

Sentencia T-610/03

ACTO ADMINISTRATIVO-Motivación/PRINCIPIO DE PUBLICIDAD DE LA FUNCION ADMINISTRATIVA-Motivación del acto

DISCRECIONALIDAD DE LA ADMINISTRACION-No la exonera de justificar sus actuaciones

ACTO ADMINISTRATIVO-Excepción al principio de motivación

EMPLEADOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION-Acto de desvinculación no requiere motivación

Es claro, que los actos de desvinculación de funcionarios de libre nombramiento y remoción no necesitan de motivación y ello es así, porque la provisión de dichos empleos supone la escogencia de quien va a ocupar el cargo por motivos personales o de confianza. Por tanto, la no motivación de estos actos es una excepción al principio general de publicidad, sin que ello vulnere derecho fundamental alguno.

ACTO ADMINISTRATIVO-Motivación de retiro para empleados de carrera, provisionales o internos

Es necesaria la motivación para el retiro de los empleados que son de carrera o que están en una situación provisional o de interinidad en un empleo que no es de libre nombramiento y remoción.

DERECHO A LA MATERNIDAD-Diferencia entre hora de lactancia y protección legal de la maternidad

No puede confundirse el derecho al disfrute de esta hora denominada comúnmente “hora de lactancia”, cuya protección consiste simplemente en que sea autorizada por el empleador; con la protección legal a la maternidad y lactancia que se encuentra establecida únicamente durante el período de embarazo o dentro de los tres meses siguientes al parto. En el caso concreto, la desvinculación hecha por el Gerente del Hospital demandado fue el 9 de diciembre de dos mil dos. Para esta época, la actora no se encontraba inmersa en la

protección que a nivel legal tiene la mujer embarazada. Es decir, hasta tres meses después del parto, sino que simplemente, estaba disfrutando del permiso concedido por el empleador para ausentarse de su trabajo durante una hora diaria.

ACCION DE TUTELA TRANSITORIA DE MUJER EMBARAZADA-Elementos fácticos que deben demostrarse

JUEZ DE TUTELA-No tiene competencia para establecer si los cargos son de carrera o de libre nombramiento y remoción

No podría afirmarse válidamente que el empleo ocupado por la demandante es de libre nombramiento y remoción, o pertenece al régimen de carrera, de conformidad con la ley 443 de 1998 y la naturaleza de la entidad demandada (Empresa Social del Estado). Establecer esta clasificación, escapa de la competencia del juez de tutela.

Referencia: expediente T- 731645

Procedencia: Juzgado Segundo de Menores del Circuito de Pasto - Nariño.

Magistrado Ponente:

Dr. ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de julio de dos mil tres (2003).

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Alfredo Beltrán Sierra, Manuel José Cepeda Espinosa y Jaime Córdoba Triviño, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

en el proceso de revisión del fallo adoptado por el Juzgado Segundo de Menores del Circuito de Pasto, dentro de la acción de tutela instaurada el 22 de febrero de 2003 por la señora Gina Andrea Dávila Caicedo, a través de apoderado, en contra del Hospital Departamental de Nariño E.S.E.

I. ANTECEDENTES.

1. Hechos y fundamentos.

Los hechos y fundamentos que dieron origen a la acción de la referencia pueden resumirse de la siguiente manera:

1.1. Mediante resolución de junio 2 de 2000, la actora fue vinculada provisionalmente al Hospital Departamental de Nariño, en el cargo de profesional universitario, devengando una asignación básica mensual de 1.079.600 pesos.

1.2. Desde la fecha en que tomo posesión del cargo, cumplió sus funciones con dedicación e idoneidad, tal como consta en su hoja de vida.

