

REPUBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO  
JUZGADO CUARENTA Y SEIS ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO  
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C., diecinueve (19) de junio de dos mil veinte (2020).

Expediente : 11001-3342-046-2019-00145-00  
Demandante : NATHALIE GUALTERO SALAZAR  
Demandado : DISTRITO CAPITAL – ALCALDIA MAYOR DE BOGOTA –  
CONCEJO DE BOGOTA

ASUNTO

Procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia para resolver la demanda que ha dado origen al proceso de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1.1 El medio de control.

La señora Nathalie Gualtero Salazar, mediante apoderado, acude ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo a incoar medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), contra el Distrito Capital – Alcaldía Mayor de Bogotá – Concejo de Bogotá, para que se acojan las pretensiones que en el apartado siguiente se precisan. (Fs.1-11).

1.2 Pretensiones.

Se declare la nulidad de la Resolución No. 0627 de 1º de noviembre de 201, por medio del cual se retiró del servicio a la demandante.

A título de restablecimiento del derecho solicita "...reintegrar a la señora Nathalie Gualtero Salazar al cargo de profesional universitario código 219 grado 03 de la planta de personal del Concejo de Bogotá, en otro cargo de igual o superior categoría y sueldo que ocupaba en esta entidad pública cuando se produjo el retiro mediante el acto administrativo acusado.

*La demandada pagará a favor de la demandante una suma de dinero equivalente a los sueldos, primas, bonificaciones, subsidios, auxilios, vacaciones, prestaciones sociales, y todos los demás derechos remunerativos laborales dejados de percibir desde la fecha en que se produjo su retiro, hasta cuando se produzca efectivamente su reintegro al servicio.*

*Para todos los efectos salariales y prestacionales, se considere que no ha existido interrupción o solución de continuidad en la prestación de los servicios de la demandante para con la demandada durante todo el tiempo en que haya permanecido retirada del servicio a causa de los actos administrativos de los cuales se solicita el respectivo control de legalidad.*

*La liquidación de los reconocimientos salariales y prestacionales serán ajustados a su valor real teniendo como base la variación del índice de precios al consumidor, mes a mes, conforme a la reiterada jurisprudencia del consejo de estado y al inciso final del artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.*

*Las cantidades liquidadas reconocidas, devengarán intereses, comerciales y moratorios, conforme al artículo 195 del CPACA.”*

### **1.3 Hechos.**

Relata que mediante resolución 1130 de 2 de noviembre de 2012, fue nombrada en provisionalidad en el cargo de profesional universitario 219-03 en la planta de personal del Concejo de Bogotá.

La comisión nacional del servicio civil, convocó a concurso abierto de méritos para ocupar el cargo antes mencionado, mediante oferta pública de empleo de carrera. Una vez surtidas las etapas correspondientes del concurso de méritos, se conformó la lista de elegibles.

Mediante resolución 627 de 1 de noviembre de 2018, se efectuó un nombramiento en periodo de prueba y se declaró insubsistente el nombramiento en provisionalidad de la demandante.

Indica que, para el momento de su retiro, se encontraba en licencia de maternidad.

### **1.4 Disposiciones presuntamente violadas y su concepto.**

Cita como normas violadas de la Constitución Política los artículos 2, 4, 25, 29, 43, 46, 47, 48 y 125, Decretos 2400 de 1968, 1950 de 1973, 1572 de 1998, 2504 de 1999, 1677 de 2000, 1894 de 2012 y 648 de 2017, Leyes 100 de 1993, 443 de 1998 y 734 de 2002.

Manifiesta que la entidad accionada ha incurrido en violación a las normas en mención, porque al haber efectuado el retiro de la actora, no tuvo en cuenta que se encontraba en licencia de maternidad, habiendo otros funcionarios en provisionalidad con su mismo cargo y grado que, a su consideración, debieron ser retirados antes que la demandante *“pues los demás empleados de la misma nomenclatura de la planta de personal no tenían una estabilidad laboral reforzada como lo era la licencia de maternidad de mi representada”*, y porque era madre cabeza de familia.

Afirma que la actuación de la entidad, se produjo con desviación de poder porque no tuvo en cuenta las condiciones de especial protección en las que se encontraba la demandante, ni tampoco, optó por retirar del servicio a los demás funcionarios que no tenían ninguna condición especial o estabilidad laboral reforzada, evidenciándose que, *“tenía mejor derecho de permanecer en su empleo ante la pluralidad del (sic) provisionales que se podrían haber seleccionado para ser reemplazados por quien superó el concurso de méritos”*.

