



Función Pública

Concepto 211211 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000211211

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000211211

Fecha: 08/06/2022 03:29:52 p.m.

Bogotá D.C.,

REF.: SITUACIONES ADMINISTRATIVAS. Período de prueba. Suspensión en caso de embarazo funcionaria que aspira a un empleo en la DIAN. EMPLEOS. Posesión. ¿Es viable posesionarse en un empleo por haber superado un concurso de méritos en la DIAN, encontrándose en estado de embarazo? RADICADO: 20229000183982 del 2 de mayo de 2022.

Acuso recibo de su comunicación, mediante la cual consulta si una funcionaria que se encuentra vinculada mediante carrera administrativa en la Secretaría de la Mujer pero que superó un concurso de méritos en la DIAN, puede aceptar el nombramiento y posesionarse estando en estado de embarazo. Igualmente, pregunta si en tal caso se podría suspender el período de prueba y solicitar una prórroga superior a 90 días para la posesión y cómo debe notificarse al empleador sobre la gestación.

Al respecto, me permito indicarle que, de acuerdo con lo establecido en el Decreto 430 de 2016, este Departamento Administrativo 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 entre 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.

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

¿Se puede realizar la aceptación y posesión del cargo si la aspirante está en estado de gestación?

Sobre el particular es importante señalar que la Constitución Política, en su artículo 43 establece que las mujeres gestantes son sujetos de especial protección constitucional, específicamente señala:

«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.» (Subrayado fuera de texto).

En ese sentido, la jurisprudencia constitucional en diversos pronunciamientos ha insistido en que las mujeres gestantes y lactantes en el país deben recibir un trato especial y acceder al mercado laboral sin ningún tipo de discriminación. Por ejemplo, mediante Sentencia Unificada 075 de 2018, la Corte Constitucional manifestó:

(i) El derecho de las mujeres a recibir una especial protección durante la maternidad^[132], el cual se encuentra previsto en el artículo 43 de la Constitución. Dicha norma señala expresamente que las mujeres tienen derecho a gozar de especial asistencia y protección del Estado durante el embarazo y que deben recibir un subsidio alimentario, en caso de desempleo o desamparo^[133]. Así, la jurisprudencia constitucional ha destacado que este enunciado implica a su vez dos obligaciones a cargo del Estado: la especial protección de la mujer embarazada y lactante *â¿¿sin distinciónâ¿¿*, y un deber prestacional que consiste en otorgar un subsidio cuando esté desempleada o desamparada. En este sentido, se

trata de una protección general para todas las mujeres gestantes^[134].

(ii) La protección de la mujer embarazada o lactante de la discriminación en el ámbito laboral, la cual ha sido destacada por esta Corporación en reiteradas oportunidades^[135]. El fin de la salvaguarda en este caso es impedir la discriminación que, a raíz del embarazo, pueda sufrir la mujer, específicamente la terminación o la no renovación del contrato por causa o con ocasión de esa condición o de la lactancia^[136]. De este modo, el fuero de maternidad, encuentra también su sustento en la cláusula general de igualdad de la Constitución^[137] que proscribe la discriminación por razones de sexo, así como en el ya mencionado artículo 43 Superior, que dispone la igualdad de derechos y oportunidades entre hombres y mujeres. (Subrayado nuestro)

Adicionalmente, la prohibición de discriminación en el ámbito laboral de las mujeres en estado de embarazo ha sido ampliamente desarrollada por numerosos instrumentos internacionales, entre los cuales se destacan el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDESC) (artículo 26), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) (artículos 20 y 24), el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC) (artículos 2° y 6°), la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer *“Convención de Belém do Pará”* (artículos 4° y 6°) y la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) (artículo 11). Así mismo, los Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) son un referente especialmente relevante en materia de igualdad y no discriminación de las mujeres en el empleo^[138].

(iii) La protección del derecho fundamental al mínimo vital y a la vida se erige también en un sustento normativo de la estabilidad laboral reforzada de la mujer en estado de embarazo, como lo ha reiterado este Tribunal^[139]. Este derecho, como bien jurídico de máxima relevancia constitucional, implica no solo la protección de la mujer durante la etapa gestacional, sino también se extiende a la protección al ejercicio pleno de la maternidad.

De este modo, la protección de la mujer durante el embarazo también responde al valor que la Constitución le confiere a la vida en gestación, para lo cual contempla una protección específica y diferenciable de aquella que se otorga al derecho a la vida^[140]. Con todo, no puede perderse de vista que, como fue establecido en la Sentencia C-355 de 2006, “a pesar de su relevancia constitucional la vida no tiene el carácter de un valor o de un derecho de carácter absoluto y debe ser ponderada con los otros valores, principios y derechos constitucionales”^[141].

