## NOMBRAMIENTO DE LOS GERENTES DE LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO / Encargados del nombramiento / Periodo del cargo / Retiro del cargo.

El artículo 20 de la Ley 1797 de 2016 “*Por la cual se dictan disposiciones que regulan la operación del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones*” cambió el referido sistema de la siguiente forma: (i) Los gerentes o directores de las Empresas Sociales del Estado serán nombrados por el Presidente de la República, los gobernadores o alcaldes dentro de los tres meses siguientes a su posesión, previa verificación del cumplimiento de los requisitos del cargo, establecidos por las normas correspondientes y evaluación de las competencias que señale el Departamento Administrativo de la Función Pública; (ii) Tienen un periodo institucional de cuatro años que termina tres meses después del inicio del periodo institucional del Presidente y los jefes de las entidades territoriales; (iii) Su retiro del cargo está sujeto a la evaluación insatisfactoria del plan de gestión, en los términos de la Ley 1438 de 2011 y las normas reglamentarias, por destitución o por orden judicial.

**NOMBRAMIENTO DE LOS GERENTES DE LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO** **/ Condiciones / Sistema de evaluación.**

El artículo 20 acusado establece en su primer inciso que el nombramiento del director o gerente de las Empresas Sociales del Estado está sujeto a dos condiciones: (i) la previa verificación de los requisitos establecidos para el cargo; y (ii) la evaluación de las competencias que señale el Departamento Administrativo de la Función Pública. Al respecto, el Decreto 1427 de 2016 que reglamenta el artículo 20 que se estudia determina el sistema de evaluación de los aspirantes a los cargos. La normativa dispone que: (i) el Presidente, gobernadores o alcaldes deberán evaluar las competencias señaladas por el Departamento Administrativo de la Función Pública mediante pruebas escritas y dejar constancia de tal ejercicio; (ii) delega la evaluación de los aspirantes a ocupar los cargos en el orden nacional al Departamento Administrativo de la Función Pública.

**NOMBRAMIENTO DE LOS GERENTES DE LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO / Apoyo del DAFP en la evaluación de competencias a solicitud del nominador.**

**ARTÍCULO 2.5.3.8.5.4. *Apoyo de la Función Pública en la evaluación de competencias.*** El Departamento Administrativo de la Función Pública - DAFP adelantará de manera gratuita, cuando el respectivo nominador así se lo solicite, la evaluación de las competencias del aspirante o aspirantes a ocupar el cargo de director o gerente de las Empresas Sociales del Estado del nivel departamental, distrital o municipal. Cuando la Función Pública adelante el proceso de evaluación de las competencias indicará al gobernador o alcalde si el aspirante cumple o no con las competencias requeridas y dejará evidencia en el respectivo informe.

**NOMBRAMIENTO DE LOS GERENTES DE LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO / Requisitos para el desempeño del cargo.**

El artículo 22 del Decreto 785 de 2005 consagró los requisitos para el desempeño del cargo de Gerente de ESE así: 22.3 Director de Hospital y Gerente de Empresa Social del Estado de primer nivel de atención. Para el desempeño del cargo de Gerente de una Empresa Social del Estado o de Director de Institución Prestadora de Servicios de Salud, del primer nivel de atención, se exigirán los siguientes requisitos, establecidos de acuerdo con la categorización de los departamentos y municipios regulada por la Ley 617 de 2000 y demás normas que la modifiquen o adicionen: 22.3.1 Para la categoría especial y primera se exigirá como requisitos, título profesional en áreas de la salud, económicas, administrativas o jurídicas; título de posgrado en salud pública, administración o gerencia hospitalaria, administración en salud; y experiencia profesional de dos (2) años en el sector salud. 22.3.2 Para la categoría segunda se exigirá como requisitos, título profesional en áreas de la salud, económicas, administrativas o jurídicas; título de postgrado en salud pública, administración o gerencia hospitalaria, administración en salud; y experiencia profesional de un (1) año en el sector salud. 22.3.3 Para las categorías tercera, cuarta, quinta y sexta se exigirá como requisitos, título profesional en el área de la salud y experiencia profesional de un (1) año, en el sector salud.

**NOMBRAMIENTO DE LOS GERENTES DE LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO / Exigencia de la formación como profesional en el área de la salud a partir de los municipios de tercera categoría.**

Precisamente, como el número de habitantes de los municipios de categorías tercera, cuarta, quinta y sexta son manifiestamente inferiores a los municipios de categoría especial, primera y segunda; y como, adicionalmente, la planta de personal destinada a prestar el servicio de salud es inversamente proporcional a la categoría del municipio; es razonable que se exija formación profesional en el área de la salud para las personas que aspiran a un cargo directivo en las entidades de salud de los municipios de categorías tercera, cuarta, quinta y sexta, pues debe garantizarse que dicho funcionario esté en la capacidad de asumir no solamente las funciones de tipo administrativo sino también asistenciales, lo que le permite optimizar la eficiencia y cobertura del servicio de salud.

**NOMBRAMIENTO DE LOS GERENTES DE LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO / Provisión del cargo no está sujeto al agotamiento de un proceso riguroso / Ausencia de acto administrativo para abrir convocatoria no vicia de nulidad el acto electoral.**

De tal manera que, para la Sala, es claro que la designación de los gerentes o directores de las ESE no se equipara a la aplicación de un concurso de méritos en todas sus dimensiones y alcances que se dispone para empleados de carrera administrativa. Por el contrario, al tratarse de cargos de periodo fijo y considerarse de libre nombramiento, su provisión no está sujeto al agotamiento de un proceso riguroso de selección de personal o concurso de méritos con todas sus fases o etapas. Así pues, para la Sala, la ausencia de un acto administrativo de contenido general para abrir la convocatoria para el cargo de Gerente de la ESE de Gámeza no vicia de nulidad el acto electoral demandado, menos cuando sin ser necesario existió, el 16 de marzo de 2020, a través de la Agencia de Empleos de COMFABOY la publicación de la oferta laboral.

**NOMBRAMIENTO DE LOS GERENTES DE LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO / Acompañamiento de COMFABOY en la evaluación de las competencias de los candidatos al cargo no vicia de nulidad en acto electoral.**

Cuando el nominador acuda al acompañamiento logístico u operativo, cualquier entidad pública o privada que esté habilitada para evaluar las competencias de los candidatos al cargo de Gerente o Director de la ESE, de manera que será conveniente examinar que su objeto social o funciones por lo menos sean consecuentes con actividades o conocimientos relacionadas con procesos de evaluación de competencias de personal o capital humano. En el caso que ocupa la atención de la Sala se observa que, conforme la Resolución No. 177 de 24 de abril de 2020, la Unidad Administrativa Especial del Servicio Público de Empleo le otorgó autorización a COMFABOY para prestar el servicio público de empleo.

**NOMBRAMIENTO DE LOS GERENTES DE LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO / Poseer un título administrativo en el marco del área de la salud no vicia de nulidad el acto electoral.**

El área de la salud encierra tanto títulos administrativos como asistenciales de acuerdo con las funciones que le compete ejercer al Gerente o Director de la ESE (…) De tal manera que el título *“Administrador de Servicio de Salud”* que reporta ostentar la señora Solano Cuta se encuentra dentro del núcleo básico del “área de la salud”, por tal razón se estima que acreditó el requisito de estudios que se requiere para acceder al cargo de Gerente de la ESE Salud Gámeza. Luego, el cargo de nulidad aludido por la parte demandante para atacar la legalidad del acto enjuiciado no tiene vocación de prosperidad.

**NOTA DE RELATORÍA:** El documento que se presenta al público ha sido modificado para incluir los anteriores descriptores de la providencia, más no para modificar su contenido. Por lo anterior, el código de seguridad del mismo no corresponde al de la providencia original. Para validar la integridad del documento los interesados pueden consultarlo a través de la plataforma SAMAI.

