

Sentencia T-752/03

ADMINISTRACION PUBLICA-Provisión de empleos

La Administración Pública puede proveer empleos de acuerdo a sus necesidades con el propósito de velar por el cumplimiento de los fines del Estado; así mismo, puede modificar su planta o separar a un funcionario de su cargo por razones del servicio. Tales facultades deben ejercerse con orientación en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, consagrados en el artículo 209 de la Constitución. Al respecto, la Corte Constitucional señaló: "Es sabido que la Administración Pública está legítimamente facultada para crear, modificar, reorganizar y suprimir los cargos de su planta de personal, cuando las necesidades públicas o las restricciones económicas se lo impongan, o cuando el desempeño de los funcionarios así lo exija. No sería posible cumplir con los fines de moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad impuestos por el artículo 209 de la Carta Política, si la Administración no pudiera distribuir y manejar libremente sus recursos según se lo exigieran las necesidades del servicio..." No obstante, dicha facultad está limitada por el artículo 125 de la Constitución Política que sujeta a la Administración Pública, en materia de provisión de cargos, a las normas que regulan la carrera administrativa.

DERECHO AL TRABAJO Y ACCION DE TUTELA-Procedencia por vulneración de derecho de rango fundamental.

La Corte también ha explicado que la protección ofrecida por la acción de tutela es viable si se logra demostrar, de manera particular, que el perjuicio de un derecho sin rango fundamental afecta a uno que sí ostenta tal calidad. Haciendo extensivo tal argumento para el caso específico del derecho al trabajo, esta Corporación ha sostenido que si la decisión por medio de la cual se desvincula a una persona de su cargo afecta un derecho de rango fundamental, dependiendo de las circunstancias particulares de cada caso, procede el amparo por vía de tutela.

INSUBSISTENCIA Y DEBIDO PROCESO-Omisión de motivarla en caso de empleado de carrera constituye violación

Para declarar la insubsistencia del empleado público que esté ocupando un cargo de carrera,

la Administración deberá motivar su decisión a fin de garantizar el debido proceso y en particular el derecho de defensa de la persona a quien se pretende desvincular del servicio público. Distinto ocurre en el caso del retiro de un empleado de libre nombramiento y remoción, pues las normas que regulan este tipo vinculación pública, que como se explicó son una excepción a la regla consagrada en el artículo 125 Superior, permiten una mayor discrecionalidad al nominador al momento de declarar la insubsistencia.

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL-Cargos de libre nombramiento y remoción

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL-Cargos en provisionalidad/CARRERA ADMINISTRATIVA-Nombramientos en provisionalidad

EMPLEADOS PUBLICOS DEL CLUB MILITAR-Se les aplica el sistema de carrera salvo excepciones consagradas legalmente

El artículo 3º de la Ley 443 de 1998, la cual regula el régimen de carrera, establece claramente que el ámbito de aplicación de esa ley cubre a los empleados estatales de nivel nacional o territorial, incluidos los del sector salud. Así las cosas, exceptuando a aquellas personas que han sido vinculadas por medio de un contrato de trabajo, es decir que ostenten la calidad de trabajadores oficiales, el régimen aplicable, en lo que tiene que ver con la vinculación laboral es el contenido en la Ley 443 de 1998, sus decretos reglamentarios y demás normas que no le sean incompatibles. En otras palabras, a los empleados públicos del Club Militar se les aplica el sistema de carrera, salvo las excepciones consagradas en la ley. Como se explicó en líneas precedentes, para determinar si un cargo es de libre nombramiento y remoción es necesario establecer si tiene origen legal, que se trate de una excepción justificada al régimen de la carrera administrativa impuesta por el legislador y que su naturaleza exija en sí misma una confianza plena y total por tratarse de un cargo directivo, de manejo, de conducción u orientación institucional.” El cargo de la accionante no se encuadra en los casos señalados en el artículo 5º de la Ley 443 de 1998 como de libre nombramiento y remoción; así como tampoco se le dio tal denominación en el Decreto 2146 de 1995, por el cual se aprobaron los estatutos del Club Militar, ni posteriormente en el Decreto 958 de 2002, por el cual se establece la estructura del mismo. En este orden de ideas, el cargo que ocupaba la accionante, detallado en la planta de personal aprobada mediante Acuerdo 007 de 1996, adoptado en el en el Decreto 1856 de 1996, no fue

catalogado como uno de libre nombramiento y remoción. De igual forma, tampoco se encuentra acreditado que se trate de un cargo de dirección o de manejo y confianza, como lo exige el artículo 6º del Decreto 274 de 2000.

CARRERA ADMINISTRATIVA-Situación de empleados frente a sentencia

Como se explicó en el fundamento 5 de esta providencia, la Corte, mediante sentencia C-372 de 1998 declaró inexecutable el artículo 14 de la Ley 443 de 1998, que permitía a las entidades públicas convocar los concursos para llenar las vacantes de su planta de personal, pues la entidad constitucionalmente autorizada para hacerlo era la Comisión Nacional del Servicio Civil. Por necesidades del servicio y a fin de evitar una parálisis en la Administración Pública, las entidades llenaron las vacantes de los cargos de carrera haciendo uso de la figura del encargo y de los nombramientos en provisionalidad. Así las cosas, considera la Sala que no le asiste razón a la entidad accionada cuando afirma que en el Club Militar “no se ha implantado la carrera administrativa, porque la norma que la establece fue declarada inexecutable”. La interpretación que la entidad ha hecho de la mencionada sentencia no es la correcta, por cuanto los cargos de carrera creados en las plantas de las diferentes entidades públicas existen, y lo que no ha sido posible, en la mayoría de los casos, es convocar el respectivo concurso. Por lo anterior, las personas que ocupan un cargo de carrera, sin que hayan participado en el respectivo concurso de méritos, lo hacen de manera provisional o por un encargo que se les haya comisionado.

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL-No se reduce por ocupar cargo de carrera administrativa en provisionalidad cuando no se ha hecho concurso

DERECHO DE PERMANENCIA EN CARGO DE CARRERA ADMINISTRATIVA-Insustistencia debía ser motivada

Teniendo en cuenta, por una parte, que la demandante no alega haber participado en el respectivo concurso de méritos para ocupar el cargo de auxiliar administrativo, código 5120, grado 10 en el Club Militar y, por otra, que se pudo constatar que el cargo que desempeñaba no era de libre nombramiento y remoción, la Sala considera que su nombramiento era de carácter de provisional, por tratarse de un cargo de carrera administrativa. Además, como lo sostuvo la Corte en la Sentencia T-800 de 1998, “el nombramiento en provisionalidad de servidores públicos para cargos de carrera administrativa, no convierte el cargo en uno de

libre nombramiento y remoción". Por ello, la desvinculación debió hacerse con observancia a las normas relativas al sistema de carrera administrativa y a los nombramientos provisionales y no como lo hizo el Club Militar, basándose en disposiciones que rigen los cargos de libre nombramiento y remoción. En este orden de ideas, la declaratoria de insubsistencia debió fundamentarse en razones de índole disciplinaria, por calificación no satisfactoria, por haberse convocado el respectivo concurso de méritos o por razones del servicio.