1.3. Señala que dentro de la estructura de la administración del hospital demandado, el cargo de profesional universitario asignado a la demandante, es un cargo de carrera administrativa. Por ello, según su concepto, ingresó en provisionalidad. Sin embargo, este nombramiento debía ser por un periodo que no podía sobrepasar de los seis meses, a partir de los cuales el representante de la entidad tendría que evaluar el desempeño y hacer la convocatoria a un concurso ya sea abierto o cerrado. Sin embargo, el proceso de selección no se hizo sobrepasando el término permitido.

1.4. La actora continuo laborando en el hospital, nombrada en provisionalidad, hasta el día 9 de diciembre de 2002, fecha en la que mediante resolución emitida por el Gerente encargado de la entidad se dio la “declaratoria de insubsistencia de su nombramiento”.

1.5. Expresa que el acto administrativo fue dictado sin motivación alguna, dándole el tratamiento de empleada pública de libre nombramiento y remoción, olvidándose el Gerente que su cargo es de carrera administrativa y por tanto tiene el derecho de inamovilidad, o de pertenecer en él hasta tanto el nominador no convoque a concurso.

1.6. Agrega que se encontraba sujeta a una protección especial de permanencia, ya que dio a luz en julio de 2002. Es decir, a la fecha de la “declaratoria de insubsistencia” (diciembre de 2002) disfrutaba de una hora de lactancia consagrada en el artículo 238 del Código Sustantivo del Trabajo, hecho que no se tuvo en cuenta.

1.7. Por otra parte, señala que ha tenido problemas de salud, pues padece de colitis y probablemente necesite una operación por tener una hernia, razón por la que al ser

despedida no puede acudir a una EPS para atender sus dolencias.

1.8. Finalmente, agrega que su esposo se encuentra desempleado, vive en arriendo y carece de recursos económicos para su subsistencia.

2. Los derechos fundamentales presuntamente vulnerados y lo que se pretende.

2.1. Afirma la actora, a través de su representante que la “declaratoria de insubsistencia” hecha por el hospital demandado, es contraria a la Constitución y por tanto, vulnera su derecho al trabajo (artículo 25 C. P), el debido proceso (artículo 29 de la Constitución), la seguridad social (artículo 48 de la Constitución), los derechos de los niños (artículo 44 de la Constitución.) y además, atenta contra la estabilidad de su familia.

2.2. Instaure la acción de tutela como mecanismo transitorio, solicitando que en el término de 48 horas se dicte un acto administrativo que ordene el reintegro laboral en las mismas condiciones en las que se encontraba antes de la “declaratoria de insubsistencia”, así como el pago de los salarios y demás derechos laborales dejados de percibir, mientras acude a la jurisdicción contenciosa administrativa.

3. Trámite de la acción.

El escrito de tutela y sus anexos fue radicado en febrero de 2003, ante la Oficina Judicial de Pasto. Una vez repartido el expediente, por auto de febrero trece (13) de 2003, el Juzgado Segundo de Menores del Circuito de Pasto admitió la acción y ordenó su notificación al representante legal de la entidad demandada. Igualmente, solicitó copia formal de la hoja de vida de la actora y de la persona que en la actualidad esté ocupando el cargo; las funciones del Gerente de la entidad y las del cargo de profesional universitario. Así como, las disposiciones que se hayan proferido con relación a la clasificación de los empleados de la entidad en trabajadores oficiales y empleados públicos.

4. Respuesta dada por el Gerente de la entidad demandada al juez de tutela.

4.1. En respuesta enviada el 19 de febrero de 2003, el Gerente y representante legal del hospital demandado, solicitó al juez de tutela que deniegue la protección de los derechos

invocados. Señaló que la actora cuenta con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y ante ella puede solicitar la suspensión de los efectos del acto que considera arbitrario.

4.2. Explicó que el ingreso de la demandante a la Institución demandada, fue por una facultad discrecional del nominador y no a través de un concurso de méritos, razón por la que de conformidad con el decreto 1950 de 1973, artículo 107, en cualquier momento podía ser declarada “insubsistente” sin necesidad de motivar el acto, de acuerdo con la facultad discrecional que tiene la administración de nombrar y remover a sus empleados.