## http://images.google.com.co/url?q=http://www.cajpe.org.pe/infomacionporpaises/images/colombia_escudo.gif&usg=AFrqEzfgWyWgrhxYM1_HhyEayeIxMYvdTA REPÚBLICA DE COLOMBIA

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ SALA PRIMERA DE DECISIÓN**

Magistrado Ponente FABIO IVAN AFANADOR GARCIA

Tunja, catorce (14) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

# REFERENCIAS

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD ELECTORAL DEMANDANTE: LUIS FRANCISCO CASTAÑEDA DEMANDADO: MUNICIPIO DE GÁMEZA Y OTRO RADICADO: 157593333002202000056-02

# ===================================

La Sala Primera de Decisión resuelve el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia de primera instancia de 29 de abril de 2021, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Sogamoso que negó las pretensiones de la demanda. Al respecto, se confirmará la decisión recurrida.

# ANTECEDENTES

## LA DEMANDA

**1.1.- Pretensión.** El señor Luis Francisco Castañeda, quien actuó en causa propia, en ejercicio del medio de control de nulidad electoral contenida en el artículo 139 de la Ley 1437 de 2011 *-en adelante* ***CPACA****-,* promovió demanda en contra del municipio de Gámeza-Boyacá y la señora Rosalba Solano Cuta, a fin de que se declare la nulidad de la Resolución No. 040 de 31 de marzo de 2020, expedida por el Alcalde Municipal de Gámeza, a través de la cual nombró a la última en el cargo de Gerente de

la E.S.E. Gámeza, para el periodo comprendido entre el 1° de abril de 2020 hasta el 31 de marzo de 2024.

Solicitó se ordene al Alcalde Municipal de Gámeza o a quien haga sus veces, efectuar el nombramiento del empleo público de Gerente, Código 085, grado 2 en estricto cumplimiento del orden de resultados de competencias laborales efectuadas para el año 2020.

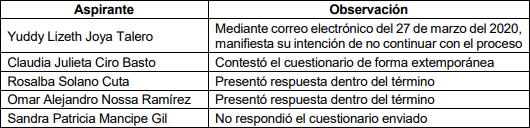
**1.2.- Hechos.** La situación fáctica en la cual la parte demandante funda sus pretensiones es la que a continuación se relata:

La ESE de Gámeza es de categoría especial, descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa creada por Acuerdo Municipal proferido por el Concejo Municipal de Gámeza. Con Resolución No. 060 de 8 de noviembre de 2019, fue actualizado el manual de funciones y competencias laborales de la ESE, para el cargo de Gerente fijó los siguientes requisitos: Título profesional en el área de salud, tarjeta y experiencia profesional de un (1) año en el sector salud. En su artículo 4º indicó como profesiones que hacen parte del núcleo básico de salud: Bacteriología, enfermería, instrumentación quirúrgica, medicina, nutrición y dietética, odontología, optometría, otros programas de salud, salud pública y terapias.

De acuerdo con el artículo 20 de la Ley 1797 de 2016, le incumbe al Alcalde Municipal de Gámeza, dentro de los 3 meses siguientes a su posición, nombrar al Gerente de la ESE una vez verificado el cumplimiento de los requisitos y evaluación de competencias que establezca el Departamento Administrativo de la Función Pública (en adelante **DAFP**) para dicho cargo.