INSUBSISTENCIA EN CARGO DE CARRERA ADMINISTRATIVA-Procedencia de tutela como mecanismo transitorio

En esta ocasión la Corte concluye que el derecho al debido proceso se vio afectado. Pero adicionalmente, las pruebas que obran en el expediente han posibilitado a la Sala comprobar que efectivamente la señora es madre cabeza de familia y que tiene un hijo de nueve años de edad que depende exclusivamente de aquélla. Así las cosas, si bien para atacar la resolución que declaró insubsistente su nombramiento la accionante cuenta con otro mecanismo judicial, la Sala considera que en el presente caso la tutela es procedente como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, lo cual no la exime de la obligación de acudir oportunamente ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo para que sea allí donde se dirima, en últimas, la controversia.

Referencia: expediente T-727626

Acción de tutela instaurada por Betty Emilce Gómez Figueredo contra el Club Militar de Oficiales de Bogotá.

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de agosto de dos mil tres (2003).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, JAIME ARAÚJO RENTERÍA y ALFREDO BELTRÁN SIERRA, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, en particular las contenidas en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución y el Decreto 2591 de 1991, profiere la

siguiente

SENTENCIA

dentro del proceso de revisión de los fallos proferidos por el Juzgado 32 Civil del Circuito de Bogotá y la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, en el trámite de la acción de tutela interpuesta por Betty Emilce Gómez Figueredo contra el Club Militar de Oficiales de Bogotá.

I. ANTECEDENTES.

Betty Emilce Gómez Figueredo, actuando en nombre propio interpuso acción de tutela contra el Club Militar de Oficiales de Bogotá, por considerar vulnerados sus derechos al trabajo y al mínimo vital. Sustentó su demanda en los siguientes hechos:

1. Indica que el 3 de enero de 1996 fue vinculada al Club Militar como secretaria código 5140, grado 06, con un salario de \$183.255 mensuales; que a partir del 1º de noviembre del mismo año ingresó a la planta global del personal, según decreto 1856 de 1996, con un salario de \$212.518 pesos.
2. El 1º de junio de 1997 fue ascendida como auxiliar administrativa código 5120 grado 09, con un salario de \$266.770 pesos.
3. Posteriormente, el 1º de agosto de 2002 fue nuevamente ascendida al cargo de auxiliar administrativo, código 5120, grado 10, con un salario de \$515.106 pesos.
4. Según sus palabras: “Durante mi permanencia, fui objeto de numerosas felicitaciones como empleada del mes (mayo 1997); por el interés, dedicación, entusiasmo y organización, el día de la madre (1999); por haber sido seleccionada para participar como mejor empleado del mes (agosto/2000); por el interés demostrado en el desarrollo del aniversario del Club (2001); por el mismo motivo en el 2002, y por haber sido propuesta para participar como mejor empleado del mes de agosto del 2002”.
5. Afirma ser mujer cabeza de familia, madre del menor Germán Jair Gómez Figueredo, quien tiene 9 años de edad y depende económicamente de ella.
6. Aduce que el señor Brigadier General Ismael Silva Masmela “se propuso a despedir

trabajadores del Club, para distribuir cargos entre sus amistades”, y en consecuencia fue declarada insubsistente mediante Resolución No. 1464 del 10 de octubre de 2002, “a pesar de haber sido felicitada por la misma Dirección General en el mes de agosto-02 por haber sido propuesta para participar como mejor empleada del mes y a su vez haber sido ascendida en el mes de agosto-2002”. Por ello, solicitó al accionado le informara las razones por las cuales había sido desvinculada, sin que le hubiera manifestado una causa justificada.

7. Explica que las personas vinculadas al Club Militar tienen carácter de empleados públicos, razón por la cual están sometidos al régimen legal respectivo y a la aplicación del artículo 125 de la C.P., según el cual los empleos en los organismos y entidades del Estado son de carrera, exceptuándose los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determinara la ley. Así las cosas, sostiene que el retiro de los cargos de carrera debe hacerse por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo, por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución y la ley.

8. Además, alega la existencia de un perjuicio irremediable, toda vez que el salario que devengaba era el único medio de subsistencia con el que contaban ella y su hijo.

9. Finalmente anota que, con base en la jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, la discrecionalidad administrativa del Club para desvincular a un trabajador, como en su caso, no puede confundirse con arbitrariedad.

Por todo lo anterior, la peticionaria solicita la protección de sus derechos al trabajo y al mínimo vital y, por ende, que se ordene al Director General del Club Militar de Oficiales, Brigadier General Ismael Silva Masmela que respete su condición de mujer cabeza de familia y trabajadora, reintegrándola al cargo que venía ocupando y del cual fue desvinculada.

Junto con su escrito de tutela aportó las siguientes pruebas:

1. Resolución de nombramiento No. 003 del 3 de enero de 1996.
2. Acta de su Posesión No. 095 del 3 de enero de 1996.

3. Copia de su hoja de vida a septiembre de 2002.
4. Copia de la Resolución 1464 de 2002, por la cual fue declarada insubsistente.
5. Registro civil de nacimiento de su hijo Germán Jair Gómez Figueredo, que cuenta con 9 años de edad.
6. Declaración extraproceso rendida por la señora Magdalena Figueredo de Gómez, ante la Notaría 21 del Círculo de Bogotá, para acreditar su condición de madre cabeza de familia y su calidad de arrendataria respecto de aquélla.
7. Certificado de estudio de su hijo Germán Jair Gómez Figueredo, expedido por el Liceo Infantil “Tamborcito de Hojalata” de la ciudad de Bogotá.

II. RESPUESTA DE LA ENTIDAD ACCIONADA

En escrito allegado al juez de primera instancia el 6 de diciembre de 2002, el Director General del Club Militar, Brigadier General Ismael Silva Masmela, señaló, en primer término, que la señora Betty Emilce Gómez Figueredo era empleada pública de libre nombramiento y remoción. En el mismo sentido precisó que en el Club Militar no se había implementado la carrera administrativa, “porque la norma que la establece fue declarada inexecutable”.

Reiteró que la accionante había sido declarada insubsistente del cargo de auxiliar administrativo, código 5120, grado 10, mediante Resolución 1462 del 10 de octubre de 2002, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 26 del Decreto Ley 2400 de 1968 que establecía: “El nombramiento hecho a una persona para ocupar un empleo del servicio civil, que no pertenezca a una carrera, puede ser declarado insubsistente libremente por la autoridad nominadora, sin motivar la providencia. Sin embargo, deberá dejarse constancia del hecho y de las causas que lo ocasionaron en la respectiva hoja de vida” (subrayado del accionado); y, con base en el artículo 107 del Decreto Reglamentario 1950 de 1973 que determinaba lo siguiente: “en cualquier momento podrá declararse insubsistente un nombramiento ordinario o provisional, sin motivar la providencia, de acuerdo con la facultad discrecional que tiene el Gobierno de nombrar y remover libremente sus empleados”.

