



Concepto 090511 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000090511

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000090511

Fecha: 24/02/2022 04:32:11 p.m.

Bogotá D.C.

REF: EMPLEO. Posesión. SITUACIONES ADMINISTRATIVAS. Licencia de maternidad ¿Es procedente que una persona acepte el nombramiento y se posea en un empleo, al encontrarse en estado de gestación y eventualmente en la licencia de maternidad? Rad: 20229000052802 del 27 de enero de 2022.

Acuso de recibo la comunicación de la referencia, a través de la cual consulta si es procedente que acepte el nombramiento y se posea en un empleo, al encontrarse en estado de gestación y eventualmente en la licencia de maternidad; al respecto me permito manifestar:

Inicialmente es importante destacar que este Departamento en ejercicio de sus funciones contenidas en el Decreto 430 de 2016, realiza la interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con el empleo público y la administración de personal; sin embargo, no le corresponde la valoración de los casos particulares, y carece de competencia para ordenar reconocimiento de derechos; tampoco funge como ente de control ni es el competente para decidir sobre la legalidad de las actuaciones de las entidades del estado, competencia atribuida a los jueces de la república.

Nombramiento, aceptación y posesión al empleo público.

En relación con el procedimiento de nombramiento, aceptación y posesión de empleado público, así como la prórroga para la posesión, el Decreto 1083 de 2015, Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del sector de la Función Pública, dispone:

«ARTÍCULO 2.2.6.21. Envío de lista de elegibles en firme. En firme la lista de elegibles la Comisión Nacional del Servicio Civil enviará copia al jefe de la entidad para la cual se realizó el concurso, para que dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al envío de la lista de elegibles y en estricto orden de mérito se produzca el nombramiento en período de prueba en el empleo objeto del concurso, el cual no podrá ser provisto bajo ninguna otra modalidad, una vez recibida la lista de elegibles.

ARTÍCULO 2.2.6.22. Retiro de lista de elegibles. Quien sea nombrado y tome posesión del empleo para el cual concursó, con base en una lista de elegibles, se entenderá retirado de ésta, como también aquel que sin justa causa no acepte el nombramiento.»

ARTÍCULO 2.2.5.1.6. Comunicación y término para aceptar el nombramiento. El acto administrativo de nombramiento se comunicará al interesado por escrito, a través de medios físicos o electrónicos, indicándole que cuenta con el término de diez (10) días para manifestar su aceptación o rechazo. (Subrayado y negrilla nuestro)

ARTÍCULO 2.2.5.1.7. Plazos para la posesión. Aceptado el nombramiento, la persona designada deberá tomar posesión del empleo dentro de los diez (10) días hábiles siguientes. Este término podrá prorrogarse, por escrito, hasta por noventa días (90) hábiles más, si el designado no residiere en el lugar de ubicación del empleo, o por causa justificada a juicio de la autoridad nominadora.

ARTÍCULO 2.2.5.1.8. Posesión. La persona nombrada o encargada, prestará juramento de cumplir y defender la Constitución y las leyes y

desempeñar los deberes que le incumben, de lo cual se dejará constancia en un acta firmada por la autoridad que posesiona y el poseionado.

(...)

ARTÍCULO 2.2.5.1.10. Eventos en los cuales no puede darse posesión. No podrá darse posesión cuando:

(...)

Se hayan vencido los términos señalados en el presente decreto para la aceptación del nombramiento o para tomar posesión”.

(Subrayado fuera de texto)

De conformidad con la normativa citada, la Comisión Nacional del Servicio Civil enviará copia al jefe de la entidad para la cual se realizó el concurso, para que dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al envío de la lista de elegibles y en estricto orden de mérito se produzca el nombramiento en período de prueba en el empleo objeto del concurso, el cual no podrá ser provisto bajo ninguna otra modalidad, una vez recibida la lista de elegibles.

Así las cosas, la provisión del respectivo empleo se efectuará con la persona que al momento en que deba producirse el nombramiento ocupe el primer puesto en lista de elegibles para el empleo que fue objeto de convocatoria para la respectiva entidad.

El acto administrativo de nombramiento se comunicará al interesado por escrito, a través de medios físicos o electrónicos, indicándole que cuenta con el término de diez (10) días para manifestar su aceptación o rechazo.

La persona designada en un empleo público, una vez informada de la designación mediante comunicación escrita, cuenta con el término de diez (10) días para manifestar su aceptación o rechazo, el cual contabilizará a partir de la fecha de la comunicación; y dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha de aceptación deberá tomar posesión del respectivo cargo, término que podrá ser prorrogado si la persona designada no residiere en el lugar del empleo, o por causa justificada a juicio de la autoridad nominadora, pero en todo caso la prórroga no podrá exceder de noventa (90) días hábiles y deberá constar por escrito.

Por consiguiente, la persona designada puede solicitar la prórroga para la posesión del empleo pero al disponer la norma, “este término podrá prorrogarse, por escrito, hasta por noventa días (90) hábiles más, si el designado no residiere en el lugar de ubicación del empleo, o por causa justificada a juicio de la autoridad nominadora”, es facultativo del nominador otorgar el tiempo de prórroga, que en todo caso no deberá superar los 90 días hábiles y quien es el competente para analizar cada caso en particular, teniendo en cuenta la norma que se ha dejado transcrita.

Es necesario resaltar que uno de los eventos en los cuales no es procedente efectuar la posesión en el empleo objeto de nombramiento, lo constituye el hecho de que se hayan vencido el término antes señalado para la aceptación del nombramiento.

Adicionalmente, el numeral 1 del artículo 2.2.5.1.12 del Decreto 1083 de 2015, consagra que la autoridad nominadora deberá derogar el nombramiento, cuando la persona designada no manifiesta la aceptación del nombramiento, dentro del término anteriormente señalado.

Licencia de maternidad y protección a la mujer y niños recién nacidos.

La Constitución Política, en su artículo 43 sobre la protección de las mujeres en estado de embarazo, señala 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 este subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada. El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia.»
(Subrayado fuera de texto).

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

«ARTÍCULO 1. 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.

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.

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.

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.

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.

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

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.

(...).»

(Subrayado fuera de texto).

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 2.2.5.5.10. Licencias por enfermedad, maternidad o paternidad. Las licencias por enfermedad, maternidad o paternidad de los servidores públicos se rigen por las normas del régimen de Seguridad Social, en los términos de la Ley 100 de 1993, la Ley 755 de 2002, la Ley 1822 de 2017 y demás disposiciones que las reglamenten, modifiquen, adicione o sustituyan.

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.

De otra parte, con relación a la protección reforzada de la mujer en estado de embarazo, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de impugnación de tutela del 2 de febrero de 2017, con número de radicado 89943 realizó el siguiente estudio:

En primer lugar, estableció que el Estado tiene dos obligaciones con respecto a las mujeres que se encuentran en estado de gestación; por un lado, la protección estatal de la mujer embarazada y lactante sin distinción, y por otro lado, un deber prestacional también a cargo del Estado, el cual consiste en otorgar un subsidio cuando esté desempleada o desamparada.

Así mismo indicó, que los niños, niñas y adolescentes, gozan de una especial protección tanto en el ámbito internacional como en el Estado Social de Derecho, ya que, por su falta de madurez física y mental, requieren de protección y cuidados especiales, para garantizar su desarrollo armónico e integral y proveer las condiciones que necesitan para convertirse en miembros autónomos de la sociedad.

De igual forma, indicó que le corresponde al Estado garantizar la especial asistencia y protección de la mujer durante el embarazo y después del nacimiento del bebé. De ahí que en la legislación laboral se hayan incluido medidas de protección, como la licencia de maternidad.

Adicionalmente, sobre las personas que se encuentran pendientes para acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, y que tienen el derecho fundamental de hacerlo, en Sentencia T-003-1992, la Corte estableció lo siguiente:

“El derecho específico al ejercicio de cargos y funciones públicas merece protección, a la luz de la Constitución Colombiana, no únicamente por lo que significa en sí mismo sino por lo que representa, al tenor del artículo 40, como medio encaminado a lograr la efectividad de otro derecho genérico- cuál es el de participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, a objeto de realizar la vigencia material de la democracia participativa.

