



**Función Pública**

# Concepto 227951 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20226000227951\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000227951

Fecha: 22/06/2022 05:46:41 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: SITUACIONES ADMINISTRATIVAS ¿¿¿ Periodo de prueba ¿Se debe solicitar la renuncia al empleado que se encuentra en provisionalidad y que inicia un periodo de prueba? PRESTACIONES SOCIALES ¿¿¿ CESANTIAS ¿Se pierde el régimen de cesantías retroactiva cuando se supera un concurso de méritos? ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA. Embarazadas. RETIRO DEL SERVICIO. Empleados Provisionales. Estabilidad laboral de una empleada pública nombrada en provisionalidad en un empleo objeto de concurso Radicación No. 20222060211632 del 20 de mayo de 2022.

Acuso recibo de la comunicación de la referencia, mediante la cual realiza diferentes interrogantes relacionados con las situaciones administrativas y prestaciones sociales de los empleados públicos de la Agencia Logística de las Fuerzas Militares, me permito informarle que las mismas serán resueltas en el orden en que fueron presentadas, así:

¿Se debe solicitar la renuncia al empleado que se encuentra en provisionalidad y que inicia un periodo de prueba?

El Decreto-Ley [091](#) de 2007 “Por el cual se regula el Sistema Especial de Carrera del Sector Defensa y se dictan unas disposiciones en materia de administración de personal” establece lo siguiente frente a los cargos de carrera del régimen especial del Sector Defensa:

*“ARTÍCULO 9. Empleos de carrera pertenecientes al Sistema Especial del Sector Defensa. Los empleos públicos del personal civil y no uniformado en el Ministerio de Defensa Nacional, sus entidades descentralizadas, adscritas y vinculadas, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional son de Carrera pertenecientes al Sistema Especial del Sector Defensa, con excepción de los de período fijo y de los de libre nombramiento y remoción.”*

De conformidad con la normativa vigente, son de Carrera del Sistema Especial del Sector Defensa aquellos empleos públicos del personal civil y no uniformado en el Ministerio de Defensa Nacional, sus entidades descentralizadas, adscritas y vinculadas, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, con excepción de los de período fijo y de los de libre nombramiento y remoción.

Así mismo, la Sentencia [C-753](#) de 2008 de la Corte Constitucional, estableció lo siguiente con relación al régimen de carrera administrativa del sector defensa:

*“NOMBRAMIENTOS ORDINARIOS EN CARGOS DE CARRERA DEL SECTOR DEFENSA-Sólo pueden realizarse mediante concurso público y no pueden recaer en miembros en servicio activo de la Fuerza Pública*

*La provisión ordinaria de cargos de carrera sólo se puede realizar mediante concurso público, de conformidad con las reglas que informan la carrera administrativa y dado el carácter especial de orden legal de la carrera administrativa para el personal civil no uniformado del sector defensa, no le está permitido el ingreso a miembros de la fuerza pública en servicio activo.*

De igual manera, en relación con la provisionalidad el Decreto [91](#) de 2007, indica:

*“ARTÍCULO 56. Concepto. Teniendo en cuenta la especialidad de la misión de defensa y seguridad nacional del Sector Defensa, en caso de vacancia temporal o definitiva de un empleo del Sector Defensa, el nominador o quien este haya delegado, con el único requisito de haberse realizado previamente un estudio de seguridad al candidato, podrá nombrar en cargos pertenecientes al Sistema Especial de Carrera del Sector Defensa por el término de seis (6) meses, a personas o servidores públicos que no pertenezcan a ella, mientras se surte el proceso de selección por mérito. Igualmente, en desarrollo del mismo principio, estos funcionarios podrán ser removidos en cualquier tiempo.”*

Como se observa, la norma establece la posibilidad de realizar nombramientos en provisionalidad, mientras se surte el proceso de selección e indica que podrán ser removidos en cualquier tiempo. El término de duración de los nombramientos provisionales actualmente se encuentra concebido para la vacancia definitiva hasta que se efectúe el nombramiento en periodo de prueba.

