



Función Pública

Concepto 379831 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000379831

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000379831

Fecha: 20/10/2021 04:51:41 p.m.

Bogotá, D.C.

REF: RETIRO DEL SERVICIO. Retiro o reelección de la secretaria del Concejo Municipal en estado de embarazo al término de su periodo. RAD.: 20219000669232 del 15-10-2021.

Acuso recibo comunicación, mediante la cual informa que la Secretaria del Concejo Municipal culmina su período el 31 de diciembre de 2021, la fecha probable del parto es el 30 de diciembre de 2021.

Con base en la anterior información consulta si en caso de ser reelegida para la vigencia del año 2022, cómo se debe proceder con su nombramiento y su posesión al mismo tiempo si estaría en periodo de lactancia materna; en caso de que ella sea reelegida se puede realizar un nombramiento de un supernumerario por ese tiempo o se debe realizar nuevamente concurso para proveer esa vacancia y cómo podría posesionar a las dos partes; en caso de no ser reelegida culminando su periodo el 31 de diciembre de 2021, entrada a licencia de maternidad el día 30 de diciembre de 2021, la entidad que costo debe asumir terminando el año y en el 2022 y cuál sería el trámite a realizar ante la entidad de salud.

Al respecto me permito manifestarle lo siguiente:

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

"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 fuera de texto).

De acuerdo a lo anteriormente expuesto el cargo de Secretario del Concejo Municipal es un empleo de periodo, elegido por esa misma corporación para desempeñar durante un (1) año, reelegible a criterio del Concejo.

De igual forma, el parágrafo del artículo 125 de la Constitución Política introducido por el artículo 6 del acto legislativo 1 de 2003, “Por el cual se adopta una Reforma Política Constitucional y se dictan otras disposiciones” señala que los periodos establecidos en la Constitución Política o en la ley para cargos de elección tienen el carácter de institucionales, por lo tanto el periodo del Secretario del Concejo tiene dicho carácter.

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 fuero 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 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 transurre 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. 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 distingo 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)

Por otra parte, el personal supernumerario se rige por el artículo 83 del Decreto 1042 de 1978, modificado por las Sentencias C-401 de 1998 y C-422 de 2012, que señala:

“ARTÍCULO 83.- De los supernumerarios. Para suplir las vacancias temporales de los empleados públicos en caso de licencias o vacaciones, podrá vincularse personal supernumerario.

(Inciso segundo derogado tácitamente por el artículo 21 de la Ley 909 de 2004, sentencia C422 de 2012, Magistrado Ponente Dr. MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO.)

(Inciso 3. declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-401-98 de 1998 del 19 de agosto de 1998, Magistrado Ponente Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.)

La remuneración de los supernumerarios se fijará de acuerdo con las escalas de remuneración establecidas en el presente Decreto, según las funciones que deban desarrollarse.

Cuando la vinculación de personal supernumerario no exceda el término de tres meses, no habrá lugar al reconocimiento de prestaciones sociales. Sin embargo, las entidades deberán suministrar al personal supernumerario atención médica en caso de enfermedad o accidente de trabajo.

(Aparte tachado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-401-98 de 1998 del 19 de agosto de 1998, Magistrado Ponente Dr. Vladimiro Naranjo Mesa. Aparte tachado y con negrita derogado tácitamente por el Artículo 161 de la Ley 100 de 1993.)

La vinculación de supernumerarios se hará mediante resolución administrativa, en la cual deberá constar expresamente el término durante el cual se prestarán los servicios y la asignación mensual que vaya a pagarse."

De conformidad con la jurisprudencia transcrita, quien al finalizar su período advierte a la administración de su 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; y el hecho de que su permanencia en el cargo dependa de la culminación de un período fijo impide hacerle extensivos los beneficios asociados a la protección de la maternidad, por cuanto en este evento no se configura el despido, simplemente, termina el vínculo con la administración, a raíz de la finalización del período que el Legislador le asignó a su cargo.

Ahora bien, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2º de la Ley 2114 de 2021, modificatorio del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 1º de la Ley 1822 de 2017, toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de dieciocho (18) semanas en la época del parto, remunerada con el salario que devengue al momento de iniciar su licencia

Con base en lo expuesto se procede a absolver las consultas planteadas así:

1.- Respecto a la consulta en caso de ser reelegida la Secretaria del Concejo Municipal para el período del año 2022, cómo se debe proceder con su nombramiento y su posesión al mismo tiempo, si estaría en periodo de lactancia materna (licencia de maternidad), y si en este caso se puede realizar un nombramiento de un supernumerario por ese tiempo o se debe realizar nuevamente concurso para proveer esa vacancia y cómo podría posesionar a las dos partes, se precisa que de ser reelegida la actual Secretaria del Concejo, al encontrarse en licencia de maternidad, no sería procedente darle posesión en el cargo de Secretaria del Concejo Municipal, por cuanto durante la licencia de maternidad la trabajadora no ejerce el empleo por cuanto no se encuentra en servicio activo, siendo la EPS la responsable de reconocer y pagar la licencia de maternidad.

Durante el término de la licencia de maternidad de la servidora elegida en el cargo de Secretaria del Concejo Municipal, por necesidades del servicio, la entidad podrá proveer el cargo en forma transitoria con la vinculación mediante resolución de un supernumerario por el tiempo que dure la licencia de maternidad, y el reconocimiento y pago de su salario y prestaciones se realizará con cargo al rubro del presupuesto previsto para el pago de la nomina correspondiente a los salarios y prestaciones sociales del cargo de Secretaria del Concejo Municipal.

2.- En cuanto a la consulta si en caso de no ser reelegida culminando su periodo el 31 de diciembre de 2021, entrada a licencia de maternidad el día 30 de diciembre de 2021, la entidad qué costo debe asumir terminando el año y en el 2022 y cuál sería el trámite a realizar ante la entidad de salud, se precisa que, en este caso, a la fecha de terminación del vínculo laboral de la Secretaria del Concejo Municipal, a partir del 1º de enero de 2022 como consecuencia de la finalización del período asignado a su cargo por el Legislador, dicha servidora queda retirada del cargo y la Corporación deberá proceder a la liquidación de sus prestaciones sociales pendientes de reconocer y pagar.

Para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página [webwww.funcionpublica.gov.co/eva](http://www.funcionpublica.gov.co/eva) en el link "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.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Elaboró: Pedro P. Hernández Vergara

Revisó: Harold I. Herreño Suarez

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 22:05:34