



Función Pública

Concepto 7971 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

20206000007971

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000007971

Fecha: 09/01/2020 05:05:37 p.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA: RETIRO DEL SERVICIO. Retiro de la Gerente en estado de embarazo de una Empresa Social del Estado al terminar el periodo para el cual fue designada. RADICACION. 20199000410372 del 17 de diciembre de 2019

En atención a su oficio de la referencia, mediante la cual consulta si es procedente el retiro de una gerente de ese por finalización de su período en el caso que se encuentre en estado de embarazo, si la entidad debe mantener en el cargo a la gerente de Empresa Social del Estado en estado de embarazo que finaliza su período o si es procedente que la administración inicie el proceso de selección del nuevo gerente de la Empresa Social del Estado, me permito informar lo siguiente:

La Constitución Política de Colombia consagra:

"ARTICULO 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. <Parágrafo adicionado por el artículo 6 del Acto Legislativo 1 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> 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." (Subrayado fuera del texto)

La Ley 1122 de 2007, por la cual se hacen algunas modificaciones en el sistema general de seguridad social en salud y se dictan otras disposiciones, consagra:

"ARTÍCULO 28º. DE LOS GERENTES DE LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO. Los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado serán

nombrados por períodos institucionales de cuatro (4) años, mediante concurso de méritos que deberá realizarse dentro de los tres meses, contados desde el inicio del período del Presidente de la República o del Jefe de la Entidad Territorial respectiva, según el caso. Para lo anterior, la Junta Directiva conformará una terna, previo proceso de selección de la cual, el nominador, según estatutos, tendrá que nombrar el respectivo Gerente.

Los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado podrán ser reelegidos por una sola vez, cuando la Junta Directiva así lo proponga al nominador, siempre y cuando cumpla con los indicadores de evaluación conforme lo señale 'el Reglamento, o previo concurso de méritos.

En caso de vacancia absoluta del gerente deberá adelantarse el mismo proceso de selección y el período del gerente seleccionado culminará al vencimiento del período institucional. Cuando la vacancia se produzca a menos de doce meses de terminar el respectivo periodo, el Presidente de la República o el jefe de la administración Territorial a la que pertenece la ESE, designará gerente (...)". (Negrilla y subrayado fuera del texto).

Mediante Resolución 165 del 18 de marzo de 2008 expedida por el Director del Departamento Administrativo de la Función Pública, se establecieron los estándares mínimos para el desarrollo de los procesos públicos abiertos para la conformación de las ternas de las cuales se designarán los gerentes o directores de las Empresas Sociales del Estado del nivel territorial.

De acuerdo con lo anterior, los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado serán nombrados por períodos institucionales de cuatro (4) años, mediante concurso de méritos que deberá realizarse dentro de los tres meses, contados desde el inicio del período del Presidente de la República o del Jefe de la Entidad Territorial respectiva, según el caso. Posteriormente el nominador (Gobernador o Alcalde), según estatutos, tendrá que nombrar el respectivo Gerente.

Ahora bien, respecto del período institucional y a propósito del retiro del servicio de los empleados de período, la Corte Constitucional en sentencia T-834/12, Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva, manifestó su criterio de la siguiente manera:

(...)

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[34]. 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. (...)" (Negrilla y subrayado fuera de texto)

De conformidad con la jurisprudencia transcrita, se colige que el gerente de ESE, al ser un empleado de período, al finalizar el mismo deberá

apartarse el cargo y su desvinculación obedecerá a una causal objetiva de retiro del servicio, relativa al cumplimiento de un período fijo.

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) de fecha 29 de octubre de 2010, Consejero ponente: William Zambrano Cetina, manifestó lo siguiente

“En Concepto 1860 del 6 de diciembre de 2007¹, 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^a 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 Carta², 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 desinvestidura 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 público³.” Subraya nuestra

De las normas citadas y el pronunciamiento del Consejo de Estado puede inferirse que para los empleados de *período institucional*, como es el caso de los gerentes de ESE, aun en el caso de gerentes en estado de embarazo, no opera la regla de *continuidad* sino de *desinvestidura automática*, que les obliga a la separación inmediata del cargo al vencimiento de su período, sin que ello produzca abandono del cargo.

De otra parte, el Decreto 806 de 1998, 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, establece:

ARTÍCULO 63 “Licencias de maternidad. El derecho al reconocimiento de las prestaciones económicas por licencia de maternidad requerirá que la afiliada haya cotizado como mínimo por un período igual al período de gestación”.

El Decreto 47 de 2000, por el cual se expiden normas sobre afiliación y se dictan otras disposiciones, señala:

ARTÍCULO 3°. *Períodos mínimos de cotización. Para el acceso a las prestaciones económicas se estará sujeto a los siguientes períodos mínimos de cotización:*

(...)