Por lo anterior y dando respuesta a su primer interrogante esta Dirección Jurídica considera que, el empleado nombrado en provisionalidad que participa en un concurso deberá presentar la renuncia al cargo con el fin de posesionarse en periodo de prueba y una vez supere esta etapa al obtener una calificación satisfactoria en el desempeño de sus funciones se adquieran los derechos de carrera que le permitan inscribirse en el registro del Sistema Especial de Carrera del Sector Defensa.

Cabe recordar que entre las causales de retiro del servicio se encuentra la no superación del periodo de prueba, la no participación del provisional en el concurso de méritos.

¿Se pierde el régimen de cesantías retroactiva cuando se supera un concurso de méritos?

En cuanto a los empleados públicos del Ministerio de Defensa, le es aplicable el régimen previsto en el Decreto 1214 de 1990 el cual, respecto del régimen de cesantías, señala:

*“ARTÍCULO 96. CESANTIA DEFINITIVA. Los empleados públicos del ministerio de Defensa y de la Policía Nacional, que sean retirados o se retiren del servicio, tienen derecho a que el Tesoro Público les pague por una sola vez, un auxilio de cesantía igual a un (1) mes del último salario devengado por cada año de servicio prestado en dichas entidades y proporcionalmente por las fracciones de meses y días a que hubiere lugar, liquidado sobre las partidas indicadas en el artículo 102 de este Decreto.*

Por consiguiente, las disposiciones vigentes sobre el Régimen de Cesantías para el personal civil del Ministerio de Defensa, se encuentran consagradas en el Decreto 1214 de 1990, el cual señala que las cesantías serían liquidadas por una sola vez, con el último salario devengado por el servidor público; es decir que nos encontramos en presencia de la liquidación de las cesantías de forma retroactiva.

De otra parte, el artículo 13 Ley 344 de 1996, respecto al tema de cesantías establece:

*“ARTÍCULO 13. Sin perjuicio de los derechos convencionales, y lo estipulado en la Ley 91 de 1989, a partir de la publicación de la presente Ley, las personas que se vinculen a los Órganos y Entidades del Estado tendrán el siguiente régimen de cesantías:*

*a) El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantías por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación de la relación laboral;*

*b) Les serán aplicables las demás normas legales vigentes sobre cesantías, correspondientes al órgano o entidad al cual se vinculen que no sean contrarias a lo dispuesto en el literal a) del presente artículo.*

*PARÁGRAFO. El régimen de cesantías contenido en el presente artículo no se aplica al personal uniformado de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional. (Negrita y subrayado fuera del texto).*

De conformidad con lo señalado en la Ley 344 de 1996, las modificaciones introducidas por la Ley 344 de 1996, en relación con la liquidación de las cesantías, afectó a los servidores públicos que a partir de la fecha de su expedición, se vincularan a los órganos y entidades del Estado, con la única excepción del personal uniformado de las fuerzas militares y la policía nacional; es decir, a partir de la expedición de la Ley 344 el régimen de cesantías del personal civil de las fuerzas militares y la policía nacional, pasó a liquidarse de manera anualizada.

Ahora bien, el Decreto 1252 de 2000, Por el cual se establecen normas sobre el régimen prestacional de los empleados públicos, los trabajadores oficiales y los miembros de la fuerza pública en cuanto al régimen de cesantías consagra:

*"ARTÍCULO 1. Los empleados públicos, los trabajadores oficiales y los miembros de la fuerza pública, que se vinculen al servicio del Estado a partir de la vigencia del presente decreto, tendrán derecho al pago de cesantías en los términos establecidos en las Leyes 50 de 1990, 344 de 1996 o 432 de 1998, según el caso. Lo dispuesto en el inciso anterior se aplicará aun en el evento en que en la entidad u organismo a los cuales ingrese el servidor público, exista un régimen especial que regule las cesantías. Parágrafo. Los fondos o entidades públicas, incluida la Caja Promotora de Vivienda Militar que administran y pagan las cesantías de los servidores a que se refiere este artículo, seguirán haciéndolo."* (Negrita y subrayado fuera del texto).