Así mismo, la Sentencia SU-070 de 2013 señaló que “la protección especial de la mujer en estado de gravidez deriva de los preceptos constitucionales que califican a la vida como un valor fundante del ordenamiento constitucional, especialmente el Preámbulo y los artículos 11 y 44 de la Carta Política. La vida, como se ha señalado en reiterada jurisprudencia de esta Corporación, es un bien jurídico de máxima relevancia. Por ello la mujer en estado de embarazo es también protegida en forma preferencial por el ordenamiento como gestadora de la vida que es”^[142].

Además, la prohibición de despido por causa o con ocasión del embarazo se encamina a garantizar a la mujer embarazada o lactante un ingreso que permita el goce del derecho al mínimo vital y a la salud, de forma independiente^[143]. En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha afirmado que la protección reforzada de la mujer embarazada estaría incompleta si no abarcara también la protección de la maternidad, es decir, a la mujer que ya ha culminado el período de gestación y ha dado a luz. En esa medida, dicho mandato guarda estrecha relación con los contenidos normativos constitucionales que hacen referencia a la protección de los niños y de la familia.

(iv) Por último, la relevancia de la familia en el orden constitucional es una justificación adicional de la especial protección de la mujer gestante y lactante”.

En ese orden de ideas, esta Dirección Jurídica concluye que el hecho de estar en embarazo no puede constituirse como una limitante para acceder al empleo público, razón por la cual se concluye que en su caso es viable que realice la aceptación del nombramiento y la posesión en el cargo para el cual además concursó y sobre el cual tiene derechos por haber superado el proceso de selección

Y en caso tal, ¿La suspensión del período de prueba se realizaría por el tiempo de duración de la licencia de maternidad (18 semanas)?

Sobre el particular y como quiera que la funcionaria superó el concurso de méritos en la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), me permito aclarar lo siguiente:

En primer lugar, de conformidad con el artículo 4° de la Ley 909 de 2004, la DIAN tiene un sistema específico de carrera administrativa, que se encuentra regulado mediante el Decreto Ley 071 del 24 de enero de 2020, el cual derogó el Decreto ley 765 de 2005 e hizo necesaria la sustitución del Título 18 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1083 de 2015, mediante el Decreto 770 de 2021, que sobre la suspensión del período de prueba en caso de embarazo, señaló

“ARTÍCULO 35. Situación especial de embarazo. Cuando una empleada en estado de embarazo se encuentre vinculada a un empleo en período

de prueba, este período se suspenderá a partir de la fecha en que dé aviso por escrito al Subsecretario de Personal y al Subsecretario de Desarrollo Humano o quien haga sus veces de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN, del parto, aborto o parto prematuro no viable. El período de prueba continuará al vencimiento de la respectiva licencia”.

(Subrayado nuestro)

Por lo anterior, se concluye que, en el caso de su consulta, el periodo de prueba se suspende a partir de la fecha en que la empleada en estado de embarazo informe por escrito al Subsecretario de Personal y al Subsecretario de Desarrollo Humano o quien haga sus veces de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN, y continuará al vencimiento de la respectiva licencia de maternidad, que según el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, aplicable a las trabajadoras del sector público, equivale a dieciocho (18) semanas.

De igual manera, la ruta a seguir o cuándo informar a la entidad del estado de embarazo, aunque este sea evidente.

Frente a esta inquietud, me permito informarle que para efectos de solicitar la suspensión del período de prueba, exigir la garantía del fuero de maternidad y el pago de la licencia de maternidad es necesario que la funcionaria que se encuentre en estado de embarazo notifique a su empleador de manera escrita y aportando los soportes médicos necesarios que den cuenta de ello.

Por ejemplo, para solicitar la suspensión del período de prueba se reitera que deberá informar por escrito al Subsecretario de Personal y al Subsecretario de Desarrollo Humano o quien haga sus veces de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN.

Igualmente, es necesario indicar que de acuerdo con el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado inicialmente por la Ley 1822 de 2017 y más recientemente por el artículo 2 de la Ley 2114 de 2021, para los efectos de la licencia de maternidad, la trabajadora deberá 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.

Finalmente, es necesario destacar que para efectos de garantizar el derecho al fuero de estabilidad laboral reforzada es necesario que el empleador conozca del estado de gestación de la funcionaria, y en sentido ha concluido lo siguiente:

“El precedente constitucional vigente indica que no es necesaria la comunicación escrita del embarazo al empleador para que la trabajadora tenga derecho a la protección constitucional derivada del derecho a la estabilidad laboral reforzada en razón de la gestación. Al respecto, lo primero que se debe precisar, es que el conocimiento del embarazo de la trabajadora por parte del empleador, no es requisito para establecer si existe fuero de maternidad, sino para determinar el grado de protección que debe brindarse^[169].

