Función Pública

# Concepto 098861 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

*20226000098861*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000098861

Fecha: 04/03/2022 09:55:49 a.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA: EMPLEOS. NOMBRAMIENTO. Prórroga para tomar posesión de empleo público. RADICACION: 20229000036002 del 20 de enero de 2022.

Respetada Señora, reciba un cordial saludo.

En atención a su comunicación de la referencia, mediante la cual consulta si es procedente que se extienda el plazo máximo de 90 días para tomar posesión de un empleo hasta tanto la interesada termine la licencia de maternidad, me permito dar respuesta en los siguientes términos:

Sobre el particular, el Decreto 1083 de 2015[1] señala:

*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.*

De conformidad con la norma y para efectos de dar respuesta a su interrogante se permite indicar esta dirección que, se podrá prorrogar el término para tomar posesión de un empleo público, cuando el designado no residiere en el lugar de ubicación del empleo, o por causa justificada a juicio de la autoridad nominadora, no obstante, dicho plazo no podrá superar los 90 días hábiles.

Ahora bien, sobre 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, respecto de lo cual la Corte Constitucional, en Sentencia T-003-1992[2], 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 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). " (subrayado fuera del texto).*

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

De acuerdo con lo anterior, 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 le corresponde a la entidad realizar un análisis propio una vez solicitado por el empleado junto con los soportes requeridos si el estado de la madre se encuentra dentro de una de las situaciones arriba mencionadas por la Corte Constitucional.

De encontrarlo procedente posterior análisis arriba descrito, se debe extender el término para que la empleada se posesione hasta que termine su licencia de maternidad, en virtud de las normas y la jurisprudencia expuesta.

Atendiendo a su situación, es oportuno indicar que el Decreto 1083 de 2015 determina 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.*

*PARÁGRAFO. La declaratoria de insubsistencia del nombramiento por calificación no satisfactoria solo se produce con relación a la calificación anual o a la extraordinaria.*

*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*

En este sentido, la Ley 1822 de 2017[3] Establece respecto a la duración de la licencia de maternidad, que:

*"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."*

De este modo que, es procedente advertir que la madre gestante deberá informar a la entidad sobre su estado para efectos de obtener el amparo establecido en los artículos arriba transcritos, no obstante, el encontrarse en estado de embarazo salvo casos particulares no impiden que el empleado tome posesión de su cargo.

Asimismo, la norma desarrolla una protección especial para la madre, determinando que no se evaluará el período de prueba hasta tanto no se haya finalizado la licencia de maternidad, lo anterior, en virtud de dar un protección a la empleada con el fin de poder apreciar la eficiencia, la adaptación y condiciones personales en el ejercicio de las funciones propias del cargo.

Por último, de acuerdo con lo establecido en el Decreto 430 de 2016[4] , 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.

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. Ana María Naranjo

Revisó: Harold Herreño

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1.Decreto 1083 de 2015 Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública.

2.Sala de Revisión. Corte Constitucional. MP. Alejandro Martínez Caballero y Fabio Morón Díaz

3.Ley 1822 de 2017 "Por medio de la cual se incentiva la adecuada atención y cuidado de la primera infancia, se modifican los artículos 236 y239 del código sustantivo del trabajo y se dictan otras disposiciones".

4.Decreto 430 de 2016 Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública

---

*Fecha y hora de creación: 2025-11-23 08:40:28*