



Función Pública

Concepto 334951 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000334951

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000334951

Fecha: 13/09/2021 10:46:46 a.m.

Bogotá D.C.

Referencia: SITUACIONES ADMINISTRATIVAS – Provisión empleo de periodo por vacancia definitiva. Licencia de maternidad. Radicado: 20219000600462 del 27 de agosto de 2021.

En atención a la comunicación de referencia, en la cual expone que la Secretaria del Concejo de una entidad territorial elegida para el periodo del 1° de enero de 2021 al 31 de diciembre de 2021, se encuentra en estado de embarazo y su periodo culmina el 31 de diciembre de 2021, consultando sobre la procedibilidad de desvincularla de su empleo, o debe continuar en el cargo sin nueva elección por estar en estado de gestación, teniendo en cuenta que fue elegida para un periodo fijo, y si la entidad debe garantizar su estabilidad laboral o al ser un cargo de elección y periodo por ley puede terminar su periodo incurriendo en una vulneración a la maternidad, me permito indicarle lo siguiente:

En primer lugar, con respecto al reglamento de los concejos municipales, la Ley 136 de 1994¹, dispuso lo siguiente, a saber:

“ARTÍCULO 31.- Reglamento. Los concejos expedirán un reglamento interno para su funcionamiento en el cual se incluyan, entre otras, las normas referentes a las comisiones, a la actuación de los concejales y la validez de las convocatorias y de las sesiones.”

Asimismo, en la misma ley, esta vez frente a la elección de funcionarios pertenecientes a esta corporación dispuso:

“ARTÍCULO 35.- Elección de funcionarios. Los concejos se instalarán y elegirán a los funcionarios de su competencia en los primeros diez días del mes de enero correspondiente a la iniciación de sus períodos constitucionales, previo señalamiento de fecha con tres días de anticipación. En los casos de faltas absolutas, la elección podrá hacerse en cualquier período de sesiones ordinarias o extraordinarias que para el efecto convoque el alcalde.

Siempre que se haga una elección después de haberse iniciado un período, se entiende hecha sólo para el resto del período en curso.”

En cuanto a la elección del secretario del concejo municipal, el Artículo 37 ibidem dispone:

“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.”

En virtud de los apartes normativos expuestos, el Concejo Municipal es el ente facultado para elegir a los funcionarios de su competencia, entre los cuales se encuentra el de secretario por un periodo de un año, pudiéndose reelegir a criterio de la corporación y su primera elección se efectuará en el primer periodo legal respectivo. Para ser elegido secretario según la categoría de la entidad territorial deberá soportar unos requisitos, acreditando con excepción a los de primera, el título de bachiller o acreditar experiencia administrativa mínima de dos años.

Esta corporación expedirá su propio reglamento interno para su funcionamiento incluidas entre otras más, las normas referentes al procedimiento para realizar dicha elección; para el presente caso, si se constituye una falta definitiva en este empleo, por superar la licencia de maternidad el periodo por el cual es elegido el secretario del concejo de un municipio, la norma es precisa al disponer que en aquellos eventos en los cuales se presente una falta absoluta habrá nueva elección para el resto del período, para lo cual realizarán sesiones ordinarias o extraordinarias para su provisión.

1. Por lo tanto, en criterio de esta Dirección Jurídica, lo procedente es que el concejo municipal realice una nueva elección para el resto de periodo del secretario de esta corporación, sin desconocimiento de lo dispuesto en el Artículo 28 del Decreto 806 de 1998², en lo relativo al reconocimiento y pago de la licencia de maternidad a cargo de la respectiva Empresa Promotora de Salud (EPS) a la cual se encuentre afiliada la servidora.

Por otro lado, en relación con el derecho a la estabilidad laboral reforzada para la empleada que ocupa la titularidad del empleo secretario del Concejo Municipal, es preciso abordar auto³ proferido por la Corte Constitucional en el cual se estudió solicitud de nulidad de sentencia que negaba el derecho de la estabilidad laboral reforzada a una funcionaria de periodo fijo, a saber:

“Dado que la solicitud de nulidad se circunscribe solo al primero de esos problemas jurídicos, esto es, al relativo a si la señora Vélez Casas tenía derecho a permanecer en su cargo de personera de Santa Bárbara mientras terminaba su licencia de maternidad, la Corte se referirá únicamente a las consideraciones consignadas en la Sentencia T-348 de 2012 acerca de ese asunto en particular.

28. Para efectos de resolver los dilemas constitucionalmente relevantes que planteaba el asunto objeto de revisión, la Sentencia T-834 de 2012 reiteró la jurisprudencia que ha amparado el derecho a la estabilidad laboral reforzada derivada de la maternidad con independencia del vínculo contractual que existía entre la madre gestante y su empleador. A continuación, estudió los referentes normativos y jurisprudenciales relativos a la naturaleza del cargo de personero municipal y, finalmente, se refirió a los criterios que determinan la manera en que estos funcionarios acceden y se retiran del servicio público. Sobre la base de esos lineamientos, resolvió el caso concreto.

29. En ese punto determinó, primero, que la señora Vélez Casas no había sido desvinculada por una razón asociada a que se encontrara en estado de embarazo, sino por una causal objetiva de retiro del servicio, relativa al cumplimiento del periodo fijo de cuatro años que, de acuerdo con la Ley 136 de 1994, modificada por la Ley 1031 de 2006, tienen todos los personeros del país.

