

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

Magistrado Ponente

STP6241-2019

Radicación n.º 104054

(Aprobación Acta No. 115)

Bogotá D.C., catorce (14) de mayo de dos mil diecinueve (2019)

VISTOS

Decide la Sala el recurso de impugnación interpuesto por Nancy Rocío Del Socorro Sarmiento Fonseca y Rosa Alejandra Carvajal Noriega, mediante apoderada judicial, contra el fallo de tutela proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá el 14 de marzo de 2019, que declaró improcedente la solicitud de amparo formulada contra la Contraloría General de la República, con ocasión de la terminación de su vinculación de los empleos temporales creados mediante la Ley 1530 de 2012.

ANTECEDENTES

Y

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Fueron recogidos en el fallo de tutela de primera instancia, en los siguientes términos:1

Las actoras interponen demanda de tutela contra la Contraloría General de la República, en

atención a que presuntamente le están siendo vulnerados los derechos fundamentales al debido proceso, trabajo, igualdad, estabilidad laboral reforzada y mínimo vital.

Manifiesta Nancy Rocío Sarmiento Fonseca que mediante Resolución No. 1923 del 16 de agosto de 2012 fue nombrada en el cargo de Profesional Especializado Grado 3, adscrita a la planta temporal de empleos de la Contraloría General de la República; sin embargo, el Contralor General expidió memorando general No. 20181E0099924 del 17 de diciembre de 2018, a través del cual dispuso su desvinculación del cargo, sin tener en cuenta que se encuentra a escasos meses de cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

Por su parte, Rosa Alejandra Carvajal Noriega fue nombrada mediante Resolución No. 2907 del 7 de noviembre de 2013, en el cargo de Auxiliar Administrativo Nivel Asistencial Grado 3 adscrito a la planta temporal de empleos de la Contraloría General; no obstante, a través del aludido memorando de fecha 17 de diciembre de 2018 fue retirada del empleo, sin advertir que se trata de una madre cabeza de familia que depende únicamente de su salario para dar el sustento a sus menores hijos.

Alegan las accionantes que el Contralor General de la República dio por terminada la relación laboral mediante un memorando general, pese a que los nombramientos se realizaron en acto administrativo particular y concreto, vulnerando así su derecho al debido proceso, ya que ni siquiera existió acto motivado de separación del cargo. Adicionalmente, el 14 de enero de 2019, el Contralor pactó con la Función Pública un convenio interinstitucional para el proceso de selección de cargos directivos y de libre nombramiento y remoción, con los que se pretende suplir la planta temporal del Sistema General de Regalías; actuación que no les fue comunicada para participar en la convocatoria, habida cuenta de su amplia experiencia en la materia, lo que estiman transgresor de su derecho a la igualdad.

Exponen que la Ley 1942 de 2018, por la cual se decreta el presupuesto del sistema general

de regalías para el bienio del 10 de enero de 2019 al 31 de diciembre de 2020, aprobó un presupuesto de \$928.229.576.498, en cumplimiento de lo establecido en la Ley 1530 de 2012, lo que indica que existe necesidad del servicio de la planta temporal de servidores, así como del rubro para el pago de nóminas, pues ya procedió al nombramiento de nuevos empleados.

En tal virtud, pretenden se deje sin efectos el memorando 2018IE0099924 del 17 de diciembre de 2018, para en su lugar ordenar el reintegro de las accionantes a los cargos que venían desempeñando, con el fin de evitar la configuración de un perjuicio irremediable, mientras se agota la vía administrativa como la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, la cual ya están adelantando. (Textual).

EL FALLO IMPUGNADO

La Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, mediante decisión adoptada el 14 de marzo de 2019, declaró improcedente la tutela de los derechos invocados, al considerar que en el caso bajo estudio las accionantes deben presentar su reclamación ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, por cuanto es el escenario para ello previsto en el ordenamiento jurídico.