Sobre el alcance de la norma, esta entidad formuló consulta al Consejo de Estado, pronunciándose sobre el particular la Sala de Consulta y Servicio Civil, mediante radicado número: 11001-03-06-000-2006-00095-00(1777), indicando la Corporación:

*"El régimen de cesantías ha presentado cambios en tanto del régimen de cesantías retroactivas se pasó al de cesantías anualizadas con intereses.*

*"El auxilio de cesantía se concibe como un derecho del trabajador de creación legal, originado en los servicios subordinados que se prestan al empleador, que tiene como objeto básico y primordial cubrir el infortunio en que aquél se puede ver enfrentado por desocupación, al perder su empleo, sin perjuicio del pago de avances para las finalidades establecidas en el ordenamiento jurídico; desde esta perspectiva, es un ahorro que constituye una prestación social". Su evolución puede concretarse así:*

2.1.1. El régimen retroactivo de cesantías, que consiste en que esta prestación se liquida con base en el último salario devengado, a razón de un mes de sueldo por cada año de servicios, se consagra claramente en los artículos 17 de la ley 6ª de 1945 y 1 del decreto 2567 de 1946. Esta última norma dispuso:

*"El auxilio de cesantía a que tengan derecho los empleados y obreros al servicio de la nación, los departamentos y los municipios, se liquidará de conformidad con el último sueldo o jornal devengado, a menos que el sueldo o jornal haya tenido modificaciones en los tres últimos meses, en cuyo caso la liquidación se hará por el promedio de lo devengado en los últimos doce meses, o en todo el tiempo de servicio, si éste fuere menor de doce meses."*

Como lo precisó esta Sala en Consulta 1448 de 2002, el régimen de cesantías previsto en las anteriores normas "(...) tenía carácter retroactivo y, en tal virtud, se tenía en cuenta el último sueldo devengado por el servidor público para efectos de liquidar la prestación por todo el tiempo de servicios. De esta manera, el pago efectuado siempre era actualizado, pero no en proporción a lo realmente devengado por el servidor por cada año de servicios, lo que causó un desequilibrio en el sistema, sin perjuicio de que el mismo fuera, en principio, más favorable para el trabajador; y se dice en principio porque se parte del supuesto que el trabajador día a día podría mejorar su situación laboral y, por ende, su salario, lo cual no siempre ocurre".

La ley 65 de 1946, artículo 1, y el decreto 1160 de 1947, artículo 1, extendieron el beneficio de las cesantías retroactivas a los trabajadores de los departamentos y municipios y de las antiguas intendencias y comisarias. Se contempló además que el pago de cesantías definitivas procedía cuando operaba el retiro del empleado del servicio.

(...)

2.1.4. Como se anotó los servidores de las entidades territoriales mantuvieron el régimen retroactivo luego de la expedición del decreto 3118 de 1968 que nada proveyó al respecto. Pero la ley 344 de 1996 ordenó que las personas que se vinculen a partir de su vigencia "a todos los órganos y entidades del Estado" se regirán por el sistema de liquidación anual de cesantías - art. 13 -.

Respecto de los servidores vinculados con anterioridad a la vigencia de la ley 344 se mantuvo el régimen retroactivo de cesantías, tal como lo sostuvo la Corte Constitucional en sentencia C-428 de 1997. Allí se precisó:

*"Con la salvedad hecha sobre beneficios incontrovertibles para los trabajadores, los cambios que contemple la nueva legislación únicamente pueden hacerse obligatorios para las relaciones laborales futuras, es decir, las que se entablen después de haber entrado aquélla en pleno vigor, y, en consecuencia, excepto el caso de anuencia expresa y enteramente voluntaria del trabajador afectado, no es admisible cobijar bajo las nuevas disposiciones las situaciones jurídicas nacidas a partir de vínculos de trabajo que se venían ejecutando al producirse la reforma. Respecto de ellas, el único que puede optar por incorporarse al régimen posterior, pudiendo permanecer en el antiguo, es el empleado, libre de toda coacción externa y bajo el supuesto de su mejor conveniencia."*

De esta manera con la entrada en vigor de la ley 344 se proscribió el pago retroactivo de cesantías en todos los órdenes del sector público, sin perjuicio de los derechos de quienes lo venían disfrutando, como quedó precisado. El personal uniformado de las fuerzas militares y de la policía nacional mantuvo su régimen.

(...)