Explicó que el Club Militar era un establecimiento público del orden nacional, creado por la Ley 124 de 1948 y reorganizado por los Decretos Leyes 2336 de 1971 y 2164 de 1980, donde

sus servidores públicos se clasifican en empleados públicos de libre nombramiento y remoción y trabajadores oficiales.

A su parecer, el reintegro que solicitaba la demandante no era viable a la luz de la actual legislación. En efecto manifestó que sería posible acceder a su pretensión si la reforma laboral presentada por el Gobierno Nacional y que cursa en el Congreso Nacional culminase con éxito.

Por último, argumentó que no era procedente la acción de tutela por cuanto la señora Gómez Figueredo podía demandar la nulidad del acto que la declaró insubsistente ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

De otra parte, en respuesta a la solicitud del Juez 32 Civil del Circuito en el sentido de informar cuáles fueron “las circunstancias que dieron origen al despido de su trabajo a la accionante (...) y los trámites legales que se surten para el despido de un trabajador que preste sus labores”, la entidad accionada señaló lo siguiente:

“a) Las razones específicas que motivaron el acto administrativo de declaratoria de insubsistencia fueron:

1. Incumplimiento de sus funciones: Atraso de más de tres (3) meses en el archivo de documentos en las hojas de vida de los servidores públicos, perjudicando la toma de decisiones.
2. No atender las órdenes impartidas por su superior inmediato.
3. Falta de cuidado y exactitud de la información con destino a otras dependencias.
4. Retirarse de la oficina de su superior inmediato cuando se le está haciendo un requerimiento.

b) En reemplazo de la accionante se nombró a la señorita Dey Sendoya Baena, identificada con la cédula de ciudadanía No. 31.267.391 de Cali (...).”

III. DECISIONES OBJETO DE REVISIÓN

Decisión de primera instancia

El Juzgado 32 Civil del Circuito de Bogotá, teniendo en cuenta que con su decisión podía afectar derechos de terceros, decidió vincular a la señora Dey Sendoya Baena, quien fue nombrada en reemplazo de la demandante, al haber sido declarada insubsistente.

En sentencia del 18 de febrero de 2003, el juzgado concedió la tutela en cuestión. El despacho, después de haber analizado las condiciones para que procediera una acción de tutela, consideró que los derechos invocados por la accionante eran susceptibles de protección por medio de este mecanismo judicial.

Anotó que era posible estudiar si en el presente caso era viable conceder la protección de los derechos de la accionante, por cuanto ésta se encontraba, a su juicio, en un caso de debilidad manifiesta, toda vez que “es madre soltera cabeza de familia, quien tiene su residencia en uno de los sectores de estrato socioeconómico bajo y su sueldo no alcanzaba los dos salarios mínimos legales mensuales, lo cual evidencia que su capacidad económica es muy reducida...”. También consideró que además de su situación especial, las pruebas allegadas demostraban que la accionante fue vinculada a la institución en el año 1996 y que tuvo un buen desempeño.

En este orden de ideas, arguyó que a pesar de que el funcionario que profirió la resolución mediante la cual se produjo la desvinculación de la accionante del cargo que ocupaba lo hizo con base en las facultades de discrecionalidad y en consideración a que se trataba de una empleada de libre nombramiento y remoción, el mismo no refutó lo afirmado por la peticionaria, en el sentido que su separación de la entidad se debió a que el señor Director “necesitaba cargos para ubicar a sus amistades”. El juez de conocimiento valoró tal situación como un indicio que permitía constatar que la desvinculación en comento no obedeció a una política administrativa para designar personal con mayor preparación y para mejorar la prestación del servicio, sino que se trataba de una decisión con apoyo en aspectos subjetivos. En consecuencia indicó que la mencionada resolución era un acto injusto y contrario a la Constitución Política, máxime teniendo en cuenta que esta última ordenaba en el inciso 2º del artículo 43 una protección especial para la mujer bajo circunstancias de debilidad.

Advirtió además que de la hoja de vida de la señorita Dey Sendoya Baena, a quien se designó en reemplazo de la accionante, no se infería que aquella tuviera mejor perfil técnico o

profesional; que en cuanto reconocimientos mediante felicitaciones, por aspectos relacionados con el buen servicio, como ya se indicó, son varios los consignados a favor de la accionante.

Por todo lo anterior el juzgado resolvió conceder la protección de los derechos al trabajo y al mínimo vital de la señora Betty Emilce Gómez. En consecuencia ordenó al Director General del Club Militar de Oficiales que en el término de 48 horas, si no lo hubiere hecho, dispusiera lo pertinente para dejar sin efecto la Resolución No. 1464 del 10 de octubre de 2002 y procediera a reintegrar a la accionante al cargo que venía desempeñando cuando fue desvinculada o a uno de mejor o igual categoría.

Impugnación

El Director General del Club Militar impugnó el fallo e insistió en la calidad de empleada pública de libre nombramiento y remoción de la accionante y en sus facultades discrecionales contempladas en el artículo 26 del Decreto Ley 2400 de 1968 y 107 del Decreto Reglamentario 1950 de 1973, que permitían su desvinculación sin que fuere necesario motivación por parte de la entidad demandada.

Por último adujo que contra el acto administrativo procedía la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, razón para declarar improcedente la acción de tutela.

Decisión de Segunda instancia.

La Sala Civil del Tribunal Superior Distrito Judicial de Bogotá conoció de la impugnación interpuesta por el representante legal del Club Militar y decidió revocar la sentencia de primera instancia.

En primer lugar, hizo referencia al carácter suprallegal, extraordinario y subsidiario de la acción de tutela y al principio de presunción de legalidad de los actos administrativos para afirmar que la resolución que declaró la insubsistencia de la señora Gómez Figueredo no era cuestionable por vía de tutela. Precisó que contra dicho acto procedían los recursos de la vía gubernativa, la acción de nulidad ante la justicia contencioso administrativa y la revocatoria directa del mismo.

En este orden de ideas, adujo que independientemente de si el acto administrativo mediante el cual se declaró insubsistente a la accionante carecía de motivación o que el funcionario que lo profirió tuviera facultades legales para declarar la insubsistencia discrecionalmente y sin motivación, lo indiscutible era que la afectada contaba con otros mecanismos de defensa idóneos para controvertirlo.

En síntesis, consideró que la acción de tutela era de carácter extraordinario y por tanto el juez constitucional no podía conocer siendo que la autoridad competente era la jurisdicción administrativa.

IV. PRUEBAS

Observa la Sala que además de las aportadas con la demanda de tutela, en el expediente reposan, entre otras, las siguientes pruebas decretadas y allegadas durante el trámite de la presente acción.