4.3. El hecho de que no se hayan realizado los concursos, no significa que se tenga derecho a una estabilidad laboral para quienes ingresen en calidad de provisionales, pues su condición es inminentemente transitoria.

4.4. Por otro lado, señala que a la actora se le reconoció su licencia de maternidad, desde el 3 de julio de 2003, hasta el 24 de septiembre del mismo año. Posteriormente, ella entró a disfrutar de dos periodos de vacaciones que tenía acumulados hasta el 7 de noviembre de 2003, periodos que fueron cancelados con sus correspondientes primas. La “declaratoria de insubsistencia” tiene fecha de 9 de diciembre. Es decir, dos meses después de la fecha de terminación de la licencia, por ello no puede considerarse que la administración del hospital desconoció los derechos a la licencia de maternidad y lactancia.

5. Fallo de única instancia.

Mediante sentencia del veintisiete (27) de febrero de 2003 (fls 178 a 183), el Juzgado Segundo de Menores del Circuito de Pasto, consideró que es improcedente el amparo solicitado, en razón a que existen medios judiciales de defensa a los que puede recurrir la actora, pues nos encontramos frente a un acto administrativo que está amparado por una presunción de legalidad, quedando en manos de la demandante ejercer las acciones administrativas pertinentes.

Señaló que no se demostró que la actora estuviese ante un perjuicio irremediable, mas aún cuando instauró la acción de tutela dos meses después de la declaratoria de “insubsistencia”.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

Primera.- Competencia.

La Sala Segunda de Revisión es competente para decidir sobre el asunto de la referencia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 241, numeral 9°, de la Constitución, y 33 y 34 del decreto 2591 de 1991.

Segunda.- El asunto objeto de discusión.

2.1. Corresponde a esta Sala establecer si, en el presente caso, la desvinculación proferida por el ente acusado en diciembre de 2002, vulneró los derechos fundamentales alegados por la demandante, pues para la actora, su nombramiento a pesar de ser provisional, goza de cierta estabilidad, en razón a que el empleo que ocupó es de carrera administrativa.

2.2. En concepto el ente acusado, la violación que se alega no ha existido, ya que de conformidad con el decreto 1950 de 1973 artículo 107, la declaratoria de insubsistencia es una facultad discrecional del nominador sin necesidad de motivación alguna. En otros términos, el cargo que ocupaba la actora era de libre nombramiento y remoción, razón por la que su ingreso fue inminentemente transitorio.

2.3. El juez de instancia, por su parte, sentenció que el acto administrativo proferido por el demandado goza de presunción de legalidad, por ello, la demandante puede ejercer las acciones que considere necesarias ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Como puede observarse, el punto central de discusión, en el presente caso, se concreta a determinar i) si el Gerente de la entidad demandada podía sin motivar el acto, declarar insubsistente a la señora Dávila Caicedo, o si por el contrario la falta de motivación del acto administrativo, constituye una vulneración del derecho fundamental al debido proceso y ii) si al momento de la desvinculación, la demandante gozaba de una protección especial, en razón a su maternidad y lactancia.

Tercera.- Necesidad de motivación de los actos administrativos.

3.1. En sentencia SU 250 de 1998, la Corte Constitucional, explicó el tema de la motivación de los actos administrativos, poniendo de presente que la necesidad de motivación del acto

se encuentra circunscrita a evitar la arbitrariedad de la administración en sus decisiones, arbitrariedad que no puede confundirse con discrecionalidad. Por esta razón, a efectos de resolver el caso en revisión, se hace necesario reiterar las consideraciones expuestas en esa oportunidad, así:

“El actual Código Contencioso Administrativo Colombiano estableció la razonabilidad de las decisiones discrecionales en el artículo 36 : “(e)n la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa”.

“En la Constitución de 1991, la motivación, que es expresión del principio de publicidad, es constitucionalmente recogida en el artículo 209 “La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad...”.

“La Constitución de 1991 dispuso al Estado como social de derecho, es decir, que una de sus consecuencias es el sometimiento al derecho, de ahí la importancia de la motivación del acto administrativo puesto que de esta manera se le da una información al juez en el instante que pase a ejercer el control jurídico sobre dicho acto, constatando si se ajusta al orden jurídico y si corresponde a los fines señalados en el mismo. Es la desviación de poder que hoy contempla el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, como causal autónoma de nulidad de los actos administrativos, y que antes se deducía del artículo 66 del anterior Código, cuando se hablaba de abuso o desviación en las funciones propias del funcionario público.

“Esta tesis de motivar el acto, es reciente en nuestro ordenamiento, ya que antes del Decreto 01 de 1984 art. 35 no existía una obligación general, por ello, la jurisprudencia contenciosa consideró que la decisión administrativa expresa debía estar fundamentada en la prueba o en informes disponibles y motivarse, al menos en forma sumaria, si afectaba a particulares. La justificación de esa decisión fue la aplicación por remisión (artículo 282 C.C.A.) del artículo 303 del C.P.C. que dispone que “las providencias serán motivadas a excepción de los autos que se limiten a disponer un trámite”.

“El ordenamiento jurídico contemporáneo prevé un control jurisdiccional al acto que afecta intereses protegidos de los administrados, mediante el examen de los hechos antecedentes

que hacen posible la aplicación de la norma jurídica que dota a la administración de menor o mayor grado de discrecionalidad”.

Significa lo anterior que, la discrecionalidad no exonera a la administración de la necesidad de justificar su actuación, pues la motivación de un acto administrativo se consagra como una garantía para el administrado.

3.2. Igualmente, la sentencia C-371 de mayo 26 de 1999, señaló:

“Si en el Estado de Derecho ningún funcionario puede actuar por fuera de la competencia que le fija con antelación el ordenamiento jurídico, ni es admisible tampoco que quien ejerce autoridad exceda los términos de las precisas funciones que le corresponden, ni que omita el cumplimiento de los deberes que en su condición de tal le han sido constitucional o legalmente asignados (arts. 122, 123, 124 y 209 C.P., entre otros), de manera tal que el servidor público responde tanto por infringir la Constitución y las leyes como por exceso o defecto en el desempeño de su actividad (art. 6 C.P.), todo lo cual significa que en sus decisiones no puede verse reflejado su capricho o su deseo sino la realización de los valores jurídicos que el sistema ha señalado con antelación, es apenas una consecuencia lógica la de que esté obligado a exponer de manera exacta cuál es el fundamento jurídico y fáctico de sus resoluciones. Estas quedan sometidas al escrutinio posterior de los jueces, en defensa de los administrados y como prenda del efectivo imperio del Derecho en el seno de la sociedad.

(...)

“Todos los actos administrativos que no sean expresamente excluidos por norma legal deben ser motivados, al menos sumariamente, por lo cual no se entiende que puedan existir actos de tal naturaleza sin motivación alguna. Y, si los hubiere, carecen de validez, según declaración que en cada evento hará la autoridad judicial competente, sin perjuicio de la sanción aplicable al funcionario, precisamente en los términos de la disposición examinada”.

3.3. Sin embargo, existen excepciones al principio de motivación consagradas constitucional y legalmente, así por ejemplo, el artículo 189 numeral 1 de la Constitución, permite al Presidente de la República nombrar y separar libremente a los ministros del despacho y a los

directores o gerentes de los establecimiento públicos.

En el mismo sentido, el decreto 1950 de 1973, artículo 107, consagra como una facultad discrecional del Gobierno nombrar y remover libremente a sus empleados.