*El decreto 1252 de 2000 dispuso que “los servidores públicos que, a 25 de mayo de 2000, disfrutaban del régimen de cesantías retroactivas continuarán en dicho régimen hasta la terminación de la vinculación laboral en el organismo o entidad en la que se aplica dicha modalidad prestacional”.* (Negrita y subrayado fuera del texto).

Teniendo en cuenta lo dispuesto por el Consejo de Estado, se concluye que, el régimen retroactivo de cesantías cesó en las entidades públicas con la expedición de la Ley 344 de 1996, toda vez que mediante esta Ley se ordenó que las personas que se vinculen a partir de su vigencia se regirían por el sistema de liquidación anual de cesantías. Es decir que, con la evolución normativa en la actualidad el régimen de reconocimiento y pago de cesantías retroactivas beneficia a algunos servidores públicos vinculados con anterioridad a la vigencia de la Ley 344 de 1996.

Por su parte, el artículo 2 del Decreto 1252 de 2000 dispuso que los servidores públicos que a 25 de mayo de 2000 disfrutaban del régimen de cesantías retroactivas, se les debería mantener en dicho régimen hasta la terminación de la vinculación laboral en la entidad que aplicara dicha modalidad; es decir, a partir de su expedición los servidores públicos que se vincularon a la administración se regirían por las disposiciones de las Leyes 50 de 1990, 344 de 1996 o 432 de 1998, según sea el caso.

Así las cosas, los miembros de la fuerza pública (miembros militares de las fuerzas armadas y la policía nacional) se beneficiaron del régimen de las cesantías retroactivas hasta la expedición del Decreto 1252 de 2000; mientras que el personal civil mantuvo el régimen hasta la expedición de la Ley 344 de 1996.

Ahora revisemos de manera pormenorizada el régimen de liquidación de cesantías por retroactividad, el cual, que como se indicó en párrafos anteriores, se caracteriza por su reconocimiento con base en el último salario realmente devengado, o el promedio de lo percibido en el último año de servicios, en caso de que durante los últimos tres meses de labores el salario devengado hubiera sufrido modificaciones, o con base en todo el tiempo si la vinculación hubiera sido inferior a un año, en forma retroactiva, sin lugar a intereses, con fundamento en lo establecido en los artículos 17 de la Ley 6ª de 1945, 1º del Decreto 2767 de 1945, 1º y 2º de la Ley 65 de 1946, 2º y 6º del Decreto 1160 de 1947 y 2º del Decreto 1252 de 2002, lo cual es aplicable a aquellos trabajadores vinculados antes del 30 de diciembre de 1996.

En este sentido, el Decreto 1160 de 1947, sobre auxilio de cesantía, establece:

«ARTÍCULO 1. Los empleados y obreros al servicio de la Nación en cualquiera de las ramas del Poder Público, hállese o no escalafonados en la carrera administrativa, tienen derecho a un mes de sueldo por cada año de servicios continuos o discontinuos, y proporcionalmente por las fracciones de año, cualquier que sea la causa de su retiro y a partir del 1o. de enero de 1942.

ARTÍCULO 2. Lo dispuesto en el artículo anterior se extiende a los trabajadores de los Departamentos, Intendencias, Comisarías y Municipios, teniendo en cuenta respecto de éstos lo dispuesto por el Decreto 2767 de 1945. Pero si la entidad correspondiente no hubiere obtenido su clasificación, estará obligada a la cancelación de las prestaciones sociales en su totalidad, sin atender a las limitaciones establecidas en el Decreto mencionado.

(...)

ARTÍCULO 6. De conformidad con lo dispuesto por el decreto número 2567, del 31 de agosto de 1946, para liquidar el auxilio de cesantía a que tengan derecho los asalariados nacionales, departamentales, municipales y particulares, se tomará como base el último sueldo o jornal devengado, a menos que el sueldo o jornal haya tenido modificaciones en los tres (3) últimos meses, en cuyo caso la liquidación se hará por el promedio de lo devengado en los últimos doce (12) meses o en todo el tiempo de servicio, si éste fuere menor de doce (12) meses.

