



Función Pública

Concepto 137001 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000137001

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000137001

Fecha: 05/04/2022 04:41:48 p.m.

Bogotá D.C.

REF: RETIRO DEL SERVICIO. Empleo de Periodo. ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA. Embarazadas - Secretaria del Concejo - Licencia Maternidad. RAD N° 20229000100172 del 25 de febrero de 2022.

Acuso recibo de su comunicación de la referencia, mediante la cual consulta, una persona ingreso al empleo de secretaria del concejo municipal para cubrir la licencia de maternidad, la secretaria en licencia tenía un periodo del 01 de enero al 31 de diciembre de 2021; la persona que cubrió la licencia se posesiono nuevamente el 01 de enero de 2022 en interinidad y para el 18 de febrero de se entera que se encuentra en embarazo, por lo que pregunta:

¿ Que deberes tiene la corporación conmigo debido al estado de embarazo en el que me encuentro.

¿ Que derechos tengo yo ante la corporación.

¿ Que acciones debe tomar el concejo municipal conmigo, teniendo en cuenta que a la fecha la secretaria que se encuentra en licencia de maternidad no tiene vinculación con la corporación y que mi vinculación va hasta el 15 de marzo del presente, y además teniendo en cuenta que el concejo municipal debe realizar concurso para elegir secretaria según lo estipulado en la ley 2200 del 08 de febrero de 2022 " por medio del cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y funcionamiento de los departamentos"

De lo anterior me permito manifestar lo siguiente:

Dentro de las competencias del Departamento Administrativo de la Función Pública de acuerdo con lo establecido en el Decreto 430 de 2016, le compete formular las políticas generales de Administración Pública, en especial en materias relacionadas con empleo público, la gestión del talento humano, la gerencia pública, el desempeño de las funciones públicas por los particulares, la organización administrativa del Estado, la planeación y la gestión, el control interno, la participación ciudadana, la transparencia en la gestión pública y el servicio al ciudadano, razón por la cual no es de nuestra competencia intervenir en situaciones internas de las entidades, ni en pronunciarnos en casos de manera particular por lo que se realizará un estudio de manera general al tema objeto de consulta.

Elección y periodo del secretario del Concejo:

La Ley 136 de 1994", sobre la elección del secretario del Concejo, establece:

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 periodos 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.”

De otra parte, me permito manifestarle que el artículo 37 de la Ley 136 de 1994, establece la naturaleza jurídica del cargo de Secretario del Concejo Municipal, a saber:

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 (...).”

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 37 de la ley 136 de 1994, el Secretario del Concejo Municipal corresponde a un empleo de período fijo y, en tal sentido, ostenta la calidad de empleado público de período fijo dentro la respectiva Corporación Municipal, y vez cumplido el período deberá retirarse del mismo ya que ello constituye una causal objetiva de retiro del servicio.

Es importante destacar que el Secretario será elegido para un período de un año, reelegible a criterio de la Corporación y su primera elección se realizará en el primer período legal respectivo, y en caso de falta absoluta habrá nueva elección para el resto del período.

Protección reforzada a la maternidad:

Respecto de la persona en estado de embarazo, la Corte Constitucional en 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.

Retiro del servicio empleos de periodo fijo:

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. (...)

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 (...) La Sala estima que (...) 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. (...)

4.9 En conclusión, la señora Vélez Casas no fue desvinculada intempestivamente de su cargo, 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 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 las normas y jurisprudencia citadas puede inferirse que, para los funcionarios de periodo institucional, como es el caso del Secretario del Concejo Municipal, no opera la regla de continuidad sino de desinvestidura automática, que les obliga a la separación inmediata del cargo al vencimiento de su periodo, sin que ello produzca abandono del cargo. En dicho sentido, una vez finalizado el período para el cual fueron designados el secretario del concejo deberá operar un retiro inmediato de quien desempeña dicho empleo, siendo responsabilidad de la autoridad correspondiente producir una nueva designación.

En efecto, la jurisprudencia ha sido reiterativa en señalar que al vencimiento del periodo se produce una vacancia, causando con ello el retiro automático como consecuencia del vencimiento del periodo, el cual, a tener el carácter institucional, es de forzoso cumplimiento, de manera que no se puede extender el ejercicio del cargo más allá del término. Lo anterior quiere decir que, tan pronto el funcionario lo cumpla, cesa inmediatamente en sus atribuciones y no deberá desarrollar actuación adicional alguna ni expedir actos administrativos con posterioridad al vencimiento del término, pues ya carece de competencia para ello.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público; y demás temas competencia de este Departamento Administrativo, 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.

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyecto: Adriana Sánchez

Revisó: Harold Herreño Suarez

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2025-03-03 03:10:51