



Concepto 260121 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000260121

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000260121

Fecha: 19/07/2022 01:24:32 p.m.

Bogotá

REF.: EMPLEOS. Incorporación de mujer en estado de gravidez. RAD.: 20222060342292 del primero (1) de julio de 2022.

Respetada señora, reciba un cordial saludo.

En atención a la radicación de la referencia, en la cual se consulta sobre si existe algún impedimento para una persona que ganó un puesto por concurso abierto de méritos y quedó en primer lugar para conformar la lista de elegibles, pero al momento de posesionarse se entera que está embarazada, la entidad la puede recibir en este estado o le puede poner algún impedimento. Me permito manifestarle lo siguiente.

Previamente debe indicarse que de acuerdo con lo establecido en el Decreto 430 de 2016, 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.

En ese sentido, la resolución de los casos particulares no es competencia de este Departamento y corresponderá a la autoridad empleadora y nominadora, en cuanto es la instancia que conoce de manera cierta y documentada la situación particular de su personal.

De conformidad con lo informado en su comunicación, es posible que al ocupar el primer lugar en la lista de elegibles para el cargo para el cual concursó, el nombramiento en período de prueba para dicho cargo se produzca antes de iniciar el disfrute de la licencia por maternidad y, por lo tanto, en el evento que de haberse efectuado el respectivo nombramiento y posesión, será de aplicación, el artículo 2.2.6.30 del Decreto 1083 de 2015, según el cual, cuando por justa causa haya interrupción en el período de prueba por un lapso superior a veinte (20) días continuos, este será prorrogado por igual término.

De otra parte, si el nombramiento se produce después de haber iniciado su licencia de maternidad, es conveniente que tenga en cuenta lo dispuesto en los siguientes artículos del citado Decreto 1083 de 2015 “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública”:

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.

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. (Subrayado nuestro)

En consecuencia, se concluye que, una vez aceptado el nombramiento, es posible solicitar un término para tomar posesión del cargo hasta por noventa (90) días cuando la persona nombrada presente una causa que justifique dicha petición. Debe recordarse que la prórroga debe constar por escrito, de conformidad con lo establecido en las normas que regulan esta situación.

Adicionalmente, en relación con la protección reforzada prevista para las mujeres en embarazo, la Ley 909 de 2004 “Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones” señaló lo siguiente:

ARTÍCULO 51. PROTECCIÓN A LA MATERNIDAD.

1. No procederá el retiro de una funcionaria con nombramiento provisional, ocurrido con anterioridad a la vigencia de esta ley, mientras se encuentre en estado de embarazo o en licencia de maternidad.

2. Cuando un cargo de carrera administrativa se encuentre provisto mediante nombramiento en período de prueba con una empleada en estado de embarazo, dicho período se interrumpirá y se reiniciará una vez culminé el término de la licencia de maternidad. (...)” (Subrayado fuera del texto).

En este sentido será procedente considerar los tiempos que determinan los citados artículos, para aceptar el nombramiento en período de prueba y para tomar posesión del mismo, para lo cual podrá solicitar la prórroga de dicho término, siempre que medie justa causa.

El Decreto 1083 de 2015 establece en relación con la protección a la gestante, en periodo de prueba que:

ARTÍCULO 2.2.6.31 Situación especial de embarazo. Cuando una empleada en estado de embarazo se encuentre vinculada a un empleo en período de prueba, sin perjuicio de continuar prestando el servicio, este período se suspenderá a partir de la fecha en que dé aviso por escrito al jefe de la unidad de personal o a quien haga sus veces, y continuará al vencimiento de los tres (3) meses siguientes a la fecha del parto o de la culminación de la licencia remunerada cuando se trate de aborto o parto prematuro no viable.

ARTÍCULO 2.2.8.1.10 Calificación de servicios no satisfactoria. De acuerdo con lo dispuesto en la Ley 909 de 2004, en firme una calificación de servicios no satisfactoria como resultado del desempeño laboral, de carácter anual o extraordinaria el nombramiento del empleado de carrera así calificado, deberá ser declarado insubsistente, mediante resolución motivada del Jefe de la entidad.

La declaratoria de insubsistencia del nombramiento de una empleada de carrera en estado de embarazo por calificación no satisfactoria de servicios, solo podrá producirse dentro de los ocho (8) días siguientes al vencimiento de la licencia por maternidad biológica o por adopción o de la licencia correspondiente, en el caso de aborto o parto prematuro no viable.

ARTÍCULO 2.2.32.2 Presunción de despido por embarazo. Se presume que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando tiene lugar dentro de los períodos señalados en el artículo anterior y sin la observancia de los requisitos exigidos en dicha norma legal”.

Adicionalmente, las personas que se encuentran pendientes para acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, tienen el derecho fundamental de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, sobre el cual 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- cual 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 estableció lo siguiente:

“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.

De acuerdo con lo anterior, en el caso objeto de consulta, si la persona que ocupo el primer lugar se encuentra en estado de embarazo, ello no es obstáculo para que sea nombrada y posesionada, siempre y cuando su estado lo permita. Ahora bien, tendrá la posibilidad de suspender la posesión en los términos que determina la ley.

Para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web de la entidad en el link /web/eva/gestor-normativo, «Gestor Normativo», donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos 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.

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyecto: Pablo C. Díaz B.

Reviso: Maia Valeria Borja Guerrero

Aprobó: Armando López C

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:04:57