Establecido esto, la sentencia descartó que la situación de la accionante pudiera asimilarse a la de aquellas trabajadoras en estado de embarazo cuya relación laboral se origina en contratos a término fijo o de prestación de servicios. Aunque en uno y otro caso el vínculo contractual concluye cuando se cumple un plazo predeterminado, se distinguían en un aspecto fundamental: las trabajadoras vinculadas por contratos a

término fijo o de prestación de servicios tienen la expectativa legítima de que sus contratos serán renovados, mientras las causas que motivaron su vinculación no hayan desaparecido. Las servidoras públicas de periodo fijo, en cambio, tienen la certeza de que permanecerán en su cargo hasta el momento en que su periodo se cumpla.

Esto, sostuvo el fallo de revisión, suprimía cualquier expectativa de continuidad y permanencia, que es uno de los elementos que se protegen cuando se ordena reintegrar a una mujer en estado de gestación que fue desvinculada de su cargo al cumplirse el término fijo de su contrato laboral o el plazo de su contrato de prestación de servicios.

30. A continuación, la Sentencia T-834 de 2012 se ocupó de determinar si la señora Vélez Casas podía beneficiarse, como funcionaria de periodo fijo, de la estabilidad laboral reforzada que reclamó en la acción de tutela. Para resolver esa cuestión aclaró, primero, que la Corte no se había pronunciado antes sobre el derecho a la estabilidad laboral reforzada por maternidad de las servidoras públicas de periodo fijo. Dado que no existían precedentes sobre el particular, se remitió a dos sentencias que daban cuenta de la manera en que variaba la aplicación de la garantía de estabilidad laboral reforzada frente a los servidores públicos, dependiendo de la modalidad de su vinculación.

La primera decisión que se citó fue la Sentencia C-563 de 1997, que declaró exequible la norma que impedía a los docentes públicos continuar en el servicio después de que hubieran cumplido su edad de retiro forzoso. La disposición había sido acusada de infligir un trato discriminatorio, considerando que a otros servidores públicos se les permitía permanecer en sus cargos aunque hubieran llegado a la edad de retiro. El fallo explicó que esa diferencia de trato era razonable, considerando que esos otros funcionarios no tenían derecho a la estabilidad laboral, ya que el ejercicio de su cargo se supeditaba a la salvaguarda de bienes constitucionales superiores, como el principio democrático y los principios de eficiencia y eficacia de la función pública. Eso ocurría, concretamente, frente a los funcionarios de periodo fijo.

La segunda providencia mencionada, la Sentencia T-277 de 2012, había revisado el caso del gerente de una empresa industrial y comercial del Estado que pretendía continuar vinculado a su cargo, tras cumplirse los dos años de su periodo, en atención al delicado estado de salud en el que se encontraba. El fallo determinó que el hecho de que la desvinculación se hubiera dado a raíz del cumplimiento del periodo descartaba un acto discriminatorio que hiciera al actor titular de la estabilidad laboral reforzada. (Subrayado fuera del texto original)

2. Así entonces, y abordando la segunda parte de su consulta, los empleos de periodo fijo como es para el caso en particular, no puede llegar a considerarse una similitud en relación a la estabilidad laboral de aquellos empleos cuya provisión es por un término fijo o de prestación de servicios, toda vez que como argumenta la Corte, aunque existe un periodo predeterminado para su terminación, se distinguen en su tratamiento a los empleos de periodo, toda vez que tienen la expectativa legítima de que sus contratos serán renovados, mientras las causas de su vinculación no desaparezcan, distinto para los empleos de periodo fijo, cuya certeza de permanencia en el cargo es hasta el momento en que su periodo se cumpla.

En tal sentido, la estabilidad laboral no puede develarse para aquellos empleos de periodo fijo, toda vez que el cumplimiento del periodo de un empleo descarta un acto discriminatorio que hiciera al actor titular de la estabilidad laboral reforzada, puesto que su empleo se encuentra sujeto a unas pautas especiales de acceso y retiro del servicio público que, previo a garantizar su estabilidad en el empleo, buscan facilitar el buen ejercicio de la función pública, para esto la Corte en Sentencia de tutela T-834 de 2012, estableció la sujeción de los siguientes criterios, a saber:

1. Que la empleada fue elegida para desempeñar un cargo de periodo institucional.
2. Su término de duración solo puede ser alterado por el legislador, en ejercicio de su libertad de configuración.
3. Que obedece a una lógica asociada a la materialización del principio democrático.
4. Que la empleada no fue despedida, pues su vinculación obedeció al transcurso del tiempo.

5. No se materializa un trato discriminatorio que permita aceptar la expectativa legítima sobre una eventual renovación de su periodo, que diera lugar a la vulneración de su mínimo vital.

Por lo anteriormente expuesto, se tiene entonces que no se está violando el derecho a la estabilidad laboral reforzada a una empleada cuya licencia de maternidad sobrepasa el término del periodo fijo del empleo del cual es titular, toda vez que como bien lo consideró la Corte, su término de duración se encuentra establecido en la ley, cuya expectativa de duración se encuentra supeditada a que se cumpla el periodo fijado para ocupar en este caso, el empleo de secretario para un periodo de un año

Finalmente, para más 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: Valeria B.

Revisó: Harold Herreño.

Aprobó: Armando López Cortes.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. *“Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios.”*

2. *“por el cual se reglamenta la afiliación al Régimen de Seguridad Social en Salud y la prestación de los beneficios del servicio público esencial de Seguridad Social en Salud y como servicio de interés general, en todo el territorio nacional.”*

3. Corte Constitucional, Sala Plena, 03 de junio de 2015, Referencia: solicitud de nulidad de la Sentencia T-834 de 2012, Consejero Ponente: Myriam Ávila Roldán.

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 13:54:04