Indica que dada la naturaleza del acto acusado, debió ser motivado de manera clara, real y con observancia del debido proceso, donde se explicara por qué se escogió como primera opción a la demandante para ser retirada, a sabiendas que habían otros funcionarios que también podían haber sido seleccionados para ser retirados, por tanto, aduce que el nominador no podía retirarla del cargo, sin motivación alguna.

#### **Contestación de la demanda.**

La entidad, mediante apoderado judicial, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, afirmando que con base en el concepto emitido por el departamento administrativo de la función pública, relacionado con la desvinculación de personas nombradas en provisionalidad que ocupan un cargo de carrera administrativa, como consecuencia de las listas de elegibles proferidas en el marco de un concurso abierto de méritos y que son personas en condiciones de

especial vulnerabilidad, se puede determinar que independientemente sus condiciones, el nominador está en la obligación de nombrar y posesionar a quien en mérito obtuvo su derecho prevalente.

Aduce que, con base en lo dicho por la Corte Constitucional, una empleada nombrada en provisión en un cargo de carrera que sale a concurso de méritos y se encuentra en estado de embarazo, puede ser desvinculada del mismo para dar cumplimiento al acto administrativo que contiene la lista de elegibles *“sin que por el hecho de dar cumplimiento a lo dispuesto, se configure una vulneración a los derechos de protección reforzada a la maternidad, es decir, que no se configura causa injusta de despido a empleada, por lo tanto tampoco se considera que la empleada desvinculada en estado de embarazo en estas circunstancias, tenga derecho a ningún tipo de indemnización”*.

Afirma que el cargo que ocupaba la demandante, se ofertó una vacante y la lista de elegibles fue conformada por once personas, lo que imposibilitó a la entidad mantener en provisionalidad a la accionante o nombrarla en otro empleo igual o superior, teniendo en cuenta que el Concejo de Bogotá, convocó a concurso abierto de méritos, cincuenta empleos, correspondientes a noventa y un vacantes.

### **1.5 Audiencia inicial.**

El 5 de marzo de 2020, se realizó la audiencia inicial contemplada en el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, mediante la cual se realizaron todas las etapas procesales contempladas en dicho artículo hasta la audiencia de alegaciones y juzgamiento.

### **1.7 Alegatos de conclusión**

**La parte demandante** Reiteró los argumentos de hecho y de derecho expuestos en el escrito de demanda.

**La entidad demandada** Ratificó los argumentos de defensa expuestos en el escrito de contestación de la demanda.

## **CONSIDERACIONES**

### **2.1 Problema jurídico**

El problema jurídico se fijó en el sentido de establecer si la demandante tiene derecho a ser reintegrada al cargo que venía desempeñando o a otro de igual o

superior jerarquía, sin solución de continuidad y al reconocimiento y pago de todos los haberes salariales y prestacionales dejados de percibir durante el tiempo que estuvo desvinculada de la entidad.

## **2.2 Hechos probados**

De conformidad con el material probatorio obrante en el expediente, se encuentran probados los siguientes hechos:

- ✓ Resolución No. 0627 de 1 noviembre de 2018 por la cual se efectúa un nombramiento en periodo de prueba y se declara insubsistente un nombramiento en provisionalidad (fs.14-18).
- ✓ Registro civil de nacimiento del menor Emmanuel Santos Gualtero (fl.19).
- ✓ Radicación licencia de maternidad, suscrita por la señora Nathalie Gualtero Salazar (fl.20).
- ✓ Declaración extraproceso rendida por los señores Miryam Salazar Montero y Oscar Gualtero Daza (fl.21).
- ✓ Historia clínica de Emmanuel Santos Gualtero (fs.26-40).
- ✓ Oficio No. 2019EE3571 de 7 de marzo de 2019, por medio del cual se da respuesta a un derecho de petición (fs.41-42).
- ✓ Antecedentes administrativos (fs.46-79 y 87-127).

## **2.3 Marco normativo y jurisprudencial**

El despacho procederá a efectuar el correspondiente análisis normativo y jurisprudencial relacionado con el presente asunto, para luego descender al caso concreto, y emitir el correspondiente pronunciamiento de conformidad con la fijación del litigio planteada.

### **2.3.1. Régimen de los empleados de carrera**

El artículo 122 de la Constitución Política determina que no existe empleo público que tenga funciones previamente señaladas en la ley o reglamento. A su vez el artículo 125 ibídem, determina que los empleos en los órganos y entidades del estado son de carrera administrativa, salvo aquellos que son de elección popular,

de libre nombramiento y remoción, los trabajadores oficiales y los demás que determine la Ley.

Así, el artículo 125 de la constitución política estableció como regla general que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, disponiendo al respecto:

*“ARTICULO 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.*

*Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.*

*El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.*

*El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.*

*En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción.*

**PARÁGRAFO.** *<Parágrafo adicionado por el artículo 6 del Acto Legislativo 1 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Los períodos establecidos en la Constitución Política o en la ley para cargos de elección tienen el carácter de institucionales. Quienes sean designados o elegidos para ocupar tales cargos, en reemplazo por falta absoluta de su titular, lo harán por el resto del período para el cual este fue elegido.”*

De lo anteriormente precisado, se infiere que la Constitución Política no sólo contempla la clasificación de los empleos, sino las formas de ingreso y retiro, haciendo hincapié en los empleos de carrera administrativa, para lo cual dispone, que el retiro de aquellos funcionarios que ocupen dichos cargos sólo podrán efectuarse, por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.

El artículo 209 de la Constitución Política estableció el fin y principios que debe cumplir la función administrativa, para lo cual dispuso:

*“ARTICULO 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. (...)”*

Es decir, para el ejercicio de la función administrativa se debe consultar el bien común; esto es, persiguiendo esos objetivos de carácter general, que se encuentran consignados en la Constitución Política y en la Ley, en especial en el artículo 2º de la Carta Política, que a su tenor literal dispone:

*“ARTICULO 2o. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.*

*Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.”*

Por lo tanto, la Constitución le confiere a las autoridades un poder reglado para el ejercicio de la función administrativa, de acuerdo con postulados característicos del Estado de Derecho, pero en materias, como las relativas a la gestión económica y social, se deja un margen de discrecionalidad para que la Administración, en forma eficaz, procure la satisfacción del interés colectivo, imprimiéndole el carácter Social del Estado de Derecho, donde la función administrativa se encuentra al servicio del interés general, y se base en principios como la eficacia y la celeridad.<sup>1</sup>

### **2.3.2. Protección laboral de la mujer en estado de embarazo o en periodo de lactancia.**

El Legislador, con anterioridad a la expedición de la Constitución de 1991, ha considerado que la mujer en estado de embarazo o lactancia, se considera como sujeto de especial protección, por tanto, el Estado es quien debe garantizar sus derechos y protegerlos. Es por ello que ha regulado una serie de medidas de riguroso obediencia orientadas a cumplir con dicho objetivo, prueba de ello, fue

<sup>1</sup> Corte Constitucional, sentencia T-1701 de 7 de diciembre de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

con la expedición de la Ley 53 de 1938 “por la cual se protege la maternidad”, que en su artículo 3º consagró:

*“Art. 3º. La mujer que sea despedida sin causa que se justifique ampliamente, dentro de los tres meses anteriores o posteriores al parto, comprobada esta circunstancia mediante certificado de facultativo, sin perjuicio de las indemnizaciones a que pudiere dar lugar con forme a los contratos de trabajo o a las disposiciones legales que rijan la materia, tiene derecho a los salarios correspondientes a noventa días.”*

El anterior precepto normativo, fue reformado por el artículo 2º de la Ley 197 de 1938 “por la cual se reforman las Leyes 178 y 162 de 1936”, quedando del siguiente tenor:

*“Artículo 2º. El artículo 3º de la Ley 53 de 1938 quedará así: La mujer que sea despedida sin causa que justifique ampliamente dentro del período del embarazo y los tres meses posteriores al parto, comprobada esta circunstancia mediante certificado de facultativo, sin perjuicio de las indemnizaciones a que pudiera dar lugar, conforme a los contratos de trabajo o a las disposiciones legales que rigen la materia, tiene derecho a los salarios correspondientes a noventa días.”*

Por su parte, el Decreto 3135 de 1968 “Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado, y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales”, dispuso:

*“Artículo 21. Prohibición de despido. Durante el embarazo y los tres meses posteriores al parto o aborto, solo podrá efectuarse el retiro por justa causa comprobada y mediante autorización del inspector del trabajo si se trata de trabajadora, o por resolución motivada del Jefe del respectivo organismo si es empleada.*

*Se presume que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo cuando ha tenido lugar dentro de los períodos señalados en el inciso anterior sin las formalidades que el mismo establece. En este caso, la empleada o trabajadora tiene derecho a que la entidad donde trabaje le pague una indemnización equivalente a los salarios o sueldos de sesenta (60) días, fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar, de acuerdo con su situación legal o contractual y, además, al pago de las ocho (8) semanas de descanso remunerado, si no lo ha tomado”.*

El Decreto 1848 de 1969 “por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968” consagró:

*“Artículo 39. Prohibición de despido.*

*1. Ninguna empleada oficial podrá ser despedida por motivo de embarazo o lactancia.*

*2. Durante el embarazo y los tres (3) meses subsiguientes a la fecha del parto o aborto, solamente podrá efectuarse el retiro de la empleada, por justa causa comprobada y mediante la autorización expresa que al efecto deberá solicitarse del respectivo Inspector del Trabajo, cuando se trate de trabajadoras oficiales vinculadas por contrato de trabajo.*

*Si la empleada oficial estuviere vinculada por una relación de derecho público, se requerirá para tal efecto resolución motivada de la correspondiente entidad nominadora. "*

*Art. 40. Presunción de despido por embarazo. Se presume que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando tiene lugar dentro de los periodos señalados en el artículo anterior sin la observancia de los requisitos exigidos en dicha norma legal".*

Posteriormente, el Decreto 1848 en referencia, fue parcialmente derogado por el Decreto 1083 de 2015 "por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública", y, en lo que concierne a la prohibición de despido y a la presunción de despido por embarazo, estableció:

*"ARTÍCULO 2.2.31.1 Prohibición de despido.*

*1. Ninguna empleada pública ni trabajadora oficial podrá ser despedida por motivos de embarazo o lactancia.*

*2. Durante el embarazo y los tres (3) meses subsiguientes a la fecha del parto o aborto, solamente podrá efectuarse el retiro de la empleada por justa causa comprobada y mediante la autorización expresa que al efecto deberá solicitarse del respectivo Inspector del Trabajo, cuando se trate de trabajadoras vinculadas por contrato de trabajo.*

*Si la empleada pública estuviere vinculada por una relación de derecho público, se requerirá para tal efecto resolución motivada de la correspondiente entidad nominadora.*

*ARTÍCULO 2.2.32.2 Presunción de despido por embarazo. Se presume que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando tiene lugar dentro de los períodos señalados en el artículo anterior y sin la observancia de los requisitos exigidos en dicha norma legal. "*

Por su parte, la Constitución Política, en aras de garantizar y proteger los derechos de las mujeres en estado de embarazo y lactancia, en su artículo 43 previó:

*"Artículo 43. 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.*

*El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia.*

Igualmente, en su artículo 53 dispuso:

*“Artículo 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:*

*Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.*

*(...)”*

Por su parte, la Corte Constitucional en sentencia SU-070 de 2013, unificó su criterio en lo que concierne a la protección reforzada de la mujer en estado de embarazo y a la lactancia en el ámbito laboral frente a cualquier tipo de vinculación, tanto en el sector público como privado, y las medidas sustitutivas de protección del fuero de maternidad en los casos que no sea posible el reintegro, por diferentes causas legítimas que ponen fin a la relación laboral.

En lo que atañe a la mujer embarazada o lactante nombrada en provisionalidad que ocupa un cargo de carrera, y el cargo sale a concurso o es suprimido, la Corte estableció unas reglas de aplicación, disponiendo lo siguiente:

*“(...) (i) Si el cargo sale a concurso, el último cargo a proveerse por quienes lo hayan ganado, deberá ser el de la mujer embarazada. Lo anterior, teniendo en cuenta que el cargo a ser proveído y la plaza en la que se desempeñará quien ganó el concurso, debe ser el mismo para el que aplicó. Cuando deba surtirse el cargo de la mujer embarazada o lactante por quién ganó el concurso de méritos, se deberá pagar a la mujer embarazada la protección consistente en el pago de prestaciones que garanticen la licencia de maternidad; (ii) si hubo supresión del cargo o liquidación de la entidad, se le debe garantizar a la trabajadora en provisionalidad, la permanencia en el cargo hasta que se configure la licencia de maternidad o de ser ello imposible, el pago de salarios y prestaciones, hasta que la trabajadora adquiera el derecho a gozar de la licencia.”*