Adicionalmente el Tribunal indicó que para los empleos temporales no es predicable la garantía de estabilidad reforzada, por cuanto la causal de terminación es objetiva, legítima y razonable.²

LA IMPUGNACIÓN

El 27 de marzo de 2019, Nancy Rocío Del Socorro Sarmiento Fonseca y Rosa Alejandra Carvajal Noriega, mediante apoderada judicial, presentaron recurso de impugnación, indicando que si bien existían mecanismos ordinarios para censurar la desvinculación, estos debían evaluarse en cuánto a su idoneidad y eficacia.

Alegaron que la procedencia excepcional de la solicitud de amparo estaba justificada ya que la situación fáctica del caso demostraba que ostentan las condiciones de sujetos de especial protección.³

CONSIDERACIONES DE LA SALA

De conformidad con lo previsto en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala es competente para resolver el recurso de impugnación interpuesto por Nancy Rocío Del Socorro Sarmiento Fonseca y Rosa Alejandra Carvajal Noriega, mediante apoderada judicial, contra el fallo de tutela de primera instancia proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá.

Al respecto, el problema jurídico que convoca a la Sala consiste en determinar si la solicitud de amparo formulada por las accionantes es procedente y, en consecuencia, debe revocarse el fallo de tutela de primera instancia y ordenarse su reintegro en un cargo igual o mejor que el que ocupaban.

Análisis del caso concreto.

En primer lugar, la Sala reitera que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es el escenario idóneo para revisar la procedencia de la desvinculación laboral de entidades y la procedencia de su reintegro en las mismas.⁴

En este sentido, respecto del Oficio 2018IE0099924 que las accionantes consideran violatorio de las normas vigentes, porque en su leal entender no puede considerarse un acto administrativo, la Sala resalta que las accionantes cuentan actualmente con el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho señalado en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, que prevé lo siguiente:

ARTÍCULO 138. NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. Toda persona que se crea

lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior. (Textual).

Se trata del mecanismo idóneo y efectivo para la defensa de los derechos que consideran en riesgo, pues en el marco de dicho proceso pueden solicitar la protección transitoria de sus derechos mediante el decreto de medidas cautelares, como la prevista en el numeral 3 del artículo 230 de la normativa referenciada:

Artículo 230. Contenido y alcance de las medidas cautelares. Las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, y deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda. Para el efecto, el Juez o Magistrado Ponente podrá decretar una o varias de las siguientes medidas:

...

3. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo. (Textual).

Se comprueba que la solicitud de amparo es improcedente porque las accionantes no desvirtuaron la eficacia e idoneidad de ese mecanismo ordinario de defensa.

De manera que en el presente asunto, lo procedente es confirmar el fallo de tutela de primera instancia porque la solicitud no cumple con el requisito general de subsidiariedad.

En segundo lugar, la Sala también descarta que en el presente asunto se cumplan las condiciones para que el amparo proceda como mecanismo transitorio de protección, pues en razón de la naturaleza de los empleos ocupados por las accionantes, no es posible considerar que en sus casos se haya configurado la urgencia, la gravedad, la inminencia y la impostergabilidad propias de un perjuicio irremediable, pues lo que se evidencia es que

estas tenían conocimiento del carácter temporal de los cargos en los que habían sido designadas.

En efecto, a partir de las pruebas aportadas se evidencia que mediante las Resoluciones 1923 de 16 de agosto de 2012 y 2907 de 7 de noviembre de 2013, se ordenó el nombramiento de las accionantes en la «Planta Temporal de Empleos de la Contraloría General de la República», conforme al Decreto 1539 de 2012, norma que señalaba:

Artículo 1°. Créanse, hasta el 31 de diciembre de 2014, los siguientes empleos de carácter temporal en la planta de personal de la Contraloría General de la República:... (Textual).

La vigencia de tal disposición fue prorrogada mediante el artículo 39 de la Ley 1744 de 2014 y el Decreto 2190 de 2016 hasta el 31 de diciembre de 2018, por lo cual las accionantes conocían plenamente que su vinculación en el empleo era temporal.

