



Concepto 383081 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000383081

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000383081

Fecha: 18/10/2022 10:28:31 a.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA: SITUACIONES ADMINISTRATIVAS. Licencia de Maternidad. EMPLEO. Elección de la Secretaría del Concejo Municipal. RAD. 20222060477322 del 14 de septiembre de 2022.

Me refiero a su comunicación, radicada en esta dependencia el 14 de septiembre de 2022, mediante la cual consulta sobre el proceso de elección de secretaría del concejo municipal y su derecho a licencia de maternidad, me permito dar respuesta en los siguientes términos:

En primer lugar, es importante señalar que a este Departamento Administrativo 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 y/o definir situaciones particulares de las entidades, su estructura o funcionamiento.

En este sentido, la resolución de los casos particulares, como resulta apenas obvio, corresponderá a la autoridad empleadora y nominadora, en cuanto es la instancia que conoce de manera cierta y documentada la situación particular de su personal, y, además, en desarrollo de los principios de la especialización presupuestal y de la autonomía administrativa, constituye el único órgano llamado a producir una declaración de voluntad con efectos vinculantes en el mundo del derecho.

No obstante, a manera de información general respecto de la situación planteada por usted, procedemos a pronunciarnos respecto de sus interrogantes en el siguiente sentido:

Elección y periodo del secretario del Concejo:

La Ley 136 de 1994, 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 fuera de texto).

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.

El Decreto 1083 de 2015 en relación con las licencias de maternidad establece:

"(...) ARTÍCULO 2.2.5.5.10. Licencias por enfermedad, maternidad o paternidad. Las licencias por enfermedad, maternidad o paternidad de los servidores públicos se rigen por las normas del régimen de Seguridad Social, en los términos de la Ley 100 de 1993, la Ley 755 de 2002, la Ley 1822 de 2017 y demás disposiciones que las reglamenten, modifiquen, adicionen o sustituyan. (...)"

"(...) ARTÍCULO 2.2.5.5.12. 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. (...)"

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 siguientes 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 fuera 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:

(...) La accionante, como funcionaria de período 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)

De conformidad con la jurisprudencia transcrita, quien al finalizar su periodo 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 periodo 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 periodo que el Legislador le asignó a su cargo.

De acuerdo con lo expuesto, se dará respuesta a sus interrogantes en el mismo orden de su presentación así:

¿Cómo sería el proceso de elección para la próxima vigencia?

De acuerdo con la normativa que se ha referenciado, se estable que la reelección se realizará a criterio de la corporación, sin que se establezcan requisitos diferentes.

¿La ley me ampara para de manera continua continuar en el cargo?

De acuerdo con lo previsto en el artículo 37 de la Ley 136 de 1994, el cargo de secretario del concejo municipal es un empleo de periodo, elegido por la misma corporación para el desempeño del cargo durante un año, reelegible a criterio del respectivo concejo.

Así las cosas, quien al finalizar su periodo advierte a la administración de su estado de embarazo no goza del derecho a la estabilidad laboral reforzada, teniendo en cuenta 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 del periodo fijo, que solo puede ser alterado por la ley.

El hecho de que su permanencia en el cargo dependa de la culminación de un periodo fijo impide hacerle extensivos los beneficios asociados a la protección a la maternidad, pues en este evento no se configura el despido, simplemente termina el vínculo con la administración a raíz de la finalización del periodo que el legislador le asignó al cargo.

¿Tengo derecho a la licencia de maternidad?

Con respecto al reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, la Ley 1822 de 2017, por la cual se modifica el artículo 236 del código sustantivo del trabajo, dispuso en su artículo 1 lo siguiente, a saber:

“(...) ARTÍCULO 1. El artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo quedará así:

(...) ARTÍCULO 236. Licencia en la época del parto e incentivos para la adecuada atención y cuidado del recién nacido.

Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de dieciocho (18) semanas en la época de parto, remunerada con el salario que devengue al momento de iniciar su licencia.

Si se tratare de un salario que no sea fijo como en el caso del trabajo a destajo o por tarea, se tomará en cuenta el salario promedio devengado por la trabajadora en el último año de servicio, o en todo el tiempo si fuere menor.

Para los efectos de la licencia de que trata este artículo, la trabajadora debe presentar al empleador un certificado médico, en el cual debe constar:

a) El estado de embarazo de la trabajadora;

b) La indicación del día probable del parto, y

c) La indicación del día desde el cual debe empezar la licencia, teniendo en cuenta que, por lo menos, ha de iniciarse dos semanas antes del parto.

Los beneficios incluidos en este artículo, y el artículo 239 de la presente ley, no excluyen a los trabajadores del sector público. (...)” (Subrayado fuera de texto)

De conformidad con lo anteriormente expuesto, la licencia por maternidad configura una protección constitucional especial en interés del menor recién nacido y de la madre, y conforme a los términos de la norma que la regula, toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de dieciocho (18) semanas en la época de parto, remunerada con el salario que devengue al momento de iniciar su licencia.

Así mismo, el Decreto 019 de 2012, dispuso:

“(...) ARTÍCULO 121. TRÁMITE DE RECONOCIMIENTO DE INCAPACIDADES Y LICENCIAS DE MATERNIDAD Y PATERNIDAD. El trámite para el reconocimiento de incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad o paternidad a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, deberá ser adelantado, de manera directa, por el empleador ante las entidades promotoras de salud, EPS. En consecuencia, en ningún caso puede ser trasladado al afiliado el trámite para la obtención de dicho reconocimiento.

Para efectos laborales, será obligación de los afiliados informar al empleador sobre la expedición de una incapacidad o licencia. (...)” (Subrayado fuera de texto)

De acuerdo con la norma transcrita, el trámite para el reconocimiento de incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, deberá ser adelantado, de manera directa, por la administración ante la EPS, en cuanto al pago, la Entidad podrá efectuarlo directamente con el fin de garantizar los beneficios salariales que disfrutará en licencia de maternidad y no desampararla en sus derechos y los de su hijo, y posteriormente hace un recobro a la EPS respectiva.

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 CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Rosamelia Piñeres Romero

Revisó: Maia Valeria Borja G.

Aprobó: Armando López

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública

Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios.

Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública.

Por medio de la cual se incentiva la adecuada atención y cuidado de la primera infancia, se modifican los artículos 236 y 239 del código sustantivo del trabajo y se dictan otras disposiciones

Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública.

Fecha y hora de creación: 2026-01-30 00:13:20