Por su parte, la Ley 909 de 2004, “por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”, en lo que concierne a la protección a la maternidad, dispuso:

*“Artículo 51. Protección a la maternidad.*

*1. No procederá el retiro de una funcionaria con nombramiento provisional, ocurrido con anterioridad a la vigencia de esta ley, mientras se encuentre en estado de embarazo o en licencia de maternidad.*

*2. Cuando un cargo de carrera administrativa se encuentre provisto mediante nombramiento en período de prueba con una empleada en estado de embarazo, dicho periodo se interrumpirá y se reiniciará una vez culminé el término de la licencia de maternidad.*

*3. Cuando una empleada de carrera en estado de embarazo obtenga evaluación 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.*

*4. Cuando por razones del buen servicio deba suprimirse un cargo de carrera administrativa ocupado por una empleada en estado de embarazo y no fuere posible su incorporación en otro igual o equivalente, deberá pagársele, a título de indemnización por maternidad, el valor de la remuneración que dejare de percibir entre la fecha de la supresión efectiva del cargo y la fecha probable 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 entidad pública en los términos de la ley, durante toda la etapa de gestación y los tres (3) meses posteriores al parto, más las doce (12) semanas de descanso remunerado a que se tiene derecho como licencia de maternidad. A la anterior indemnización tendrán derecho las empleadas de libre nombramiento y remoción y las nombradas provisionalmente con anterioridad a la vigencia de esta ley.*

*Parágrafo 1°. Las empleadas de carrera administrativa tendrán derecho a la indemnización de que trata el presente artículo, sin perjuicio de la indemnización a que tiene derecho la empleada de carrera administrativa, por la supresión del empleo del cual es titular, a que se refiere el artículo 44 de la presente ley.*

*Parágrafo 2°. En todos los casos y para los efectos del presente artículo, la empleada deberá dar aviso por escrito al jefe de la entidad inmediatamente obtenga el diagnóstico médico de su estado de embarazo, mediante la presentación de la respectiva certificación.”.*

Así las cosas, la mujer que se encuentre en estado de embarazo, goza de una protección especial por la ley, por tanto, se debe impedir su desvinculación por causa de su estado de gravidez. De allí que la presunción legal entiende que el despido se causó por el embarazo o la lactancia, cuando durante la gestación o

dentro de los tres meses siguientes al parto se termina la relación laboral, sin justa causa para ello y sin la observancia de los procedimientos legales establecidos.

Dicho lo anterior, procede el Despacho, a revisar los elementos probatorios del caso en particular.

### CASO CONCRETO

De lo probado en el proceso, se tiene que mediante acta de posesión No. 713 de 6 de noviembre de 2012<sup>2</sup>, la señora Nathalie Gualtero Salazar, tomó posesión del cargo de profesional universitario código 219, grado 03, cargo del cual fue nombrada en provisionalidad, mediante Resolución No. 1130 de 2 de noviembre de 2012.

Que, el cargo ostentado por la señora Gualtero Salazar, correspondía al número de Oferta Pública de Empleos de Carrera – OPEC, 34061<sup>3</sup>.

Mediante Acuerdo 204 de 2006, el Concejo de Bogotá, ajustó la planta de personal, al sistema de nomenclatura y clasificación de empleos, de acuerdo con lo establecido en el Decreto Ley 785 de 2005 y se ajustan e integran las tablas de grados de asignación básica en armonía con dicho sistema y se dictan otras disposiciones, estableciendo en su artículo 4º la planta de personal de la siguiente manera:

*“ARTICULO 4º.- planta de personal: Establézcase la siguiente planta de personal del Concejo de Bogotá, D.C.*

(...)

#### NIVEL PROFESIONAL

<b>CARGOS</b>	<b>DENOMINACIÓN</b>	<b>CÓDIGO</b>	<b>GRADO SALARIAL</b>
1	Profesional Especializado	222	05
9	Profesional Especializado	222	04
<b>6</b>	<b>Profesional Universitario</b>	<b>219</b>	<b>03</b>
2	Profesional Universitario	219	02
3	Profesional Universitario	219	01

(...)” (Resalta el Despacho)

<sup>2</sup> Visible a folio 101

<sup>3</sup> Según se desprende de la Resolución No. 0627 de 2018 (fs.14-18).

