

**PROTECCION A LA MATERNIDAD - Acción de tutela. Suspensión temporal de la orden de retiro del servicio / RETIRO DEL SERVICIO - Suspensión temporal de la orden, mientras decide justicia ordinaria /**

No queda ninguna duda de que la desvinculación laboral de las accionantes conlleva un grave riesgo tanto para la madre como para el hijo que está por nacer, desde el punto de vista emocional, físico y económico. Como los actos de retiro del servicio de los empleados públicos deben ser juzgados en el proceso que se adelante con ocasión del ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y ajenos por lo tanto a toda decisión en desarrollo de la acción de tutela, la Sala considera que la medida solicitada sólo puede conferirse hasta suspender la aplicación del acto de separación del servicio, para lo cual se confirmará la orden de reintegro, mientras se decide la acción ordinaria laboral, conforme lo preceptúa el inciso 5o. del artículo 8o. del Decreto 2591 de 1991.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN SEGUNDA**

**Consejero ponente: JAVIER DÍAZ BUENO**

Santafé de Bogotá, D.C., junio veinte (20) de mil novecientos noventa y seis (1996).

**Radicación número: 3583**

**Actor: FELINA MORENO ARRIAGA Y OTRA**

**Demandado: LOTERÍA DEL CHOCÓ**

FELINA MORENO ARRIAGA y CRIYEN MARIZA PEREA CONTO, en ejercicio de la acción de tutela, solicitan la *suspensión* de la decisión de retiro del servicio que ordenó la Lotería del Chocó, como mecanismo transitorio, por considerar que con su desvinculación se vulneran los derechos fundamentales al trabajo, a la igualdad, y a la asistencia y protección de la mujer en estado de embarazo, situación esta última sobre la cual la entidad se encontraba debidamente enterada.

**EL FALLO APELADO**

El Tribunal Administrativo del Chocó accedió a las pretensiones de la acción, y ordenó el reintegro de las peticionarias, expresando que debían ejercer la acción contencioso administrativa dentro del término legal.

Para tomar esta decisión, el Tribunal se fundamentó en el fallo de esta Corporación del día 18 de marzo de 1996, Sección Segunda, Expediente No. AC - 3386 (fls. 118 y 151).

Estima el Tribunal que las accionantes se hallan en... situación de protección a la maternidad y a la lactancia, porque dejar sin trabajo a una mujer embarazada, no sólo conlleva la desprotección para ella, sino que se constituye en una situación de peligro de quien está por nacer, con los riesgos de carácter

emocional, físicos, económicos y de asistencia médica, y por consiguiente, de esta manera surge el perjuicio irremediable tanto para la madre como para su hijo.

Expresa el Tribunal que a la accionante no se le ordenó el reconocimiento de los sueldos dejados de percibir, ni indemnización alguna, porque esa decisión debe tomarse en el fallo que se instaure en la acción contenciosa (fls. 152 y 153).

## **EL RECURSO**

La Lotería del Chocó interpuso contra el anterior fallo el recurso de apelación, por estimar que el retiro del servicio de las accionantes por supresión de sus cargos tuvo como fin la modernización de la entidad para lograr la eficiencia, la eficacia y la ejecución transparente, porque dicho ente se había burocratizado, lo cual le generaba más gastos y pérdidas.

Expresa el Gerente que conforme al Decreto ley 3074 de 1968, la desvinculación por supresión del cargo constituye una justa causa para retirar del servicio a un funcionario, que es diferente a la causal de retiro del servicio por declaración de insubsistencia del nombramiento.

El impugnante señala que la acción de tutela es improcedente porque no existe perjuicio irremediable, ya que la institución ha reconocido a las demandantes la asistencia médica y las prestaciones económicas a que tienen derecho, y además existe otro medio de defensa judicial.

Agrega el impugnante que como la señora Felina Moreno Arriaga no se encuentra ahora en estado de embarazo, no entiende la protección concedida, porque ya cesaron las causas objeto de la tutela (fl. 159).

## **CONSIDERACIONES**

En esencia, las accionantes acuden en ejercicio de la acción de tutela, con base en que les han sido vulnerados sus derechos fundamentales al trabajo, a la igualdad y a la asistencia y protección de la mujer en estado de embarazo, situación ésta última conocida oportunamente por la entidad, motivo por el cual solicitan la suspensión de la orden de retiro del servicio, como mecanismo transitorio.

La Sala estima que en el presente caso la acción de tutela planteada como mecanismo transitorio, encuentra su fundamento en que con ella se puede evitar un perjuicio irremediable, tanto a las madres, como a sus hijos, respecto de sus derechos fundamentales, tales como el de la vida, la salud, el trabajo, y el de protección a la mujer en estado de embarazo.

En efecto, el establecimiento público "Lotería del Chocó" tenía pleno conocimiento de que las funcionarias se encontraban en estado de embarazo, de acuerdo con las certificaciones visibles a folios 110 y 116, suscritas por el Jefe de Area de Recursos Humanos de la Lotería del Chocó, y del médico Coordinador de la Caja Departamental de la Seguridad Social del mismo Departamento, documentos que no desconoció la entidad demandada en el curso del proceso. (fls. 122 a 124).

A pesar de lo anterior, la Lotería del Chocó, procedió a su desvinculación mediante oficio, y sin motivar la decisión, contraviniendo la ley que ampara a la maternidad y las etapas del parto y post - parto.

No queda ninguna duda de que la desvinculación laboral de las accionantes conlleva un grave riesgo tanto para la madre como para el hijo que está por nacer, desde el punto de vista emocional, físico y económico, como se dijo en fallo de 26 de enero de 1995, AC - 2382, con ponencia de la Dra. Clara Forero de Castro. Textualmente se expresó lo siguiente:

“Obviamente, dejar sin trabajo a una mujer embarazada no sólo implica desprotegerla a ella, sino grave riesgo para el hijo que está por nacer, probablemente colocado en situación de peligro si cuando nazca, su madre no está en condiciones emocionales, física y económicas aceptables como las que proporcionan un ingreso salarial y la asistencia médica a que tiene derecho la empleada. Con mayor razón si —ocurre en este caso— todo indica que la señora Hurtado Restrepo es cabeza de familia y debe responder sola por la vida y el bienestar de su hijo”. (Fl. 93).

Igualmente, en fallo de 18 de marzo de 1996, esta Corporación, con ponencia del Dr. Julio E. Correa, dijo al respecto:

“Ahora bien, para que proceda la acción de tutela ejercida como mecanismo transitorio se requiere la demostración de que trata de evitar un perjuicio irremediable, en el caso *sub judice* el perjuicio es continuo porque quedan desprotegidos tanto el hijo que está por nacer como el lactante...”.

“Se observa que en el presente caso, se da una situación análoga a la decidida en el caso transcrito. Por consiguiente, para la Sala sí se da el perjuicio irremediable, tanto contra el hijo que está por nacer como para el lactante de las señoras JULIA ELIZABETH PACHECO RENTERIA y LEONOR AMPARO HURTADO CUESTA, y por ello se concederá la tutela interpuesta como mecanismo transitorio, mientras se decide la acción ordinaria y en consecuencia, se revocará el fallo impugnado y se accederá a las solicitudes”.

La acción de tutela está concebida para dar solución a situaciones creadas por actos u omisiones que implican transgresión o la amenaza de un derecho fundamental, y ella se instauró en el presente caso en forma oportuna cuando la entidad vulneró la protección a la maternidad de las accionantes y en el momento en que la amenaza al derecho fundamental aún no se había consumado.

Por este último motivo, no le asiste razón a la entidad demandada cuando manifiesta que como una de las accionantes ya no se encuentra en estado de embarazo, carece de todo sustento la prosperidad de las peticiones.

Por consiguiente, se concluye que como la acción de tutela fue consagrada como un instrumento idóneo por naturaleza para asegurar y garantizar los derechos constitucionales fundamentales frente a los agravios que eventualmente las autoridades públicas o los particulares les infieran, como quedó demostrado en el proceso, se estima que les asiste razón a las accionantes, con las limitaciones y obligaciones señaladas cuando se ejercita la acción de tutela como medida transitoria.

En efecto, como los actos de retiro del servicio de los empleados públicos deben ser juzgados en el proceso que se adelante con ocasión del ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y ajenos por lo tanto a toda decisión en desarrollo de la acción de tutela, la Sala considera que la medida solicitada sólo puede

conferirse hasta suspender la aplicación del acto de separación del servicio, para lo cual se confirmará la orden de reintegro, mientras se decide la acción ordinaria laboral, conforme lo preceptúa el inciso 5o. del artículo 8o. del Decreto 2591 de 1991.

Por consiguiente, deberá confirmarse el fallo apelado conforme a las anteriores consideraciones.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**FALLA:**

CONFIRMASE la providencia del día 19 de abril de 1996 proferida por el Tribunal Administrativo del Chocó, con ocasión de la acción de tutela interpuesta por Felina Moreno Arriaga y Criyen María Perea Conto.

Notifíquese en legal forma a las partes.

Envíese copia de esta providencia al Tribunal Administrativo del Chocó.

Dentro del término legal, remítase a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Cópiese y notifíquese.

Discutida y aprobada en sesión celebrada el día 20 de junio de 1996.

*Clara Forero de Castro, Joaquín Barreto Ruiz, Javier Díaz Bueno, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas, ausente.*

*Mercedes Tovar de Herrán, Secretaria General.*

**NOTA RE RELATORIA:** Se reiteran las providencias de enero 26 / 95; Exp. AC - 2382, Ponente: Dra. CLARA FORERO DE CASTRO, y de 18 de marzo de 1996, Ponente: Dr. JULIO ENRIQUE CORREA RESTREPO.