2. Licencias por maternidad. Para acceder a las prestaciones económicas derivadas de la licencia de maternidad la trabajadora deberá, en calidad de afiliada cotizante, haber cotizado ininterrumpidamente al sistema durante todo su período de gestación en curso, sin perjuicio de los demás requisitos previstos para el reconocimiento de prestaciones económicas, conforme las reglas de control a la evasión.

Lo previsto en este numeral se entiende sin perjuicio del deber del empleador de cancelar la correspondiente licencia cuando exista relación laboral y se cotice un período inferior al de la gestación en curso o no se cumplan con las condiciones previstas dentro del régimen de control a la evasión para el pago de las prestaciones económicas con cargo a los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

PARÁGRAFO . *No habrá lugar a reconocimiento de prestaciones económicas por concepto de incapacidad por enfermedad general con cargo a los recursos del sistema general de seguridad social en salud, cuando éstas se originen en tratamientos con fines estéticos o sus complicaciones, los cuales se encuentran expresamente excluidos de los beneficios del Sistema General de Seguridad Social en Salud.*

El Consejo de Estado mediante sentencia de la Sección Segunda –Subsección “B”, Expediente Nro.: 13001233100020060138601, enero 14 de 2007, Consejero ponente: Alejandro Ordoñez Maldonado, respecto al retiro de la mujer embarazada que termina un empleo de periodo, señaló:

“La Sala REVOCARÁ la sentencia apelada en cuanto ordenó el reintegro de la demandante y dispuso que debía mantenerse la vinculación laboral hasta los tres (3) meses posteriores al parto. Igualmente, se harán algunas precisiones relacionadas con la prestación del servicio de salud.”

“(…)”

En primer término, es pertinente referir que el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos está determinado por el Gobierno Nacional bajo los parámetros consignados en la Ley Marco que expida 'el Congreso Nacional, competencias que se desprenden del artículo 150 numeral 019 literal e) de la Ley 4ª de 1992.

Las normas anteriores permiten la vinculación laboral temporal y transitoria de los servidores públicos y en esta gama, se encuentran los vínculos de los empleados en período y los supernumerarios. Para el caso de los empleados en período, entre ellos los que prestan el servicio social obligatorio, modalidad a la cual se encontraba vinculada la actora y que encaja en la categoría de cargo de período, su finalidad es hacer más dinámica la prestación del servicio público. Con los supernumerarios, se busca atender las necesidades administrativas durante un preciso período de tiempo siempre que las prioridades del servicio así lo aconsejen.

“(…)”

Conforme a lo expuesto, la Sala encuentra que la orden efectuada por el Tribunal de disponer el reintegro de la actora y de mantener la vinculación laboral hasta los tres (3) meses posteriores al parto, desconoce los lineamientos legales aplicables para regir la vinculación de servidores a través de la modalidad del servicio social obligatorio, trasladando reglas que solamente son aplicables para vinculaciones diferentes a las de período.”

De acuerdo a lo anteriormente expuesto, me permito informarle que esta Dirección Jurídica considera que cuando una funcionaria está vinculada por periodo fijo, como es el caso de la Gerente de una Empresa Social del Estado, y la fecha del parto o los meses posteriores a este, coincide con la fecha de vencimiento o expiración del plazo fijo establecido mediante ley, no existe obligación de la entidad de continuar con los servicios de la empleada en cuestión, toda vez que la relación laboral termina por una causa legal. Por lo anterior, es viable designar como Gerente a quien ocupó el primer lugar en el concurso de méritos adelantado, y tendrá derecho a percibir los salarios, prestaciones y demás emolumentos propios de dicho cargo.

Si la servidora que funge como Gerente cotizó durante todo el tiempo de la gestación, la obligada a pagarle su licencia de maternidad no es la Entidad (Empresa Social del Estado), sino la EPS a la cual se encontraba afiliada en calidad de cotizante (Decreto 47 de 2000).

Por otra parte, con el objeto de que la funcionaria como cotizante no pierda los derechos al pago de la licencia de maternidad a la cual tiene derecho, se recomienda que continúe haciendo los aportes al sistema pagando las cotizaciones correspondientes a la EPS a la cual se encuentra afiliada.

Así las cosas y atendiendo puntualmente su consulta, se considera que al finalizar el período como gerente de ESE deberá producirse retiro inmediato del cargo y la entidad deberá adelantar el proceso de selección de gerente, seleccionando al titular del cargo de conformidad con el procedimiento establecido para tal fin.

Para mayor 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: Ruth González Sanguino

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. M.P. Gustavo Aponte Santos.

2. 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. 6º).- 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).

3. Concepto 643 de 1994, M.P. Humberto Mora Osejo.

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 09:51:16