- Acuerdo No. 004 del año 2001, por el cual se adoptan los estatutos internos del club militar.
- Copia de las actas de declaración con fines extraprocesales rendidas por la madre y un conocido de la demandante ante la Notaría 53 de Bogotá, en las cuales se señala que la accionante es madre cabeza de familia y que el valor de sus gastos asciende a la suma de \$805.000,00.
- Hoja de vida, acta de posesión y resolución de nombramiento de la señora Dey Sendoya Baena, quien fue nombrada como reemplazo de la demandante.

V. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA CORTE

1. Competencia

Esta Corte es competente para revisar los fallos mencionados, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y en las demás disposiciones pertinentes.

2. Presentación del caso y planteamiento del problema jurídico

La señora Betty Emilce Gómez Figueredo presenta acción de tutela contra el Club Militar de Oficiales de Bogotá por considerar que se le ha vulnerado sus derechos al trabajo y al mínimo vital, al haber expedido la resolución 1464 del 10 de octubre de 2002, mediante la cual fue declarada insubsistente.

La entidad demandada aduce que la señora Gómez Figueredo era empleada pública de libre nombramiento y remoción, y que la declaratoria de su insubsistencia se efectuó con base en lo dispuesto en el artículo 26 del Decreto 2400 de 1968, en armonía con el artículo 107 del Decreto 1950 de 1973.

El juez de primera instancia consideró que la desvinculación de la accionante no obedeció a una política administrativa para designar personal con mayor preparación y para mejorar la prestación del servicio, sino que se trató de una decisión con apoyo en aspectos subjetivos. Así, manifestó que la mencionada resolución era un acto injusto y contrario al ordenamiento Superior, máxime al tener en cuenta que el inciso 2º del artículo 43 ordena una protección especial para la mujer que se encuentra en situación de debilidad.

El juez de segunda instancia, con ocasión a la impugnación presentada por la entidad demandada, decidió revocar la decisión del a-quo, por considerar que la demandante contaba con otro mecanismo de defensa judicial ante la jurisdicción contencioso administrativa.

De acuerdo con lo brevemente reseñado, corresponde a la Sala determinar si el Club Militar de Oficiales de Bogotá, al expedir la Resolución 1464 de 2002, por medio de la cual declaró insubsistente el nombramiento de la accionante, vulneró los derechos fundamentales de la peticionaria y si la tutela resulta procedente como medio para garantizarlos.

Para tal efecto se procederá previamente a: (i) analizar, de manera general, el tema de la provisión de empleos públicos y su relación con el derecho a la estabilidad laboral; (ii) estudiar el deber de la Administración de motivar los actos administrativos que declaran insubsistente un nombramiento para ocupar un cargo de carrera y uno de libre nombramiento y remoción; y (iii) plantear los dos aspectos anteriores tratándose de nombramientos en provisionalidad en cargos de carrera. Luego la Sala abordará el caso concreto y por último establecerá si la acción de tutela resulta procedente en esta oportunidad.

La Administración Pública puede proveer empleos de acuerdo a sus necesidades con el propósito de velar por el cumplimiento de los fines del Estado; así mismo, puede modificar su planta o separar a un funcionario de su cargo por razones del servicio. Tales facultades deben ejercerse con orientación en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, consagrados en el artículo 209 de la Constitución. Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia T-800 de 1998, M.P. Vladimiro Narano Meza, señaló:

“Es sabido que la Administración Pública está legítimamente facultada para crear, modificar, reorganizar y suprimir los cargos de su planta de personal, cuando las necesidades públicas o las restricciones económicas se lo impongan, o cuando el desempeño de los funcionarios así lo exija. No sería posible cumplir con los fines de moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad impuestos por el artículo 209 de la Carta Política, si la Administración no pudiera distribuir y manejar libremente sus recursos según se lo exigieran las necesidades del servicio...”

No obstante, dicha facultad está limitada por el artículo 125 de la Constitución Política que sujeta a la Administración Pública, en materia de provisión de cargos, a las normas que regulan la carrera administrativa. Dice la mencionada norma:

“Artículo 125. -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. Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público. El ingreso a los cargos de carrera y el asenso 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. (...)”

El artículo 1º de la ley 443 de 1998 define la carrera administrativa como “el sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer igualdad de oportunidades para el acceso al servicio público, la capacitación, la estabilidad en los empleos y la posibilidad de asenso.” La provisión de empleos de carrera según el artículo 7º de la ley 443 de 1998, se hará, previo concurso, por nombramiento en período de prueba o por ascenso.

En términos generales la carrera administrativa es el sistema técnico que permite el ingreso, permanencia y ascenso en cargo de la Administración con base en la meritocracia, esto es, en las capacidades, conocimientos e idoneidad de la persona. Su objetivo es, “además de la preservación de la estabilidad y del derecho de promoción de los trabajadores, garantizar la excelencia en la calidad del servicio y la eficiencia de la administración pública (...)”²

El régimen de carrera administrativa regulado por la Ley 443 de 1998 y sus decretos reglamentarios³, consagra ciertas prerrogativas para el servidor público que permiten que su estabilidad laboral sea mayor que la de un empleado de libre nombramiento y remoción. Por ello, el movimiento de personal y la desvinculación del mismo se encuentran limitados por la naturaleza del cargo. En este sentido, quienes ocupan cargos de carrera, por haberse vinculado mediante concurso de méritos, tienen mayor estabilidad que un empleado de libre nombramiento y remoción.⁴

Los cargos de libre nombramiento, tal y como se infiere del artículo 125 constitucional y del artículo 5 de la Ley 443 de 1998, que los enuncia, son la excepción a la regla general que señala que los empleos del Estado son de carrera. Para estos cargos basta con que la autoridad nominadora tenga en cuenta que la persona asignada cumple con los conocimientos y las calidades exigidas para su ejercicio. Dicha modalidad se utiliza para aquellos empleos de cualquier nivel jerárquico superior que impliquen confianza o se refieran a la asignación de funciones de dirección y manejo.⁵

En sentencias C-195 de 1994⁶, la Corte reconoció los siguientes criterios de evaluación para determinar cuándo un empleo puede ser de libre nombramiento y remoción:⁷

“En primer término que tenga fundamento legal; pero además, dicha facultad del legislador no puede contradecir la esencia misma del sistema de carrera, es decir, la ley no está legitimada para producir el efecto de que la regla general se convierta en excepción. En segundo lugar, debe haber un principio de razón suficiente que justifique al legislador para establecer excepciones a la carrera administrativa, de manera que la facultad concedida al nominador no obedezca a una potestad infundada. Y, por último, no hay que olvidar que por su misma naturaleza, los empleos que son de libre nombramiento y remoción son aquellos que la Constitución establece y aquellos que determine la ley, (art. 125), siempre y cuando la función misma, en su desarrollo esencial, exija una confianza plena y total, o implique una

decisión política. En estos casos el cabal desempeño de la labor asignada debe responder a las exigencias discrecionales del nominador y estar sometida a su permanente vigilancia y evaluación.”