Posteriormente, el Acuerdo 492 de 2012 “por el cual se modifica la Estructura Organizacional del Concejo de Bogotá, D.C., se crean dependencias, se les asignan funciones y se modifica la planta de personal y la escala salarial”, dispuso la creación de algunos cargos, en su artículo 11º, así:

*“ARTÍCULO 11º.- Creación de cargos: Créanse los siguientes cargos en la planta de personal del Concejo de Bogotá, D.C.:*

<b>No DE CARGOS</b>	<b>DENOMINACIÓN</b>	<b>CÓDIGO Y GRADO SALARIAL</b>	<b>NIVEL OCUPACIONAL</b>
1	SECRETARIO GENERAL DE ORGANISMO DE CONTROL	073-02	DIRECTIVO
1	DIRECTOR ADMINISTRATIVO	009-02	DIRECTIVO
1	DIRECTOR FINANCIERO	009-02	DIRECTIVO
1	DIRECTOR TÉCNICO	009-02	DIRECTIVO
1	JEFE DE OFICINA	006-01	DIRECTIVO
1	JEFE DE OFICINA ASESORA DE PLANEACION	115-03	ASESOR
1	JEFE DE OFICINA ASESORA DE COMUNICACIONES	115-03	ASESOR
9	PROFESIONAL ESPECIALIZADO	222-05	PROFESIONAL
1	PROFESIONAL ESPECIALIZADO	222-04	PROFESIONAL
<b>13</b>	<b>PROFESIONAL UNIVERSITARIO</b>	<b>219-03</b>	<b>PROFESIONAL</b>
13	PROFESIONAL UNIVERSITARIO	219-02	PROFESIONAL
7	TÉCNICO OPERATIVO	314-05	TECNICO
5	AUXILIAR ADMINISTRATIVO	407-11	ASISTENCIAL
1	AUXILIAR ADMINISTRATIVO	407-07	ASISTENCIAL
13	AUXILIAR ADMINISTRATIVO	407-04	ASISTENCIAL
1	SECRETARIO EJECUTIVO	425-09	ASISTENCIAL
3	SECRETARIO EJECUTIVO	425-08	ASISTENCIAL
5	SECRETARIO EJECUTIVO	425-05	ASISTENCIAL
4	CONDUCTOR	480-07	ASISTENCIAL

(...)

**PARÁGRAFO 2.** La Mesa Directiva del Concejo de Bogotá, D.C., una vez aprobado el presente Acuerdo, comunicará a la Comisión Nacional del Servicio Civil la creación de los nuevos cargos de Carrera Administrativa, con el fin de que sea convocado el respectivo concurso conforme a la ley.

**PARÁGRAFO 3.** *Las vacantes temporales que resulten de la presente reestructuración serán publicadas en la página web del Concejo de Bogotá y se proveerán provisionalmente con el lleno de los requisitos legales, hasta tanto se realice el correspondiente concurso para su provisión definitiva.”*

*(Resalta el Despacho)*

Con base en los acuerdos referidos, se observa que, para el cargo de profesional universitario código 219, grado 03, hubo una modificación en la planta de personal del Concejo de Bogotá, creándose 13 cargos en total para esta denominación.

La Comisión Nacional del Servicio Civil, mediante convocatoria No. 431 de 2016 – Distrito Capital, ofertó el concurso abierto de méritos para proveer definitivamente 50 empleos, correspondientes a 91 vacantes, pertenecientes al sistema general de carrera dentro de la planta de empleos del Concejo de Bogotá.

Una vez surtidas todas las etapas del proceso de selección, la Comisión Nacional del Servicio Civil, mediante Resolución No. CNSC – 20182130081695 de 9 de agosto de 2018<sup>4</sup>, conformó la lista de elegibles para proveer una (1) vacante del empleo de carrera identificado con el código OPEC No.34061 denominado profesional universitario código 219, grado 3, del sistema general de carrera del Concejo de Bogotá, ofertado a través de la convocatoria No.431 de 2016 – Distrito Capital.

Con ocasión de la conformación de la lista de elegibles en mención, mediante Resolución No. 0627 de 1º de noviembre de 2018<sup>5</sup>, la mesa directiva del Concejo de Bogotá, nombró en periodo de prueba dentro del sistema general de carrera administrativa en la planta de empleos del Concejo de Bogotá a la señora Esperanza Martínez Muñoz, en el cargo de profesional universitario código 219, grado 03 y, como consecuencia de ello, declaró insubsistente el nombramiento en provisionalidad de la señora Nathalie Gualtero Salazar, a partir de la posesión de la señora Esperanza Martínez.

---

<sup>4</sup> Visible a folios 75 y 76

<sup>5</sup> Visible a folios 14 - 18

Según se observa de los documentos allegados al proceso<sup>6</sup>, para el momento en que se efectuó el retiro del servicio de la señora Nathalie Gualtero Salazar, se encontraba en licencia de maternidad.

Ante la condición de especial protección en la que se encontraba la demandante en dicho periodo, el despacho observa que si bien la planta de personal creada por el Concejo de Bogotá, para el cargo de profesional universitario, código 219, grado 03, fue de un total de 13 cargos, cada uno de ellos, tiene un perfil profesional específico, funciones y requisitos diferentes para desempeñar el mismo, encontrándose que, el cargo bajo el código OPEC 34061, contaba con una (1) sola vacante, según se constata en la oferta pública de empleos de carrera realizada mediante la convocatoria 431 de 2016 – Distrito Capital<sup>7</sup> y con base en el manual específico de funciones y de competencias laborales de los empleos de la planta de personal del Concejo de Bogotá<sup>8</sup>.

Por su parte, los otros 12 cargos bajo la denominación de profesional universitario, código 219, grado 03, denominados con códigos OPEC distintos al que desempeñaba la actora, también se ofertaron en la convocatoria 431 de 2016 – Distrito Capital, conformándose en cada uno de ellos, la correspondiente lista de elegibles, superando el número de elegibles al número de vacantes ofertadas<sup>9</sup>.

Lo anterior, permite concluir que, para el cargo de profesional universitario, código 219, grado 03, se ofertaron en la convocatoria 431 de 2016 – Distrito Capital, las 13 vacantes de la planta de personal del Concejo de Bogotá, conformándose para cada uno de estos, la lista de elegibles correspondiente.

En este orden, encuentra el despacho que dado que el cargo de profesional universitario código 219, grado 03, bajo el código OPEC 34061, ofertado por la Comisión Nacional del Servicio Civil, era el ostentado por la señora Nathalie Gualtero Salazar y que para el mismo, se conformó una lista de elegibles de once (11) personas<sup>10</sup> y que únicamente se ofertó una (1) vacante, era deber del

---

<sup>6</sup> Folios 19, 43-49 y 113

<sup>7</sup> <https://www.cnsc.gov.co/index.php/opec-431-de-2016-distrito-capital>

<sup>8</sup> Visible a folio 93

<sup>9</sup> Conforme se desprende de las resoluciones CNSC – 20182130081625, 20182130081845, 20182130081635, 20182130081645, 20182130081655, 20182130081675, 20182130081685 y 20182130081795 de 9 de agosto de 2018 (fs.54-79)

<sup>10</sup> Resolución No. CNSC – 20182130081695 de 9 de agosto de 2018 (fs.75-76)

Concejo de Bogotá proceder a agotar la lista de elegibles, nombrando a quien tuviere el derecho a ocupar el cargo ofertado.

Así las cosas, encuentra el despacho que la denominación del cargo desempeñado por la accionante, requería del cumplimiento de ciertos requisitos y formación profesional específica, por tanto, no es posible determinar que en los otros 12 cargos denominados como profesional universitario, código 219, grado 03, era factible la reubicación laboral de la accionante, en razón a que cada uno de estos se ciñe con funciones, requisitos y perfiles profesionales distintos, por tanto, pese a que tengan una denominación igual, no quiere decir que fueran creados para desarrollar las mismas funciones<sup>11</sup>.

Ahora bien, con base en el estudio normativo y jurisprudencial efectuado en la parte considerativa de la presente providencia, la mujer en estado de embarazo o lactancia, es sujeto de especial protección, por tanto, es deber del Estado garantizar sus derechos y protegerla ante cualquier situación que afecte su situación laboral dada su condición.

En este orden, ante la observancia de que la accionante no podía ser reubicada laboralmente en un cargo equivalente al que ostentaba, y que se encontraba nombrada en provisionalidad, era deber de la entidad proceder a dar aplicación a la regla jurisprudencial fijada por la Corte Constitucional en sentencia SU-070 de 2013, para los casos en que sea imposible mantener en el cargo a la mujer en estado de embarazo o lactante, cuando el cargo ocupado por esta, sea convocado a concurso de méritos y el mismo deba ser proveído por quien lo ganó. Dicha regla consiste en:

*“(i)... Cuando deba surtirse el cargo de la mujer embarazada o lactante por quién ganó el concurso de méritos, se deberá pagar a la mujer embarazada la protección consistente en el pago de prestaciones que garanticen la licencia de maternidad...”*

Con base en la referida regla jurisprudencial, observa esta instancia judicial que la entidad accionada, efectuó el pago de la licencia de maternidad (16 de septiembre de 2018 – 16 de enero de 2019) y, de los aportes a seguridad social, durante el periodo de lactancia en el que se encontraba la señora Nathalie Gualtero Salazar, comprendido entre el 17 de enero y el 15 de abril de 2019, según se constata de las

<sup>11</sup> Manual específico de funciones y de competencias laborales de los empleos de la planta de personal del Concejo de Bogotá.

planillas de los aportes al sistema de seguridad social visibles a folios 114 a 118 del expediente.

En consecuencia, concluye el despacho que la entidad accionada dio cabal cumplimiento a la regla jurisprudencial fijada por la Corte Constitucional para el caso en concreto, lo que permite dilucidar que pese a que no fue posible la reubicación laboral de la accionante dada su condición de sujeto de especial protección, la entidad le brindó las garantías requeridas para proteger sus derechos en su condición de mujer lactante, por tanto, se determina que no se configuraron las causales de nulidad alegadas por la parte actora, pues claro está que el retiro del servicio se produjo porque su cargo fue ofertado mediante convocatoria a concurso abierto de méritos y la persona que ganó, fue nombrada para proveer el mismo.

De conformidad con las razones anteriores, el despacho estima que el acto acusado se ajustó, a las disposiciones legales mencionadas, de suerte que no está incurso en causal de nulidad que desvirtúe su presunción de legalidad, razón por la cual se denegaran las pretensiones de la demanda.

### **Costas**

Con relación a la condena en costas y agencias en derecho, el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala que “salvo en los procesos en los que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas y agencias en derecho, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso”<sup>12</sup>.

El término dispondrá de acuerdo con el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, es sinónimo de “decidir, mandar, proveer”, es decir, que lo previsto por el legislador en la norma no es otra cosa que la facultad que tiene el juez para pronunciarse sobre la condena en costas, y decidir si hay o no lugar a ellas ante la culminación de una causa judicial.

---

<sup>12</sup> Artículo 366 "Liquidación. Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:

(...)

4. Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquéllas establecen solamente un mínimo, o éste y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas.

(...)

La norma contenida en el citado artículo 188, no impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de “disponer”, esto es, de pronunciarse sobre su procedencia.

Si bien es cierto en la Ley 1437 de 2011, no aparece la previsión que contenía el artículo 171 del Decreto 01 de 1984, referido a la potestad de imponer condena en costas, “teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes”, también lo es que la norma establecida en la Ley 1437 de 2011, no impone la condena de manera automática, frente a aquél que resulte vencido en el litigio, pues debe entenderse que ella es el resultado de observar una serie de factores, tales como, la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez pondera tales circunstancias y se pronuncia sobre la procedencia de imposición con una decisión sustentada.

La anterior interpretación se ajusta a lo previsto en el artículo 365 del Código General del Proceso, el cual señala que la condena en costas se impone en los procesos y actuaciones posteriores a aquellos “...en que haya controversia...” y “...sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

En el presente caso, no es procedente imponerlas a la parte vencida, toda vez que no se observa y verifica una conducta de mala fe que involucre abuso del derecho y menos aparece acreditado que se causaron<sup>13</sup>.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarenta y Seis Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bogotá, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

## FALLA

**PRIMERO. NIEGANSE LAS SUPPLICAS DE LA DEMANDA**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

---

<sup>13</sup> Postura que ha sido reiterada por el Consejo de Estado. Sección segunda. Subsección “B”. Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VELEZ. Bogotá, D.C., veintinueve (29) de febrero de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 73001-23-33-000-2013-00534-01(3650-14). Actor: MARIA ELENA MENDOZA SOTELO. Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA - POLICIA NACIONAL

**SEGUNDO.** No hay lugar a condena en costas, conforme se advierte en la parte motiva de esta sentencia.

**TERCERO.** Ejecutoriada esta providencia archívese el expediente, previa devolución del remanente de los dineros consignados para gastos del proceso en caso que lo hubiere.

**CÓPIESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE**

**ELKIN ALONSO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ**

**Juez**