PARÁGRAFO 1. Además, el cómputo se hará teniendo en cuenta no sólo el salario fijo, sino todo lo que reciba el trabajador a cualquier otro título y que implique directa o indirectamente retribución ordinaria y permanente de servicios, tales como las primas, sobresueldos y bonificaciones; pero no las sumas que ocasionalmente se den por mera liberalidad del patrono». (Subrayado fuera del texto).

De conformidad con la norma anteriormente transcrita, el régimen de liquidación de cesantías por retroactividad se caracteriza por su reconocimiento con base en el último salario realmente devengado, o el promedio de lo percibido en el último año de servicios, en caso de que durante los últimos tres meses de labores el salario devengado hubiera sufrido modificaciones.

Ahora bien, resulta procedente resaltar que a partir de la Ley 344 de 1996, “Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones.” en su artículo 13 indica:

“ARTÍCULO 13. Sin perjuicio de los derechos convencionales, y lo estipulado en la Ley 91 de 1989, a partir de la publicación de la presente Ley,

las personas que se vinculen a los Órganos y Entidades del Estado tendrán el siguiente régimen de cesantías:

a) El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantías por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación de la relación laboral;

b) Les serán aplicables las demás normas legales vigentes sobre cesantías, correspondientes al órgano o entidad al cual se vinculen que no sean contrarias a lo dispuesto en el literal a) del presente artículo.”

(Resaltado fuera del texto)

Como se observa, la Ley 344 de 1996, estableció un régimen de liquidación anual de cesantías para aquellos empleados públicos que se vinculen a los órganos y entidades del Estado después de la expedición de dicha ley; las principales características de este régimen de cesantías son la obligatoriedad de consignar los dineros en un Fondo Administrador, la liquidación anualizada y el pago de intereses del 12% sobre el valor de las cesantías.

En consecuencia y dando respuesta a este interrogante, en caso de que el empleado provisional que supera el concurso de méritos pertenezca al régimen de cesantías retroactivas, en virtud de la Ley 344 de 1996, se posesionará y al vincularse al cargo por superar el concurso hará parte del régimen de cesantías con liquidación anualizada, sin que exista fundamento legal para continuar con el régimen de cesantías que poseía en una relación laboral extinta; ya que la aceptación de la renuncia para posesionarse en el periodo de prueba implica que se da por terminada la relación laboral provisional.

¿Se deben liquidar las prestaciones sociales con el salario que ostentaba antes del periodo de prueba o se deben esperar los seis meses que pasen del periodo de prueba?

En relación con el tema de la continuidad, esta Dirección Jurídica ha sido consistente al manifestar que por regla general cuando un empleado se posesiona en un nuevo cargo por haber superado el periodo de prueba, independiente a que sea el mismo que venía ocupando en provisionalidad, deberá presentar renuncia a ese cargo, al realizarse un nuevo nombramiento y una nueva posesión, se da lugar a una nueva relación laboral, totalmente independiente a la anterior.

Razón por la cual, como quiera que las normas que regulan el reconocimiento de las prestaciones sociales contemplan su pago en forma proporcional, en criterio de esta Dirección Jurídica, se considera que procede la liquidación de la totalidad de las prestaciones sociales a que tiene derecho como es el caso de las vacaciones, prima de vacaciones, la bonificación por recreación, la prima de navidad y las cesantías.

Por otro lado, es importante señalar que en caso de que el empleado provisional que supera el concurso de méritos pertenezca al régimen de cesantías retroactivas, en virtud de la Ley 344 de 1996, se posesionará y al vincularse al cargo por superar el concurso hará parte del régimen de cesantías con liquidación anualizada, sin que exista fundamento legal para continuar con el régimen de cesantías que poseía en una relación laboral extinta; ya que la aceptación de la renuncia implica que se da por terminada la relación laboral provisional.

Por lo anterior, al empleado nombrado en provisionalidad se le deben liquidar las prestaciones sociales hasta el momento en que se les efectúe el nombramiento y acto de posesión en periodo de prueba y con el salario que devengue en ese momento.

