



## Concepto 074211 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20236000074211\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000074211

Fecha: 20/02/2023 05:13:37 p.m.

Bogotá D.C.

REF: EMPLEO. Empleo de Período. Provisión. Secretario de concejo. RAD.: 20239000017972 del 10 de enero de 2023.

En atención a su comunicación de la referencia, en la cual consulta que acciones pueden adelantarse para no vulnerar los derechos de la secretaria de un concejo municipal que termina su período, que se encuentra en estado de gestación, considerando que esa corporación ya había realizado la convocatoria para la elección del nuevo secretario para el período 2023, me permito dar respuesta en los siguientes términos:

Sobre el asunto analizado, se observa que la Constitución Política establece:

*“ARTÍCULO 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. (...)”*

*PARÁGRAFO. Los períodos establecidos en la Constitución Política o en la ley para cargos de elección tienen el carácter de institucionales. Quienes sean designados o elegidos para ocupar tales cargos, en reemplazo por falta absoluta de su titular, lo harán por el resto del período para el cual este fue elegido.” (Destacado nuestro).*

En cuanto a la elección del secretario del concejo municipal, la Ley 136 de 1994<sup>1</sup>, establece:

*“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.”*

*“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.”*

*“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 lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley 136 de 1994, el secretario del concejo municipal corresponde a un empleo de período fijo, el cual 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.

Ahora bien, respecto al retiro del servicio de un empleado de período fijo, la Corte Constitucional en sentencia T-834 de 2012, con ponencia del magistrado Luis Ernesto Vargas Silva, expresó lo siguiente:

*“4.12 La segunda referencia a la imposibilidad de que el principio de estabilidad laboral reforzada opere a favor de servidores públicos de período 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 período 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.*

(...)

*4.14 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 período 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 período, que diera lugar a la vulneración de su mínimo vital. Resuelto este punto, la Sala estudiará el siguiente problema jurídico. (...)*” (Destacado nuestro)

De conformidad con la jurisprudencia transcrita, dando respuesta a su consulta, se infiere que la desvinculación del secretario del concejo que es elegido para desempeñar un cargo de período institucional obedece a una causal objetiva de retiro del servicio, relativa al cumplimiento de un período fijo.

Por otra parte, frente al vencimiento de los empleos de período, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto con Radicación número: 11001-03-06-000-2010- 00095-00(2032), emitido el de octubre de 2010, con ponencia del magistrado William Zambrano Cetina, precisó lo siguiente:

*“..., en Concepto 1860 del 6 de diciembre de 2007<sup>2</sup>, esta Sala señaló que la regla de continuidad establecida desde la Ley 4 de 1913 debe entenderse derogada respecto de los funcionarios de período institucional (cargos de elección con período constitucional o legal -art.125 C.P.-), dado que su mandato es improrrogable y conlleva el retiro automático del cargo una vez cumplido el respectivo período. Al respecto se indicó:*

*“El vencimiento de un período institucional por tratarse de un cargo de elección, ya sea por mandato constitucional o legal, de un servidor público, produce su separación automática del cargo y en tal virtud, debe dejar válidamente de desempeñar las funciones del mismo, sin que incurra en abandono del cargo puesto que el carácter institucional del período hace imperativo que tan pronto el funcionario lo cumpla, cese inmediatamente en sus atribuciones y no desarrolle actuación adicional alguna ni expida actos administrativos con posterioridad al vencimiento del término, pues ya carece de competencia para ello.*

*En este aspecto la Sala considera que el artículo 281 del Código de Régimen Político y Municipal, la ley 4<sup>a</sup> de 1913, se encuentra derogado en cuanto se refiere a cargos públicos de elección cuyos períodos son institucionales, conforme a la mencionada reforma constitucional.*

*Este artículo establece lo siguiente:*

*“ARTÍCULO 281.- Ningún empleado administrativo dejará de funcionar, aunque su período haya terminado, sino luego que se presente a reemplazarlo el que haya sido nombrado para el efecto, o el suplente respectivo” (Destaca la Sala).*

*El carácter institucional del período, de acuerdo con el actual párrafo del artículo 125 de la Carta<sup>3</sup>, implica que el plazo es imperativo, de forzoso cumplimiento, de manera que no se puede extender el ejercicio del cargo más allá del término y en este sentido se debe entender*

derogada la disposición transcrita para los empleos de elección por período fijo.”

En ese sentido, quedaba ratificado lo afirmado por la Sala en el Concepto 1743 de 2006, en cuanto a que, conforme al Acto Legislativo 1 de 2003 (que adicionó el artículo 125 de la Constitución), la persona elegida para ocupar un cargo de período institucional “no puede tomar posesión antes de la fecha de inicio ni retirarse después de la fecha de terminación”.

