

**ACCION DE TUTELA - Protección a la maternidad y al recién nacido /
PROTECCION A LA MATERNIDAD / PROTECCION AL RECIEN NACIDO /
SUSPENSION PROVISIONAL DEL CARGO - Prima especial / DERECHO A LA
LICENCIA DE MATERNIDAD - Pago / DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL -
Obligación de pagar derechos por licencia de maternidad**

Probado está que durante el disfrute de la licencia de maternidad, la accionante fue suspendida de su cargo con fundamento en la Ley 200 de 1995, en virtud de la Resolución 00838 de abril 29 de 1999, por lo que, en principio, la administración se atuvo al precepto legal que señaló como supuesto de la suspensión. Lo anterior, sin embargo, no podía afectar el derecho a la licencia de maternidad que había sido otorgada con anterioridad y cuya finalidad, en este caso, debe primar sobre consideraciones de otro orden. En razón de lo expuesto se revocará la providencia impugnada, pues el medio judicial del que puede hacer uso la interesada no resulta eficaz, para en su lugar tutelar los derechos fundamentales de la actora, en especial, los atinentes a la protección a la maternidad y al menor recién nacido, para lo cual se ordenará al Ministerio del Trabajo, respetar el lapso de la licencia de maternidad otorgado a la actora y, en consecuencia, hacer efectiva la suspensión provisional de su cargo de Inspectora de la Dirección Regional del Trabajo y Seguridad Social, sólo al vencimiento de dicha licencia por maternidad, con lo que, la Empresa Prestadora de Salud a la que se encuentra afiliada, deberá cumplir a cabalidad en el pago de lo que a la actora le corresponde en virtud de la licencia por maternidad y con la atención médica a la madre y al recién nacido, pues la razón para la suspensión del cargo no puede afectar los derechos y beneficios derivados de la prestación social generada por el hecho natural de la maternidad.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejera ponente: OLGA INES NAVARRETE BARRERO

Santa Fe de Bogotá D.C., siete de octubre de mil novecientos noventa y nueve

Radicación número: AC-8535

Actor: ISABEL MARIA PERTUZ MERCADO

Demandado: MINISTRO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

Procede la Sala a decidir la impugnación presentada por la accionante respecto de la providencia de fecha de primero de junio del presente año, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, mediante la cual se negó la acción de tutela impetrada.

I.- ANTECEDENTES

La ciudadana **ISABEL MARIA PERTUZ MERCADO**, interpuso acción de tutela contra el **MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL**. Los hechos que fundamentan la acción de tutela interpuesta por la accionante, se resumen en los siguientes (Fls 1 a 3):

a. El **MINISTRO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL**, mediante Resolución N°00838 de 29 de abril de 1.999, ordenó, en su artículo primero, suspender provisionalmente por el término de tres meses a la actora **ISABEL MARIA PERTUZ MERCADO**, en el ejercicio del cargo de Inspectora de la Dirección Regional de Trabajo y Seguridad Social del Atlántico, sin derecho a remuneración.

b.- Según se manifiesta en el acto administrativo antes citado, la determinación de suspender provisionalmente a la actora se tomó a partir de la investigación disciplinaria que ordenó el Ministerio contra 18 funcionarios por presuntas irregularidades presentadas en el ejercicio de sus funciones, originada en denuncia formulada en un escrito anónimo de fecha 28 de julio de 1.998.

c.- Mediante Resolución N° 021 de 30 de marzo de 1.999, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social le autorizó licencia de maternidad por el término de ochenta y cuatro (84) días, comprendidos del 23 de marzo de 1.999 al 14 de junio del presente año, de conformidad con el certificado de incapacidad expedido por la Caja Nacional de Previsión, Servicio Médico.

d.- Considera la actora que el autor de la amenaza o del agravio es el Ministro de Trabajo y Seguridad Social, el cual vulnera los derechos consagrados en los artículos 13, 15, 21, 23 , 25, 28, 21, 31, 32, 43, 44, 49 y 50 de la Constitución Política; 239 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 35 de la ley 50 del 1.990 ; y demás normas que señalan especial protección a la maternidad.

II.- FALLO IMPUGNADO

El Tribunal Administrativo del Atlántico, mediante el fallo impugnado, denegó la solicitud de tutela formulada por la accionante, argumentando lo siguiente (fls 119 a 124):

a.- El artículo 86 de la Constitución Política consagra: “ *Toda persona tendrá acción de tutela, para reclamar acción ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por si misma por quien actué en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quieran que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública. La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actué o se abstenga de hacerlo. El fallo que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso este lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable*”.