En cuanto a la protección a la maternidad el Decreto-Ley 091 de 2007, establece:

*“ARTÍCULO 79. Protección a la maternidad.*

*No procederá el retiro de una empleada civil no uniformada del Sector Defensa, con nombramiento provisional, ocurrido con anterioridad a la vigencia del presente decreto, mientras se encuentre en estado de embarazo o en licencia de maternidad.*

*Cuando un empleo del Sistema Especial de Carrera del Sector Defensa, se encuentre provisto mediante nombramiento en período de prueba con una empleada en estado de embarazo, dicho período se interrumpirá y se reiniciará una vez culminé el término de la licencia de maternidad.*

*Cuando una empleada civil no uniformada del Sistema Especial de Carrera del Sector Defensa, en estado de embarazo obtenga evaluación de servicios no satisfactoria, la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento se producirá dentro de los ocho (8) días calendario siguientes al vencimiento de la licencia de maternidad.*

*Cuando por razones del buen servicio deba suprimirse un empleo del Sistema Especial de Carrera del Sector Defensa, ocupado por una empleada en estado de embarazo y no fuere posible su incorporación en otro igual o equivalente, deberá pagársele, a título de indemnización por maternidad, el valor de la remuneración que dejare de percibir entre la fecha de la supresión efectiva del cargo y la fecha probable del*

parto, y el pago mensual a la correspondiente entidad promotora de salud de la parte de la cotización al Sistema General de Seguridad Social en Salud que corresponde a la entidad pública en los términos de la ley, durante toda la etapa de gestación y los tres (3) meses posteriores al parto, más las doce (12) semanas de descanso remunerado a que se tiene derecho como licencia de maternidad. A la anterior indemnización tendrán derecho las empleadas de libre nombramiento y remoción y las nombradas provisionalmente con anterioridad a la vigencia de este decreto.

PARÁGRAFO 1. Las empleadas del Sistema Especial de Carrera del Sector Defensa tendrán derecho a la indemnización de que trata el presente artículo, sin perjuicio de la indemnización a que tiene derecho la empleada del Sistema Especial de Carrera del Sector Defensa, por la supresión del empleo del cual es titular.

PARÁGRAFO 2. En todos los casos y para los efectos del presente artículo, la empleada deberá dar aviso por escrito al jefe de la entidad inmediatamente obtenga el diagnóstico médico de su estado de embarazo, mediante la presentación de la respectiva certificación.

Como se observa, la norma no desarrolla el procedimiento en caso de que un empleo objeto de concurso se encuentre ocupada por una empleada nombrada en provisionalidad, no obstante el Decreto 1792 DE 2000, "Por el cual se modifica el Estatuto que regula el Régimen de Administración del Personal Civil del Ministerio de Defensa Nacional, se establece la Carrera Administrativa Especial."

"ARTÍCULO 110. Protección especial. En la interpretación y aplicación de las disposiciones del presente Decreto, el Ministerio de Defensa Nacional y la Comisión Administradora de Carrera atenderán las disposiciones constitucionales y legales generales que propendan por la protección de las mujeres embarazadas, los limitados físicos y los desplazados."

(Subrayado fuera del texto).

Conforme a lo anterior, esa Dirección Jurídica considera que es procedente dar aplicación al concepto marco 09 de 2018 proferido por este Departamento, el cual, se encuentra relacionado con la desvinculación de provisionales en situaciones especiales para proveer el cargo con quien ganó la plaza mediante concurso de méritos, y en el que se concluye lo siguiente:

*Situación de la empleada provisional embarazada*

En la sentencia SU-070 de 2013, Magistrado Ponente: Alexei Julio Estrada, se unificaron las reglas jurisprudenciales que fijan el alcance de la protección reforzada a la maternidad y la lactancia en el ámbito del trabajo, así:

"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 aplicarán 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 desempeñará quien ganó el concurso, debe ser el mismo para el que aplicó. Cuando deba surtirse el cargo de la mujer embarazada o lactante por quién 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, 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”. 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 acuerdo esta sentencia de unificación de la Corte Constitucional, una empleada nombrada en provisión en un cargo de carrera que sale a concurso público de méritos y se encuentra en estado de embarazo, puede ser desvinculada del mismo para dar cumplimiento al acto administrativo que contempla la lista de elegibles, 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 la empleada de la entidad pública se deben tener en cuenta las reglas que sobre el particular estableció la Corte Constitucional, es decir, el último cargo a proveer por quienes lo hayan ganado será el de la mujer embarazada y al momento de ocupar el cargo por quien ganó el concurso, si bien es cierto, se produce una desvinculación de la entidad pública de la mujer embarazada nombrada con carácter provisional, se debe realizar el pago de prestaciones que garanticen la licencia de maternidad.

