

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN LABORAL**

**RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO
Magistrado Ponente**

**STL3007-2016
Radicación n° 64821
Acta n° 08**

Bogotá, D.C., nueve (9) de marzo de dos mil dieciséis (2016)

Resuelve la Corte la impugnación interpuesta por el apoderado de **MAYERLY CAROLINA GÓMEZ GUEVARA** contra el fallo proferido por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bucaramanga el 29 de enero de 2016, dentro de la acción de tutela que promovió contra la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL**.

ANTECEDENTES

La accionante presentó queja constitucional, de manera transitoria, para la protección de sus derechos a la salud, vida digna, igualdad, mínimo vital, trabajo, familia,

vida del menor que está por nacer, libre desarrollo de la personalidad y estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada.

Indicó que mediante Resolución No. 02273 de 22 de mayo de 2015 fue retirada del servicio por disminución de la capacidad psicofísica en un porcentaje del 18.00%; que presentó acción de tutela y la Sala Penal del Tribunal de Bucaramanga accedió a la protección de manera transitoria y ordenó a la Policía Nacional su reintegro, decisión que acató mediante la Resolución No. 02902 de 2 de julio del mismo año; que de manera simultánea apeló el fallo y la Sala de Casación Penal, el 23 de julio de 2015, revocó la providencia de primer grado pues indicó que tenía a su alcance la medida cautelar en el proceso de nulidad ante la jurisdicción contenciosa; que el 13 de agosto siguiente solicitó la suspensión provisional de los actos administrativos reprochados que no se había resuelto; que por Resolución No. 05989 del 31 de diciembre de 2015, que le fue notificada el 14 de enero de 2016, se derogó el acto administrativo de 2 de julio de 2015 por lo que recobró sus efectos el de 22 de mayo de ese año en cuanto a la fecha de retiro de la accionante, asimismo reconoció como tiempo laborado por la promotora el período comprendido entre el 3 de julio de 2015 a la fecha de notificación de esa decisión.

Señaló que el 18 de noviembre y estando aún al servicio de la entidad se hizo una prueba de embarazo que resultó positiva, situación que informó a su superior inmediato; que el 14 de enero de 2016 le fue notificada la

resolución por medio de la cual era retirada del servicio por cumplimiento de la orden judicial, diligencia en la que ratificó su condición de embarazo.

Argumentó que fueron violentadas sus garantías fundamentales pues desconoce si la Corte Constitucional decidió revisar su proceso y que la Institución no tuvo en cuenta su embarazo al momento de desvincularla.

Solicitó que de manera transitoria fueran amparados sus derechos mientras que el Juzgado Cuarto Administrativo resolvía la legalidad del acto administrativo por medio del cual fue desvinculada, que se ordenara su reintegro sin solución de continuidad junto con el pago de salarios, prestaciones y aportes a la Seguridad Social.

TRÁMITE Y DECISIÓN DE INSTANCIA

Por auto del 19 de enero de 2016 la Sala Laboral del Tribunal de Bucaramanga admitió la tutela y notificó a los accionados.

La Policía Nacional reseñó el trámite del caso; explicó que no era la entidad competente para recomendar la reubicación laboral pues ello era función del Tribunal Médico de Revisión Militar y de la Policía, entidad que ya había determinado la disminución psicofísica de la actora y no había recomendado su reubicación. Recordó que Gómez Guevara tenía otros mecanismos de defensa a su alcance, los cuales estaban en curso pues ella ya había iniciado la

acción correspondiente en la jurisdicción contenciosa y por tanto debía esperarse a que se resolviera su asunto en el escenario idóneo.

La Dirección de Talento Humano dijo que el acto administrativo que retiró del servicio a la accionante gozaba de presunción de legalidad y dado que estaba en curso la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la tutela era improcedente dado su carácter residual y subsidiario.

Por fallo del 29 de enero de 2016 el Tribunal de Bucaramanga negó el amparo. Consideró que la desvinculación por disminución de la capacidad psicofísica de la actora mediante Resolución No. 02902 de 2 de julio de 2015, no podía ser objeto de nueva controversia en sede de tutela pues ese tema ya había sido objeto de pronunciamiento por parte de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. Recalcó que los cuestionamientos que tuviera frente al obrar de la accionada, debía argumentarlos en el escenario propio *«pues en principio no se avista que obedeció al estado de gestación de la accionante, sino a la natural consecuencia que del fallo de tutela revocado emanó; además, impugnada como fue la sentencia de la Sala Penal del Tribunal, pese a que la autoridad cumplió como correspondía acorde con el artículo 31 del Decreto 2591 es claro que las partes quedaban supeditadas a las resultas de la impugnación»*.

