



**Función Pública**

## Concepto 87321 de 2015 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20156000087321\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20156000087321

Fecha: 25/05/2015 10:32:09 a.m.

Bogotá D.C.

Referencia. DERECHO AL DISFRUTE DE LAS VACACIONES. Luego del período de licencia de maternidad. LICENCIA DE MATERNIDAD. Provisión temporal del cargo en vigencia de la Ley de garantías mientras dura la licencia de maternidad y el período de vacaciones. Radicación No. 20152060072242 del 17 de abril de 2015.

En atención a la comunicación de la referencia, me permito dar respuesta en los siguientes términos:

### PLANTEAMIENTO JURÍDICO 1

¿Es viable que una empleada pública haga uso del disfrute de las vacaciones, luego del período de la licencia de maternidad? ¿Es procedente suscribir un contrato de prestación de servicios con el fin de proveer el cargo, mientras la titular disfruta de la licencia de maternidad y de período de vacaciones?

### FUENTES FORMALES

Decreto [1045](#) de 1978

### ANÁLISIS

¿Es viable que una empleada pública haga uso del disfrute de las vacaciones, luego del período de la licencia de maternidad?

Los servidores públicos tienen derecho a quince días hábiles de vacaciones por cada año de servicios, el monto de las mismas se liquidará con el salario devengado al momento de salir a disfrutarlas.

Sobre la materia, el Decreto 1045 de 1978<sup>1</sup>, dispone:

*“ARTÍCULO 8°. 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 12. 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. Sólo se podrán acumular vacaciones hasta por dos años, siempre que ello obedezca a aplazamiento por necesidades del servicio.*

De acuerdo con lo señalado, se determina que las vacaciones deben ser solicitadas o concedidas de oficio dentro del año siguiente a la fecha en que se cause el derecho; sin embargo, señala la norma que se podrán acumular vacaciones hasta por dos años, siempre que ello obedezca a aplazamiento por necesidades del servicio.

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.

## PLANTEAMIENTO JURÍDICO II

¿Es procedente suscribir un contrato de prestación de servicios durante el período de garantías a que alude la Ley 996 de 2005, con el fin de proveer el cargo, mientras la titular disfruta de licencia de maternidad y de período de vacaciones?

## FUENTES FORMALES

Ley 996 del 2005

Ley 909 de 2004

Decreto 1042 de 1978

Ley 80 de 1993, art. 32

## ANÁLISIS

La Ley 996 del 24 de noviembre de 2005, (Ley de Garantías), que tiene por objetivo garantizar la transparencia en los comicios electorales, establece limitaciones a la vinculación de personal a las entidades y por regla general se aplica a todas las Entidades del Estado. Esta ley señaló en los artículos 32 y 38, lo siguiente:

*“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.”*

La Procuraduría General de la Nación, respecto a la aplicación de la Ley de Garantías Electorales, emitió la Circular 16 de 3 de Septiembre de 2013, en la cual señaló:

*De conformidad con lo dispuesto en el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, los Gobernadores, Alcaldes Municipales y/o Distritales, Secretarios, Gerentes y Directores de Entidades Descentralizadas del orden Municipal, Departamental o Distrital, dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones a Congreso de la República, programadas por la Registraduría Nacional del Estado Civil, para el 9 de marzo de 2014, es decir, a partir del 9 de noviembre de 2013, así como dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones presidenciales que se realizarán el 25 de mayo de 2014, esto es, a partir del 25 de enero de 2014, no podrán:*

*(...)*

*10.4 Modificar la nómina del respectivo en el territorial o entidad, salvo que se trate de la 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.”*

*“d. 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.”*

Estas restricciones aplican a las autoridades nominadoras de los sectores central y descentralizado de la Rama Ejecutiva del nivel nacional y de las entidades territoriales y sus entidades descentralizadas.

Con respecto a la inquietud de si es posible que efectuar un “nombramiento en un empleo de carrera por vacancia temporal del mismo” considerando que la empleada titular se encuentra en licencia de maternidad, es importante precisar que el acto de provisión correspondería a un encargo. En consecuencia, para proveer una vacante temporal como la licencia de maternidad deberá acudir a la figura del encargo de empleados de carrera o de libre nombramiento y remoción, que cumplan los requisitos y el perfil para su desempeño (Artículo 24 de la Ley 909 de 2004).

Es importante recordar que la figura del encargo tiene un doble carácter: por un lado es una situación administrativa en la que se puede encontrar un empleado en servicio activo (Decreto 2400 de 1968, art. 18) para que atienda total o parcialmente las funciones de otro cargo; y por otro, es una modalidad transitoria de provisión de empleos vacantes transitoria o definitivamente.

Otra característica que tiene el encargo es que el empleado encargado tendrá derecho a la sueldo de ingreso señalado para el empleo que desempeña temporalmente, siempre que no deba ser percibido por su titular (Ley 344 de 1996, art. 18). De igual manera, el encargo puede conllevar a que el empleado se desvincule o no de las propias de cargo (Decreto 1950 de 1973, arts. 34 y 37).

Frente al alcance de las prohibiciones y restricciones de provisión de empleos contenidos en la Ley 996 de 2005, es importante remitirse a lo

expresado por la Corte Constitucional al examinar la constitucionalidad del referido artículo 32 de la citada Ley mediante sentencia [C-1153/05](#) del 11 de noviembre de 2005, Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra, en la cual expresó:

*“De otra parte, para la Sala el inciso primero se ajusta a la Constitución, pues la suspensión de las vinculaciones que afecten a la nómina estatal durante el periodo en que el candidato Presidente puede estar en campaña electoral sí es garantía de una mayor equidad de condiciones entre este candidato y los demás aspirantes a la presidencia de la República, en cuanto a través de esas vinculaciones se pueden buscar favores políticos.*

*Ahora, si bien la limitación garantiza la igualdad de condiciones, también es necesario que tal limitación que pretende la igualdad no termine yendo en detrimento de intereses públicos cuya garantía está en cabeza del ejecutivo, como son los inmersos en las excepciones para la prohibición de contratación.*

*En efecto, las excepciones de limitación protegen diversos tipos de urgencias de defensa, salud, educación, infraestructura vial y de servicios públicos y ecológicas tienden a no limitar desproporcionadamente la acción del Estado en el cumplimiento de sus fines, en procura de la igualdad entre candidatos como garantía electoral. Por su parte, la no restricción en la celebración de contratos de crédito público es razonable, pues le permite al Estado mantener la estabilidad fiscal toda vez que tanto el endeudamiento interno como el externo permiten conseguir los recursos necesarios para el pleno cubrimiento de las previsiones presupuestales.*

*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 precisa que la declaratoria de exequibilidad del artículo 32 se da bajo el entendido que el Presidente o el Vicepresidente de la República se ven cubiertos con la prohibición desde que manifiestan el interés previsto en el artículo 9°. “(...)”*

*“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 párrafo, 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.*

*Por último, el límite de tiempo para la prohibición de modificación de nómina es razonable, pues en los cuatro meses indicados, época de campaña, es que se presentan el mayor riesgo de aprovechamiento del cargo público para fines políticos”.*

Al respecto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto con radicación [No. 1.985](#) (11001-03-06-000-2010-00006-00) del 4 de febrero de 2010, Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo, señaló:

*“Se tiene pues que, tratándose de las campañas presidenciales, la prohibición de hacer vinculaciones en la nómina, bajo cualquier forma, rige para la rama Ejecutiva, esto es, aplica a las autoridades nominadoras de los sectores central y descentralizado del nivel nacional y de las entidades territoriales y sus entidades descentralizadas; para sus efectos, es indiferente que en la respectiva campaña presidencial participen como candidatos, el Presidente o el Vicepresidente de la república en ejercicio, pues los artículos 32 y 33 no distinguen entre estas situaciones.*

*Las excepciones establecidas en los artículos 32 y 33 en comento, guardan relación, exclusivamente, con algunos servicios públicos que por su naturaleza no admiten postergaciones en la atención de sus necesidades de personal, bienes y servicios; en estos preceptos no se establece condición alguna relacionada con las causales de retiro del servicio de los servidores que eran titulares de los empleos vacantes.*

*Ello significa que durante las campañas presidenciales los organismos y entidades nacionales y territoriales, de la Rama Ejecutiva, con funciones atinentes a la defensa y seguridad del Estado, las entidades sanitarias y hospitalarias, y los responsables de la educación y las infraestructuras vial, energética y de comunicaciones en los solos eventos taxativamente señalados en el inciso segundo del artículo 33, pueden proveer sus vacantes sin considerar la causal de retiro de los servidores que desempeñaban el cargo y que generan vacantes.”*

A su vez, el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado con radicación [No. 1.839](#) (1001-03-06-000-2007-00061-00) del 26 de julio de 2007, Consejero Ponente: Gustavo Aponte Santos, indica:

*“En efecto, de acuerdo con lo previsto en el artículo 123 Constitucional, los destinatarios de las prohibiciones contenidas en los citados numerales de la norma en comento, son los miembros de corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios, en tanto, éstas son de carácter general. Mientras que, las restricciones del párrafo son temporales y están dirigidas a unos sujetos o destinatarios específicos: “los Gobernadores, alcaldes municipales y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital”, con el de fin evitar que utilicen los recursos, la burocracia y en general los medios que poseen en razón de sus cargos para romper el equilibrio entre los candidatos a las diferentes corporaciones o cargos del nivel territorial.*

*En consecuencia, los gobernadores, alcaldes municipales y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital, dentro de los cuatro meses anteriores a las elecciones, no podrán modificar la nómina del respectivo ente territorial o entidad, es decir, incorporar, ni desvincular a persona alguna de la nómina departamental, municipal o de las empresas descentralizadas.*

*Como tampoco, podrá modificarse la nómina de las entidades o empresas en las cuales, éstos participen como miembros de sus juntas directivas.*

(...)

*A partir de la naturaleza jurídica de las empresas sociales del Estado y del carácter de servidores públicos que tienen las personas que a ellas se vinculan, considera la Sala que la ley 996 de 2005, les resulta plenamente aplicable y como destinatarios que son del régimen de prohibiciones preelectorales contenido en el artículo 38 ibídem, les está vedado realizar las conductas descritas en los numerales 1º, 2º y 3º de dicha norma.*

De conformidad con las normas y jurisprudencia anteriormente citadas, se prohíbe la modificación de 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.

Tal como lo señala la Corte Constitucional en sentencia C-1153/05 del 11 de noviembre 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 está prohibida la provisión de cargos, salvo que se trate de solventar situaciones tales como renuncia, licencia o

muerte que sean indispensables 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. En esos casos, de conformidad con lo señalado por la Corte Constitucional, 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.

Ahora bien, respecto a la provisión de cargos de carrera por vacancia temporal, se refiere la Ley 909 de 2004, en los siguientes términos:

*“ARTÍCULO 25. Provisión de los empleos por vacancia temporal. Los empleos de carrera cuyos titulares se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación temporal de los mismos serán provistos en forma provisional solo por el tiempo que duren aquellas situaciones, cuando no fuere posible proveerlos mediante encargo con servidores públicos de carrera.”* (Destacado fuera de texto)

De conformidad con la norma antes trascrita, se concluye que una vez se haya establecido que en la respectiva Entidad no hay empleados con derechos de carrera administrativa que reúnan los requisitos exigidos para desempeñar el empleo respecto del cual se generó la vacancia temporal por licencia de maternidad de su titular, para proveerlo mediante la figura del encargo; es viable efectuar un nombramiento provisional.

Así mismo, se considera oportuno anotar que otra de las modalidades de vinculación con la administración pública para el caso de vacancia temporal de los empleos, está dada por la figura de los supernumerarios, la cual se establece en el Decreto 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”*, en los siguientes términos:

*“ARTÍCULO 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.”*

Para lo cual resulta importante que la entidad respectiva cuente con el rubro presupuestal correspondiente con el fin de pagar los servicios prestados por los supernumerarios.

Respecto a la posibilidad de suscribir un contrato de prestación de servicios con el fin de desempeñar un empleo de carrera administrativa durante la vacancia temporal de su titular me permito indicarle lo siguiente:

Los contratos de prestación de servicios se rigen por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 y 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.”*

Como puede observarse, la norma es clara al señalar que los contratistas de prestación de servicios deben cumplir actividades 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 y demás normas que la adicionan y reglamentan.

CONCLUSIONES

- Conforme a las disposiciones que regulan la prestación social de las vacaciones, el empleado público tiene derecho a disfrutar quince días hábiles de vacaciones por cada año de servicios, de tal forma que, si la materna a la fecha de terminación del período de licencia de maternidad, ya ha causado el derecho para disfrutar las vacaciones por llevar un (1) año o más tiempo de labores con la entidad, puede solicitar a la autoridad competente el disfrute de su período de vacaciones.

- Con el fin de proveer la vacancia temporal generada por la licencia de maternidad de la titular del empleo en período de ley de garantías, se considera viable recurrir al encargo de un empleado que cumpla con los requisitos y el perfil para el desempeño del empleo. Si adelantado el procedimiento previsto en el artículo 24 de la ley 909 de 2004 con el fin de proveer el encargo, se establece que no hay dentro de la planta de personal un empleado en quien pueda recaer tal designación, se considera procedente que la entidad realice un nombramiento provisional, conforme a los términos del artículo 25 de la ley 909 de 2004.

- Se precisa, que en ley de garantías es viable proveer estas vacantes temporales con fundamento en lo adoptado en la sentencia de la Corte Constitucional C-1153/05 del 11 de noviembre de 2005, en el sentido de encontrarse prohibida la provisión de cargos, salvo que se trate de solventar situaciones tales como renuncia, licencia o muerte que sean indispensables 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, con lo cual se integran las licencias de maternidad como excepción a fin de proveer cargos durante el período de garantías.

- Por su parte, el contratista de prestación de servicios deben cumplir actividades 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, los cuales 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 y demás normas que la adicionan y reglamentan.

El anterior concepto se emite en los términos establecidos en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

CLAUDIA PATRICIA HERNÁNDEZ LEÓN

Directora Jurídica

<sup>1</sup>“Por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional”.

RMM/JFCA

600.4.8.

---

Fecha y hora de creación: 2025-09-17 14:06:41