



Función Pública

Concepto 108571 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000108571

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000108571

Fecha: 11/03/2022 06:24:07 p.m.

Bogotá D.C.

REF: EMPLEOS. Nombramiento provisional para cubrir situaciones administrativas en vigencia de la ley de garantías. PRESTACIONES SOCIALES. Vacaciones después de la licencia de maternidad. RAD. 20229000073402 del 08 de febrero de 2022.

Respetada señora, reciba un cordial saludo.

En atención al oficio de la referencia, mediante el cual consulta «*Es posible realizar nombramiento temporal de personal docente que, durante la aplicación de la ley 996 de 2005 (Garantías Electorales) se llegaren a encontrar en las siguientes situaciones administrativas:*

Licencias no remuneradas

Licencias de maternidad

Incapacidad por enfermedad general

Suspensión en el ejercicio del cargo

Comisión

De otra parte, una funcionaria (administrativa) se encuentra en licencia de maternidad desde el pasado mes de octubre y ha solicitado se le autorice el disfrute de sus vacaciones, al cual tiene derecho; es posible que quien viene realizando la licencia de maternidad ahora haga las vacaciones de esta funcionaria, siendo que nos encontramos en vigencia de ley de garantías electorales.»

Frente a las preguntas formuladas, me permito manifestarle lo siguiente.

En relación a la prohibición de modificar la nómina estatal para las entidades territoriales, en vigencia de las restricciones contenidas en la Ley 996 de 2005, el artículo 38 consagra:

«*Artículo 38. Prohibiciones para los servidores públicos. A los empleados del Estado les está prohibido: (...)*

Parágrafo. (...)

La nómina del respectivo ente territorial o entidad no se podrá modificar dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones a cargos de

elección popular, salvo que se trate de provisión de cargos por faltas definitivas, con ocasión de muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada, y en los casos de aplicación de las normas de carrera administrativa.» (Subrayado fuera de texto)

Dispone el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, que se suspenderá cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal, en la Rama Ejecutiva del Poder Público en el nivel territorial, durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección de cargos de elección popular.

Por lo tanto, durante dicho término:

No se podrá modificar la nómina estatal, es decir, no es procedente crear cargos ni proveer los mismos, ni retirar del servicio a servidores públicos por declaratoria de insubsistencia del nombramiento.

No se podrán hacer nuevos nombramientos salvo que se trate de solventar situaciones tales como: renunciaciones, licencias o muerte cuya provisión sea indispensable para el cabal funcionamiento de la Administración Pública, o cuando se trate de la designación de servidores públicos en cargos de carrera por el sistema de concurso público de méritos, caso en el cual procede el nombramiento en período de prueba o por encargo.

Ahora bien, al examinar la constitucionalidad, entre otros, del artículo 38 de la Ley Estatutaria 996 de 2005, la Corte Constitucional mediante sentencia C-1153/05 del 11 de noviembre de 2005, Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra, expresó:

«... Ahora bien, esta Corporación considera que la prohibición de suspender cualquier forma de vinculación que "afecte" la nómina estatal hace referencia a la imposibilidad de creación de nuevos cargos y a la provisión de los mismos, salvo que se trate de solventar situaciones tales como renuncia, licencia o muerte que sean indispensables para el cabal funcionamiento de la Administración Pública.

“(...)”

“Por último, la Sala también encuentra ajustada a la Carta la prohibición de modificar la nómina de los entes territoriales que dirijan o en los cuales participen Gobernadores, Alcaldes, Secretarios, Gerentes y directores de Entidades Descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital durante los cuatro meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, pues esto garantiza que no se utilice como medio para la campaña electoral en la cual pueden llegar a participar los funcionarios públicos autorizados por la Carta para actuar en política y, por tanto, promueve la transparencia del actuar administrativo.

Ahora bien, las excepciones a esta prohibición, consignadas en el inciso cuarto del parágrafo, respetan el equilibrio que debe existir entre la guarda de la moralidad administrativa y la eficacia de la administración, a través de la autorización de vincular en nómina (a) cuando se trate de proveer cargos por faltas definitivas derivada de muerte o renuncia y (b) los cargos de carrera administrativa.

En efecto, si se trata de proveer un cargo por necesidad del servicio, toda vez que quien lo desempeñaba no está en capacidad de seguirlo haciendo, es claro que la vinculación no se tratará de un cargo creado ad hoc en épocas de campaña, sino de una necesidad permanente de la administración que no puede dejar de ser satisfecha por encontrarse en periodo de campaña. De otra parte, si con la prohibición de modificación de nómina pretende evitar la vulneración de la moralidad administrativa, las vinculaciones que se presenten aplicando las normas de carrera administrativa serán admisibles por todas las garantías de transparencia y objetividad que deben rodear el régimen de carrera.» (Subrayado fuera de texto)

De conformidad con la sentencia de la Corte Constitucional C-1153 de 2005, se entiende que la prohibición de suspender cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal hace referencia a la imposibilidad de creación de nuevos cargos y a la provisión de los mismos. En ese sentido no está prohibida la provisión de cargos, en casos tales como los de vacancia definitiva por renuncia, muerte o licencia, siempre y cuando dicha provisión sea indispensable para el cabal funcionamiento de la administración pública, como tampoco cuando se trate de la designación de servidores públicos en cargos de carrera por el sistema de concurso público de méritos, caso en el cual procede el nombramiento en período de prueba o a través de encargo.

Debe tenerse en cuenta que la comisión de servicios es una situación administrativa, en virtud de la cual se ejercen temporalmente las funciones propias de un cargo en lugares diferentes a la sede habitual del trabajo o se atienden transitoriamente actividades oficiales distintas a las inherentes al empleo de que es titular; no genera vacancia del empleo, en consecuencia, en caso que un empleado público se encuentre en comisión de servicios no es posible proveer el empleo, pues no existe vacante.

Por lo tanto, para dar respuesta a su pregunta, se tiene que la Ley de Garantías hace referencia a la imposibilidad de crear nuevos cargos y a proveer los mismos, por consiguiente la nómina del respectivo ente territorial o entidad, no se podrá modificar dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, salvo que se trate de provisión de cargos por faltas definitivas, con ocasión de muerte licencias o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada, y en los casos de aplicación de las normas de carrera

administrativa, esto último significa que al presentarse la vacancia en el cargo, el empleo se podrá proveer mediante concurso de méritos, por encargo, con personal de carrera, siempre y cuando por necesidades del servicio se requieran.

Ahora bien, frente a su segunda inquietud, relacionada con la funcionaria (administrativa) que se encuentra en licencia de maternidad desde el pasado mes de octubre y ha solicitado se le autorice el disfrute de sus vacaciones, le informo:

La Constitución Política, en su artículo 43 regula sobre el tema lo siguiente:

«ARTÍCULO 43. La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada. El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia.»

El Decreto 1822 de 2017, por el cual se modifica el artículo 236 del código sustantivo del trabajo, dispuso en su artículo 1º:

«ARTÍCULO 1º. El artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo quedará así:

ARTÍCULO 236. Licencia en la época del parto e incentivos para la adecuada atención y cuidado del recién nacido.

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 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 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 cuáles serán sumadas a las dieciocho (18) semanas que se establecen en la presente ley. Cuando se trate de madres con parto múltiple, la licencia se ampliará en dos (2) 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 tomarla semana previa al parto, podrá disfrutarlas 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 a lo previsto en el literal anterior.»

De conformidad con lo antes expuesto, la licencia por maternidad configura una protección constitucional especial en interés del menor recién nacido y de la madre, y conforme a los términos de la norma que la regula no se contempla ningún evento que permita la interrupción de su disfrute.

En cuanto a su duración el Decreto 1083 de 2015, señala:

«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.»

De acuerdo a lo anterior, la duración de la licencia será por el término que ley establece, es decir 18 semanas, término que no podrá ser disminuido ni aumentado.

En cuanto a las vacaciones, es necesario recordar que los empleados públicos tienen derecho a quince días hábiles de vacaciones por cada año de servicios y el monto de las mismas debe liquidarse con base en el salario devengado al momento de salir a disfrutarlas. Al respecto, el Decreto 1045 de 1978¹, consagra:

«ARTICULO 8º. De las vacaciones. - Los empleados públicos y trabajadores oficiales tienen derecho a quince (15) días hábiles de vacaciones por cada año de servicios, salvo lo que se disponga en normas o estipulaciones especiales. En los organismos cuya jornada semanal se desarrolle entre lunes y viernes, el día sábado no se computará como día hábil para efecto de vacaciones. (...)"

ARTÍCULO 12º.- Del goce de vacaciones. Las vacaciones deben concederse por quien corresponde, oficiosamente o a petición del interesado, dentro del año siguiente a la fecha en que se cause el derecho a disfrutarlas.“

ARTÍCULO 13. De la acumulación de vacaciones. Solo se podrán acumular vacaciones hasta por dos años, siempre que ello obedezca a aplazamiento por necesidad del servicio.”

ARTÍCULO 18º.- Del pago de las vacaciones que se disfruten. El valor correspondiente a las vacaciones que se disfruten será pagado, en su cuantía total, por lo menos con cinco (5) días de antelación a la fecha señalada para iniciar el goce del descanso remunerado. (Subrayado nuestro).

ARTÍCULO 14. Del aplazamiento de las vacaciones. Las autoridades facultadas para conceder vacaciones podrán aplazarlas por necesidades del servicio. El aplazamiento se decretará por resolución motivada. Todo aplazamiento de vacaciones se hará constar en la respectiva hoja de vida del funcionario o trabajador.“

ARTÍCULO 15. De la interrupción de las vacaciones. El disfrute de las vacaciones se interrumpirá cuando se configure alguna de las siguientes causales:

a) Las necesidades del servicio;

b) La incapacidad ocasionada por enfermedad o accidente de trabajo, siempre que se acredite con certificado médico expedido por la entidad de previsión a la cual esté afiliado el empleado o trabajador, o por el servicio médico de la entidad empleadora en el caso de que no estuviere afiliado a ninguna entidad de previsión;

c) La incapacidad ocasionada por maternidad, o aborto, siempre que se acrediten en los términos del ordinal anterior;

d) El otorgamiento de una comisión;

e) El llamamiento a filas.”

“ARTÍCULO 16. Del disfrute de las vacaciones interrumpidas. Cuando ocurra interrupción justificada en el goce de vacaciones ya iniciadas, el beneficiario tiene derecho a reanudarlas por el tiempo que falte para completar su disfrute y desde la fecha que oportunamente se señale para

tal fin.

La interrupción, así como la reanudación de las vacaciones, deberán decretarse mediante resolución motivada expedida por el jefe de la entidad o por el funcionario en quien se haya delegado tal facultad.»

De conformidad con lo anterior, la normatividad citada es clara al precisar que todo empleado público tiene derecho a quince días hábiles de vacaciones remuneradas por cada año de servicios.

En este orden de ideas, si la empleada a quien se le concedió licencia de maternidad, para la fecha en que se da por terminada la misma ha causado el derecho para el disfrute de las vacaciones porque ha cumplido un año o más de labores con la entidad, se encuentra con el derecho de solicitar su disfrute ante la autoridad competente una vez termine la licencia de maternidad.

En consecuencia, esta Dirección Jurídica considera que la Ley de Garantías hace referencia a la imposibilidad de crear nuevos cargos y a proveer los mismos, por lo tanto, la nómina del respectivo ente territorial o entidad, no se podrá modificar dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, salvo que se trate de provisión de cargos por faltas definitivas, con ocasión de muerte licencias o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada, y en los casos de aplicación de las normas de carrera administrativa, esto último significa que al presentarse la vacancia en el cargo, el empleo se podrá proveer mediante concurso de méritos, por encargo, con personal de carrera, siempre y cuando por necesidades del servicio se requieran.

Con 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 CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Luz Rojas

Revisó: Harold Israel Herreño

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 08:14:25