



Función Pública

Concepto 366011 de 2019 Departamento Administrativo de la Función Pública

20196000366011

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20196000366011

Fecha: 20/11/2019 04:35:33 p.m.

Bogotá, D.C.,

REFERENCIA: RETIRO DEL SERVICIO. ¿Una empleada en estado de embarazo vinculada como Secretaria del Concejo Municipal, puede ser separada del cargo una vez finalizado el período para el cual fue elegida? RADICACION: 20199000366142 del 6 de Noviembre de 2019.

En atención a su comunicación con número de radicado de la referencia, respecto al retiro del servicio de la Secretaria del Concejo que finaliza su período y se encuentra en estado de embarazo, me permito manifestar lo siguiente:

La Ley 136 de 1994, Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios, dispone:

“ARTÍCULO 37. SECRETARIO. El Concejo Municipal elegirá un secretario para un período de un año, reelegible a criterio de la corporación y su primera elección se realizará en el primer período legal respectivo.

En los municipios de las categorías especial deberán acreditar título profesional. En la categoría primera deberán haber terminado estudios universitarios o tener título de nivel tecnológico. En las demás categorías deberán acreditar título de bachiller o acreditar experiencia administrativa mínima de dos años.

En casos de falta absoluta habrá nueva elección para el resto del período y las ausencias temporales las reglamentará el Concejo.” (Subrayado nuestro)

De conformidad con la anterior disposición, el cargo de secretario del concejo municipal es un empleo de periodo, el cual es elegido para un periodo de un año, y es reelegible a criterio de la corporación, el cual dentro de su reglamento regula las faltas temporales de sus funcionarios elegidos, como el caso de la Secretaria en estado de embarazo y le es concedida su licencia de maternidad cuando no ha finalizado su periodo.

Sobre el tema en particular, la Corte Constitucional en reciente pronunciamiento, mediante Sentencia SU070/13, Magistrado ponente: Alexei Julio Estrada, procedió a unificar el sentido de la jurisprudencia sobre la protección reforzada de la maternidad en los siguientes términos:

“También, la Corte ha optado por proteger la alternativa laboral de las mujeres gestantes desde la óptica de la garantía de los medios económicos necesarios para afrontar tanto el embarazo como la manutención del(a) recién nacido(a). Garantía que se presume satisfecha cuando la mujer devenga salario u honorarios; luego, se deberá presumir no satisfecha cuando no los devenga. Por esta razón, cuando es improcedente el reintegro o la renovación, resulta viable la modalidad de protección consistente en reconocer las cotizaciones respectivas a seguridad social, después de la cesación de la relación laboral o el contrato y hasta el momento en que la mujer acceda a la prestación económica de la licencia de maternidad.

Procede la protección reforzada derivada de la maternidad, luego la adopción de medidas protectoras en caso de cesación de la alternativa laboral, cuando se demuestre, sin alguna otra exigencia adicional: a) la existencia de una relación laboral o de prestación y, b) que la mujer se encuentre en estado de embarazo o dentro de los tres meses siguiente al parto, en vigencia de dicha relación laboral o de prestación. De igual manera el alcance de la protección se determinará según la modalidad de contrato y según si el empleador (o contratista) conocía o no del estado de embarazo de la empleada al momento de la desvinculación. (...)” (subrayado fuera de texto)

Así las cosas, respecto a la protección de la mujer en estado de embarazo o fuera de maternidad, la Jurisprudencia ha garantizado que la mujer trabajadora conserve su derecho efectivo a trabajar independientemente de la alternativa laboral en la que se encuentre y en varias ocasiones se ha reiterado que para despedir a una mujer en esas circunstancias el empleador debe demostrar que media una justa causa y el respectivo permiso de la autoridad administrativa competente.