Es claro, entonces, que los actos de desvinculación de funcionarios de libre nombramiento y remoción no necesitan de motivación y ello es así, porque la provisión de dichos empleos supone la escogencia de quien va a ocupar el cargo por motivos personales o de confianza. Por tanto, la no motivación de estos actos es una excepción al principio general de publicidad, sin que ello vulnere derecho fundamental alguno.

3.4. Dentro de este contexto, esta Corporación ha manifestado que es necesaria la motivación para el retiro de los empleados que son de carrera o que están en una situación provisional o de interinidad en un empleo que no es de libre nombramiento y remoción. Así, la mencionada sentencia SU-250 de 1998 afirmó:

“El hecho de ser interino (que no es igual a libre nombramiento y remoción) no implica autorización para la no motivación del decreto que los retire. Si el nominador retira a un Notario interino y éste no es reemplazado por un Notario en propiedad, previo concurso, el acto administrativo que contiene la desvinculación debe incluir las razones formales y materiales, normativas y fácticas, que motivaron el retiro, de acuerdo con el parámetro ya señalado de que es por motivos de interés general que afecten el servicio por lo que puede producirse el retiro.

La falta de motivación de ese acto del Estado que retira del servicio a una persona nombrada en interinidad porque aún no se han hecho los concursos para ingresar a la carrera, es una omisión en contra del derecho porque la motivación es necesaria para el control de los actos administrativos que facilita la función revisora de lo contencioso - administrativo, y, por ende, la falta de motivación se convierte en un obstáculo para el efectivo acceso a la justicia (artículo 229).

Esa actitud de retirar a una persona del cargo, sin motivar el acto administrativo correspondiente, ubica al afectado en un indefensión constitucional. El art. 29 C. P. incluye entre sus garantías la protección del derecho a ser oído y a disponer de todas las posibilidades de oposición y defensa en juicio, de acuerdo con el clásico principio audiatur et

altera pars, ya que de no ser así, se produciría la indefensión. La garantía consagrada en el art. 29 C.P., implica al respecto del esencial principio de contradicción de modo que los contendientes, en posición de igualdad, dispongan de las mismas oportunidades de alegar y probar cuanto estimaren conveniente con vistas al reconocimiento judicial de sus tesis.

La idea de indefensión contiene, enunciándola de manera negativa, la definición del derecho a la defensa jurídica y engloba, en un sentido amplio, a todas las demás violaciones de derechos constitucionales que pueden colocarse en el marco del art. 29, por ser esta norma de carácter abierto.

Es, pues, de la esencia de las garantías de protección, la posibilidad de debatir, de lo contrario se cae en indefensión y, por ende, se restringe y viola el debido proceso en su fase de la defensa.

Y si ello ocurre (desvinculación sin motivación) se viola el debido proceso consagrado en el artículo 29 C.P. para “actuaciones judiciales y administrativas”, porque se coloca en indefensión a la persona afectada, ya que no puede hacer una real defensa jurídica y esto repercute en el acceso a la justicia establecido en el artículo 229 C.P.”

3.5. Con fundamento en las anteriores consideraciones, es claro que para determinar si existe o no vulneración de los derechos fundamentales alegados por la señora Dávila Caicedo, será necesario establecer si tal como ella lo afirma el cargo que ocupaba pertenece al régimen de carrera. Adicionalmente, y antes de entrar al análisis de fondo del caso objeto de revisión, deberá esta Sala, determinar si la demandante a la fecha de su retiro se encontraba bajo una protección especial a la maternidad y lactancia.

Cuarta.- Protección especial a la mujer embarazada - Hasta donde llega éste derecho.

4.1. Numerosos son los fallos proferidos por esta Corporación, en relación con la importancia que, a nivel constitucional, se otorga a la mujer embarazada. Protección que tiene como principal finalidad evitar que se cometan abusos o discriminaciones en razón de su estado de gravidez. Por ello se ha dicho que:

“1. la mujer en embarazo “conforma una categoría social que, por su especial situación, resulta acreedora de una particular protección por parte del Estado” 2. En efecto, esa

conclusión deriva de una interpretación sistemática de los artículos 13, 16, 42, 43, 44 y 53 de la Constitución, según los cuales la mujer gestadora de vida ocupa un lugar preferente en la sociedad que debe ser garantizado por el Estado, como quiera que en ella se integra la defensa de la vida del nasciturus, de la integridad familiar y del derecho a ser madre, sin que por esta decisión sea objeto de discriminación de género.