Frente a esa decisión una magistrada salvó el voto, explicó que no desconocía la Resolución que ordenó la desvinculación por virtud de una orden constitucional, pero que no se podía pasar por alto que la trabajadora estaba

embarazada y por ello merecía especial protección; reseñó la sentencia SU – 070/13 y las 38239 y 44397 de la Sala de Casación Laboral en la que prevalecía la protección de la maternidad; y concluyó que *«en el caso particular la desvinculación de la institución y la sentencia que definió la acción de tutela que inicialmente se promovió para buscar protección constitucional por esta de protección por discapacidad, si bien fue definida por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia donde declaró improcedente el amparo y presenta razones atendibles para estimar que la relación laboral llegó a su fin y por ende considerar que no hay un trato discriminatorio por razón del embarazo; también lo es que ese estado de gravidez de la accionante debe ser mirado con atención pues la calidad de embarazada es especialísima y las altas corporaciones sin desconocer las causas válidas para dar por terminado el contrato han permitido desarrollar el principio de solidaridad, de protección especial que lleva permitir la vigencia de la relación con miras a preservar la protección de la gestante y del que está por nacer. Vigencia que debió entrar a estimar la sala mayoritaria a tiempo de desatar la decisión de la tutela y así brindarles protección a la maternidad y al por nacer».*

IMPUGNACIÓN

La actora impugnó; explicó que desde que impetró la solicitud de suspensión provisional, esto es, 13 de agosto de 2015, el Juzgado Administrativo no le ha brindado ninguna respuesta. También aclaró que con la acción de tutela instaurada no pretendía cuestionar la validez de los actos administrativos censurados sino que buscaba su protección a la maternidad y para ello se remitía a la sentencia SU – 070 de 2013.

Insistió que había notificado, de manera verbal, a su superior de su estado de embarazo y que el día que le fue notificada la última decisión de desvinculación resaltó su situación.

CONSIDERACIONES

La acción de tutela, como la define el artículo 86 de la Constitución Política, es un medio de defensa judicial instituida para proteger en forma inmediata los derechos fundamentales cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o por los particulares en los casos expresamente señalados por la ley.

Pues bien, a efectos de resolver las súplicas de la accionante, debe recordarse que nuestra Carta Constitucional en su artículo 43 establece que *«la mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de este subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada...»*.

Tal disposición constitucional se debe armonizar con el artículo 11 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, conjunto normativo que fundamentó el desarrollo jurisprudencial del denominado fuero de maternidad -estabilidad laboral reforzada- el cual constituye una garantía para la mujer en estado de gravidez y en periodo de lactancia, con el

propósito de evitar cualquier forma de distinción por tal circunstancia o que con motivo de dicha condición sea retirada del empleo.

El mencionado fuero, se ha considerado, de manera general, que se aplica independientemente de la naturaleza del empleador, es decir, opera tanto en el sector público como privado, y en lo referente al primero, también resulta indiferente el tipo de nombramiento: i) provisionalidad, ii) propiedad, iii) libre nombramiento y remoción. No obstante, debe recalcar, no toda vinculación laboral, tratándose de mujeres embarazadas o en periodo de lactancia, es inquebrantable, esto es, la protección no opera de forma absoluta en todos los eventos, por cuanto debe atenderse el contexto en que se presenta la presunta vulneración que da lugar a la petición de amparo.

En el caso bajo estudio es claro que se presenta una situación particular, pues de las pruebas allegadas al expediente se observa que la accionante fue desvinculada del servicio por Resolución No. 02273 del 22 de mayo de 2015, que ella presentó acción de tutela y la Sala Penal del Tribunal de Bogotá accedió a su reintegro de manera transitoria, así que la entidad emitió el acto administrativo No. 02902 del 2 de julio siguiente. No obstante, de manera simultánea, impugnó esa decisión y dado que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia revocó la misma, la Policía expidió nuevo pronunciamiento con fecha del 31 de diciembre de 2015, que se le notificó el 14 de enero de 2016 y en el que específicamente indicó:

Artículo 1. Derogar la Resolución No. 02902 del 2 de julio de 2015, expedida por el señor Director General de la Policía Nacional de Colombia, en virtud a la Sentencia No. STP9675-2015 de fecha de 23 de julio de 2015, proferida por la Honorable Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal- Sala de Decisión de Tutela No. 2, en la cual se resolvió revocar el fallo dictado el 12 de junio de 2015, por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Bucaramanga, y en consecuencia negó por improcedente la acción de tutela incoada por la ciudadana MAYERLY CAROLINA GÓMEZ GUEVARA.

Artículo 2. La Resolución No. 02273 del 22 de mayo de 2015, recobra sus efectos jurídicos, razón por la cual, se mantiene vigente como fecha de retiro de la señora patrullera MAYERLY CAROLINA GÓMEZ GUEVARA, el 27 de mayo de 2015, fecha de notificación del mencionado acto administrativo.

Artículo 3. Reconocer como tiempo laborado por la señora patrullera MAYERLY CAROLINA GÓMEZ GUEVARA, el período comprendido entre el 03 de julio de 2015, fecha de notificación de la Resolución No. 02902 de 2015, hasta la fecha de notificación del presente acto administrativo, teniendo en cuenta que estuvo en servicio activo de la Policía Nacional.

En virtud de lo anterior, para esta Sala la decisión de retiro del servicio se dio en virtud de una orden judicial, esto es, de manera legítima, pues el Decreto 306 de 1992 en su artículo 7° señaló «de los efectos de las decisiones de revisión de la Corte Constitucional y de las decisiones sobre las impugnaciones de fallos de tutela. Cuando el juez que conozca de la impugnación o la Corte Constitucional al decidir una revisión, revoque el fallo de tutela que haya ordenado realizar una conducta, quedarán sin efecto dicha providencia y la actuación que haya realizado la autoridad administrativa en cumplimiento del fallo respectivo».

Sin embargo, lo cierto es que, tal como lo señala Gómez Guevara, en el presente amparo lo que se está discutiendo es la protección a su maternidad, la cual evidenció el 18 de noviembre de 2015, cuando se hizo una

prueba clínica y cuando aún se encontraba al servicio de la entidad.

Ante dicha realidad, del fenecimiento del vínculo laboral, de manera legal y legítima, dentro del cual, a su vez, se generó el estado de maternidad de la trabajadora, lo correcto, para la Sala, es armonizar los derechos en juego y buscar una modalidad de protección objetiva de la maternidad.

Dicha conclusión encuentra respaldo en la sentencia SU- 070 de 2013 de la Corte Constitucional, de acuerdo con la cual existe una obligación general y objetiva de amparo a la mujer embarazada y lactante a cargo del Estado y de los empleadores, en virtud del principio de solidaridad, de manera que se les debe garantizar, cuando menos, ciertas prerrogativas, tales como el descanso remunerado antes y después del parto y la prestación de los servicios médicos y hospitalarios.

Es así que para esta Sala, resulta necesario que, ante la existencia de una decisión de desvinculación legítima y amparada en el ordenamiento jurídico, se proteja objetivamente el derecho a la maternidad, lo que se logra con medidas que conlleven la armonización de ambas situaciones, esto es, *«del establecimiento de una modalidad de protección intermedia, que no resquebraje o desconozca el diseño contractual del derecho legislado, pero que permita un estándar de protección para las mujeres en estado de embarazo»* radicado 38239 del 25 de marzo de 2015. Dicha medida no puede ser otra

que la garantía de la seguridad social, con todos sus componentes, mientras dura el estado de embarazo y transcurre el término de la licencia de maternidad post parto.

De acuerdo con lo anterior, en el caso objeto de estudio, se hace necesario proteger las garantías constitucionales de la madre y del menor que está por nacer y, en consecuencia, se revocará parcialmente la decisión de primera instancia, en cuanto se ordenará a la Policía Nacional que garantice y realice el pago de los aportes al Sistema de Salud correspondientes al período de gestación y por el término de la licencia de maternidad post parto, con el fin que el Sistema de Seguridad Social le garantice a la accionante el reconocimiento y disfrute efectivo de la prestación derivada de la maternidad.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO.- Revocar el fallo impugnado y, en su lugar, conceder parcialmente la protección a la maternidad y en tal virtud **ordenar** a la Policía Nacional que garantice y realice el pago de los aportes al Sistema de Salud correspondientes al período de gestación y por el término de la licencia de maternidad post parto, con el fin que el

Sistema de Seguridad Social le garantice a la accionante el reconocimiento y disfrute efectivo de la prestación derivada de la maternidad.

SEGUNDO.- Notificar esta decisión a los interesados en la forma prevista por el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO.- Enviar el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS

Presidente de Sala

JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ

CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO

