

SUSPENSION DEL CARGO - Procede la demanda ante la jurisdicción ordinaria / SERVICIO MEDICO ASISTENCIAL - Protección por parte de E.P.S.

Aduce la accionante que en el momento en que fue desvinculada del cargo (diciembre 31/99) gozaba de fuero sindical. La Sala estima que contra la decisión del Gobernador del Departamento de San Andrés Islas de suprimirla del cargo, existen otros medios de defensa judiciales ante la jurisdicción ordinaria, lo que hace improcedente la acción de tutela por cuanto ésta es subsidiaria y residual. En segundo lugar, no le asiste razón a la impugnante en que los trabajadores no gozan de la prestación de los servicios médicos asistenciales porque se estableció, según respuesta del Gobernador, esta atención la está prestando la E.P.S. Hospital Timothy Britton.

DESPIDO DE LA MUJER EMBARAZADA - Protección a través de la Acción de Tutela / PERJUICIO IRREMEDIABLE - Existencia por despido en estado de embarazo / DERECHO A LA VIDA - Vulneración por despedir a mujer embarazada / ACCION DE TUTELA - Procedencia

Aduce la accionante que fue suprimida del cargo en estado de embarazo y que a pesar de haberlo informado, no lo tuvo en cuenta el Gobernador. Aporta para el efecto certificación expedida por el médico tratante del Hospital Timothy Britton del 15 de diciembre de 1999, en donde certifica que tiene diez semanas de gestación. Se estima que el aspecto del perjuicio irremediable en el presente caso sí se da, teniendo en cuenta que constituye una amenaza a vulnerar los derechos a la salud y vida del que está por nacer y su madre al no prestarle la atención médica y oportuna a la mujer que se encuentra en estado de embarazo, perjuicio que podría ser irremediable. Así mismo sucedería en el caso de que no se le pagara su salario y licencia de maternidad por cuanto, este pago “.....tiene por objeto brindarle a la madre el descanso necesario para poder reponerse del parto y prodigarle al recién nacido las atenciones que requiere. El descanso se acompaña del pago del salario de la mujer gestante, a fin de que ella pueda dedicarse a la atención de la criatura. Por lo tanto, el pago del dinero correspondiente al auxilio de maternidad es de vital importancia tanto para el desarrollo del niño como para la recuperación de la madre...”. Ahora bien, para evitar que se vulneren los derechos a la salud y vida del que está por nacer y su madre, se revocará parcialmente el fallo y se ordenará al señor Gobernador del Departamento del Archipiélago de San Andrés Providencia y Santa Catalina, que en el término cuarenta y ocho horas (48 hrs.), disponga lo necesario para que la señora Pamela Newball Dawkins, reciba “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”.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION CUARTA

Consejero ponente: JULIO ENRIQUE CORREA RESTREPO

Santafé de Bogotá, D. C., Julio siete (7) del año dos mil (2000).

Radicación número: AC-11095

Actor: PAMELA NEWBALL DAWKINS

Referencia: APELACION SENTENCIA TUTELA

Se decide la impugnación interpuesta por el actor contra la sentencia de tutela del 11 de mayo del año 2000, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina que rechazó por improcedente la tutela instaurada por la señora PAMELA NEWBALL DAWKINS contra el Departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

DERECHOS VULNERADOS

Consideró vulnerados los derechos al trabajo, asociación sindical, debido proceso, vida digna y la seguridad social.

ANTECEDENTES

Manifestó la señora Pamela Newball que estuvo vinculada al Departamento de San Andrés Islas desde el 1º de octubre de 1989 hasta el 31 de diciembre de 1999, día en que fue suprimido el cargo que ocupaba.

Afirmó que perteneció al sindicato de Trabajadores Oficiales y Públicos de la Gobernación de San Andrés, Providencia y Santa Catalina "SINTRADESAI" ,

legalmente constituido y reconocido por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social .

Dijo que en Asamblea del 13 de diciembre de 1999 se realizó la elección de Junta Directiva de SINTRADESAI, en propiedad y ratificada como Fiscal, es decir, que hizo parte de la Junta Provisional a la Junta en Propiedad sin solución de continuidad, protegida con fuero sindical. Notificada esta elección a la Administración Departamental y al Ministerio del Trabajo, quien hizo inscripción de la Nueva Junta el día 19 de enero del año 2000, por medio de Resolución No. 0049.

Aseguró que estando protegida por el fuero sindical fue desvinculada el 31 de diciembre/99.

Agregó que el 22 de julio de 1999, SINTRADESAI y la Administración Departamental suscribieron un Acuerdo por el período de dos años, en el cual la Administración se comprometió a restablecer los servicios médicos a todos los trabajadores en un término no mayor de sesenta días, y hasta la fecha en que fue presentada la tutela no le ha dado cumplimiento colocando el riesgo la salud y vida de los trabajadores. Y en su condición de embarazada notificó a la Administración de su estado el día 16 de diciembre/99 (anexó copia de la certificación médica expedida por la E.P.S. Hospital Timoty Britton), situación especial que no tuvo en cuenta la Administración Departamental, dejando de lado todas las consideraciones constitucionales, “quien excusándose en la figura de Supresión de Cargos, me lanzan a la calle sin consideración alguna”.

Sostuvo que le vulneraron todos los derechos mencionados y la protección no solamente al que está por nacer, sino que además de sus otros tres hijos y a pesar de estar protegida con fuero sindical. Consideró que existe persecución sindical en procura de debilitar la organización sindical y como prueba es que suprimió a 8 de la Junta Directiva y 2 de la Junta de reclamos.

PRETENSIONES. Solicitó en su escrito:

“1. Que se me tutele el derecho al trabajo, a la asociación , vida, vivir en condiciones que se ordene reubicarme al Cargo que ocupaba al momento de la desvinculación o a un cargo de igual o mayor categoría sin solución de continuidad.

“2. Que se ordene el pago de mis salarios y demás prestaciones dejados de percibir desde el día de mi desvinculación y hasta el día en que se ejecute efectivamente mi reintegro y/o reubicación.

“3. Que dichos salarios y prestaciones me sean cancelados con todos y cada uno de los incrementos legales y/o acuerdos convencionales que se hayan efectuado, acordado durante el período que duró mi desvinculación.

“4. Que se me vincule inmediatamente surta efecto el reintegro y/o reubicación a una entidad prestadora de salud E.P.S. que me garantice eficientemente ese servicio.

“5. Que me responda y entregue el Bono Pensional para de esta forma poder algún día previa cotización optar por una Pensión de Vejez, Invalidez o Muerte.

“ 6. Que se responsabilice y cancele mis semanas de cotización a Salud y Pensión, que me fueron descontados de mis salarios” .

CONTESTACION

El Gobernador Encargado del Departamento de San Andrés Islas respondió al requerimiento del Tribunal manifestando que “no puede decirse que la accionante pertenece al sindicato de trabajadores oficiales y públicos de la Gobernación puesto que no siendo funcionaria de la Gobernación desde el momento de la desvinculación perdió la calidad de servidor público y accesoriamente su calidad de miembro del sindicato”. Que no le consta que tenga fuero sindical y que además no es una garantía para mantener indefinidamente a un funcionario público en el cargo, pues la supresión del mismo es una causa justificada para su retiro y más cuando la Gobernación del Departamento efectuó la reestructuración administrativa llevada a cabo, para aliviar en gran parte la crisis financiera que existía y que de cierta manera aún existe, y con el comportamiento ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público de no permitir la existencia de más de trescientos (300) cargos en la planta de personal, cargos que, actualmente se encuentran proveídos en su totalidad.

Afirmó que no se puede afirmar que la supresión de este cargo y setecientos sesenta más, que fueron suprimidos, se hizo con la finalidad de violar el derecho de asociación “más cuando tratándose de servidores públicos ni siquiera se hace necesario el levantamiento del fuero sindical. Véase sentencia 16086 de diciembre 2/99 C.P. Silvio Escudero”. Por lo que consideró que la convención colectiva de trabajo a que se refiere la accionante y sobre la cual reclama derechos, no es aplicable a los empleados públicos, sino únicamente a los trabajadores oficiales (art. 416 del C.S.T.) y en caso de que fuese extensible para aquéllos, no es procedente reclamar su aplicabilidad por la acción de tutela.

Afirmó que la Gobernación del departamento viene asumiendo directamente el riesgo del servicio de salud de los empleados que aún permanecen en servicio activo a través de la IPS Hospital Timothy Britton tal como lo consigna la Ley 100 de 1993.

En cuanto al estado de embarazo de la accionante, dijo que no fue retirada en forma mal intencionada porque *“en el momento de la supresión de cargos el estado de embarazo no fue motivo determinante para el retiro o permanencia en el servicio, prueba de ello es que en ese momento permanecieron en la planta un número considerado de funcionarias en estado de embarazo”* ..

Solicitó la improcedencia de la acción por existir otra vía judicial.

EL FALLO IMPUGNADO.

El Tribunal Contencioso Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, rechazó por improcedente la acción al establecer que existen otros medios de defensa judicial contra los actos por medio de los cuales el Gobernador del Departamento la suprimió del cargo . Consideró que tampoco demostró la existencia de un perjuicio irremediable, dado que la tutela, fue interpuesta tres meses después de haber ocurrido la supresión del cargo, *“lo que permite deducir que la accionante no se encuentra frente a un perjuicio irremediable, figura que*

requiere para ser efectiva, la prueba de circunstancias de urgencia, gravedad, imposterabilidad e inminencia, ausentes en el presente caso”.

Estimó que el rechazo de la tutela no implica la desprotección del estado de embarazo de la tutelante, puesto que la Administración Departamental debe efectuar oficiosamente (si es que aún no lo ha hecho) o a solicitud de parte, la indemnización de ley que corresponda (art. 63 de la Ley 443 de 1998, cuyo alcance interpretativo fue dado por la Corte Constitucional en sentencia C-199 de abril 9 de 1999). Contra el acto administrativo respectivo la funcionaria puede igualmente entablar las acciones ordinarias *“por vía gubernativa y judicial en caso de considerar que dicha indemnización no se ajusta a los parámetros legales establecidos para la protección de su especial estado”.*

LA IMPUGNACION .

La accionante impugnó el fallo sin sustentar.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

De conformidad con lo dispuesto por el Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela puede ejercerse con el objeto de reclamar la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando éstos se vean amenazados o vulnerados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública y el Art. 86 de la C. P. dispone que procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial.

La accionante solicitó que se le proteja el derecho a la asociación sindical (gozaba de fuero sindical), debido proceso, vida digna, seguridad social, protección al que está por nacer, vulnerados por el Gobernador del Departamento de San Andrés al suprimirla del cargo que estaba ocupando.

Ahora bien, para resolver sobre el presente asunto, se hacen las siguientes precisiones:

En primer lugar, aduce la accionante que en el momento en que fue desvinculada del cargo (diciembre 31/99) gozaba de fuero sindical. La Sala estima que contra la decisión del Gobernador del Departamento de San Andrés Islas de suprimirla del cargo, existen otros medios de defensa judiciales ante la jurisdicción ordinaria, lo que hace improcedente la acción de tutela por cuanto ésta es subsidiaria y residual.

En segundo lugar, no le asiste razón a la impugnante en que los trabajadores no gozan de la prestación de los servicios médicos asistenciales porque se estableció, según respuesta del Gobernador, esta atención la está prestando la E.P.S. Hospital Timothy Britton.

En tercer lugar, aduce la accionante que fue suprimida del cargo en estado de embarazo y que a pesar de haberlo informado, no lo tuvo en cuenta el Gobernador. Aporta para el efecto certificación expedida por el médico tratante del Hospital Timothy Britton del 15 de diciembre de 1999, en donde certifica que tiene diez semanas de gestación (fl.47).

Sobre este punto el Tribunal expuso que la accionante no se encuentra frente a un perjuicio irremediable porque interpuso la acción de tutela después de tres meses en que fue destituida del cargo, *“figura que requiere para ser efectiva, la prueba de circunstancias de urgencia, gravedad, impostergabilidad e inminencia, ausentes en este proceso”*.

Y que además *“el rechazo de la tutela impetrada no implica la desprotección del estado de embarazo de la tutelante puesto que la Administración Departamental debe efectuar oficiosamente....o a solicitud de parte, la indemnización de ley que corresponda (art. 63 de la Ley 443 de 1998, cuyo alcance interpretativo fue dado por la Corte Constitucional en sentencia C- 199 de abril 9 de 1999). Contra el acto administrativo respectivo la funcionaria puede igualmente entablar las*

acciones ordinarias por vía gubernativa y judicial en caso de considerar que dicha indemnización no se ajusta a los parámetros legales establecidos para la protección de su especial estado”.

Estima la Sala que el aspecto del perjuicio irremediable en el presente caso sí se da, teniendo en cuenta que constituye una amenaza a vulnerar los derechos a la salud y vida del que está por nacer y su madre al no prestarle la atención médica y oportuna a la mujer que se encuentra en estado de embarazo, perjuicio que podría ser irremediable.

Así mismo sucedería en el caso de que no se le pagara su salario y licencia de maternidad por cuanto, este pago *“.....tiene por objeto brindarle a la madre el descanso necesario para poder reponerse del parto y prodigarle al recién nacido las atenciones que requiere. El descanso se acompaña del pago del salario de la mujer gestante, a fin de que ella pueda dedicarse a la atención de la criatura. Por lo tanto, el pago del dinero correspondiente al auxilio de maternidad es de vital importancia tanto para el desarrollo del niño como para la recuperación de la madre¹. Así mismo ha manifestado que la Constitución Política de 1991, estableció una protección especial a las mujeres en estado de embarazo, la cual se extiende desde el periodo de gestación hasta después del parto y dicha protección se otorga tanto a ella como a su hijo, desde el momento mismo de la concepción”².*

De otra parte, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad del artículo 62 (parcial) (caso de supresión del cargo) de la Ley 443 de 1998, dejando en la parte resolutive lo siguiente:

“Declarar la EXEQUIBILIDAD de la parte demandada del artículo 62 de la Ley 443 de 1998 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”.

¹ Sentencia T-568 de 1996, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

² Sentencias T-606/95; T-106/96; T-568/96; T-694/96; C-710/96; T-662/97.

Ahora bien, para evitar que se vulneren los derechos a la salud y vida del que está por nacer y su madre, se revocará parcialmente el fallo y se ordenará al señor Gobernador del Departamento del Archipiélago de San Andrés Providencia y Santa Catalina, que en el término cuarenta y ocho horas (48 hrs.), disponga lo necesario para que la señora Pamela Newball Dawkins, reciba *“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”*.

Por este motivo se revocará parcialmente el fallo impugnado y se accederá a la solicitud como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable al que está por nacer, conforme a la parte considerativa, y se confirmará en lo demás.

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

FALLA:

REVOCASE PARCIALMENTE EL FALLO IMPUGNADO. En su lugar,

1. TUTELASE EL DERECHO A LA VIDA DEL QUE ESTA POR NACER Y A LA SALUD Y VIDA DE LA SEÑORA PAMELA NEWBALL DAWKINS.

2. ORDENASE AL GOBERNADOR DEL DEPARTAMENTO DEL ARCHIPIELAGO DE SAN ANDRES, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA, DENTRO DEL TERMINO DE CUARENTA Y OCHO HORAS (48 hrs.) DISPONGA LO NECESARIO PARA QUE LA SEÑORA PAMELA NEWBALL

DAWKINS, RECIBA LA COMPENSACION POR LA TOTALIDAD DE LOS SALARIOS DEJADOS DE PERCIBIR EN EL INTERREGNO ENTRE EL RETIRO Y LA FECHA DEL PARTO Y, EL PAGO MENSUAL, A LA CORRESPONDIENTE ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD, DE LA PARTE DE LA COTIZACION AL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD QUE CORRESPONDE A LA ENTIDAD PUBLICA EN LOS TERMINOS DE LA LEY, DURANTE TODA LA ETAPA DE GESTACION Y LOS TRES MESES POSTERIORES AL PARTO.

3. CONFIRMASE EN LO DEMAS.

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

COPIESE, NOTIFIQUESE Y ENVIASE COPIA LA TRIBUNAL DE ORIGEN. CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada en Sesión de la fecha.

DANIEL MANRIQUE GUZMAN

-Presidente-

GERMAN AYALA MANTILLA

JULIO E. CORREA RESTREPO

DELIO GOMEZ LEYVA

MERCEDES TOVAR DE HERRAN

Secretaria