En este orden de ideas, la especial protección constitucional a la mujer embarazada y la prohibición de discriminación por esa razón, se detiene con particular énfasis en el ámbito laboral, como quiera que “la mujer embarazada tiene un derecho constitucional a una estabilidad laboral reforzada, pues una de las manifestaciones más claras de discriminación sexual ha sido, y sigue siendo, el despido injustificado de las mujeres que se encuentran en estado de gravidez, debido a los eventuales sobrecostos o incomodidades que tal fenómeno puede implicar para las empresas” 3. Por lo tanto, la jurisprudencia constitucional ha considerado que, como consecuencia del principio de igualdad, la mujer embarazada goza del derecho fundamental a no ser desvinculada de su empleo por esta razón.

..... el fuero de maternidad no sólo involucra prerrogativas económicas en favor de la trabajadora embarazada sino también garantías de estabilidad en el empleo, por lo que los despidos en ese período se presumen que son consecuencia de la discriminación que el ordenamiento jurídico reprocha. De ahí pues que, el empleador debe desvirtuar tal presunción, explicando suficiente y razonablemente que el despido o la desvinculación del cargo no se produjo por causas imputables al embarazo.....” (sentencia T-494 de 2000)

4.2. Cosa distinta es la consagrada en el artículo 238 del Código Sustantivo del Trabajo que establece como una obligación del empleador conceder a la trabajadora dos descansos de treinta minutos cada uno, dentro de la jornada laboral para amamantar a su hijo, sin descuento alguno del salario por dicho concepto durante los primeros seis (6) meses de edad del menor.

Es decir, no puede confundirse el derecho al disfrute de esta hora denominada comúnmente “hora de lactancia”, cuya protección consiste simplemente en que sea autorizada por el empleador; con la protección legal a la maternidad y lactancia que se encuentra establecida únicamente durante el período de embarazo o dentro de los tres meses siguientes al parto.

Por ello, la jurisprudencia ha dicho que para que proceda el amparo transitorio del derecho a

la estabilidad laboral reforzada debe tenerse en cuenta lo siguiente: “1) que el despido o la desvinculación se ocasione durante el embarazo o dentro de los tres meses siguientes al parto; 2) que la desvinculación se produzca sin los requisitos legales pertinentes para cada caso; 3) que el empleador conozca o deba conocer el estado de embarazo de la empleada o trabajadora; 4) que el despido amenace el mínimo vital de la actora o que la arbitrariedad resulta evidente y el daño que apareja sea devastador.”¹ (Se subraya)

4.3. En el caso concreto, la desvinculación hecha por el Gerente del Hospital demandado fue el 9 de diciembre de dos mil dos. Para esta época, la actora no se encontraba inmersa en la protección que a nivel legal tiene la mujer embarazada. Es decir, hasta tres meses después del parto, sino que simplemente, estaba disfrutando del permiso concedido por el empleador para ausentarse de su trabajo durante una hora diaria.

Lo anterior, aunado al hecho de que no se acreditó que la razón del despido fuera la ausencia de la actora en este tiempo, sino que está demostrada la aquiescencia del empleador de autorizar este permiso (fl 67) permiten concluir que por dicho concepto no hay vulneración de derecho fundamental alguno. En otras palabras, la conducta del empleador no desconoció los derechos que le asintieron a la actora en su embarazo y lactancia.

5. Análisis del caso objeto de revisión.

Queda entonces, por determinar si el acto que desvinculó a la demandante debía ser motivado o no.