Si ello es así, tal protección puede ser reclamada, en casos concretos, mediante el uso del mecanismo de la acción de tutela, concebida precisamente como medio idóneo para asegurar que los derechos trascienden del plano de la ilusión al de la realidad.”

En la ratio decidendi de la sentencia de impugnación de tutela del 2 de febrero de 2017, con número de radicado 89943, la Corte Suprema señaló:

“Resulta evidente el amparo a la maternidad que brinda esa disposición jurídica únicamente- a la empleada de la Procuraduría General de la Nación que, siendo su nombramiento en provisionalidad, se encuentra en estado de gravidez y que por consecuencia del concurso de méritos debe apartarse del cargo, en el sentido de prorrogar dicha designación automáticamente- durante todo el periodo de gestación y hasta 3 meses después de la fecha del parto o finalizada la respectiva licencia, aunado a que se suspende mecánicamente- el trámite del certamen para esa vacante.

Sin embargo, también se advierte que existe una indefensión para la persona que, habiendo superado las etapas de la misma competencia y en razón de las incapacidades médicas emitidas en su favor, no puede posesionarse en el cargo dentro del término legal fijado por dicho estatuto (canon 84 ibídem), déficit prestacional que se torna más gravoso y ostensible en este caso por tratarse igualmente- de una mujer en estado de embarazo de alto riesgo, quien es soltera y que de similar manera merece le prorroguen automáticamente- la aceptación formal de su cargo y culmine luego de finalizada la licencia de maternidad, en aras de efectivizarse los mandatos constitucionales de la protección al interés superior del niño y al ser gestante en estado de gravidez, ambos sujetos ubicados en la categoría de especial amparo por parte del Estado, así como el derecho de la accionante de acceder a cargos públicos.

A juicio de la Sala, la aludida disposición debe ser aplicada en este caso a la luz del principio pro homine, dándosele así una interpretación extensiva y garantista -como la expuesta-, con el objeto de cubrir la carencia de auxilio enrostrada, la cual compagina con la filosofía humanista de nuestra Constitución Política, pues, se le estaría permitiendo a la demandante que (i) se recupere tranquilamente de las incapacidades médicas, (ii) le brinde el debido cuidado, amor y atención que requiere su hijo recién nacido, cuyos derechos fundamentales son prevalentes y preferentes, al paso que, se itera, (iii) ocupe la vacante a la que optó, sin consecuencias negativas para su salud y del infante.

De este modo, también se da aplicación al pilar de la primacía de lo material sobre lo formal, dado que es una determinación que corresponde a la realidad fáctica, pues, contrario a lo esgrimido por la Procuraduría General de la Nación y lo considerado por el a quo, ante casos como el de la ciudadana PAOLA ANDREA OCHOA GARCÍA, resulta proporcionado y razonable efectuarle una interpretación garantista y extensiva a la regla que prohíbe la prórroga para la posesión del cargo por más de 30 días, por cuanto, se repite, acoge los principios y valores de la Carta Magna, así como de los instrumentos internacionales (artículos 93 y 94 Superior). “

En virtud de lo anterior, revocó la decisión de primera instancia y amparó las garantías fundamentales de la demandante.

Anotado todo lo anterior, en el caso objeto de consulta se colige que, pese a que el término máximo para la posesión de un empleo es de 90 días, en virtud de la protección laboral reforzada a la mujer embarazada o en lactancia; el interés superior de los niños, niñas y adolescentes; el derecho fundamental de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos y en extensión del principio pro homine, en virtud del cual se debe acudir a las normas más amplias o a la interpretación más extensiva; considera esta Dirección Jurídica que, en el evento de que el nombramiento, aceptación y posesión en el empleo tenga lugar cuando usted se encuentre en licencia de maternidad, se deben extender los términos previstos por la Ley, para que pueda posesionarse hasta que termine su licencia de maternidad.

No obstante, si por el contrario, para el momento de la aceptación y posesión aún no se encuentra en licencia de maternidad, deberá acatar los términos establecidos en las normas referenciadas, sin perjuicio de que al formalizar la vinculación, pueda dar inicio a la licencia de maternidad respectiva.

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 CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Nataly Pulido

Revisó: Harold Herreño Suarez

Aprobó: Armando López

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 13:52:18