La persona vinculada a la Administración pública mediante esta modalidad puede ser removida de su cargo por voluntad discrecional del nominador según lo exijan las necesidades propias del servicio. Por ello, la estabilidad laboral de un empleado de libre nombramiento y remoción es precaria frente al vinculado mediante carrera. Así lo ha considerado la Corte en sus pronunciamientos. Por ejemplo, en sentencia C-734 de 2000, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, la Corte manifestó: “En relación con la garantía de estabilidad laboral que también cubre a quienes ocupan cargos de libre nombramiento y remoción, la Corte, con fundamento en la Constitución, ha decantado jurisprudencia que indica que la posibilidad de desvincular libremente en cualquier momento a esta clase de servidores, no contraría la Carta, pues su estabilidad es precaria en atención a la naturaleza de las labores que cumplen, ya que requieren siempre de la plena confianza del nominador.”

Con todo, a pesar de la estabilidad laboral que pueda disfrutar una persona que ocupe un cargo de carrera, esta Corporación, en reiteradas ocasiones ha explicado que el retiro o la desvinculación del cargo no constituye, por sí solo, una vulneración a los derechos fundamentales y en consecuencia no son susceptibles de protección autónoma mediante tutela.⁸ En este sentido, la Corte ha manifestado 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...”.⁹

Sin embargo, la Corte también ha explicado que la protección ofrecida por la acción de tutela es viable si se logra demostrar, de manera particular, que el perjuicio de un derecho sin rango fundamental afecta a uno que sí ostenta tal calidad.¹⁰

Haciendo extensivo tal argumento para el caso específico del derecho al trabajo, esta Corporación ha sostenido que si la decisión por medio de la cual se desvincula a una persona de su cargo afecta un derecho de rango fundamental, dependiendo de las circunstancias particulares de cada caso, procede el amparo por vía de tutela.¹¹

1. La omisión de motivar los actos administrativos que declaran la insubsistencia de un funcionario de carrera constituye violación al debido proceso.

La motivación de los actos administrativos, legal y jurisprudencialmente, ha sido considerada como una medida para evitar la arbitrariedad y los abusos por parte de la Administración. La Corte, en sentencia SU 250 de 1998 hizo referencia a la importancia de la motivación de los actos administrativos y al respecto señaló lo siguiente:¹²

“(…) 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.

(…) El ordenamiento jurídico contemporáneo preve 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.”

Así mismo, en la sentencia C-371 de 1999, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, la Corte sostuvo:

“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.”

Para el caso de los empleados de carrera, el artículo 26 del decreto - ley 2400 de 1968 establece que los nombramientos “sólo podrán ser declarados insubsistentes por los motivos

y mediante los procedimientos establecidos en la ley o reglamento que regule la respectiva carrera. La declaración de insubsistencia conlleva a la pérdida de los derechos del funcionario de carrera.”

Así, en relación con la motivación de la decisión de desvincular a una persona que esté ocupando un cargo de esta naturaleza, ya sea nombrado en propiedad o provisionalmente, en la citada sentencia de unificación la Corte sostuvo que la falta de motivación constituye una violación del derecho al debido proceso. Al respecto, planteó lo siguiente:

“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.

No es lógico ni justo que al afectado por un acto administrativo de desvinculación (salvo en los casos de libre nombramiento y remoción) no se le indica el motivo del retiro para que se defienda del en señalamiento que se le hace.

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.”

Así las cosas, para declarar la insubsistencia del empleado público que esté ocupando un cargo de carrera, la Administración deberá motivar su decisión a fin de garantizar el debido proceso y en particular el derecho de defensa de la persona a quien se pretende desvincular del servicio público.

Distinto ocurre en el caso del retiro de un empleado de libre nombramiento y remoción, pues las normas que regulan este tipo vinculación pública, que como se explicó son una excepción a la regla consagrada en el artículo 125 Superior, permiten una mayor discrecionalidad al nominador al momento de declarar la insubsistencia.

El decreto ley 2400 de 1968, en el artículo 6º señala: “El nombramiento hecho a una persona para ocupar un empleo del servicio civil, que no pertenezca a una carrera puede ser declarado insubsistente libremente por la autoridad nominadora, sin motivar la providencia. Sin embargo, deberá dejarse constancia del hecho y de las causas que lo ocasionaron en la respectiva hoja de vida.” Del contenido de esta disposición se infiere que si bien el nominador goza de amplia discrecionalidad para declarar insubsistente a un empleado de libre nombramiento y remoción, de todas formas dicha potestad no es absoluta, toda vez que por lo menos deberá dejar constancia de los hechos y las causas que ocasionaron la desvinculación, en la hoja de vida del afectado con su decisión.

Sin embargo, la anterior garantía no exige que el acto administrativo de desvinculación de funcionarios de libre nombramiento y remoción sea motivado. En efecto, el Decreto 1950 de 1973, en su artículo 107 plantea: “En cualquier momento podrá declararse insubsistente un nombramiento ordinario o provisional, sin motivar la providencia, de acuerdo con la facultad discrecional que tiene el gobierno de nombrar y remover libremente sus empleados...”.

En relación con lo anterior, en sentencia T-610 de 2003, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, la Corte sostuvo: “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.”

1. Los nombramientos en provisionalidad y la desvinculación del servicio.

La Ley 443 de 1998 permite nombramientos provisionales cuando se provean transitoriamente para suplir un cargo de carrera administrativa. Así, el artículo 8º de esta ley reza:

(...) “Los nombramientos tendrán carácter provisional, cuando se trate de proveer transitoriamente empleos de carrera con personal no seleccionado mediante el sistema de mérito.

Cuando se presenten vacantes en las sedes regionales de las entidades y en éstas no hubiere un empleado de carrera que pueda ser encargado, se podrán efectuar nombramientos provisionales en tales empleos.”

De igual forma, el Decreto Reglamentario 1572 de 1998, modificado por el decreto 2504 de 1998, dispone lo siguiente: “Entiéndase por nombramiento provisional aquel que se hace a una persona para proveer, de manera transitoria, un empleo de carrera con personal no seleccionado mediante el sistema de mérito, así en el respectivo acto se indique la clase de nombramiento de que se trata.”

La Corte Constitucional, en sentencia C-372 de 1999, declaró inexecutable algunos artículos de la ley 443 de 1998, entre ellos el artículo 14 que otorgaba a las entidades públicas la facultad de convocar a concursos de méritos para proveer cargos en sus dependencias. La Corte sostuvo que de acuerdo con la Constitución, el único organismo facultado para llevar a cabo la convocatoria de los concursos era la Comisión Nacional del Servicio Civil.¹³ Posteriormente, esta Corporación en sentencia T-1241 de 2001, esta Corporación dejó en claro los efectos de la sentencia C-372 de 1999, así: “El derecho a ser nombrado en el cargo para el cual se concursó, surge sólo en el caso de las listas de elegibles conformadas y en firme el 12 de julio de 1999, fecha de ejecutoria de la sentencia C-372 de 1999. Así, los actos dictados con ocasión de los procesos de selección convocados por las entidades estatales antes del 12 de julio de 1999 en los que no quedó en firme la lista, perdieron su fuerza ejecutoria y no es posible, por lo tanto, continuar con el proceso de selección.”