Sobre el particular, esta Corporación ha sostenido que si el empleador tuvo noticia del embarazo con anterioridad a la desvinculación, ello origina una “protección integral y completa, pues se asume que el despido se basó en el embarazo y, por ende, en un factor de discriminación en razón del sexo”^[170]. En contraste, la ausencia de conocimiento da lugar a una “protección más débil, basada en el principio de solidaridad y en la garantía de estabilidad en el trabajo durante el embarazo y la lactancia, como un medio para asegurar un salario o un ingreso económico a la madre y como garantía de los derechos del recién nacido”^[171].

Adicionalmente, la jurisprudencia de la Corte ha destacado que el conocimiento del empleador del embarazo de la trabajadora, no reviste de mayores formalidades, ya que puede darse por medio de la notificación directa y escrita, por la configuración de un hecho notorio o por la noticia verbal de un tercero^[172].

Así, este Tribunal ha determinado que existen circunstancias en las cuales se entiende que el empleador conocía del estado de gravidez de una trabajadora. Por ejemplo, ha estimado que el embarazo configura un hecho notorio cuando: (i) son evidentes los cambios físicos de la mujer que le permiten al empleador inferir su estado (a partir del quinto mes de gestación); (ii) se solicitan permisos o incapacidades laborales con ocasión del embarazo; (iii) el embarazo es de conocimiento público entre los compañeros de trabajo; entre otros^[173].

Igualmente, esta Corporación ha concluido que el empleador tenía conocimiento del embarazo “cuando las circunstancias que rodearon el

despido y las conductas asumidas por el empleador permiten deducirlo^[174]. Por tanto, no resulta necesaria la notificación escrita o expresa acerca de la condición de gestante de la trabajadora, sino que basta que el empleador conozca de dicho estado por cualquier medio^[175].

En tal sentido, ha planteado que las formas para inferir el conocimiento del estado de embarazo tienen carácter indicativo y no taxativo y que los jueces de tutela deben analizar las circunstancias propias de cada caso concreto para determinar si el empleador tuvo noticia de la condición de gestante de la trabajadora^[176].

La Sala Plena resalta que deben tenerse en cuenta las circunstancias propias del entorno laboral y la dificultad que implica para la mujer gestante la demostración del conocimiento del empleador. Por consiguiente, los jueces deben valorar las posibles evidencias de que el empleador tuvo noticia del estado de gravidez de la trabajadora en el marco del principio de libertad probatoria. De este modo, es indispensable señalar que no existe una tarifa legal para demostrar que el empleador conocía del estado de embarazo de la trabajadora y se deben evaluar, a partir de la sana crítica, todas las pruebas que se aporten al proceso, entre las cuales pueden enunciarse las testimoniales, documentales, indicios e inferencias, entre otros.

En conclusión, el derecho a la estabilidad laboral reforzada de las mujeres embarazadas no depende del momento en el cual el empleador tuvo conocimiento del estado de gravidez, pues el fuero de maternidad se desprende de la especial protección constitucional que recae sobre las trabajadoras. Sin embargo, dicha notificación es relevante para establecer el alcance de las medidas que los jueces constitucionales pueden otorgar en estos casos”.

Por lo antes expuesto, se recomienda a la empleada notificar su estado de gestación al nominador como lo establecen las normas y jurisprudencia citadas anteriormente.

¿Se podría solicitar una prórroga mayor a 90 días hábiles, es decir, tomar posesión del cargo una vez finalice la licencia de maternidad?

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 2.2.5.1.6. 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 posesionado.

(...)

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 para tomar posesión”.

(Subrayado fuera de texto)

De conformidad con la normativa citada, 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, indicándole que 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.

Así las cosas, el acto administrativo de nombramiento se le comunicará al interesado indicándole que cuenta con el término de diez días para manifestar aceptación, rechazo y pedir prórroga para la posesión del empleo. La posesión será 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.

En ese orden, y como quiera que la prórroga del período de posesión no puede ser mayor a 90 días no se considera viable que se poseione a la terminación de la licencia de maternidad. Deberá entonces, aceptar el nombramiento y posesionarse en los términos antes indicados, y en caso de ser necesario solicitar la suspensión del período de prueba, el cual continuará una vez finalice la licencia de maternidad.

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

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

Sala Plena Corte Constitucional. [SU- 075](#) del 24 de julio de 2018. Exp. T-6.240.380 y otros. MP. Gloria Stella Ortiz Delgado.

"Por el cual se establece y regula el Sistema Específico de Carrera de los empleados públicos de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, y se expiden normas relacionadas con la administración y gestión del talento humano de la DIAN

Único Reglamentario del Sector Función Pública

Sentencia [SU- 075](#) de 2018.

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 08:29:42