



**Departamento Administrativo de la Función Pública**

**Concepto 224381**

**Fecha: 24/06/2021**

Bogotá

REF. SITUACIONES ADMINISTRATIVAS. Licencia maternidad- Secretaria del Concejo municipal. Radicado. 20219000485742 de fecha 23 junio de 2021.

En atención a la comunicación de la referencia, en la cual informa que se desempeña como secretaria del Concejo Municipal, elegida en el mes de noviembre para ser secretaria de la corporación en la vigencia 2021, en el mes de marzo se enteró que se encuentra en estado de embarazo y que espera dar a luz en noviembre de este año, 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 párrafo 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 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, 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.

Por consiguiente, en criterio de esta Dirección Jurídica, en el presente caso, a la fecha de terminación del vínculo laboral de la Concejal, a partir del 1º de enero de 2020 como consecuencia de la finalización del período asignado a su cargo por el Legislador, dicha servidora queda retirada del servicio.

Finalmente, con relación a quien debe reemplazar a la Secretaria del Concejo municipal cuando ésta se encuentre en licencia de maternidad, me permito manifestarle lo siguiente:

El Artículo 2.2.5.2.2 del Decreto 1083 de 2015, dispone que un empleo público quedará temporalmente vacante cuando su titular se encuentre, entre otros, en licencia, para lo cual en el mismo estatuto el Artículo 2.2.5.5.12 dispuso para el tema en concreto lo siguiente, a saber:

**“Duración de licencias por enfermedad y riesgos laborales y de la licencia de maternidad o paternidad.** La duración de la licencia por enfermedad y riesgos laborales y de la licencia de maternidad o paternidad, será por el término que se determine en el certificado médico de incapacidad, o por el fijado directamente por la ley que las regula, sin que dicho plazo pueda ser aumentado o disminuido por el servidor o por el empleador”. (Subrayado fuera del texto)

Por lo anterior, la duración de la licencia de maternidad será por el fijado directamente por la ley que las regula, que al respecto el Artículo 2º de la Ley 1822 de 2017, dispuso que toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de dieciocho (18) semanas en la época de parto, sin que dicho plazo pueda ser aumentado o disminuido por el servidor o por el empleador.

De otra parte, el Decreto 1083 de 2015, sobre la figura de encargo dispuso lo siguiente:

***“ARTÍCULO 2.2.5.5.41 Encargo.*** Los empleados podrán ser encargados para asumir parcial o totalmente las funciones de empleos diferentes de aquellos para los cuales han sido nombrados, por ausencia temporal o definitiva del titular, desvinculándose o no de las propias de su cargo.

*El encargo no interrumpe el tiempo de servicio para efectos de la antigüedad en el empleo del cual es titular, ni afecta los derechos de carrera del empleado.”*

De modo que, para su caso en concreto, en caso de vacancia temporal en un empleo de periodo, podrá proveerse a través del encargo con empleados de carrera administrativa o de libre nombramiento y remoción, que en todo caso

deberán cumplir con los requisitos y el perfil que se exigen en el Manual de Funciones y de Competencias Laborales para su desempeño.

Requisitos que según lo preceptuado en el Artículo 37 de la Ley 136 de 1994 para ser elegido como secretario del concejo, según la categoría de la entidad territorial deberá soportar unos requisitos, acreditando con excepción a los de primera que requiere título profesional; el título de bachiller o acreditar experiencia administrativa mínima de dos años. Por lo anterior, en criterio de esta Dirección Jurídica, por presentarse vacancia temporal en el empleo de secretario, el respectivo concejo podrá proveerlo mediante la situación administrativa de encargo con empleados de libre nombramiento y remoción o de carrera administrativa, que en todo caso deberán cumplir con los requisitos y perfil que se exigen para su desempeño.

En cuanto a la empleada que por encontrarse en estado de embarazo emprenderá su licencia de maternidad, no es procedente que el concejo municipal realice una nueva elección para el resto de periodo del secretario de esta corporación, puesto que tal como se dejó indicado precedentemente, constitucionalmente se encuentra garantizada su permanencia en el empleo por el término de su fuero de maternidad y durante los tres meses siguientes al parto, a no ser que se presente una causal de retiro del servicio, como sería el caso del vencimiento del correspondiente periodo para el cual fue designada.

En caso que requiera mayor información sobre las normas de administración de los empleados del sector público y demás temas competencia de este Departamento Administrativo puede ingresar a la página web de la entidad, en el link "Gestor Normativo": </eva/es/gestor-normativo>, donde podrá encontrar todos los conceptos relacionados 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**

Proyecto: Luis Fernando Nuñez.

Revisó. Jose Fernando Ceballos.

*Este documento fue tomado directamente de la página oficial de la entidad que lo emitió.*