De acuerdo a lo anterior, no le es permitido a las entidades públicas convocar los concursos para cargos de carrera, salvo en los casos de las personas que participaron en los concursos

en los cuales, para la fecha de ejecutoria de la sentencia C-372 de 1999, existían calificaciones en firme, pues tal situación constituye un derecho cierto cuya efectividad exige de las autoridades competentes que iniciaron tal proceso de selección, la adopción de los actos administrativos necesarios que garanticen su goce.¹⁴

No obstante, como la Administración debe continuar con su funcionamiento, la solución legal, siempre y cuando no se de la situación de un derecho consolidado, mientras se reactiva el sistema de carrera administrativa y se conforma la Comisión Nacional del Servicio Civil, es acudir a la provisión temporal de empleos a través de encargos y nombramientos provisionales como está previsto en el artículo 8 de la Ley 443 de 1998, así no se cumpla con el requisito de la previa convocatoria a concurso.

En síntesis, el nombramiento provisional responde a las necesidades del servicio y hasta tanto no se conforme la Comisión Nacional del Servicio Civil no se podrán cumplir a cabalidad las normas que lo regulan, entre ellas las relacionadas con el término de cuatro meses y su prórroga.

“(…) en lo que a la acción de tutela se refiere, como quiera que si en ésta el análisis se endereza a determinar si existió la violación o amenaza de uno o más derechos fundamentales consagrados en la Carta, derivada de la expedición de un acto administrativo que declaró insubsistente un nombramiento, el examen del caso no puede reducirse a considerar que como el empleado estaba ocupando un cargo en provisionalidad, la administración podía removerlo sin motivación alguna sobre la base de que se presume la legalidad del acto administrativo correspondiente porque se supone que la medida fue inspirada en el buen servicio, sino que el juez constitucional de tutela le resulta indispensable determinar las circunstancias en que se suscitó esa provisionalidad, el eventual desconocimiento a lo dispuesto por la ley para proveer el cargo de carrera mediante concurso de méritos y si existió o no una justa causa para el retiro pues sólo así habrá de establecer si se quebrantó o no algún derecho fundamental...”.

Así las cosas, el deber de motivar el acto administrativo que declara la insubsistencia de un nombramiento de carrera se hace extensivo para desvincular a quien este ocupando provisionalmente un cargo de esta misma naturaleza. La falta de motivación, de igual forma, constituye una violación al debido proceso. Así también lo dispuso esta Corporación en la ya

mencionada sentencia SU-250 de 1998, en los siguientes términos:

“(…) necesariamente debe haber motivación para el retiro de los empleados que son de carrera o que están en una situación provisional o de interinidad en uno de los empleos que no son de libre nombramiento y remoción; salvo los empleados que tienen el estatutos de libre nombramiento y remoción.

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).”

Al margen de la violación al debido proceso, el mismo acto puede comprometer el ejercicio de otros derechos fundamentales, pero para determinar, será necesario evaluar las particularidades de caso, como pasa la Corte a hacerlo frente a la situación de la señora Bettye Emilce Gómez Figueredo.

6. Caso concreto. El Cargo que ocupaba la peticionaria era de carrera y lo ejercía en provisionalidad

6.1. Con base en lo expuesto, antes de determinar si es procedente el amparo de los derechos invocados por la accionante, la Sala considera necesario determinar cómo había sido vinculada la accionante y si el cargo que venía ocupando y del cual fue declarada insubsistente era o no un cargo de carrera administrativa.

El 3 de enero de 1996, mediante Resolución No. 0003 de 1996, fue nombrada la señora Betty Emilce Gómez Figueredo para desempeñar el cargo de Secretaria, código 5140, grado 06 en la sección de relaciones laborales de la División Administrativa, del cual tomó posesión la misma fecha.

En la orden administrativa No. 035 de agosto de 2002, dentro del acápite de novedades de personal aparece el nombramiento de la accionante en el cargo de auxiliar administrativo, código 5120 grado 10 del Grupo de Nómina Registro y Control División de Personal, al cual

fue ascendida y que desempeñaba al momento de la declaratoria de insubsistencia.

6.2. El Club Militar es un establecimiento público del orden nacional, adscrito al Ministerio de Defensa. El artículo 32 de los estatutos prevé que las personas que prestan sus servicios para dicha entidad tienen el carácter de empleados públicos, sin perjuicio de que puedan “ser vinculados por medio de contrato de trabajo las personas que desarrollan actividades de carácter operativo, tales como: cocina, mesa, bar, alojamiento y mantenimiento del Club Militar.”

El Decreto 2146 de 1995 aprobó el Acuerdo No. 008 de 1995, por el cual se adoptan los Estatutos del Club Militar. El artículo 14 del mencionado acuerdo, únicamente le otorga el carácter de empleado público de libre nombramiento y remoción al Director General.¹⁸

El Decreto 1856 de 1996 aprobó el Acuerdo 007 del 21 de junio de 1996 del Club Militar “por el cual se establece la Planta de Personal del Club Militar”. Dicho acuerdo en el artículo 1º establece que: “Las funciones propias de las dependencias del Club Militar, serán cumplidas por la Planta de Personal Global que se establece a continuación...”. La planta allí transcrita señala el número de cargos, la denominación de los mismos, su código y grado, dentro de los cuales se encuentran tanto el cargo al cual fue vinculada inicialmente -Secretario Código 5140 Grado 06- y el cargo al cual fue ascendida y del cual, posteriormente, fue declarada insubsistente -Auxiliar Administrativo Código 5120, grado 10-.

6.3. El artículo 3º de la Ley 443 de 1998, la cual regula el régimen de carrera, establece claramente que el ámbito de aplicación de esa ley cubre a los empleados estatales de nivel nacional o territorial, incluidos los del sector salud¹⁹. Así las cosas, exceptuando a aquellas personas que han sido vinculadas por medio de un contrato de trabajo, es decir que ostenten la calidad de trabajadores oficiales, el régimen aplicable, en lo que tiene que ver con la vinculación laboral es el contenido en la Ley 443 de 1998, sus decretos reglamentarios y demás normas que no le sea incompatibles. En otras palabras, a los empleados públicos del Club Militar se les aplica el sistema de carrera, salvo las excepciones consagradas en la ley.

6.4. El cargo de la accionante no se encuadra en los casos señalados en el artículo 5º de la Ley 443 de 1998 como de libre nombramiento y remoción; así como tampoco se le dio tal denominación en el Decreto 2146 de 1995, por el cual se aprobaron los estatutos del Club Militar, ni posteriormente en el Decreto 958 de 2002, por el cual se establece la estructura

del mismo.

En este orden de ideas, el cargo que ocupaba la accionante, detallado en la planta de personal aprobada mediante Acuerdo 007 de 1996, adoptado en el en el Decreto 1856 de 1996, no fue catalogado como uno de libre nombramiento y remoción. De igual forma, tampoco se encuentra acreditado que se trate de un cargo de dirección o de manejo y confianza, como lo exige el artículo 6º del Decreto 274 de 2000.

Por lo anterior, se concluye que la vinculación al cargo de auxiliar administrativo, código 5120, grado 10, está sujeto a las normas que rigen la carrera administrativa, es decir depende de la convocatoria al respectivo concurso de méritos.

No obstante, como se explicó en el fundamento 5 de esta providencia, la Corte, mediante sentencia C-372 de 1998 declaró inexecutable el artículo 14 de la Ley 443 de 1998, que permitía a las entidades públicas convocar los concursos para llenar las vacantes de su planta de personal, pues la entidad constitucionalmente autorizada para hacerlo era la Comisión Nacional del Servicio Civil. Por necesidades del servicio y a fin de evitar una parálisis en la Administración Pública, las entidades llenaron las vacantes de los cargos de carrera haciendo uso de la figura del encargo y de los nombramientos en provisionalidad. Así las cosas, considera la Sala que no le asiste razón a la entidad accionada cuando afirma que en el Club Militar “no se ha implantado la carrera administrativa, porque la norma que la establece fue declarada inexecutable”. La interpretación que la entidad ha hecho de la mencionada sentencia no es la correcta, por cuanto los cargos de carrera creados en las plantas de las diferentes entidades públicas existen, y lo que no ha sido posible, en la mayoría de los casos, es convocar el respectivo concurso. Por lo anterior, las personas que ocupan un cargo de carrera, sin que hayan participado en el respectivo concurso de méritos, lo hacen de manera provisional o por un encargo que se les haya comisionado.

Como se explicó líneas atrás, los nombramientos provisionales son generalmente para suplir un cargo de carrera y ellos pueden prolongarse hasta que se convoque el respectivo concurso, sin perjuicio de que la persona vinculada al cargo de esta forma pueda ser desvinculada por razones disciplinarias o calificación no satisfactoria.

6.5. Teniendo en cuenta, por una parte, que la señora Gómez Figueredo no alega haber participado en el respectivo concurso de méritos para ocupar el cargo de auxiliar

administrativo, código 5120, grado 10 en el Club Militar y, por otra, que se pudo constatar que el cargo que desempeñaba no era de libre nombramiento y remoción, la Sala considera que su nombramiento era de carácter de provisional, por tratarse de un cargo de carrera administrativa. Además, como lo sostuvo la Corte en la Sentencia T-800 de 1998, “el nombramiento en provisionalidad de servidores públicos para cargos de carrera administrativa, no convierte el cargo en uno de libre nombramiento y remoción”. Por ello, la desvinculación debió hacerse con observancia a las normas relativas al sistema de carrera administrativa y a los nombramientos provisionales y no como lo hizo el Club Militar, basándose en disposiciones que rigen los cargos de libre nombramiento y remoción. En este orden de ideas, la declaratoria de insubsistencia debió fundamentarse en razones de índole disciplinaria, por calificación no satisfactoria, por haberse convocado el respectivo concurso de méritos o por razones del servicio.²¹

6.6. A folio 1 del expediente obra la Resolución 1464 del 10 de octubre de 2002 expedida por el Director General del Club Militar, por medio de la cual declaró la insubsistencia del nombramiento de la peticionaria, sin que haya expuesto razón alguna que la justificara.

El Club Militar en su defensa alegó haber tomado tal decisión en ejercicio y uso de sus facultades legales y estatutarias que en su sentir le otorgan amplia discrecionalidad para remover libremente a sus empleados.

Sin embargo, como quedó establecido, el cargo que venía ocupando provisionalmente la señora Gómez Figueredo era un cargo de carrera y no uno de libre nombramiento y remoción como lo sostiene la entidad demandada. En virtud de lo expuesto a lo largo de esta providencia, la estabilidad laboral de un funcionario que ocupa un cargo de carrera administrativa no se reduce por el hecho de que se encuentre en provisionalidad. De hecho, la Administración sólo podría desvincularla por motivos disciplinarios, porque se convocara a concurso para llenar la plaza de manera definitiva o por razones del servicio.

Así mismo, teniendo en cuenta la calidad de provisionalidad en el cargo de carrera que venía desempeñando, la resolución que declaró la insubsistencia de su nombramiento debió motivarse. Como se indicó en los fundamentos 4. y 5 de esta sentencia, la no motivación de tal acto administrativo constituye una vulneración al debido proceso de la accionante. La

Sala considera verdaderamente injusto el hecho de que la peticionaria no se le hayan indicado las razones de su retiro, pues sólo durante el trámite de la presente acción de tutela la entidad planteó los supuestos motivos de su decisión²², sin que al momento de la expedición del referido acto administrativo hubiera tenido la oportunidad de conocer o controvertir las razones de su insubsistencia y ejercer su derecho de contradicción y defensa.

7. Procedencia de la tutela.

La Sala reconoce que la señora Gómez Figueredo cuenta con otros medios de defensa judicial para hacer valer sus derechos, toda vez que el acto administrativo que declaró la insubsistencia de su nombramiento es susceptible de ser controvertido en la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Sin embargo, teniendo en cuenta las particularidades del caso, es menester analizar si existen elementos que configuren un perjuicio irremediable para hacer procedente la tutela, al menos como mecanismo transitorio para proteger los derechos al debido proceso, al mínimo vital y al trabajo, invocados por la accionante.

En el fundamento 3 de esta providencia se explicó claramente cual era la posición de la Corte en relación con la procedencia de la tutela para proteger el derecho a la estabilidad laboral. Al respecto se indicó que si bien los empleados que ocupan cargos de carrera gozan de una mayor estabilidad laboral que aquellos de libre nombramiento y remoción, el retiro o la desvinculación de una persona de su cargo no representan, por sí solos, una vulneración a sus derechos fundamentales. También, que la conservación del empleo, estar vinculado a cierta institución o ejercer la actividad laboral en un sitio específico, no constituyen derechos fundamentales, sino prerrogativas derivadas del derecho al trabajo que, en principio, no son amparables por vía de tutela.

Empero, también se explicó que en varias ocasiones la Corte ha concedido, excepcionalmente, la protección por vía de tutela, en los casos en que el acto administrativo de insubsistencia afecta derechos de rango fundamental y amenazan un perjuicio irremediable.

Pues bien, en esta ocasión la Corte concluye que el derecho al debido proceso se vio afectado. Pero adicionalmente, las pruebas que obran en el expediente han posibilitado a la Sala comprobar que efectivamente la señora Gómez Figueredo es madre cabeza de familia y

que tiene un hijo de nueve años de edad que depende exclusivamente de aquélla.

Así, a folio 9 del expediente reposa un certificado expedido por la directora del colegio infantil donde estudia el hijo de la accionante; a folio 8 obra una declaración extraproceso en la cual consta que la peticionaria cancela un canon de arrendamiento por el lugar donde habita junto con su hijo; de igual forma, en el expediente reposan dos declaraciones extraproceso, con sus respectivos soportes, rendidas por la madre y un allegado de la señora Gómez Figueredo, en las cuales se detallan los gastos adicionales en que incurre la demandante, tales como “pensión colegio, servicios, alimentación x 2 (mercado), vestido x 2, transporte...” entre otros. 23 Tales gastos ascienden a la suma de \$805.000,00.

Así las cosas, si bien para atacar la resolución que declaró insubsistente su nombramiento la accionante cuenta con otro mecanismo judicial, la Sala considera que en el presente caso la tutela es procedente como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, lo cual no la exime de la obligación de acudir oportunamente ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo para que sea allí donde se dirima, en últimas, la controversia.

Por lo anterior y sin que sean necesarias disertaciones adicionales, la Sala revocará la sentencia de segunda instancia y confirmará parcialmente la de primera instancia.

VI. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero. REVOCAR la sentencia proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el trámite de la presente acción de tutela. En su lugar CONCEDER la protección transitoria de los derechos fundamentales al debido proceso, al mínimo vital y al trabajo de la señora Betty Emilce Gómez Figueredo, hasta que la jurisdicción de lo contencioso administrativo resuelva de la acción que la mencionada señora deberá interponer en un término no mayor de 4 meses.

Segundo. ORDENAR al Director General del Club Militar de Oficiales que, en el término de 48 horas, si no lo hubiere hecho, deje sin efectos la Resolución No. 1464 del 10 de octubre de

2002 y proceda a reintegrar a la señora Betty Emilse Gómez Figueredo al cargo que venía ocupando cuando fue desvinculada, o a uno de mejor o igual categoría.

Tercero. ORDENAR que por Secretaría General se de cumplimiento a lo previsto en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

CLARA INES VARGAS HERNANDEZ

Magistrada Ponente

JAIME ARAUJO RENTERIA

Magistrado

ALFREDO BELTRAN SIERRA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 En la sentencia T-800 de 1998 la Corte trató el tema de la estabilidad laboral de los empleados públicos de libre nombramiento y remoción y de carrera, para establecer que la estabilidad laboral de un funcionario que ocupa un cargo de carrera administrativa no se reduce por el hecho de que se encuentre en provisionalidad. En esta oportunidad la Corte decidió conceder la tutela como mecanismo transitorioa a una señora, madre cabeza de familia, que había sido nombrada en provisionalidad en el cargo de auxiliar de enfermería y había sido desvinculada sin justa causa.

2 Sentencia C-486 de 2000.

3 Decretos 1568 al 1572, D. 1754, y 2504 de 1998.

4 Ver entre otras, las sentencias T-410 de 1992, T-800 de 1998, SU-086 de 1999, T-1701 de 2000, T-884 de 2001 y T-610 de 2003.

5 En la sentencia C-392 de 2001, la Corte reiteró lo expuesto en la sentencia C-514 de 1994, en relación con los cargos de libre nombramiento y remoción así: “Estos cargos, de libre nombramiento y remoción, no pueden ser otros que los creados de manera específica, según el catálogo de funciones del organismo correspondiente, para cumplir un papel directivo, de manejo, de conducción u orientación institucional, en cuyo ejercicio se adoptan políticas o directrices fundamentales, o los que implican la necesaria confianza de quien tiene a su cargo dicho tipo de responsabilidades”.

6 Posición reiterada en la sentencia C-392 de 2001.

7 En relación con los criterios para determinar la naturaleza de un cargo de libre nombramiento y remoción pueden consultarse, entre otras, C-368 de 1999, C-599 de 2000, C-392 y C-1146 de 2001.

8 Ver entre muchas otras, las sentencias T-800 de 1998, C-734 de 2000, T-884 de 2001, T-519 y T-610 de 2003.

9 Sentencia T-610 de 2003.

10 Sentencia T-047 de 1998 y T-374 de 2000.

11 Cfr. Sentencias T-800 de 1998, T-047 de 1995 y T- 884 de 2001.

12 En esta ocasión la Corte concedió el amparo al debido proceso de una persona que ocupaba el cargo de notario, por considerar que si bien había sido nombrada de manera provisional, la resolución por medio de la cual se desvinculaba debió motivarse. Al respecto se señaló: “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. (...)”

13 En armonía con ello, el Departamento Administrativo de la Función Pública, el 8 de

septiembre de 1999 expidió la circular No. 1000-4, dirigida a los nominadores de las entidades y organismos de los órdenes nacional, distrital y territorial, regidos por las disposiciones de la ley 443 de 1998, sobre los alcances de los fallos de la Corte Constitucional en materia de concursos y provisión de empleos y concluyó que las entidades perdieron toda competencia en relación con los procesos de selección y que los procesos de selección en los cuales la lista de elegibles no estaba en firme para el 12 de julio de 1999 quedaron sin efectos.

14 Sentencias T-559 de 2000 y T-167 de 2001.

15 Sentencias T-800 de 1998, T-734 de 2000, T-884 de 2001 y T-519 y T-610 de 2003.

16 En relación con los motivos por los cuales se puede desvincular una persona que esté ocupando un cargo de carrera, se pueden consultar las sentencias de unificación: SU-250 de 1998 y SU-086 de 1999.

17 En esta oportunidad la Corte concedió la tutela como mecanismo transitorio y ordenó a la Fiscalía General de la Nación reintegrar a la accionante al cargo de Profesional Universitario Grado de la Dirección Seccional Administrativa y Financiera de Santa Marta, por considerar que si bien, ocupaba un cargo de carrera en provisionalidad, su desvinculación afectaba el derecho al mínimo vital tanto de ella como el de sus menores hijos.

18 Acuerdo No. 008 de 1995 - Artículo 14: Director General: La Dirección General del Club Militar estará a cargo de un Director General, quien será el representante legal de la Entidad y tendrá el carácter de agente del Presidente de la República, de su libre nombramiento y remoción.

19 El artículo 3° de la Ley 443 de 1998 señala: "Campo de aplicación. Las disposiciones contenidas en la presente ley son aplicables a los empleados del Estado que prestan sus servicios en las entidades de la Rama Ejecutiva de los niveles Nacional, Departamental, Distrital, Municipal y sus entes descentralizados; en las Corporaciones Autónomas Regionales; en las Personerías; en las entidades públicas que conforman el Sistema General de Seguridad Social en Salud; al personal administrativo de las Instituciones de Educación Superior de todos los niveles, cuyos empleos hayan sido definidos como de carrera; al personal administrativo de las instituciones de educación primaria, secundaria y media

vocacional de todos los niveles; a los empleados no uniformados del Ministerio de Defensa Nacional, Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, así como a los de las entidades descentralizadas adscritas o vinculadas a los anteriores. (...)” (subrayado fuera de texto)

20 Corte Constitucional. Sentencia C-514 de 1994. Magistrado Ponente, José Gregorio Hernández Galindo.

21 Ver la sentencia T-800 de 1998.

22 Ver folio 8 del cuaderno 2 del expediente.