Conforme a lo expuesto la entidad pública debe nombrar y posesionar al elegible y dar por terminado el nombramiento provisional a la empleada embarazada y pagarle las prestaciones que garanticen la licencia de maternidad.»

En consecuencia, en el caso de la empleada provisional embarazada o en licencia de maternidad, es procedente su retiro motivado, fundado en la provisión definitiva del cargo por haberse adelantado el concurso de méritos.

En este mismo acto administrativo y con el objeto de dar cumplimiento a lo dispuesto en la Sentencia SU-070 de 2013, se debe indicar con fundamento en la misma, que a partir de que surta efectos la terminación del nombramiento de la empleada vinculada con carácter provisional, la entidad deberá realizar la provisión de las sumas de dinero de las prestaciones que garanticen la licencia de maternidad y realizar mes a mes el pago de la afiliación al sistema de seguridad social en salud hasta el momento en que termine el disfrute de la licencia de maternidad.

En relación con el último interrogante respecto de la vigencia de la lista de elegibles con ocasión a la Ley 1960 de 2019, me permito informarle que su inquietud fue trasladada bajo el radicado de salida No. 20226000227921 del 22 de junio de la presente anualidad, a la Comisión Nacional del Servicio Civil, entidad competente para absolverla.

Para más 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 [/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

Proyecto: Sandra Barriga Moreno

Revisó: Harold Herreño

Aprobó: Dr. Armando López Cortes

11.602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

“Por el cual se reforma el estatuto y el régimen prestacional civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional, mediante el cual se regula la

administración del personal civil que presta sus servicios en el Ministerio de Defensa, la Policía Nacional y en la Justicia Penal Militar y su Ministerio Público”.

Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones

Consulta [1448](#) de 2002.

En la actualidad algunas personas continúan cobijadas por este régimen.

Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público.

Frente al régimen de los empleados públicos del Distrito Capital ver decretos [1133](#) y [1808](#) de 1994, derogados por el art. 6 del decreto [1919](#) de 2002.

El decreto [1919](#) de 2002 - por el cual se fija el régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos y se regula el régimen mínimo prestacional de los trabajadores oficiales del nivel territorial - dispuso: “Art. 3°. Los empleados públicos a quienes se les esté aplicando el régimen de retroactividad de cesantías continuarán disfrutando del mismo, en los términos previstos en la ley [344](#) de 1996 y el decreto [1252](#) de 2000”. // Por su parte, el decreto [1252](#) de 2000, al cual se referirá la Sala más adelante, precisó que a “los empleados públicos, los trabajadores oficiales y los miembros de la fuerza pública, que se vinculen al servicio del Estado a partir de la vigencia del presente decreto, tendrán derecho al pago de cesantías en los términos establecidos en las leyes [50](#) de 1990, [344](#) de 1996 o [432](#) de 1998, según el caso”.

Dictado en desarrollo de los principios generales establecidos en la ley [4ª](#) de 1992, por el cual se establecen normas sobre el régimen prestacional de los empleados públicos, los trabajadores oficiales y los miembros de la fuerza pública.

“(…) ARTÍCULO 2. Los servidores públicos que a 25 de mayo de 2000, disfrutaban del régimen de cesantías retroactivas continuarán en dicho régimen hasta la terminación de la vinculación laboral en el organismo o entidad en la que se aplica dicha modalidad prestacional. (…)

Revista Jurisprudencia y Doctrina, Mayo de 2009, Editorial LEGIS, Página 725.

Artículo [125](#) de la Constitución Política: “Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. (...) El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes. (...)”

Sentencia T-574 de 2007.

Ver las sentencias T-389 de 2001; T-108 de 2009; [C-532](#) de 2006, entre muchas otras.

---

*Fecha y hora de creación: 2024-12-12 08:33:35*