

DERECHOS DE LA MUJER EMBARAZADA - Estabilidad laboral reforzada / DERECHO A LA IGUALDAD / DERECHO AL TRABAJO / DERECHO AL MINIMO VITAL / PROTECCION INTEGRAL A LA FAMILIA

La Corte Constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre los derechos de la mujer en estado de embarazo y ha concluido que ésta ha sido considerada por la Constitución como una categoría social que, por su especial situación, es acreedora de una particular protección por parte del Estado en efecto, en la Carta Fundamental se consagran, entre otros, los derechos de la mujer a tener el número de hijos que considere adecuado, a no ser discriminada por su estado de embarazo, a recibir algunos derechos o prestaciones especiales, mientras se encuentre en tal estado, y al amparo mínimo vital durante el embarazo, a recibir algunos derechos o prestaciones especiales, mientras se encuentre en tal estado, y al amparo de su mínimo vital durante el embarazo y después del parto (artículos 1, 11, 13, 16, 42, 43 y 53 de la Constitución política). Además, la protección especial a la mujer embarazada tiene sustento en la protección integral a la familia (artículos 42 C.P.). Adicionalmente, ha expresado la Corte que la igualdad entre los sexos no sería real y efectiva si no se protegiera especialmente la maternidad, ya que la mujer no podría elegir libremente ser madre, debido a las consecuencias adversas que dicha decisión podría tener sobre su situación social y laboral. Esta protección se extiende al punto que el nasciturus recibe también amparo jurídico del ordenamiento, lo que permite concluir, además, que la Constitución también tutela a la madre (artículo 43 C.P.), no sólo para garantizar la igualdad ante los sexos, sino para proteger los derechos de los niños, que prevalecen sobre los demás (artículo 44 C.P.), permitiendo que gocen de buen cuidado y alimentación. De esta manera, resulta obvia la protección a la familia, ya que si la mujer embarazada o la que acaba de tener su hijo no recibiera un apoyo específico, los lazos familiares podrían afectarse gravemente. Por otra parte, ha expresado la Corte que, si bien, en general, los derechos de la mujer embarazada son de naturaleza programática, cuyo desarrollo corresponde al legislador, algunos de ellos tienen el carácter de derechos fundamentales. Así, por ejemplo, se ha indicado que el derecho a recibir el pago oportuno de la remuneración o del subsidio alimentario, cuando ello tiende a la satisfacción del mínimo vital de la mujer embarazada, constituye un derecho constitucional fundamental. También ha dicho la jurisprudencia constitucional que existe una mayor fuerza normativa de los principios constitucionales del trabajo cuando se trata de mujeres embarazadas, esto es, que la mujer embarazada tiene derecho a una estabilidad laboral reforzada, que surge del derecho a no ser discriminada en razón del embarazo. Este último, por lo demás, se deriva del derecho fundamental a la igualdad, razón por la cual se ha sostenido que el derecho a una estabilidad laboral reforzada es de naturaleza fundamental.

NOTA DE RELATORIA: Reiteración Sentencia Corte Constitucional T - 373 / 98, C - 470 / 97, C - 694 / 96.

DERECHO DE LA MUJER EMBARAZADA - Existencia de otro mecanismo como defensa judicial / TUTELA COMO MECANISMO TRANSITORIO / TUTELA DE MUJER EMBARAZADA - Casos en que procede

Respecto de casos en que se produce la desvinculación de una mujer embarazada de un determinado cargo o empleo público o privado, la Corte Constitucional ha aceptado recientemente la procedencia de la tutela en dos eventos: en primer lugar, cuando se trata de proteger el mínimo vital de la futura madre o del recién nacido; en segundo lugar, cuando la cuestión debatida sea puramente constitucional, siempre que resulte flagrante la arbitraria transgresión de las normas que le otorgan a la mujer una especial protección y que se

produzca un daño considerable. En el presente caso, la discusión se plantea en torno al derecho a ser indemnizada que le asiste a la mujer embarazada que ocupa un cargo de carrera administrativa que ha sido suprimido de la planta de personal, y opta por no reintegrarse a un cargo equivalente. Y concretamente se plantea la discusión en torno al contenido de dicha indemnización, que se produce con ocasión del retiro del servicio de la respectiva funcionaria. Plantea, en efecto, la actora, que tal indemnización debe tener algunos rubros adicionales, entre ellos los salarios dejados de percibir durante el período comprendido entre su retiro y la fecha del parto, el pago de la licencia de maternidad y el pago de las cotizaciones a la entidad promotora de salud a la que se encontraba afiliada antes de su retiro. Dado que la discusión sobre el contenido de la indemnización aludida hace referencia a prestaciones que cubren el período de gestación y los tres meses posteriores al parto, resulta evidente que si efectivamente se llegare a concluir que los derechos fundamentales de la actora están siendo vulnerados o amenazados, los mismos requerirán de una protección inmediata, lo que - puede decirse con certeza - no se logrará si aquélla recurre a los mecanismos ordinarios de protección judicial, que seguramente sólo tendrían eficacia con posterioridad al nacimiento del niño y aun después de los tres meses siguientes a éste, cuando la protección resulte inocua. Por estas razones, la Sala considera que, en el presente caso, la acción de tutela resulta procedente, para evitar un perjuicio irremediable, mientras la autoridad competente decide de fondo sobre la acción que deberá instaurar la afectada.

NOTA DE RELATORIA: Reitera Sentencia Corte Constitucional T - 501 de 1992.

SUPRESION DE CARGO DE CARRERA - indemnizaciones de la mujer embarazada / PROTECCION A LA MATERNIDAD - Indemnización básica e indemnización por maternidad

Por el contrario, claramente se puede concluir que tal diferenciación sería improcedente, si se tiene en cuenta que la Corte en sentencia C - 199 de 1999 (Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes), refiriéndose a las tres hipótesis previstas por la norma, (artículo 62 ley 443 de 1998), es enfática en afirmar que no se justificaba dar un trato diverso a cada una de ellas, ya que, si bien consagran situaciones administrativas distintas, la protección se explica exclusivamente por una condición que es común a todas, el estado de embarazo de la funcionaria involucrada. Por esta razón, concluye que para la tercera hipótesis se consagra un tratamiento discriminatorio, que resuelve condicionando la constitucionalidad de la norma acusada. Este tratamiento se hace más evidente, como lo observa la misma Corporación, si se advierte que en la situación administrativa que se regula en el tercer inciso, se trata de una mujer que, a diferencia de aquellas que se encuentran en las situaciones previstas en los dos primeros, goza de derechos de carrera y no ha dado lugar a su retiro del servicio por calificación insatisfactoria. Tanto la mujer que opta por la indemnización como la que opta por ser incorporada a un cargo equivalente, cuando éste no existe, resultan retiradas del servicio. La necesidad de protección reforzada de la maternidad encuentra, entonces, idéntica finalidad en ambos casos. La indemnización básica a que tiene derecho la señora Toro Patiño debe comprender la respectiva compensación por los salarios dejados de percibir entre la fecha de retiro del servicio y la verificación del parto, y el pago mensual, a la correspondiente entidad promotora de salud, de la parte de la cotización al Sistema General de Seguridad Social en Salud que corresponde a la Contraloría Departamental en los términos de la ley, durante toda la etapa de gestación y los tres meses posteriores al parto, Por otra parte, a título de indemnización por maternidad, deberá pagarse a la actora el valor de las doce (12) semanas de descanso remunerado a que se tiene derecho como licencia de maternidad.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION TERCERA

Consejero ponente: ALIER EDUARDO HERNANDEZ ENRIQUEZ

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

Radicación número: AC-8564

Actor: LEYVY ENID TORO PATIÑO

Demandado: CONTRALOR DEPARTAMENTAL

Se resuelve la impugnación presentada por el Contralor Departamental del Cauca contra la providencia del 23 de agosto de 1999, proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, dentro del proceso de tutela de la referencia, mediante la cual se tutelaron los derechos a la maternidad y a la seguridad social de la actora.

I. ANTECEDENTES

1. La señora LEYVY ENID TORO PATIÑO formuló acción de tutela ante el Tribunal Administrativo del Cauca, solicitando que se ordenara al Contralor Departamental proceder al pago inmediato de los siguientes rubros, a fin de garantizar la protección de sus derechos a la igualdad, a la familia y los derechos de su hijo que está por nacer (folios 1 a 4):

- a. Salarios dejados de percibir durante el período comprendido entre la fecha de su retiro de la Contraloría Departamental del Cauca y la fecha del parto.
- b. Indemnización por maternidad, correspondiente a doce semanas de descanso remunerado.
- c. Multa de sesenta días de salario, por retiro del servicio en estado de embarazo.

d. Cotización mensual a COOMEVA, entidad promotora de salud a la que se encontraba afiliada en el momento de su despido de la entidad, correspondiente al sistema general de seguridad social en salud, durante los meses de gestación que aún le faltan y los tres meses posteriores al parto.

Fundamentó la actora su solicitud en lo expresado por la Corte Constitucional en sentencia C-199 de 1999 y en los siguientes hechos:

a. Se vinculó laboralmente a la Contraloría Departamental del Cauca desde el 1º de febrero de 1996, como Analista de Cuentas.

b. Mediante Resolución 125 de 1998, fue inscrita en carrera administrativa.

c. A partir del 16 de abril de 1997, se homologó el cargo de Analista de Cuentas al de Técnico Grado 02.

d. Mediante oficio del 23 de abril de 1999, informó al jefe de Recursos Humanos de la entidad que se encontraba en estado de embarazo, para lo cual anexó copia del certificado médico.

e. El 5 de junio de 1999, fue notificada de que su cargo había sido suprimido de la nueva planta de personal de la Contraloría Departamental. Dado que en esa fecha no se encontraba en la ciudad, se comunicó por teléfono con la doctora Ana Patricia Prado, Secretaria General (e), quien le informó que si no se notificaba y contestaba ese día que aceptaba la indemnización, el pago respectivo se demoraría.

f. Posteriormente, fue notificada de la Resolución 274 del 23 de junio de 1999, por la cual se reconoce y ordena el pago a su favor de una indemnización y otras obligaciones laborales a cargo de la Contraloría. Al revisarla, advirtió que no se ordenaba el pago de la indemnización por maternidad ni de las sumas correspondientes a las cotizaciones a la entidad promotora de salud.

g. En ejercicio del derecho de petición, solicitó al Contralor Departamental reconocer y pagar a su favor la indemnización por maternidad, equivalente a doce semanas de salario, y la multa correspondiente a 60

días por el retiro del servicio en estado de embarazo, solicitud que fue resuelta negativamente.

2. El Tribunal Administrativo del Cauca admitió la solicitud de tutela mediante auto del 10 de agosto de 1999, considerando que los posibles infractores de los derechos fundamentales de la actora eran el Gobernador y el Contralor del Departamento del Cauca (folios 28 a 30).

3. El Contralor Departamental del Cauca ejerció su derecho de defensa, mediante escrito presentado el 13 de agosto de 1999, solicitando negar la tutela solicitada, manifestando, esencialmente, lo siguiente (folios 37 a 40):

- a. La Contraloría Departamental fue sometida a un proceso de reestructuración, mediante Ordenanza 003 del 26 de enero de 1999, debido a la necesidad que existía de reorganizarla administrativamente y ajustar la planta de personal.
- b. Desde los inicios del proceso, la actora manifestó públicamente al Contralor su firme decisión de optar, voluntariamente, por la indemnización, y no por la incorporación a otro cargo, pues "... se vislumbraban para ella, otras posibilidades laborales, favorables a sus intereses". Participó, además, la señora Toro Patiño, en los cursos de capacitación que fueron contratados para preparar a los funcionarios para el proceso de reestructuración.
- c. Posteriormente, la actora informó al jefe de Personal y Carrera Administrativa sobre su estado de embarazo.
- d. Una vez notificada de la supresión de su cargo e informada de su derecho a optar por la incorporación a otro cargo equivalente o por el pago de una indemnización, conforme a lo dispuesto en la Ley 443 de 1998, la señora Toro Patiño manifestó, en forma clara y expresa, su decisión por ésta última opción.
- e. La desvinculación de la actora se produjo a partir del 1º de junio de 1999, cuando la Secretaría de Hacienda ya había expedido el certificado de

disponibilidad presupuestal para hacer frente a los costos generados con el proceso.

- f. La liquidación de la indemnización de la señora Toro Patiño se hizo conforme a lo dispuesto en el artículo 62 de la Ley 443 de 1998, según el cual "...Cuando por razones del buen servicio deba suprimirse un cargo ocupado por una empleada de carrera, en estado de embarazo, y no fuere posible su reincorporación en otro igual o equivalente, además de la indemnización a que tendría derecho, deberá pagársele, a título de indemnización por maternidad, el valor de las doce (12) semanas de descanso remunerado a que tiene derecho como licencia de maternidad". En efecto, en la liquidación no se contemplaron los factores cuyo pago pretende la accionante, ya que si la empleada pretendía que se le cancelara, además de la indemnización por la supresión del cargo, el valor de las 12 semanas de descanso remunerado a que tiene derecho como licencia de maternidad, debió optar por la reincorporación en otro cargo. Cita el Contralor, como sustento de sus argumentos, lo expresado por la Corte Constitucional en sentencias C-199 y C-370 de 1999.
- g. La posición de la Contraloría es confirmada por lo dispuesto en el artículo 145 del Decreto 1572 de 1998, que reglamenta el artículo citado, en el que claramente se establece: "...Cuando por razones del servicio deba suprimirse un cargo de carrera cuyo titular sea una empleada de carrera que se encuentre en estado de embarazo y habiendo optado por la incorporación ésta no fuere posible, además de la indemnización a que tendría derecho ... la entidad deberá pagarle, a título de indemnización por maternidad, el valor de las doce (12) semanas por concepto de licencia remunerada". (Subrayas fuera de texto).
- h. Por lo anterior, concluye el Contralor Departamental que la exfuncionaria debió optar por la incorporación en otro cargo, para tener derecho a la reclamación que hoy pretende. No puede, entonces, accederse a la indemnización solicitada. En efecto, la desvinculación de la señora Toro Patiño se produjo a partir del 1º de junio de 1999, de manera que no es procedente el pago de los salarios dejados de percibir durante el período comprendido entre esta fecha y la del parto, pues ya ella no desempeñaba sus funciones. Tampoco se le puede pagar la

indemnización de doce semanas a que se refieren las normas citadas, porque la accionante no optó por la incorporación, sino por la indemnización, caso en el cual tales normas no son aplicables. Por ello tampoco se configura causal alguna que dé lugar al pago de la multa que pretende la actora.

- i. Por otra parte, indica que la entidad no ha desconocido el derecho a la seguridad social de la actora, ya que durante todo el tiempo que permaneció vinculada al servicio, se efectuó cumplidamente el pago de los aportes patronales para salud, pensión y riesgos profesionales, a la E.P.S. COOMEVA, al Fondo de Pensiones PORVENIR y a la Administradora de Riesgos Profesionales ALFA S.A., respectivamente. Anexa los comprobantes respectivos.

4. El apoderado del Departamento del Cauca, por su parte, se opuso a la acción formulada, aceptando algunos hechos y manifestando que otros no le constan. Indicó, además, que la Corte Constitucional ha expresado reiteradamente que la tutela no es mecanismo idóneo para obtener el pago de prestaciones sociales, ya que existen otros medios de defensa judicial. Adicionalmente, en el caso planteado, no se trata de evitar un perjuicio irremediable. Solicita, en consecuencia, no acceder a las pretensiones de la actora (folios 80 a 82).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo del Cauca profirió sentencia de primera instancia el 23 de agosto de 1999, resolviendo tutelar los derechos a la maternidad y a la seguridad social de la señora LEYVI ENID TORO PATIÑO, vulnerados por la Contraloría Departamental. Ordenó al Contralor, en consecuencia, iniciar y efectuar, dentro de las 48 horas siguientes, todas las diligencias administrativas destinadas a hacer efectivo el pago de la indemnización por maternidad, de los aportes mensuales a la correspondiente entidad promotora de salud y, en el momento oportuno, del equivalente salarial a doce semanas por concepto de licencia de maternidad, "...obligación que deberá cumplirse a más tardar a 30 del mes en curso, atendiendo que las diligencias a adelantar exigen un plazo prudencial ...".

Sustentó el *a quo* su decisión en los siguientes argumentos:

“... la interpretación dada por la Contraloría Departamental del Cauca al normativo enunciado y a la sentencia referenciada resulta claramente discriminatoria y ajena al principio constitucional de protección a la maternidad y coloca a la accionante y a su hijo, por lo demás, en situación de riesgo desde el punto de vista de su salud al haberse cancelado su afiliación a la Entidad Promotora de Salud correspondiente.

Nada más lejano a la interpretación que dio sustento a la declaratoria de exequibilidad condicionada del artículo 62 de la Ley 443 de 1998 ... que introducir una nueva diferenciación o régimen sobre la base del ejercicio de una “opción” por parte de la empleada en embarazo, cuando las voces de la interpretación ofrecida por esa alta corporación resaltan que el principio constitucional de la protección a la maternidad impone entender que, para esos casos de supresión de cargos, la indemnización **BÁSICA**, vale decir, aquella que da origen a la supresión del cargo para todo funcionario conforme a las previsiones de ley, es concurrente o adicionada con la indemnización por maternidad que viene a consistir en “la compensación por la totalidad de los salarios dejados de percibir en el interregno entre el retiro y la fecha de parto”, obligación a la que habrá de agregarse “el pago mensual a la correspondiente entidad promotora de salud, de la parte de la cotización al sistema general de seguridad social en salud que corresponde a la entidad pública en los términos de la ley, durante toda la etapa de gestación y los tres meses posteriores al parto”. (Corte Constitucional. Sentencia C-199/99) y el equivalente a las doce semanas por concepto de licencia de maternidad a que se refiere el mismo artículo 62 citado.

... el principio constitucional de protección a su maternidad no se satisface solamente con el reconocimiento de la licencia de maternidad prevista para la época de pos parto, sino que, pese a no haberlo solicitado, se salvaguardará con la compensación de los salarios dejados de percibir entre el 1º de junio de este año y la fecha del parto y así se decidirá en la presente providencia pues que entratándose de la protección de derechos constitucionales fundamentales el juez no se halla atado por el petitum del actor.

Finalmente, ha de precisar la Sala que en casos como el que hoy corresponde decidir, la existencia de otro medio judicial ordinario para obtener el reconocimiento y pago de la prestación dineraria, como vienen a serlo el proceso ordinario y el subsiguiente ejecutivo laboral, no resultan idóneos para la protección del derecho de la mujer embarazada que ha sido colocada en situación de riesgo y desventaja por el actuar de la administración.” (folios 85 a 92).

Cita el Tribunal, a continuación, apartes de la sentencia T-175 de 1999, y agrega que, en el presente caso, la pérdida del empleo por parte de la actora, su estado de gravidez -que limita su capacidad laboral- y la ausencia de protección por parte del sistema de seguridad social en materia de salud, justifican el recurso a la tutela, ya que si se buscara el pago de las prestaciones aludidas por otras vías de defensa judicial, éstas no alcanzarían a cumplir su cometido.

Aclara, por último, que la Contraloría Departamental goza de autonomía presupuestal y administrativa, de manera que en la decisión cuestionada en el presente proceso no ha intervenido el Departamento del Cauca. Por esta razón, ha de reconocerse, agrega, que esta entidad territorial no ha vulnerado ningún derecho a la actora.

III. IMPUGNACION DE LA SENTENCIA

La decisión de primera instancia fue impugnada por el Contralor Departamental del Cauca, quien insiste en los argumentos planteados al ejercer su derecho de defensa en la primera parte del proceso. Manifiesta su sorpresa por la forma como se aparta el Tribunal del expreso contenido del artículo 145 del Decreto 1572 de 1998, que confirma la posición de la Contraloría respecto del entendimiento que debe darse al artículo 62 de la Ley 443 de 1998. Explica que, habiendo optado la actora por la indemnización, es claro que no tiene derecho a obtener pagos indemnizatorios por maternidad.

Finalmente, indica que en el fallo impugnado se ha considerado que a la accionante se le debe cancelar indemnización por maternidad y además licencia por maternidad, no obstante que las normas citadas las consideran equivalentes. Por esta razón, manifiesta que se le está obligando a la Contraloría a cancelar en favor de la accionante dos veces el mismo concepto (folios 98 a 100).

IV. CONSIDERACIONES

1. HECHOS PROBADOS:

Con fundamento en las pruebas que obran en el expediente, se encuentran demostrados los siguientes hechos:

a. La señora LEYVI ENID TORO PATIÑO fue designada Técnico Código 4335, Grado 02, en período de prueba, en Contraloría Departamental del Cauca, mediante Resolución 223 de 1997 (folio 5). Mediante Resolución 125 del 12 de febrero de 1998, se dio por terminado el período de prueba y se inscribió a la citada funcionaria en carrera administrativa (folio 7).

b. El 23 de abril de 1999, LEYVI ENID TORO PATIÑO informó al jefe de Recursos Humanos de la Contraloría Departamental que se encontraba en estado de embarazo y anexó el resultado de una ecografía obstétrica que se le había practicado (folios 8 y 9).

c. El 1º de junio de ese mismo año, la actora fue informada de que, en desarrollo de la reestructuración orgánica de la entidad, fue suprimido de la planta de personal el cargo de carrera administrativa que venía desempeñando. Se le advirtió que, conforme al artículo 44 del Decreto 1568 de 1998, podía optar, en un plazo determinado, por la reincorporación a un empleo equivalente o por el pago de la indemnización a que se refieren los artículos 137 y siguientes del Decreto 1572 de 1998 (folio 10).

d. El mismo día, la señora Toro Patiño informó, por escrito, al Contralor Departamental, que optaba por la indemnización (folio 42).

e. El 23 de junio de 1999, el Contralor Departamental expidió la Resolución 274, mediante la cual resolvió reconocer y pagar, por concepto de indemnización y pasivo laboral, a LEYVI ENID TORO PATIÑO, los siguientes valores (folios 13 y 14):

Pasivo laboral:

Prima e servicios	\$178.623.00
Prima de navidad	\$179.015.00
Subtotal	\$357.638.00

Indemnización: \$1.228.217.00

Neto a pagar: \$1.585.855.00

f. El mismo día, mediante Resolución 325, el Contralor Departamental resolvió liquidar y pagar, a favor de LEYVI ENID TORO PATIÑO, por concepto de **cesantías definitivas**, la suma de **\$1.535.271.00** (folios 15 y 16).

g. El 25 de junio de 1999, la señora Toro Patiño solicitó al Contralor Departamental, en ejercicio del derecho de petición, reconocer y pagar a su favor licencia de maternidad correspondiente a 12 semanas de salario y multa de 60 días por el retiro del servicio en estado de embarazo. Esta solicitud fue

respondida negativamente, por oficio de la misma fecha, en el cual se explica que la indemnización adicional por maternidad sólo se cancela cuando la mujer embarazada cuyo cargo es suprimido no opta por la indemnización, sino por la reincorporación en otro cargo igual o equivalente y ésta no resulta posible, de manera que, en su caso, no había lugar a dicho pago (folios 11 y 12).

h. La Contraloría Departamental canceló los aportes para salud, pensión y riesgos profesionales, correspondientes a LEYVI ENID TORO PATIÑO, hasta el 31 de mayo de 1999, fecha de su retiro, a las empresas Coomeva, Porvenir y ARP Alfa, respectivamente (folios 47 a 78).

2. NATURALEZA DE LOS DERECHOS VULNERADOS O AMENAZADOS:

La Corte Constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre los derechos de la mujer en estado de embarazo y ha concluido que ésta ha sido considerada por la Constitución como una categoría social que, por su especial situación, es acreedora de una particular protección por parte del Estado. En efecto, en la Carta Fundamental se consagran, entre otros, los derechos de la mujer a tener el número de hijos que considere adecuado, a no ser discriminada por su estado de embarazo, a recibir algunos derechos o prestaciones especiales, mientras se encuentre en tal estado, y al amparo de su mínimo vital durante el embarazo y después del parto (arts. 1, 11, 13, 16, 42, 43 y 53 de la Constitución Política). Además, la protección especial a la mujer embarazada tiene sustento en la protección integral a la familia (art. 42 C.P.).¹

Adicionalmente, ha expresado la Corte que la igualdad entre los sexos no sería real y efectiva si no se protegiera especialmente la maternidad, ya que la mujer no podría elegir libremente ser madre, debido a las consecuencias adversas que dicha decisión podría tener sobre su situación social y laboral. Esta protección se extiende al punto que el *nasciturus* recibe también amparo jurídico del ordenamiento, lo que permite concluir, además, que la Constitución también tutela a la madre (art. 43 C.P.), no sólo para garantizar la igualdad ante los sexos, sino para proteger los derechos de los niños, que prevalecen sobre los demás (art. 44 C.P.), permitiendo que gocen de buen cuidado y alimentación. De esta manera, resulta obvia la protección a la familia,

ya que si la mujer embarazada o la que acaba de tener su hijo no recibiera un apoyo específico, los lazos familiares podrían afectarse gravemente.²

Por otra parte, ha expresado la Corte que, si bien, en general, los derechos de la mujer embarazada son de naturaleza programática, cuyo desarrollo corresponde al legislador, algunos de ellos tienen el carácter de derechos fundamentales. Así, por ejemplo, se ha indicado que el derecho a recibir el pago oportuno de la remuneración o del subsidio alimentario, cuando ello tiende a la satisfacción del mínimo vital de la mujer embarazada, constituye un derecho constitucional fundamental.³ También ha dicho la jurisprudencia constitucional que existe una mayor fuerza normativa de los principios constitucionales del trabajo cuando se trata de mujeres embarazadas, esto es, que la mujer embarazada tiene derecho a una estabilidad laboral reforzada, que surge del derecho a no ser discriminada en razón del embarazo. Este último, por lo demás, se deriva del derecho fundamental a la igualdad, razón por la cual se ha sostenido que el derecho a una estabilidad laboral reforzada es de naturaleza fundamental.⁴

Así las cosas, se concluye que los derechos cuya vulneración o amenaza alega la actora en el presente caso son de naturaleza fundamental. Es necesario, sin embargo, establecer si existe otro de los requisitos de procedencia de la acción de tutela, cual es la inexistencia de otro medio de defensa judicial.

3. EXISTENCIA DE OTRO MECANISMO DE DEFENSA JUDICIAL:

Advierte la Sala que la actora cuenta con otro medio de defensa judicial para proteger sus derechos amenazados. En efecto, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho constituye el mecanismo idóneo para atacar los actos administrativos que, en su opinión, desconocen las previsiones constitucionales y legales que consagran sus derechos fundamentales.

¹ Corte Constitucional, Sentencia T-373 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

² Corte Constitucional, Sentencia C-470 de 1997. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

³ Corte Constitucional, Sentencia T-694 de 1996. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-470 de 1996. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Es necesario estudiar, entonces, si en el presente caso podría resultar procedente la tutela, como mecanismo transitorio de defensa para evitar un perjuicio irremediable, por existir el riesgo de que se consume una lesión sobre alguno de los derechos fundamentales de la actora que están siendo afectados o amenazados, conforme a lo dispuesto en el artículo 8 del Decreto 2591 de 1991.

Respecto de casos en que se produce la desvinculación de una mujer embarazada de un determinado cargo o empleo público o privado, la Corte Constitucional ha aceptado recientemente la procedencia de la tutela en dos eventos: en primer lugar, cuando se trata de proteger el mínimo vital de la futura madre o del recién nacido; en segundo lugar, cuando la cuestión debatida sea puramente constitucional, siempre que resulte flagrante la arbitraria transgresión de las normas que le otorgan a la mujer una especial protección y que se produzca un daño considerable.⁵

En el presente caso, la discusión se plantea en torno al derecho a ser indemnizada que le asiste a la mujer embarazada

que ocupa un cargo de carrera administrativa que ha sido suprimido de la planta de personal, y opta por no reintegrarse a un cargo equivalente. Y concretamente se plantea la discusión en torno al contenido de dicha indemnización, que se produce con ocasión del retiro del servicio de la respectiva funcionaria. Plantea, en efecto, la actora, que tal indemnización debe contener algunos rubros adicionales, entre ellos los salarios dejados de percibir durante el período comprendido entre su retiro y la fecha del parto, el pago de la licencia de maternidad y el pago de las cotizaciones a la entidad promotora de salud a la que se encontraba afiliada antes de su retiro.

Dado que la discusión sobre el contenido de la indemnización aludida hace referencia a prestaciones que cubren el período de gestación y los tres meses posteriores al parto, resulta evidente que si efectivamente se llegare a concluir que los derechos fundamentales de la actora están siendo vulnerados o amenazados, los mismos requerirán de una protección inmediata, lo que -puede decirse con certeza- no se logrará si aquélla recurre a los mecanismos ordinarios de protección judicial, que seguramente sólo tendrían eficacia con posterioridad al

nacimiento del niño y aun después de los tres meses siguientes a éste, cuando la protección resulte inocua.

Por estas razones, la Sala considera que, en el presente caso, la acción de tutela resulta procedente, para evitar un perjuicio irremediable, mientras la autoridad competente decide de fondo sobre la acción que deberá instaurar la afectada.

Y no podría alegarse que la acción formulada resulta improcedente por no haberse manifestado expresamente, en el escrito mediante el cual se interpuso la tutela, que se utilizaba como mecanismo transitorio, para evitar un perjuicio irremediable. En efecto, la Corte Constitucional ha sido reiterativa al afirmar que la tutela constituye una acción de naturaleza especial, que, por sus fines, modifica la función ordinaria del juez, haciéndola más amplia, y excluye la posibilidad de exigir el cumplimiento de formalidades innecesarias, que sacrifiquen la protección de los derechos vulnerados o amenazados. Así, ha manifestado dicha Corporación lo siguiente:

“... debe indicarse que el papel del juez en esta materia, dado el sentido protector de la institución, no puede ser idéntico al que se cumple ordinariamente en los asuntos judiciales propios de los demás procesos...

(...)

... por su misma índole, la acción de tutela no exige técnicas procesales ni requisitos formales propios de especialistas, ya que su función no puede asimilarse a la que cumplen las acciones privadas dentro de los esquemas ordinarios previstos por el sistema jurídico, sino que corresponde a la defensa inmediata de los derechos fundamentales. Su papel es ante todo el de **materializar** las garantías constitucionales y, por tanto, es de su esencia el carácter **sustancial** de su fundamento jurídico.

La instauración de las acciones de tutela no puede dar lugar al rigor formalista de los procesos ordinarios ni se puede convertir su admisibilidad y trámite en ocasión para definir si se cumplen o no presupuestos procesales o fórmulas sacramentales, ya que con ella no se busca establecer una “litis” sino acudir a la protección oportuna de la autoridad judicial cuando un derecho fundamental es lesionado u objeto de amenaza...”.

“Así también lo ha entendido la Corte al efectuar la revisión de sentencias de tutela. En el fallo No. T-459 de esta misma Sala, del 15 de julio de 1992, se expusieron los criterios de informalidad que caracterizan esta acción... en los siguientes términos:

⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-373 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

“(…)

... acudiendo a la interpretación teleológica de las normas constitucionales, se halla fácilmente el sentido protector de la acción de tutela, al igual que su inconfundible orientación hacia el perfeccionamiento material de los derechos fundamentales (artículos 1, 2 y 86 de la Constitución, entre otros), que no se obtiene dentro de una concepción que rinda culto a las formas procesales...

La Constitución ha conferido la acción de tutela a todas las personas, es decir que no limita las posibilidades de acudir a ella por razones de nacionalidad, sexo, edad, origen de raza o capacidades intelectuales, razón por la cual es factible que la ejerzan los niños, los indígenas, los presos, los campesinos, los analfabetas y en general todo individuo de la especie humana que se halle dentro del territorio colombiano.

Riñe, entonces, con la naturaleza y los propósitos que la inspiran y también con la letra y el espíritu de la Carta, toda exigencia que pretenda limitar o dificultar su uso, su trámite o su decisión...”

(…)

Son, entonces, la misma naturaleza de la institución y el objetivo que persigue las primordiales razones para considerar que el establecimiento de formas remilgadas y exactas para recurrir al juez en demanda de amparo a los derechos fundamentales es del todo ajeno a ella...⁶ (Subrayas fuera de texto).

Con fundamento en lo anterior, resulta claro para la Sala que no puede exigirse, como condición para que proceda la acción de tutela en los casos en que, existiendo otros medios de defensa judicial, ella sirve para evitar un perjuicio irremediable, que en el escrito correspondiente se manifieste, expresamente, que la acción no se utiliza como mecanismo subsidiario, sino transitorio. Sin duda, una afirmación de esta naturaleza requiere, en la mayor parte de los casos, de un análisis jurídico que permita establecer, conforme a las normas respectivas, cuál es la vía judicial alternativa, y demostrar su no idoneidad para evitar un perjuicio irreparable.

Así las cosas y dado que, como lo expresa la Corte en la sentencia citada, la acción de tutela puede ser interpuesta por cualquier persona, aun por niños o analfabetas, e incluso verbalmente, es claro que tal análisis no puede exigirse como condición indispensable para la procedencia de dicha acción, so pena de anteponer el derecho adjetivo al derecho sustancial, en contravía de lo

⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-501 de 1992. M.P. José Gregorio Hernández.

dispuesto en el artículo 228 de la Carta Fundamental. Será el juez el encargado de establecer, en cada caso, si existe otro mecanismo de defensa judicial y si es tan efectivo, como la acción de tutela, para garantizar la protección inmediata del derecho constitucional.

4. EL CASO CONCRETO:

Solicita la actora que se tutelen sus derechos a la igualdad, a la familia y los derechos de su hijo que está por nacer, y en consecuencia, se ordene a la Contraloría Departamental cancelarle los valores correspondientes a los salarios dejados de percibir durante el período comprendido ente la fecha de su retiro de la Contraloría Departamental del Cauca y la fecha del parto; la indemnización por maternidad, correspondiente a doce semanas de descanso remunerado, y una multa de sesenta días de salario, por retiro del servicio en estado de embarazo. Solicita, además, que se ordene a la entidad demandada a realizar mensualmente los aportes correspondientes a la entidad promotora de salud a la que se encontraba afiliada en el momento de su retiro, durante los meses de gestación que aún le faltan y los tres meses posteriores al parto.

Teniendo en cuenta las circunstancias en que se produjo el retiro del servicio de la señora Leyvi Enid Toro Patiño, es necesario estudiar el texto completo del artículo 62 de la Ley 443 de 1998, así como la sentencia mediante la cual se declaró la exequibilidad condicionada de un aparte de dicha disposición, a fin de precisar su real alcance:

Dispone la norma mencionada lo siguiente:

“ART. 62.- Protección a la maternidad. Cuando un cargo de carrera se encuentre provisto con una empleada en estado de embarazo mediante nombramiento provisional o en período de prueba, el término de duración de éstos se prorrogará automáticamente por tres meses más después de la fecha del parto.

Cuando una empleada de carrera, en estado de embarazo, obtenga calificación de servicios no satisfactoria, la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento se producirá dentro de los ocho (8) días calendario siguientes al vencimiento de la licencia de maternidad.

Cuando por razones del buen servicio deba suprimirse un cargo ocupado por una empleada de carrera, en estado de embarazo, y no fuere posible su

incorporación en otro igual o equivalente, además de la indemnización a que tendría derecho, deberá pagársele, a título de indemnización por maternidad, el valor de las doce (12) semanas de descanso remunerado a que se tiene derecho como licencia de maternidad.

Parágrafo.- En todos los casos y para los efectos del presente artículo, la empleada deberá dar aviso oportuno, por escrito, al nominador con la presentación de la certificación médica de su estado de embarazo.” (Subrayas fuera de texto).

Demandada la parte subrayada ante la Corte Constitucional, esa Corporación declaró su constitucionalidad “bajo el entendido de que la expresión “la indemnización a que tendría derecho”, a la que se refiere la primera parte del tercer inciso del mencionado artículo, incorpora (1) la compensación por la totalidad de los salarios dejados de percibir en el interregno entre el retiro y la fecha del parto y (2) el pago mensual, a la correspondiente entidad promotora de salud, de la parte de la cotización al Sistema General de Seguridad Social en Salud que corresponde a la entidad pública en los términos de la ley, durante toda la etapa de gestación y los tres meses posteriores al parto”.⁷

Resultan pertinentes, para efectos de establecer el alcance del texto mencionado, los siguientes argumentos que sirvieron a la Corte de sustento para adoptar esta decisión:

“... La indemnización derivada de la supresión de un cargo de carrera en favor de su titular, resultará de sumar los factores de resarcimiento que contemple la ley. El principio de protección a la maternidad, empero, exige considerar como hecho relevante en términos constitucionales la situación que rodea a la mujer embarazada que como funcionaria de carrera pierde su empleo con ocasión de la supresión que se decreta por el órgano competente.

La relevancia del estado de gravidez representa la primera consecuencia de la constitucionalización del principio de protección a la maternidad, puesto que la pérdida del empleo y el retiro de la carrera en lo que concierne a la mujer embarazada significa, en la mayoría de los casos, la inmediata extinción de la fuente material de subsistencia y de los correlativos medios de cuidado y atención, los que cobijan además a la criatura...

... El principio de protección a la maternidad no se satisface con la mera atención que el Legislador conceda a la condición de embarazo de la empleada de carrera; adicionalmente, la respuesta normativa a ese hecho natural debe apuntar en la dirección del principio de solidaridad y, por tanto, expresarse en términos de inequívoca protección. Sólo de esta manera

⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-199 de 1999. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

podrá concluirse que el Legislador ejerció sus competencias dentro del marco trazado por la Constitución.

(...)

... se observa que la equivocidad del texto del inciso final del artículo demandado admite dos interpretaciones disímiles, una de las cuales vulnera la Constitución. Si se considera que bajo el concepto de la “indemnización básica” se compensa pecuniariamente a la mujer embarazada, además del sacrificio que representa la pérdida del empleo de carrera, en razón de las sumas y derechos que deja de devengar y gozar entre la fecha de su retiro y la del parto, entonces la “indemnización por maternidad” que contempla la norma, tendría simplemente el sentido de reconocer un resarcimiento adicional y, por lo tanto, no podría ser objetado ... En caso contrario, esto es, si la “indemnización básica”, entre otros conceptos, no cubre esta eventualidad, la “indemnización por maternidad” ... violaría la Constitución.

(...)

... La decisión a la que llega la Corte igualmente recibe el aval de las conclusiones a las que se puede arribar a partir del análisis comparativo de los tres supuestos de protección a la maternidad a los que alude el artículo parcialmente demandado...

El tratamiento jurídico en los tres casos *prima facie* es diferente... En el fondo, el régimen o tratamiento jurídico que se da en las dos primeras hipótesis es semejante puesto que consiste en articular como medida de protección la conservación del cargo -por ende de su remuneración periódica y de los correlativos derechos asistenciales-, por lo menos mientras dura el embarazo. En cambio, en la tercera hipótesis, la conservación del cargo durante el embarazo se niega y, en su lugar, se otorga una indemnización por el equivalente a doce semanas de la licencia de maternidad.

(...)

La corte estima que si el propósito del Legislador era -como lo pone de presente el epígrafe del mismo artículo 62- brindar protección a la mujer embarazada vinculada de una o de otra manera a un cargo de carrera, los rasgos a sopesar no podrían ser otros que los relacionados con la necesidad de protección que, sin lugar a dudas, se puede predicar por igual en los dos casos. Dicha necesidad de protección surge del estado de embarazo común a las tres categorías de funcionarias, para las cuales su situación administrativa específica -provisionalidad; declaración (sic) de servicios no satisfactoria; supresión del cargo-, no deja de ser secundaria como elemento determinante del concreto régimen de protección. Las mencionadas situaciones, por el contrario, ofrecen una faceta idéntica como quiera que son vicisitudes de orden administrativo que generan un riesgo a las futuras madres que es, en esencia, el que pretende sortearse mediante el régimen de protección. En otras palabras, los hechos subyacentes son fácticamente distintos, pero operan por igual como desencadenantes de un mismo riesgo. En efecto, el régimen de protección se orienta por una misma finalidad tuitiva y se configura de manera idónea para responder adecuadamente al riesgo o situación de indefensión que es naturalmente el

mismo, independientemente del hecho desencadenante que en las tres hipótesis es distinto.

(...)

Las antinomias que surgen al comparar los tratamientos diferenciados, son consecuencias del error en que incurrió el Legislador al basar sus regímenes de protección a la maternidad en rasgos que para este propósito carecían de relevancia, ignorando que aquellos debían ser una respuesta a las necesidades propias de la maternidad, de suyo semejantes en las tres hipótesis. El patrón de comparación que ha debido escogerse por el Legislador, con miras a establecer una política de protección para la mujer embarazada vinculada a la carrera, justamente no podía desligarse de la maternidad misma y del cúmulo de exigencias de protección que comporta. De haberse adoptado este patrón de comparación, las tres hipótesis se habrían fundido en un supuesto normativo único, toda vez que como funcionarias embarazadas la maternidad es el rasgo común relevante para los efectos de su protección.

No tiene sentido que, por ejemplo, a unas funcionarias en un caso se les conceda plena protección en razón de su maternidad y que a otras funcionarias que están en la misma situación dicho amparo se niegue o sólo se conceda de manera parcial. Funcionarias vinculadas provisionalmente a la carrera, gozarían de plena protección en lo referente a su maternidad; lo que se niega a las inscritas de manera permanente y que son retiradas por razones ajenas a su desempeño. Tampoco es razonable que a este último grupo no se le otorgue protección integral que, en cambio, sí se le reconoce a otro grupo compuesto por funcionarias embarazadas que han recibido calificación de servicios no satisfactoria.

... El mismo Legislador al hacer un uso contradictorio de los rasgos o situaciones que seleccionó, socavó la validez de los regímenes diferenciados establecidos...”.⁸

En el caso planteado, como se ha visto, la actora fue desvinculada de la Contraloría Departamental del Cauca, por haber optado, voluntariamente, por la indemnización a que se refiere la Ley 443 de 1998, una vez que su cargo fue suprimido de la planta de personal de la entidad, como consecuencia de un proceso de reestructuración. Conforme a la interpretación que hace el Contralor Departamental del artículo 62 de dicha ley, el pago de la indemnización que allí se prevé y cuyo contenido ha sido precisado por la Corte Constitucional, sólo es procedente cuando la mujer embarazada ha optado por la incorporación a un cargo igual o equivalente. De otra manera, esto es, cuando la mujer ha optado por la indemnización, ésta sólo comprenderá los rubros previstos en el artículo 137 del Decreto 1572 de 1998. Es necesario, entonces, determinar si tal interpretación resulta acorde con aquélla que, a la luz de las normas constitucionales, ha hecho la Corte de la misma norma.

En primer lugar, se advierte que la Corte no hace ninguna diferencia, en la parte considerativa de la sentencia citada, entre varias situaciones que pudieran presentarse cuando, ocurrida la supresión de un cargo de carrera ocupado por una mujer embarazada, no es posible su incorporación en otro igual o equivalente. En efecto, no plantea dicha Corporación la necesidad de dar un trato diferente a aquellos casos en que la incorporación no es posible, no por falta de un cargo igual o equivalente, sino porque la funcionaria respectiva así lo ha decidido voluntariamente, optando por la indemnización.

Por el contrario, claramente se puede concluir que tal diferenciación sería improcedente, si se tiene en cuenta que la Corte, refiriéndose a las tres hipótesis previstas por la norma, es enfática en afirmar que no se justificaba dar un trato diverso a cada una de ellas, ya que, si bien consagran situaciones administrativas distintas, la protección se explica exclusivamente por una condición que es común a todas, el estado de embarazo de la funcionaria involucrada. Por esta razón, concluye que para la tercera hipótesis se consagra un tratamiento discriminatorio, que resuelve condicionando la constitucionalidad de la norma acusada. Este tratamiento se hace más evidente, como lo observa la misma Corporación, si se advierte que en la situación administrativa que se regula en el tercer inciso, se trata de una mujer que, a diferencia de aquellas que se encuentran en las situaciones previstas en los dos primeros, goza de derechos de carrera y no ha dado lugar a su retiro del servicio por calificación insatisfactoria.

Estos argumentos resultan perfectamente aplicables al presente caso. En efecto, es evidente que se encuentran en idéntica situación, para efectos de la necesidad de brindar protección especial a la maternidad, la mujer que, habiendo optado por ser incorporada a un cargo equivalente, debe ser retirada del servicio porque un tal cargo no existe, y la mujer que ha optado por la indemnización respectiva.

Por otra parte, la opción que se da a los funcionarios de carrera cuyos cargos son suprimidos tiene fundamento en el artículo 135 del Decreto 1572 de 1998 -modificado por el artículo 6 del Decreto 2504 de 1998-, que en su inciso primero establece:

⁸ Ibid.

“Los empleados de carrera a quienes se les supriman los cargos de los cuales sean titulares, como consecuencia de la supresión o fusión de entidades o dependencias o del traslado de funciones de una entidad a otra o de modificación de planta, tendrán derecho a optar por ser incorporados a empleos equivalentes conforme con las reglas de que trata el artículo 39 de la Ley 443 de 1998, para lo cual debe surtirse el trámite que legalmente se adopte o por recibir la indemnización de que trata el artículo 137 de este decreto”. (Subrayas fuera de texto).

Para efectos de lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 62 de la Ley 443 de 1998, es claro que la indemnización de que trata el artículo 137 del Decreto 1572 de 1998 ha sido precisada en su contenido. En efecto, la Corte declaró la exequibilidad de las expresiones acusadas en el entendido de que la expresión “la indemnización a que tendría derecho”, contenida en la misma norma y que, obviamente, correspondería, en principio, a la prevista en el mencionado artículo 137, comprende otros rubros adicionales, cuyo pago resulta necesario para garantizar debidamente los derechos de las mujeres embarazadas. Esta indemnización, entonces, debe pagarse a las mujeres embarazadas cuando sus cargos han sido suprimidos, tanto cuando optan por la incorporación a un cargo equivalente y ésta no es posible, como cuando optan por ser indemnizadas.

No podría interpretarse la norma de manera diferente, so pena de establecer una cuarta hipótesis, en la que la mujer embarazada carezca de la protección que la Constitución ha querido darle, en consideración exclusiva a su situación de gravidez, dadas las implicaciones trascendentales que tal protección tiene en la garantía no sólo de sus derechos fundamentales sino de los del niño que está por nacer y aun de la familia.

Adicionalmente, no puede entenderse, como lo pretende el Contralor Departamental, que el ejercicio de una opción legal puede cambiar las condiciones de protección de los derechos fundamentales, cuando, en todo caso, se producen las mismas consecuencias que se generarían del ejercicio de la otra opción. En efecto, tanto la mujer que opta por la indemnización como la que opta por ser incorporada a un cargo equivalente, cuando éste no existe, resultan retiradas del servicio. La necesidad de protección reforzada de la maternidad encuentra, entonces, idéntica finalidad en ambos casos.

Manifiesta el Contralor Departamental que la interpretación que propone para la norma de la Ley 443 de 1998 encuentra desarrollo en lo dispuesto en el

artículo 145 del Decreto 1542 de 1998, expedido el 10 de agosto de ese año, que establece:

“Cuando por razones del servicio deba suprimirse un cargo de carrera cuyo titular sea una empleada de carrera que se encuentre en estado de embarazo y habiendo optado por la incorporación ésta no fuere posible, además de la indemnización a que tendría derecho conforme con lo señalado en el artículo 137 del presente decreto, la entidad deberá pagarle, a título de indemnización por maternidad, el valor de las doce (12) semanas por concepto de licencia remunerada”. (Subrayas fuera de texto).

Para la Sala es claro que no le asiste razón al Contralor, ya que su interpretación resulta inaceptable a la luz de las consideraciones antes expuestas. En efecto, si bien puede admitirse, en principio, que tal interpretación podría encontrar algún sustento en el tenor literal de la norma citada, es indiscutible que una vez pronunciada la sentencia C-199 del 7 de abril de 1999, por medio de la cual la Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicionada de la norma legal que el artículo transcrito reglamenta, tal sustento desaparece. Una conclusión diferente daría lugar, necesariamente, al desobedecimiento de una sentencia con efectos vinculares *erga omnes* y al desconocimiento de los derechos constitucionales fundamentales de las mujeres embarazadas, cuya protección ha sido precisada, en su contenido y alcance, por dicha Corporación.

Por esta razón, es evidente que el artículo 145 del Decreto 1542 de 1998 sólo puede ser entendido conforme a la interpretación que, con posterioridad al pronunciamiento de la Corte Constitucional, debe darse al artículo 62 de la Ley 443 de 1998. Así, por una parte, cuando aquella norma se refiere a “la indemnización a que tendría derecho conforme a lo señalado en el artículo 137 del presente decreto”, debe entenderse que tal indemnización incorpora, además de las sumas previstas en éste último artículo, los rubros indicados por la Corte en la parte resolutive de la sentencia citada. Por otra parte, el hecho de que el artículo 145 regule el caso de la mujer embarazada que opta por la incorporación, cuando ésta no es posible, no implica que quede desprotegida aquélla que opta por la indemnización, ya que, como ha quedado explicado, tal evento se entiende regulado por el inciso tercero del artículo 62 de la Ley 443 de 1998, cuyo alcance no puede ser limitado por causa de un vacío dejado por la autoridad competente en materia reglamentaria.

De acuerdo con lo anterior, se concluye que la tutela solicitada debe prosperar. Es necesario establecer, sin embargo, qué rubros adicionales deben ser cancelados a la actora, de conformidad con las disposiciones que regulan su situación.

Está demostrado que, con fundamento en lo resuelto en la Resolución 274 del 23 de junio de 1999, expedida por el Contralor Departamental, se ordenó pagar a la señora LEYVI ENID TORO PATIÑO la suma de \$1.228.217.00 por concepto de indemnización. Este pago fue liquidado, según se desprende de la consideración sexta de la misma resolución, conforme a lo dispuesto en los artículos 137 y siguientes del Decreto 1572 de 1998, interpretado de acuerdo con los criterios expuestos por el mismo Contralor en el curso del presente proceso. Si se tiene en cuenta que la actora prestó sus servicios a la Contraloría Departamental por más de un año y menos de cinco, se concluye que el valor de la indemnización corresponde a 45 días de salario por el primer año, y 15 días de salario por cada uno de los años subsiguientes al primero y proporcionalmente por meses cumplidos, conforme a lo dispuesto en la norma citada.

Además de estas sumas y de acuerdo con las consideraciones anteriores, la indemnización básica a que tiene derecho la señora Toro Patiño debe comprender la respectiva compensación por los salarios dejados de percibir entre la fecha del retiro del servicio y la verificación del parto, y el pago mensual, a la correspondiente entidad promotora de salud, de la parte de la cotización al Sistema General de Seguridad Social en Salud que corresponde a la Contraloría Departamental en los términos de la ley, durante toda la etapa de gestación y los tres meses posteriores al parto. Por otra parte, a título de indemnización por maternidad, deberá pagarse a la actora el valor de las doce (12) semanas de descanso remunerado a que se tiene derecho como licencia de maternidad. En estos términos deberá aclararse lo resuelto por el *a quo*. Vale la pena anotar que - contrario a lo expresado por el Tribunal del Cauca y sin perjuicio de las amplias facultades del juez de tutela para interpretar la demanda, dada la informalidad de dicha acción- la actora sí solicitó expresamente el pago de los salarios dejados de percibir durante el período comprendido entre la fecha de su retiro de la Contraloría Departamental y la fecha del parto.

Es necesario advertir, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8º del Decreto 2591 de 1991, que la orden de reconocer y pagar a la actora las sumas

anteriormente mencionadas permanecerá vigente sólo mientras la autoridad judicial competente emite el pronunciamiento de fondo que corresponda, para lo cual la afectada deberá instaurar las acciones procedentes conforme a la ley y a lo dispuesto en la norma citada.

Finalmente, es claro que la señora Toro Patiño no tiene derecho al pago de la indemnización equivalente a los salarios de 60 días, de que trata el artículo 21 del Decreto 3135 de 1968, ya que esta disposición regula un caso diferente al que ocupa a la Sala, esto es, el de la funcionaria embarazada que es despedida sin los requisitos que la misma norma establece, relativos a la existencia de justa causa comprobada y a la autorización de la autoridad competente o la expedición de resolución motivada del jefe respectivo, según el caso.

Por lo expresado anteriormente, se impone confirmar el numeral primero de la parte resolutive del fallo impugnado, precisando, conforme a lo expresado en la primera parte de estas consideraciones, que los derechos fundamentales protegidos son los derechos a la igualdad, a la familia y los derechos de los niños, y que la tutela se concede como mecanismo transitorio, para evitar un perjuicio irremediable, mientras la autoridad judicial competente emite el pronunciamiento de fondo que corresponda. Por otra parte, se modificará el numeral segundo, con el fin de aclarar su contenido.

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

FALLA:

CONFÍRMASE el numeral primero de la parte resolutive de la providencia del 23 de agosto de 1999, proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, por la cual se tutelaron los derechos de la señora LEYVI ENID TORO PATIÑO, aclarando que se protegen los derechos fundamentales a la igualdad, a la familia y los derechos de los niños, y que la tutela se concede como mecanismo transitorio, para evitar un perjuicio irremediable, mientras la autoridad judicial competente emite la decisión de fondo que corresponda. Para este efecto, la actora deberá interponer oportunamente la acción respectiva, conforme a lo dispuesto en el

artículo 8º del Decreto 2591 de 1991, so pena de que cesen los efectos del presente fallo.

MODIFÍCASE el numeral segundo de la parte resolutive de la misma providencia, en el sentido de precisar que la indemnización adicional que debe cancelar la Contraloría Departamental a la señora Toro Patiño comprende la respectiva compensación por los salarios dejados de percibir entre la fecha del retiro del servicio y la verificación del parto, y el pago mensual, a la correspondiente entidad promotora de salud, de la parte de la cotización al Sistema General de Seguridad Social en Salud que corresponde a la Contraloría Departamental en los términos de la ley, durante toda la etapa de gestación y los tres meses posteriores al parto. Por otra parte, a título de indemnización por maternidad, deberá pagarse a la actora el valor de las doce (12) semanas de descanso remunerado a que se tiene derecho como licencia de maternidad.

Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, envíese copia del expediente a la Corte Constitucional, para su eventual revisión.

Envíese copia de esta providencia al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE

GERMAN RODRIGUEZ VILLAMIZAR ALIER E. HERNANDEZ ENRIQUEZ
Presidente de la Sala

JESUS MARIA CARRILLO B. MARIA ELENA GIRALDO GOMEZ

RICARDO HOYOS DUQUE