Como se desprende de los antecedentes, para la señora Dávila Caicedo a pesar de ser vinculada al Hospital Departamental de Nariño provisionalmente, su cargo es de carrera, lo que implica según su concepto, una estabilidad laboral hasta tanto se provea el concurso respectivo.

Sobre este aspecto, la Sala aclara que el derecho a permanecer en un puesto determinado, a estar vinculado a cierta institución o a ejercer la actividad laboral en un sitio específico, no constituyen propiamente derechos fundamentales, sino prerrogativas derivadas del derecho al trabajo que, en principio, no son amparables por vía de tutela (v. gr Sentencia T-800 de 1998). No obstante lo anterior, si esta decisión afecta un derecho de rango fundamental, excepcionalmente procede el amparo por vía de tutela.

Así las cosas y teniendo en cuenta los hechos descritos en los numerales anteriores, el simple retiro de la demandante no puede considerarse como una vulneración de sus derechos fundamentales. Recuérdese que lo que ha protegido esta Corporación en casos de integridad, no es la permanencia del empleado al cargo que se debe proveer por concurso, sino el debido proceso, es decir, si la decisión de retirarlo debe ser motivada o no.

En este caso, vemos que efectivamente, el nombramiento hecho por el Gerente encargado del Hospital Departamental de Nariño, a la demandante para desempeñar el cargo de profesional universitario el 2 de junio de 2000 (fl 44) fue un nombramiento provisional.

No podría afirmarse válidamente que el empleo ocupado por la demandante es de libre nombramiento y remoción, o pertenece al régimen de carrera, de conformidad con la ley 443 de 1998 y la naturaleza de la entidad demandada (Empresa Social del Estado). Establecer esta clasificación, escapa de la competencia del juez de tutela.

Sin embargo, de aceptarse en gracia de discusión que el cargo proveído por la señora Dávila Caicedo es un cargo de libre nombramiento y remoción, sencillamente se confirmaría la decisión de instancia, pero como esto no está lo suficientemente establecido, debe la Sala revocar la decisión proferida por el Juez Segundo de Menores del Circuito de Pasto, y ordenar al Gerente de la entidad demandada o quien haga sus veces que en si el cargo ocupado por la señora Gina Dávila Caicedo, es de concurso explique las razones por las cuales se desvinculó a la actora, a través de un acto administrativo motivado, a fin de que ella pueda acudir a la jurisdicción contencioso administrativo.

Finalmente, la Sala aclara que no se analizó en esta providencia, los supuestos problemas de salud de la demandante o la necesidad del reintegro a su cargo por la supuesta falta de recursos económicos que tiene para subsistir, en razón a que esto no está suficientemente demostrado. Además, los hechos ocurrieron en diciembre de 2002 y la acción de tutela fue instaurada dos meses después, por lo que puede pensarse que no hay un perjuicio irremediable y de existir, el daño ya está consumado.

III. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero. Revocar la sentencia proferida por el Juez Segundo de Menores del Circuito de Pasto, en la acción de tutela instaurada, a través de apoderado, por la señora Gina Andrea Dávila Caicedo en contra del Hospital Departamental de Nariño.

Segundo. Ordenar al Gerente de la entidad demandada o quien haga sus veces, que si el cargo ocupado por la señora Gina Dávila Caicedo, es de concurso, explique en el término de cuarenta y ocho horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, a través de un acto administrativo motivado, las razones por las cuales desvinculó a la actora, a fin de que ella pueda acudir a la jurisdicción contencioso administrativo.

Tercero: Por Secretaria General, líbrense las comunicaciones de que trata el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado Ponente

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

Secretaria General

LA SUSCRITA SECRETARIA GENERAL

DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

HACE CONSTAR:

El Honorable Magistrado doctor JAIME CORDOBA TRIVIÑO, no firma la presente sentencia, por encontrarse en comisión en el exterior.

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Sentencia T-373/98 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.