De conformidad con el precepto constitucional transcrito, sólo se podrá recurrir a la tutela en la medida en que se carezca de otro medio de defensa judicial; la naturaleza de la tutela es, entonces, esencialmente residual, por lo mismo, sería erróneo mirarla como una herramienta más. Excepcionalmente, se ofrece como mecanismo alternativo a otra vía judicial, entrando a operar con un linaje esencialmente temporario o transitorio cuyo fundamento teleológico se encuentra en la necesidad de impedir la realización de un perjuicio irremediable.

b.- Mediante oficio 132 del 8 de abril de 1.999, el Jefe de Unidad Especializada en Delitos contra la Administración Pública, solicitó la suspensión del cargo de algunos funcionarios del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, entre otros, de la accionante.

c.- Tal solicitud se fundamentó en la necesidad de facilitar el desarrollo de la investigación y propender su culminación objetiva y libre de cualquier interferencia. Dentro de las consideraciones efectuadas por el Tribunal Administrativo del Atlántico se estimó procedente analizar la situación descrita a la luz del artículo tercero del Decreto 306 de 1.992 el cual establece: “*De cuando no existe amenaza de un derecho constitucional fundamental. Se entenderá que no se encuentra amenazado un derecho constitucional fundamental por el sólo hecho que se abra o adelante una investigación o averiguación administrativa por la autoridad competente con sujeción al procedimiento correspondiente regulado por la ley*”.

d. Con apoyo en el precepto en cita, el Tribunal Administrativo del Atlántico estimó que en momento el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social pretendió vulnerar algún derecho fundamental; entendió que el objetivo de la suspensión provisional fue facilitar la investigación disciplinaria en la cual se encuentra involucrada la accionante, acusada de la supuesta comisión de delitos y no, suspenderla con ocasión de su estado, es decir de la licencia de maternidad de que goza en estos momentos. Consideró el Tribunal que si bien, esta medida no es la mas acertada en la condición de la actora, se debe tener en cuenta que la misma no impide que se siga con la investigación dispuesta por el funcionario competente; no se le está retirando del cargo, simplemente se esta suspendiendo por un término de (3) tres meses.

Así pues, en consideración del Tribunal Administrativo del Atlántico, la actora cuenta con otro mecanismo de defensa judicial cual es impetrar ante la jurisdicción contenciosa la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 85 C.C.A., para lograr la materialización de sus derechos.

III.- FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACION

Mediante escrito presentado el 18 de julio de 1.999, la actora impugnó la decisión proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, con fundamento en los siguientes argumentos (Fls 128 a 129):

a.- El artículo 86, inciso 2º, de la Constitución Nacional contempla la impugnación como un derecho; las partes que intervienen en el proceso, si la decisión adoptada no es favorable o no satisface al tutelante, acudirán al superior de quien dictó la providencia, en solicitud de nuevo estudio del caso.

b.- La Resolución 0038 de abril 29 de 1.999, emitida por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, que ordena en su artículo 1º “suspender provisionalmente en el ejercicio del cargo por el término de (3) meses a los funcionarios ISABEL MARIA PERTUZ MERCADO y otros”, viola en todas sus partes el derecho al trabajo, al debido proceso y de defensa, ya que, contra la misma no procede recurso alguno. (artículo 115, Ley 200 de 1.995).

c.- Con relación al artículo 3º del Decreto 306 de 1.992, mencionado por el Tribunal en la providencia impugnada, la actora considera que no resulta aplicable en el presente caso puesto que no se trata aquí de una simple investigación administrativa iniciada por la autoridad competente; se aplicó una drástica sanción como fue la suspensión del vínculo contractual, no obstante su estado de embarazo y la negativa al pago de sus salarios, principal contraprestación del contrato de trabajo, como único medio de supervivencia para ella y su hijo.

d. Por último, reitera que la Caja de Previsión a la cual pertenece "CAJANAL", le cortó, abruptamente, el pago de sus salarios y prestaciones, entre ellas, la licencia de maternidad violando una protección contemplada en el artículo 239 del Código Laboral.

IV.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para la Sala el fallo impugnado debe revocarse de conformidad con los siguientes argumentos:

1.- Si bien es cierto que, tanto en virtud de la prerrogativa señalada en la Ley 200 de 1.995 como de la orden emitida mediante oficio 132 de abril 8 de 1.999 de la Unidad Especializada de Delitos contra la Administración Pública, solicitaron, simultáneamente, la suspensión de la accionante del cargo de Inspectora Nacional de Trabajo que venía desempeñando en la Dirección Regional del Trabajo y Seguridad Social del Atlántico, y que dicha solicitud se cumplió a través de la Resolución 00838 de abril 29 de 1.999, no es menos cierto que la filosofía de la figura de la suspensión del cargo, para efectos de investigación disciplinaria o penal, no puede desconocer la protección constitucional que se debe a la mujer en el especial estado posterior al alumbramiento y que, de paso, protege al recién nacido.

2.- En efecto, si a consecuencia de la suspensión en el cargo la accionante se ha visto privada del pago de lo que le corresponde por concepto de licencia de maternidad, se está desconociendo de manera flagrante la protección de la maternidad, pues el adelantamiento de investigaciones en contra de la interesada no autoriza a la entidad prestadora de salud, a la que se encuentra afiliada y que no fué vinculada a la presente actuación, para que se abstenga de

cancelar lo que le corresponde, en virtud de la licencia de maternidad concedida entre el día 23 de marzo de 1.999 y el 14 de junio del mismo año, por el Ministerio del Trabajo y Seguridad Social - Dirección Regional del Atlántico - mediante Resolución 021 de marzo 30 de 1.999 (Fol 5).

3.- Probado está que durante el disfrute de la licencia de maternidad, la accionante fue suspendida de su cargo con fundamento en la Ley 200 de 1.995, en virtud de la Resolución 00838 de abril 29 de 1.999, por lo que, en principio, la administración se atuvo al precepto legal que señaló como supuesto de la suspensión.

4.- Lo anterior, sin embargo, no podía afectar el derecho a la licencia de maternidad que había sido otorgada con anterioridad y cuya finalidad, en este caso, debe primar sobre consideraciones de otro orden.

En razón de lo expuesto se revocará la providencia impugnada, pues el medio judicial del que puede hacer uso la interesada no resulta eficaz, para en su lugar tutelar los derechos fundamentales de la actora, en especial, los atinentes a la protección a la maternidad y al menor recién nacido, para lo cual se ordenará al Ministerio del Trabajo, respetar el lapso de la licencia de maternidad otorgado a la actora y, en consecuencia, hacer efectiva la suspensión provisional de su cargo de Inspectora de la Dirección Regional del Trabajo y Seguridad Social, sólo al vencimiento de dicha licencia por maternidad, con lo que, la Empresa Prestadora de Salud a la que se encuentra afiliada, deberá cumplir a cabalidad en el pago de lo que a la actora le corresponde en virtud de la licencia por maternidad y con la atención médica a la madre y al recién nacido, pues la razón para la suspensión del cargo no puede afectar los derechos y beneficios derivados de la prestación social generada por el hecho natural de la maternidad.

No se accederá, en cambio, a la solicitud de dejar sin efecto la Resolución 00838 de abril 29 de 1.999 por medio de la cual el Ministerio del Trabajo suspendió, provisionalmente, a la actora en el ejercicio del cargo por el término de tres meses, pues tal decisión corresponde a una prerrogativa de orden legal y tiende a facilitar las investigaciones penales y disciplinarias.

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

FALLA

PRIMERO: REVOCASE el fallo de 1 de junio de 1.999, proferido por el Tribunal Administrativo del Atlántico y en su lugar se dispone:

a.). Tutélese los derechos de la protección a la maternidad y al recién nacido.

b.) Para la efectividad de lo dispuesto, se ordena al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social que la suspensión provisional prevista en la Resolución 00838 de abril 29 de 1.999 no puede interrumpir los beneficios y derechos relativos a la licencia por maternidad, autorizados mediante Resolución 021 de marzo 30 de 1.999 de la Dirección Regional del Atlántico y que las decisiones que ordenan la suspensión de la actora se deberán hacer efectivas solo al vencimiento del término de la incapacidad por maternidad.

COPIESE,NOTIFIQUESE, COMUNÍQUESE Y CUMPLASE

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala de la Sección Primera, en su sesión de siete de octubre de mil novecientos noventa y nueve.

JUAN ALBERTO POLO FIGUEROA

Presidente

OLGA INÉS NAVARRETE BARRERO

MANUEL S. URUETA AYOLA