Ahora bien, respecto al retiro del servicio de una empleada de período fijo, en especial una personera, en estado de embarazo, la Corte Constitucional en sentencia T-834/12, Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva, manifestó su criterio de la siguiente manera:

(...) 4.5 Pese a esto, la Sala debe insistir en que la viabilidad del amparo de la estabilidad laboral reforzada de la peticionaria está ligado, también, a que cumpla los requisitos de procedencia material que condicionan la protección constitucional de la maternidad por esta vía excepcional. Así las cosas, es necesario comprobar que i) la accionante fue despedida durante el período amparado por el fuero de maternidad; ii) su empleador sabía del estado de embarazo al momento del despido; iii) el despido se dio a causa del embarazo; iv) el despido no fue autorizado por la autoridad laboral correspondiente y v) amenazó el mínimo vital de la mujer o del hijo que está por nacer.

Sería del caso entrar a verificar esos aspectos, si no fuera porque las circunstancias fácticas estudiadas descartan que la peticionaria haya sido separada de su cargo en virtud de un despido. Como el cargo que desempeñaba estaba sujeto a un periodo fijo, es claro que fue retirada del público por una causal objetiva que no está, de ninguna manera, relacionada con su maternidad.

-

La desvinculación de la accionante obedeció a una causal objetiva de retiro del servicio.

4.6 Al respecto, conviene recordar lo referido con antelación acerca de las pautas que determinan el acceso y el retiro del servicio público: las mismas están contempladas, de manera estricta, en la Constitución, las leyes y los reglamentos.

Los personeros, a quienes la Carta Política identifica como funcionarios de elección y de periodo, se sujetan, para esos efectos, a la Ley 136 de 1994, modificada por la Ley 1031 de 2006. La norma indica que son elegidos para periodos institucionales de cuatro años. Por lo tanto, su ejercicio en el cargo está supeditado a un plazo preestablecido.

-

En este escenario, el despido no es posible. Lo que puede ocurrir, eventualmente, es que se produzca una falta de absoluta del personero, si llega a configurarse alguna de las hipótesis previstas en el artículo 98 de la Ley 136 de 1994 (muerte, renuncia aceptada, incapacidad física permanente, nulidad de la elección, destitución) (32). De lo contrario, se aplica la regla: el personero es separado de su cargo una vez transcurre el periodo fijo de cuatro años que opera, indistintamente, para todos los personeros del país.

4.7 Eso fue lo que ocurrió en el presente asunto. La accionante no fue despedida. Simplemente, terminó su vínculo con la administración, a raíz

de la finalización del periodo que el legislador le asignó a su cargo. De ahí que no sea posible, por sustracción de materia, verificar si el despido se llevó a cabo durante el embarazo o el término de la licencia de maternidad; si el empleador conocía del estado de embarazo al momento del despido; si el despido se dio por causa de la maternidad y si afectó el mínimo vital de la demandante o el de su futuro hijo.

4.8 Pues bien, la ausencia del despido no ha sido óbice para que esta corporación indague por la configuración de un trato discriminatorio cuando las madres gestantes son separadas de sus cargos al cumplirse el plazo de sus contratos laborales a término fijo o de prestación de servicios. Así las cosas, y teniendo en cuenta que ambas hipótesis involucran la terminación de una relación laboral por el simple transcurso del tiempo, ¿es posible estudiar la situación de la peticionaria bajo esos mismos parámetros?

La Sala estima que no. Básicamente, porque la peticionaria -ni, en general, cualquier servidora pública de periodo fijo- podría demostrar la presencia de uno de los elementos que justifica el amparo de la estabilidad laboral reforzada de las trabajadoras que son desvinculadas una vez se cumple el plazo pactado en su contrato: una legítima expectativa de permanencia en el cargo, esto es, su confianza en que el mismo será renovado, mientras las causas que motivaron su vinculación no hayan desaparecido. Solo cuando esa expectativa de continuidad y permanencia es defraudada de manera injustificada, la desvinculación puede asociarse a una conducta discriminatoria, que es lo que, en últimas, da lugar a que se ordene el reintegro.

-
Pero no fue esto lo que le ocurrió a la peticionaria, cuya desvinculación obedeció una causal objetiva de retiro del servicio, relativa al cumplimiento de un periodo fijo, que solo puede ser alterado por la ley y que, además, era suficientemente conocido por ella. De ahí que no tuviera razones para confiar en una eventual extensión de su periodo, distinta de aquella a la que habría podido acceder de ser designada como personera en una nueva elección.