De conformidad con el artículo 125 de la [Constitución Política](#), «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». En este sentido, si bien la regla general es la carrera, la ley puede realizar excepciones, tal es el caso de los empleos temporales, en relación con los cuales la Corte Constitucional en sentencia C-618 de 2015 precisó que no pueden equipararse con los empleos de carrera:

La Corte Constitucional ha citado jurisprudencia del Consejo de Estado en la que claramente se indica que “el empleo temporal no es de carrera sino que constituye una categoría independiente de empleo público”. En efecto, esta Corporación ha destacado que, en sentencia del diecinueve (19) de junio de dos mil ocho (2008), el Consejo de Estado estimó que “resulta entendible el grado de protección que le pretende dar el legislador al empleado temporal, pues si bien no tiene la categoría de empleado de carrera administrativa, tampoco la de uno de libre nombramiento y remoción” y que después, en sentencia del dieciséis (16) de agosto de dos mil doce (2012), el Consejo de Estado puntualizó que “el

empleo temporal constituye una nueva modalidad de vinculación a la función pública, diferente a las tradicionales de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa; tiene carácter transitorio y excepcional y, por ende, su creación sólo está permitida en los casos expresamente señalados por el legislador. (Resaltado fuera del texto original).

Respecto de los empleos temporales y las garantías de estabilidad reforzada de quienes ocupan dichas plazas, la Corte Constitucional en sentencia de tutela T-269 de 2017 señaló lo siguiente:

La estabilidad laboral reforzada de las personas próximas a pensionarse no opera en el marco de cargos de carácter temporal que hayan sido creados en las plantas de personal de las entidades conforme lo dispone la Ley 909 de 2004, precisamente debido a la naturaleza y a la vocación del vínculo. (Resaltado fuera del texto original)

En el mismo sentido, en la providencia T-084 de 2018 precisó sobre este tipo de empleos y las garantías de estabilidad reforzada lo siguiente:

51. Igualmente, debe advertirse que la Corte Constitucional ha estimado que la estabilidad laboral reforzada derivada del llamado “retén social” es una protección que “depende o está en función, en cualquier escenario, de la naturaleza del vínculo o la causa y el contexto de su terminación”. Por ende, el alcance de esta figura debe analizarse en atención a la naturaleza y los elementos esenciales del vínculo laboral establecido entre la administración y los servidores públicos.

De este modo, en aplicación de dicha regla jurisprudencial, esta Corporación ha sostenido que: (i) la protección originada en el llamado “retén social” no se extiende a los servidores públicos que ocupan cargos en la planta de personal temporal de las entidades públicas; (ii) por regla general, los empleados públicos de libre nombramiento y remoción, que relaciona el numeral 2 del artículo 5 de la Ley 909 de 2004, no gozan de estabilidad laboral reforzada; y (iii) cuando se trata de servidores públicos que ocupan en provisionalidad cargos de

carrera administrativa y que pertenecen a alguno de los grupos titulares de la especial protección derivada del “retén social”, el amparo de la estabilidad laboral reforzada prospera únicamente si existe un margen de maniobra para la administración en cuanto a la provisión del empleo, en razón de la diferencia entre las plazas ofertadas y aquellas efectivamente proveídas mediante la lista de elegibles correspondiente. (Resaltado fuera del texto original)

Por estos motivos, dado que a partir de la naturaleza temporal de los cargos que las accionantes ocupaban, no hay elementos de juicio para considerar que se encontraban ante un perjuicio irremediable, se confirma la improcedencia de la acción de tutela.

Por lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL – EN SALA DE DECISIÓN DE ACCIONES DE TUTELA N° 1, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. CONFIRMAR el fallo de tutela impugnado.
2. NOTIFICAR a los sujetos procesales el presente fallo, por el medio más expedito.
3. Envíese la actuación a la Corte Constitucional para su eventual revisión, dentro del término indicado en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Folios 49 a 51, cuaderno 1.

2 Folios 49 a 58, cuaderno 1.

3 Folios 61 a 62, cuaderno 1.

4 Cfr. CSJ SCP STP117-2018, 16 ene 2018, Rad. 95883; STP5557-2019, 30 abr 2019, Rad. 103932.