

ACCION DE TUTELA COMO MECANISMO TRANSITORIO - Efectos en el tiempo cuando se disponga de otro medio de defensa / PERJUICIO IRREMEDIABLE - Configuración / PROTECCIÓN DE LA MUJER EMBARAZADA - Protección de los Derechos fundamentales de los niños

No obstante lo anterior, los mismos citados artículos 86 de la Constitución y 6º, numeral 1, del Decreto 2591 de 1991, consagran como excepción a la mencionada causal de improcedencia, el hecho de que la acción “se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”, caso en el cual los términos en que están concebidas las disposiciones citadas implican que el efecto de la acción de tutela “permanecerá vigente durante el tiempo que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado”, quien “en todo caso” deberá ejercer dicha acción en un término máximo de cuatro meses a partir del fallo de tutela, hasta el punto de que “si no la instaura, cesarán los efectos de éste”, como lo indica también expresamente el artículo 8º del decreto 2591 de 1991. Para la Sala, las situaciones comprobadas de embarazo de la accionante y su desvinculación del cargo, por sí solas configuran el perjuicio irremediable que prevén la Constitución y la ley para la procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio, a pesar de existir otro medio de defensa judicial, dada la gravedad y actualidad del perjuicio y la impostergabilidad de la protección, no sólo para la madre sino especialmente para el hijo que está por nacer.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejero ponente: JUAN ALBERTO POLO FIGUEROA

Santa Fe de Bogotá, D.C., dieciséis de septiembre de mil novecientos noventa y nueve

Radicación número: AC-8166

Actor: ALEXIS JUDITH BARRAZA LAZARO

Demandado: ALCALDE MUNICIPAL DE BARANOA -ATLANTICO -

Procede la Sala a resolver la impugnación interpuesta por el apoderado del Municipio de Baranoa contra el fallo de 3 de junio del año en curso, proferido por el Tribunal Administrativo del Atlántico, mediante el cual accedió a tutelar los derechos a la seguridad social y del niño a la accionante.

I.- ANTECEDENTES

La señora ALEXIS JUDITH BARRAZA LAZARO acudió en acción de tutela ante el Tribunal Administrativo del Atlántico y contra el Alcalde Municipal de Baranoa, por la presunta violación de los derechos constitucionales fundamentales consagrados en los artículos 1, 2, 11, 13, 25, 44, 48 y 50 de la Constitución Política, con fundamento en:

1.- Hechos

Se encontraba vinculada en el cargo de Auxiliar Administrativo en el Municipio de Baranoa, inscrita en la carrera administrativa mediante la resolución 459 del 20 de septiembre de 1.995.

Por resolución 333 del 4 de noviembre de 1.998 la Administración de Baranoa suprimió el cargo que venía desempeñando; y una vez fue notificada de tal decisión manifestó acogerse al reintegro, por lo cual debía esperar el lapso de seis (6) meses para que la Administración dispusiera lo pertinente.

El día 18 de noviembre de 1.998 comunicó a la Administración Municipal que se encontraba en estado de embarazo, aportando la correspondiente prueba. Por ello la Administración debió tener en cuenta tal situación para garantizarle el derecho a la vida a ella como madre y al menor, así como la seguridad social, pues desde el momento de su retiro se suspendió la cotización ante la entidad promotora de salud, Saludcoop, al cual se encontraba afiliada.

Han transcurrido más de seis meses desde su retiro y sin embargo no se le ha reincorporado a su trabajo, ni se le ha reconocido la indemnización, con violación de sus derechos fundamentales.

Si bien la ley le otorga otros medios para exigir el pago de sus cesantías o de la indemnización, así como para impugnar mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho el acto administrativo que vulnera sus derechos, acude a la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, teniendo presente su estado de embarazo y que carece de un sistema de seguridad social por haber sido desvinculada de su trabajo.

2. Peticiones

La accionante solicita que se le conceda protección de sus derechos fundamentales a la vida, del derecho del niño que está por nacer, así como a la seguridad social y a la salud, para evitar un perjuicio irremediable.

II. ACTUACION

Admitida la solicitud de tutela se solicitó al Alcalde Baranoa el envío de los antecedentes administrativos relacionados con la acción intentada.

En respuesta, el referido funcionario adujo que al suprimir el cargo de la accionante no podía considerar la situación de embarazo de la accionante, toda vez que ésta le fue comunicada catorce (14) días después, siendo que el artículo 62 de la ley 443 de 1.998 establece el deber de la empleada de dar aviso oportuno al nominador.

Mediante resolución 139 del 29 de abril de 1.999, debidamente notificado y sobre el cual la accionante guarda silencio, le negó unas pretensiones similares, con fundamento en la norma que antecede.

La accionante, al ser separada del régimen contributivo de salud debió gestionar ser recategorizada en el Sistema de Selección de Beneficiarios SISBEN y acceder al régimen subsidiado de salud.

Finalmente, por resolución número 168 de 24 de mayo de 1.999 la Alcaldía ordenó el pago de la indemnización por supresión del cargo de la señora BARRAZA LAZARO.