4.9 En conclusión, la señora Vélez Casas no fue desvinculada intempestivamente de su cargo de personera, lo cual impide considerar que haya sido víctima de un trato discriminatorio o que haya sufrido una afectación de su mínimo vital derivada de una conducta arbitraria del concejo. Esto, en suma, implica que la solicitud de amparo es materialmente improcedente. No obstante, la Sala encuentra una razón adicional para desestimar la pretensión de estabilidad laboral reforzada. A ella se referirá antes de abordar el siguiente problema jurídico.

La accionante, como funcionaria de periodo fijo, no goza del derecho a la estabilidad laboral reforzada

(...)

4.12 La segunda referencia a la imposibilidad de que el principio de estabilidad laboral reforzada opere a favor de servidores públicos de periodo fijo se encuentra en la sentencia T-277 de 2012 (34). El fallo examinó el caso del gerente de una empresa industrial y comercial del Estado que fue separado del cargo al cumplirse su periodo fijo de dos años, a pesar de que estaba en una situación de debilidad manifiesta, debido a la afectación de su estado de salud.

La Sala Cuarta de Revisión de tutelas determinó que el accionante no tenía derecho a ser reintegrado, porque el empleador no llevó a cabo ninguna acción positiva encaminada a su desvinculación. Como esta se dio por el paso del tiempo, esto es, por el vencimiento del plazo determinado en los estatutos de la empresa para su duración, no era posible inferir un trato discriminatorio relacionado con el estado de salud del actor.

4.13 Lo anterior confirma que la pretensión de estabilidad reforzada planteada por la señora Vélez Casas no tiene vocación de prosperidad, pues el concejo municipal de Santa Bárbara no podía mantenerla en su cargo mientras concluía su licencia de maternidad, ni siquiera frente al loable propósito de materializar la consideración especial que merecen las madres gestantes.

-
(...)

Aunque la peticionaria era una servidora del Estado que, en principio, sería merecedora de la protección especial que la Carta Política consagra sin distinción a favor de todas las trabajadoras privadas y públicas en estado de gravidez, el hecho de que su permanencia en el cargo dependiera de la culminación de un periodo fijo impedía hacerle extensivos los beneficios asociados a la protección de la maternidad en el ámbito laboral.

-

Esto no configura una vulneración de su derecho a la igualdad, como lo refirió al intervenir en este trámite de revisión. Lo que ocurre es que el cargo que desempeñaba se sujeta a unas pautas especiales de acceso y retiro del servicio, que buscan facilitar el correcto ejercicio de la función pública, antes que garantizar la estabilidad en el empleo de sus servidores.

4.14 Así las cosas, la señora Vélez Casas no tiene derecho a la estabilidad laboral que pretende, porque, si bien es una servidora pública, i) fue elegida para desempeñar un cargo de periodo institucional, que ii) solo puede ser alterado por el legislador, en ejercicio de su libertad de configuración y que iii) obedece a una lógica asociada a la materialización del principio democrático. Además, porque la peticionaria iv) no fue despedida, pues su desvinculación obedeció al transcurso del tiempo, lo cual v) impide inferir que haya sido víctima de un trato discriminatorio y vi) descarta que pudiera abrigar una expectativa legítima sobre una eventual renovación de su periodo, que diera lugar a la vulneración de su mínimo vital. Resuelto este punto, la Sala estudiará el siguiente problema jurídico. (...)" (Negrilla y subrayado fuera de texto)

De conformidad con la jurisprudencia transcrita, dando respuesta a su consulta, la Secretaria del Concejo quien al finalizar su período advierte se encuentra en estado de embarazo, no goza del derecho a la estabilidad laboral reforzada, toda vez que fue elegida para desempeñar un cargo de periodo institucional, y su desvinculación obedecerá a una causal objetiva de retiro del servicio, relativa al cumplimiento de un periodo fijo, que solo puede ser alterado por la ley.

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 <http://www.funcionpublica.gov.co/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: Ruth González Sanguino

Revisó: Jose Fernando Ceballos Arroyave

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2025-03-02 13:57:18