En síntesis, respecto de los funcionarios de período institucional, no opera la regla de continuidad sino de desinversión automática, que les obliga a la separación inmediata del cargo al vencimiento de su período, sin que ello produzca abandono del cargo. Los demás funcionarios de período deberán permanecer en el cargo hasta que asuma el mismo quien debe reemplazarlos, salvo, que la ley prevea una solución especial (diferente) para la transición o que se de alguna de las excepciones del artículo 34-17 de la Ley 734 de 2002, y sin perjuicio, claro está, de la posibilidad de renuncia que tiene cualquier servidor público<sup>4</sup>.” (Destacado nuestro)

De las normas citadas y el pronunciamiento del Consejo de Estado puede inferirse que, para los servidores de período institucional, como es el caso de los secretarios de los concejos municipales, no opera la regla de continuidad sino de desinversión automática, que les obliga a la separación inmediata del cargo al vencimiento de su período, sin que ello produzca abandono del cargo.

Ahora bien, toda vez que en el caso puntualmente consultado se trata de una empleada embarazada, se considera necesario acudir a lo señalado por la Corte Constitucional en la Sentencia T-494 de 2000, en la cual se estableció:

*“Estabilidad laboral reforzada en cargos de libre nombramiento y remoción*

*Esta Corporación ha señalado en reiteradas oportunidades que la mujer en embarazo “conforma una categoría social que, por su especial situación, resulta acreedora de una particular protección por parte del Estado” En efecto, esa conclusión deriva de una interpretación sistemática de los Artículos 13, 16, 42, 43, 44 y 53 de la Constitución, según los cuales la mujer gestadora de vida ocupa un lugar preferente en la sociedad que debe ser garantizado por el Estado, como quiera que en ella se integra la defensa de la vida del nasciturus, de la integridad familiar y del derecho a ser madre, sin que por esta decisión sea objeto de discriminación de género.*

(...)

*Ahora bien, para el caso sub iudice, surge una pregunta obvia: ¿el derecho fundamental a una estabilidad reforzada también se predica de trabajadoras que desempeñan cargos de libre nombramiento y remoción? El interrogante inmediatamente sugiere una premisa previa: la esencia de los empleos de libre nombramiento y remoción suponen una estabilidad precaria que también goza de sustento constitucional en el Artículo 125 de la Carta. Por consiguiente, es indudable que esta situación plantea una tensión constitucional entre dos principios de la función pública, de un lado, el derecho a la estabilidad reforzada de la mujer embarazada y, de otro lado, la facultad discrecional del nominador de remover, por razones del servicio, a un empleado público.*

*Para resolver esa tensión, la jurisprudencia constitucional ha dejado en claro que la estabilidad reforzada en el empleo “se aplica tanto a la mujer que tiene un contrato de trabajo, como a la servidora pública, sin importar si se encuentra sometida al régimen de carrera administrativa o de libre nombramiento y remoción”. Por ende, la administración no es absolutamente discrecional para retirar del servicio a una mujer embarazada. No obstante, el nominador puede justificar adecuadamente que el retiro es necesario e indispensable para el cumplimiento eficiente y eficaz del servicio público, lo cual deberá expresarse en el acto administrativo que ordene la desvinculación. (...)*

Posteriormente, la misma Corte en la sentencia SU-070 de 2013 con ponencia del Magistrado Alexei Julio Estrada, en la cual se unificaron las reglas jurisprudenciales que fijan el alcance de la protección reforzada a la maternidad y la lactancia en el ámbito del trabajo, señaló:

*“46. Para efectos de claridad en la consulta de los criterios, se listarán a continuación las reglas jurisprudenciales resultantes del análisis precedente:*

*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.*

En este orden las hipótesis resultantes son:

(...)*7.- Cuando se trata de una trabajadora que ocupaba en provisionalidad un cargo de carrera y el cargo sale a concurso o es suprimido, se aplicaran las siguientes reglas: (i) Si el cargo sale a concurso, el último cargo a proveerse por quienes lo hayan ganado, deberá ser el de la mujer*

embarazada. Lo anterior, teniendo en cuenta que el cargo a ser proveído y la plaza en la que se desempeñara quien ganó el concurso, debe ser el mismo para el que aplico. Cuando deba surtirse el cargo de la mujer embarazada o lactante por quien ganó el concurso de méritos, se deberá pagar a la mujer embarazada la protección consistente en el pago de prestaciones que garanticen la licencia de maternidad; (ii) si hubo supresión del cargo o liquidación de la entidad, se le debe garantizar a la trabajadora en provisionalidad, la permanencia en el cargo hasta que se configure la licencia de maternidad o de ser ello imposible, el pago de salarios y prestaciones, hasta que la trabajadora adquiera el derecho a gozar de la licencia.

(...) Las distintas medidas de protección acordadas en los anteriores supuestos (7, 8 y 9) encuentran sustento en el establecimiento del sistema constitucional de provisión de cargos mediante concurso de méritos<sup>8</sup>, que justifica que “los servidores públicos que se encuentren inscritos en la carrera administrativa ostenten unos derechos subjetivos especiales que refuerzan el principio de estabilidad en el empleo”<sup>9</sup>. Lo anterior por cuanto la jurisprudencia de esta Corte ha insistido en la importancia del mérito y de los concursos como ingredientes principales del Régimen de Carrera Administrativa: sistema de promoción de personal característico de un Estado Social de Derecho”.

De igual forma, esa Corporación reiteró esta posición mediante Sentencia de Unificación SU 075 de 2018, en la que indicó:

#### 2.3.4.4. Vinculación en provisionalidad en cargos de carrera administrativa.

Cuando se trata de una trabajadora que ocupaba en provisionalidad un cargo de carrera y el cargo sale a concurso o es suprimido, de conformidad con la Sentencia SU-070 de 2013, se aplican las siguientes reglas:

(i) Si el cargo sale a concurso, el último cargo a proveerse entre quienes lo hayan ganado, deberá ser el de la mujer embarazada. Lo anterior, teniendo en cuenta que el cargo a ser proveído y la plaza en la que se desempeñara quien ganó el concurso, debe ser el mismo para el que aplicó. Cuando deba surtirse el cargo de la mujer embarazada o lactante por quien ganó el concurso de méritos, se deberá pagar a la mujer embarazada la protección consistente en el pago de prestaciones que garanticen la licencia de maternidad. (Subrayado y negrilla nuestra)

(ii) Si hubo supresión del cargo o liquidación de la entidad, se le debe garantizar a la trabajadora en provisionalidad, la permanencia en el cargo hasta que se configure la licencia de maternidad o de ser ello imposible, el pago de salarios y prestaciones, hasta que la trabajadora adquiera el derecho a gozar de la licencia.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, cuando resulte imposible mantener en el empleo a una empleada en estado de embarazo, puede ser desvinculada del mismo para dar cumplimiento al acto administrativo que corresponda, sin que por el hecho de dar cumplimiento a lo dispuesto, se configure una vulneración a los derechos de protección reforzada a la maternidad. Es decir, que no se configura una causa injusta de despido a la empleada, por lo tanto, tampoco se considera que la empleada desvinculada en estado de embarazo en estas circunstancias, tenga derecho a ningún tipo de indemnización.

No obstante, para desvincular a la empleada de la entidad pública se deben tener en cuenta las reglas que sobre el particular establecido la Corte Constitucional de manera que, si bien es cierto, se produce una desvinculación de la entidad pública de la mujer embarazada nombrada en un empleo de período, se debe realizar el pago de prestaciones que garanticen el disfrute de la licencia de maternidad.

Por consiguiente, en el presente caso, en criterio de esta Dirección Jurídica, una vez vencido el período institucional del secretario del concejo municipal, aunque es reelegible a criterio de dicha Corporación, procede su desvinculación y, en consecuencia, la liquidación de los elementos salariales y prestacionales a que haya lugar, igualmente, se debe hacer la provisión del pago de las cotizaciones al sistema de seguridad social que garanticen el disfrute de la licencia de maternidad.

Por último, se infiere que el procedimiento de elección y posesión en el cargo de secretario de concejo municipal debe realizarse de conformidad con lo estipulado en la ley, de manera que la corporación municipal podrá adelantar este trámite, el cual resulta independiente y autónomo de las acciones judiciales que hubiere adelantado quien terminó su período en dicho cargo.

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 <https://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 CORTÉS

Director Jurídico

Proyectó: Melitza Donado

Revisó: Maia Borja.

Aprobó: Armando López C.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

<sup>1</sup>Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios.

<sup>2</sup>M.P. Gustavo Aponte Santos.

<sup>3</sup>El artículo 125 de la Constitución establece lo siguiente:

*“Artículo 125.- Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.*

(...)

*Parágrafo.- (Adicionado por el Acto Legislativo No. 1 de 2003, art. 6).- Los períodos establecidos en la Constitución Política o en la ley para cargos de elección tienen el carácter de institucionales. Quienes sean designados o elegidos para ocupar tales cargos, en reemplazo por falta absoluta de su titular, lo harán por el resto del período para el cual éste fue elegido” (Resalta la Sala)*

<sup>4</sup>Concepto 643 de 1994, M.P. Humberto Mora Osejo

---

*Fecha y hora de creación: 2024-12-11 18:50:27*