EL FALLO IMPUGNADO

El Tribunal de primera instancia, después de reseñar el contenido de la solicitud de tutela y la respuesta dada por el Alcalde Baranoa; de reflexionar sobre el carácter subsidiario y residual de la acción de tutela; y de invocar directrices jurisprudenciales de la Corte Constitucional sobre la procedencia de la acción de tutela sobre la protección a la maternidad, accedió a amparar los derechos fundamentales a la seguridad social y del niño por nacer, hasta tanto la autoridad judicial decida de fondo sobre la acción instaurada por la accionante, pues de no hacerlo cesarían los efectos del fallo.

Tal protección comprende la atención médica y hospitalaria que ella y el niño por nacer requieran “desde cuando se notifique esta proviudencia hasta cuatro meses después del parto”.

III.- FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACION

En el escrito de impugnación, el apoderado del Municipio de Baranoa reitera sus planteamientos en el sentido de que la accionante desde el momento de su retiro dejó de ser empleada del Municipio de Baranoa, y por lo tanto desapareció la obligación del Municipio de pagarle la seguridad social; que en caso de supresión de un empleo de carrera administrativa el funcionario desvinculado tiene la opción de ser incorporado en empleos equivalentes o a recibir la indemnización que establezca el Gobierno Nacional, incorporación que está sujeta a reglas y que de no ser posible el empleado solo tendrá derecho al reconocimiento y pago de la indemnización; que la accionante informó de su estado de embarazo con posterioridad a la supresión del cargo y ese conocimiento previo del nominador era necesario; y , finalmente, que a la accionante, si algún derecho le asiste, es el de accionar ante la justicia administrativa mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

IV.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

Estudiada la impugnación y cotejado su contenido con la demanda, el acervo probatorio y el fallo de primera instancia, como lo ordena el artículo 32 del decreto 2591 de 1991, la Sala confirmará la decisión impugnada con fundamento en las siguientes razones:

1.- De conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Ello entraña, en términos procesales, que uno de los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela está constituido por la condición

de que *“el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial”*, lo cual equivale, a su vez, a que una causal de improcedencia de la acción es la *“existencia de otros recursos o medios de defensa judiciales”*, como lo precisa el numeral 1 del artículo 6º del decreto 2591 de 1991.

No obstante lo anterior, los mismos citados artículos 86 de la Constitución y 6º, numeral 1, del Decreto 2591 de 1991, consagran como excepción a la mencionada causal de improcedencia, el hecho de que la acción *“se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”*, caso en el cual los términos en que están concebidas las disposiciones citadas implican que el efecto de la acción de tutela *“permanecerá vigente durante el tiempo que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado”*, quien *“en todo caso”* deberá ejercer dicha acción en un término máximo de cuatro meses a partir del fallo de tutela, hasta el punto de que *“si no la instaura, cesarán los efectos de éste”*, como lo indica también expresamente el artículo 8º del decreto 2591 de 1991.

2. En el caso bajo examen la propia accionante reconoce que cuenta con otros medios judiciales de defensa y que tiene o ha tenido a su disposición la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto administrativo que vulnera sus derechos, lo cual haría improcedente la acción de tutela de acuerdo con los principios constitucionales y legales enunciados.

Empero, la accionante ha manifestado que ejerce la acción como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable en la medida de que afirma que está embarazada y no cuenta con la seguridad social en salud que ella y el niño que está por nacer requieren, por efectos del desempleo.

Para la Sala, las situaciones comprobadas de embarazo de la accionante y su desvinculación del cargo, por sí solas configuran el perjuicio irremediable que prevén la Constitución y la ley para la procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio, a pesar de existir otro medio de defensa judicial, dada la gravedad y actualidad del perjuicio y la impostergabilidad de la protección, no sólo para la madre sino especialmente para el hijo que está por nacer.

Aceptada bajo este supuesto la procedencia de la acción de tutela, desde el punto de vista del fondo del asunto para la Sala es suficiente considerar que, en virtud de lo previsto en los artículos 43 y 44 de la Constitución Política que consagran la especial protección de la mujer embarazada por parte del Estado y los derechos fundamentales de los niños, entre ellos el derecho a la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, los cuales *“prevalecen sobre los derechos de los demás”*, la conducta de la Alcaldía de Baranoa de abstenerse, una vez conocido el estado de embarazo de la accionante, de reincorporarla de manera prioritaria en un cargo equivalente al que fue suprimido, que era la opción escogida por ella, atenta gravemente contra los mencionados derechos, por lo cual debe procederse a su protección, aunque como mecanismo transitorio y como medida preventiva e inmediata, en la forma como lo determinó el a quo y que, según se desprende de la conducta procesal de la accionante y del objeto de su petición, ella acepta.

En consecuencia, debe procederse a confirmar el fallo de primera instancia, como en efecto se dispondrá.

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

FALLA:

CONFIRMASE el fallo impugnado de 3 de junio de 1.999, proferido por el Tribunal Administrativo del Atlántico.

Dentro de los diez (19) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, envíese el expediente a la Corte Constitucional, para su eventual revisión.

Expídase y envíese al Tribunal Administrativo del Atlántico, copia de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha 16 de septiembre de 1999.

JUAN ALBERTO POLO FIGUEROA OLGA INES NAVARRETE BARRERO

Presidente

MANUEL S. URUETA AYOLA