

Bogotá D.C., 25 de Julio de 2015

No. de radicación 2015-ER-104283
solicitud:



2015-EE-079285

Doctor

Secretaria De Educación De Nariño

Pasto

Nariño

Asunto: Proceden los recursos contra actos administrativos que terminan nombramientos provisionales

Mediante escrito radicado vía web ante este Ministerio, bajo el número 2015-ER-104283, se presentó consulta en relación con el tema a enunciar:

OBJETO DE LA CONSULTA

"...1 Es procedente conceder recursos de ley... frente a los actos administrativos de terminación o declaratoria de insubsistencia de docentes con nombramiento provisional... retirados del servicio en virtud del nombramiento en periodo de prueba...? 2. Cuál es el procedimiento que debemos adoptar respecto de las docentes con vinculación provisional, que se encuentran en estado de embarazo o en licencia de maternidad? 3. En varias áreas el número de elegibles es menor al número de cargos ofertados y disponibles... cual es el procedimiento para verificar y establecer el orden de protección de los servidores provisionales, establecido en la Circular 003 de 2015 de la CNSC?..."

NORMAS y CONCEPTO

De conformidad con las normas legales, me permito informarle:

La Ley 1437 de 2011 Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, dispone:

"Artículo 75. Improcedencia. No habrá recurso contra los actos de carácter general, ni contra los de trámite, preparatorios, o de ejecución excepto en los casos previstos en norma expresa."

El Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo Sección cuarta, Radicación número: 68001-23-33-000-2013-00296-01(20212) veintiséis (26) de

septiembre de dos mil trece (2013), con relación a actos administrativos de ejecución ha expresado:

"... Así pues, un acto administrativo subjetivo o acto definitivo particular, es una declaración de voluntad dirigida al ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos, es decir que crea, reconoce, modifica o extingue situaciones jurídicas, mientras que los actos de ejecución se limitan a dar cumplimiento a una decisión judicial o administrativa, sin que pueda afirmarse que de ellos surjan situaciones jurídicas diferentes a las de la sentencia o acto ejecutado. De acuerdo con lo anterior, únicamente las decisiones de la Administración producto de la conclusión de un procedimiento administrativo o los actos que hacen imposible la continuación de esa actuación, son susceptibles de control de legalidad por parte de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, lo que, dicho de otra manera, significa que "los actos de ejecución de una decisión administrativa o jurisdiccional se encuentran excluidos de dicho control, toda vez que a través de ellos no se decide definitivamente una actuación, pues sólo son expedidos en orden a materializar o ejecutar esas decisiones". (Subrayado nuestro)

1. Por lo anterior, con relación a su consulta sobre la procedencia de los recursos de ley frente a los actos administrativos de terminación o declaratoria de insubsistencia de docentes con nombramiento provisional, que son retirados del servicio en virtud del nombramiento que se efectúa en periodo de prueba, le informo que por ser actos administrativos de ejecución (*son actos definitivos*), contra estos no proceden los recursos de Ley establecidos en el Artículo 74 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2. En cuanto al procedimiento que se debe adoptar respecto de las docentes con vinculación provisional, que se encuentran en estado de embarazo o en licencia de maternidad, le manifiesto:

La Corte Constitucional mediante la sentencia SU 070 del 13 de febrero de 2013, unificó la jurisprudencia sobre la materia y con relación a la desvinculación de la mujer embarazada nombrada en provisionalidad y que ocupa un cargo de carrera, señaló:

"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. (...)."

De otra parte, el Ministerio de Educación Nacional con el objeto de atender en debida

forma la protección a la madre gestante y con el fin de garantizar los derechos del elegible, solicitó concepto a la Comisión Nacional de Servicio Civil (CNSC), mediante radicado de la CNSC No. 10901 del 07 de abril de 2014, quien mediante comunicación con número de radicación No.2-2016-10901 del 02 de mayo de 2014, manifestó que sobre las medidas de protección a la maternidad para la servidora pública en estado de embarazo que ocupa un empleo de provisionalidad sobre el cual existe lista de elegibles, lo siguiente:

"... las listas de elegibles en firme, producto de un concurso público de méritos para proveer empleos de carrera administrativa, producen plenos efectos frente a la vacante ocupada de manera transitoria por una funcionaria nombrada en provisionalidad que se encuentra en estado de embarazo. En consecuencia, debe proceder la entidad a efectuar el respectivo nombramiento en periodo de prueba. Lo anterior, por cuanto su condición de madre gestante no le genera por sí sola un derecho a la permanencia en el empleo, ni en este caso se vulnera el derecho a la estabilidad relativa o intermedia de la que gozan los empleados nombrados en provisionalidad, al ser precisamente la provisión del empleo de carrera por quien superó un concurso de méritos la justa causa, legítima y objetiva para dar por terminada la vinculación transitoria (...) la entidad debe proceder a nombrar en periodo de prueba al elegible y, como medida especial de protección, debe el Ministerio asumir y pagar la (sic) las prestaciones que garanticen la licencia de maternidad"

También el Ministerio de Educación Nacional, solicitó concepto al Departamento Administrativo de la Función Pública (DAFP), con el objeto de establecer con claridad cuáles son las medidas de protección de la maternidad que debe adoptar una vez declarada la insubsistencia del nombramiento provisional; solicitud que fue radicada en el DAFP, con el No. 20149000054922 del 09 de abril de 2014 y mediante oficio con número de radicación No. 20166000066961 del 26 de mayo de 2014, el conceptuó lo siguiente:

"... el retiro del servicio de un empleado vinculado con carácter provisional debe ser motivado, y para el caso que nos ocupa debe fundarse en provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos. En este mismo acto administrativo y con el objeto de dar cumplimiento a lo señalado 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."

Por lo anterior, en atención a su precisa consulta le informo que la docente embarazada o en licencia de maternidad que desempeña o desempeñaba en provisionalidad cargo docente y que por motivo del concurso de méritos debe ser provisto en período de prueba, como debe ser retirada del servicio, se le deberá brindar protección consistente en el pago de prestaciones que garanticen la licencia de maternidad hasta su

culminación.

De conformidad con lo previsto en el artículo 11 de la Resolución 1747 de 2008 del Ministerio de Protección Social, la cual adoptó el diseño y contenido para el Formulario Único o Planilla Integrada de Liquidación y pago de aportes al Sistema de Seguridad Social Integral y de Aportes Parafiscales, modificada por el artículo 3 de la Resolución No. 990 de 2009 de ese mismo Ministerio, adicionado a su vez por el artículo 2 de la Resolución 2249 de 2009 del Ministerio del Protección Social y modificado finalmente por el artículo 3 de la Resolución No.078 de 2014 del Ministerio de Salud, este Ministerio ha observado que no se prevé dentro de la descripción detallada de variables de novedades generales, un tipo de novedad que permita el pago solo al sistema de seguridad social en salud, por tal motivo y con el fin de dar aplicación a lo señalado en la sentencia SU-070 de 2013, este Ministerio de Educación Nacional cuando le ha correspondido desvincular mujer embarazada relacionada con el asunto objeto de su consulta, en acto administrativo separado, ha indicado el procedimiento a seguir para dar continuidad a la afiliación en salud de la madre que se encuentra en licencia de maternidad nombrada en provisionalidad que será desvinculada con ocasión de las Listas de Elegibles resultado de convocatoria a concurso de cargos de carrera.

3. En relación con este numeral, sobre “el procedimiento para verificar y establecer el orden de protección de los servidores provisionales”, en cuanto al contenido de la Circular 003 de 2015^[1] de la CNSC, me permito informarle que esto es asunto de competencia de la Comisión Nacional del Servicio Civil, en atención a sus funciones relacionadas con la responsabilidad de la administración de la carrera administrativa.

El anterior concepto se da en los términos contemplados en el artículo 28 de la Ley 1755 de 2015, “*Por medio de la cual se regula el derecho fundamental de petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*”.

Atentamente,

[1] La Circular 003 de abril 7 de 2015 expedida por la CNSC precisa el orden de provisión que deben aplicar las entidades territoriales certificadas en educación, con el fin de garantizar los derechos de carrera de los educandos.

INGRID CAROLINA SILVA RODRIGUEZ

Jefe de Oficina

Oficina Asesora Jurídica

Folios: 0

Anexos: 0

Anexo: