno en las entidades de la Rama Ejecutiva del poder Público del nivel territorial, como es el caso de las alcaldías o las gobernaciones no son considerados como de libre nombramiento y remoción.

Ahora bien, respecto a la forma de proveer el empleo de jefe de control interno de una Empresa Social del Estado del orden territorial en el caso que el titular del cargo se encuentre en licencia de maternidad, me permito señalar lo siguiente:

El Decreto 1083 de 2015, “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública” establece:

«ARTÍCULO 2.2.5.2.2 Vacancia temporal. Para los mismos efectos se produce vacancia temporal cuando quien lo desempeña se encuentra en:

1. Vacaciones.
2. Licencia.
3. Comisión, salvo en la de servicio.
4. Prestando el servicio militar.
5. Encargado, separándose de las funciones del empleo del cual es titular.
6. Suspendido en el ejercicio del cargo por decisión disciplinaria, fiscal o judicial, y
7. Período de prueba en otro empleo de carrera»

La situación administrativa de licencia permite que el empleado se separe de sus funciones sin romper el vínculo con la entidad. Conforme a la Legislación laboral vigente, aplicable a los empleados públicos, las licencias remuneradas pueden ser: por maternidad, paternidad, por

enfermedad y por luto. En ese sentido, las licencias por incapacidades médicas, implican una separación transitoria del ejercicio de su cargo y generan una vacancia temporal del empleo.

Ahora bien, frente a la figura de encargo, el Decreto 1083 de 2015 dispuso:

*“ARTÍCULO 2.2.5.5.41. Encargo. Los empleados podrán ser encargados para asumir parcial o totalmente las funciones de empleos diferentes de aquellos para los cuales han sido nombrados, por ausencia temporal o definitiva del titular, desvinculándose o no de las propias de su cargo.*

*El encargo no interrumpe el tiempo de servicio para efectos de la antigüedad en el empleo del cual es titular, ni afecta los derechos de carrera del empleado”.*

Respecto a la figura del encargo, la Corte Constitucional, se pronunció en la sentencia [C-428](#) de 1997, manifestando lo siguiente:

*“... El encargo temporal, es entonces una situación administrativa de creación legal que le permite al Estado sortear las dificultades que puedan presentarse en los casos de ausencia temporal o definitiva de un empleado cuya labor es indispensable para la atención de los servicios a su cargo. Se trata realmente, de una medida de carácter excepcional que igualmente enfrenta situaciones excepcionales o de urgencia y que se cumple en lapsos cortos. Ella encuentra fundamento en el inciso 2o. del artículo 123 de la Carta Política, que dice: "los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento".*

Por lo anterior, se debe tener en cuenta que el encargo presenta un doble carácter, constituye a la vez una situación administrativa y también una modalidad transitoria de provisión de empleos; el encargo puede ser total o parcial, lo que indica que en el primer caso el funcionario se desliga de las funciones que le son propias y asume todas las del nuevo empleo y para el segundo caso, asume solo una o algunas de ellas. El encargo se produce por ausencia temporal o definitiva del titular.

En consecuencia, el espíritu de la figura del encargo como modalidad de provisión de cargos vacantes temporal o definitivamente, es permitir a la Administración que sortee las dificultades que se le puedan presentar en casos de la ausencia de un empleado para que otro asuma parcial o totalmente las funciones de otro empleo del cual no es titular, desvinculándose o no de las propias de su cargo.

Atendiendo puntualmente su consulta, en el evento de que el cargo de Jefe de Control Interno se encuentre vacante de forma temporal, por licencia de maternidad de su titular, el nominador, es decir, el Alcalde o Gobernador de conformidad con el artículo 8 de la Ley 1474 de 2011, podrá encargar a un empleado de libre nombramiento y remoción o de carrera de la entidad, siempre y cuando acredite los requisitos para su desempeño.

Ahora bien, en virtud de la Ley 1474 de 2011, para desempeñar el cargo del responsable de control interno se exige como mínimo título profesional y experiencia mínima de tres (3) años en temas de control interno; por consiguiente, la persona que sea encargada en este empleo debe acreditar el título profesional y experiencia, la cual no puede ser compensada por estudios adicionales.

De acuerdo con lo expuesto, en criterio de esta Dirección Jurídica es viable concluir que, en el caso de vacancia temporal del empleo de jefe de control interno en virtud de licencia por maternidad, se considera viable encargar a un empleado de carrera o de libre nombramiento y remoción que cumpla con los requisitos para el ejercicio del cargo durante el tiempo que dure la vacancia.

Finalmente, frente a la viabilidad de encargar en el empleo de jefe de control interno a un contratista durante la licencia de maternidad de su titular, me permito reiterar que la figura de encargo solo procede para empleados de carrera administrativa o de libre nombramiento y remoción que cumplan con los requisitos del empleo.

Adicionalmente, es de tener en cuenta que la relación de las personas vinculadas mediante contrato de prestación de servicios, se rige por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, que dispone en el numeral tercero del artículo 32, lo siguiente:

*“ (...)*

*3°. Contrato de prestación de servicios*

*Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.*

*En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.” (Negrilla nuestra).*

Como puede observarse, la norma es clara al señalar que los contratistas de prestación de servicios deben cumplir funciones que no puedan realizarse con personal de planta, bien porque el personal es insuficiente o porque se trata de actividades transitorias, toda vez que no son servidores públicos sino particulares contratistas, no pueden ser considerados ni empleados públicos ni trabajadores oficiales y su relación está regulada por el contrato y por las disposiciones contenidas en la Ley 80 de 1993.

Por lo anterior, y en atención a su inquietud, esta Dirección Jurídica considera viable que el nominador de la entidad territorial provea el empleo de jefe de control interno mediante encargo de un empleado de carrera o de libre nombramiento y remoción durante el tiempo en que su titular se encuentre en licencia de maternidad. Por el contrario, no será viable encargar en dicho empleo a un contratista por los argumentos antes esbozados.

Finalmente, para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público; así como las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos, me permito indicar que en el link [/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: María Camila Bonilla

Revisó: Harold I. Herreño

Aprobó: Armando López C.

12602.8.4

NOTAS PIE DE PAGINA

1 Sala Plena. Corte Constitucional. Sentencia C-543 de 2010. Expediente D-7971

---

*Fecha y hora de creación: 2024-12-04 13:49:16*