Las pruebas de competencias para proveer el empleo de Gerente se llevaron a cabo con el apoyo de la Caja de Compensación Familiar COMFABOY, mediante su agencia de empleos, sin que mediara acto administrativo de convocatoria pública para que los interesados se postularan. COMFABOY efectuó la convocatoria No. 1626178166- 19 de 16 de marzo de 2020, en la cual estableció como requisitos para postularse al cargo de Gerente de la ESE, los siguientes: *“profesional en área de la salud, formación posgradual en especialista en seguridad y salud en el trabajo o afines, capacitación en contratación estatal mínimo 5 años de experiencia en organismos o entidades públicas o privadas que integran el sistema de seguridad social en salud, indispensable que sea o resida en el Municipio de Gámeza Boyacá, Salario a convenir”.*

La referida caja de compensación aplicó la prueba de competencias a cinco (5) personas que se presentaron como aspirantes a la convocatoria, la cual no cumplía con los lineamientos mínimos establecidos en la Resolución No. 680 de 2016, en la que se indican las competencias que se deben demostrar para ocupar el empleo de Gerente de ESE, la cual arrojó los siguientes resultados y observaciones:



Finalmente, sostuvo que por medio de la Resolución No. 040 de 31 de marzo de 2020, expedida por el Alcalde Municipal de Gámeza, se nombró a la señora Rosalba Solano Cuta Gerente Código 085 grado 2 de la planta de la ESE Gámeza Municipio Saludable, para el periodo comprendido entre el 1º de abril de 2020 y el 31 de marzo de 2024, y que tomó posesión del cargo el 1º de abril de 2020.

## SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

El Juzgado Segundo Administrativo de Sogamoso, mediante providencia de 29 de abril de 2021, resolvió: *“****Primero.*** *- Declarar no fundada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, propuesta por la señora Rosalba Solano Cuta.* ***Segundo.*** *- Negar las súplicas de la demanda.* ***Tercero. –*** *Una vez en firme ésta providencia, archívense las diligencias dejando previamente las anotaciones y constancias de rigor, previa liquidación de costas y devolución de excedentes a que haya lugar.”*

Estimó que los cargos de nulidad propuestos para atacar la legalidad del acto acusado no tienen vocación de prosperidad conforme el siguiente análisis que realizó:

Descartó que COMFABOY careciera de idoneidad para efectuar este tipo de procesos de selección de personal, por cuanto, se encuentra autorizada para la prestación del servicio público de empleo como agencia privada no lucrativa de gestión y colocación de empleo, en virtud de lo cual está habilitada para prestar los servicios de registro de oferentes, orientación ocupacional, preselección y remisión.

Precisó que el Legislador retornó a la modalidad de elección directa de los Gerentes de las ESE por el nominador, que en todo caso los candidatos deben acreditar el cumplimiento de los requisitos de título profesional y experiencia en el sector salud exigidos, junto con la demostración de las competencias definidas por el DAFP, que correspondía evaluar mediante la prueba escrita y que, para ello, el nominador podía contar con el apoyo de entidades debidamente capacitadas.

Por lo tanto, no estaba obligado el Alcalde Municipal a expedir acto administrativo de invitación a los interesados en participar en las pruebas de competencias, ni señalar el cronograma de actividades, fecha de publicación de la invitación, recepción de hojas de vida, requisitos del empleo, verificación de requisitos, conformación de la lista de admitidos y designación, criterios a evaluar dentro de la prueba de competencias, mecanismos de recepción y reclamaciones como lo considera el demandante. Aunado a ello, la realización de la entrevista previa a la selección del gerente de la ESE no estaba prohibida por la ley ni se considera como un nuevo requisito para acceder al cargo, y, por el contrario, pudo ser considerado por el Alcalde un criterio necesario para decidir el nombramiento de la persona a ocupar el cargo de Gerente de la ESE.

Respecto de la publicidad de la Resolución No 039 del 27 de marzo, consideró que se acreditó en las diligencias que la misma fue conocida por los directos interesados quienes no manifestaron oposición alguna.

Aseguró que si bien en la convocatoria efectuada por COMFABOY para el citado cargo, se señaló como requisitos para proveer, entre otros, profesional en áreas de la salud, formación posgradual en seguridad y salud en el trabajo o afines y mínimo 5 años de experiencia en organismos o entidades públicas o privadas que integran el sistema general de seguridad social en salud, sin incluir a los demás profesionales de la salud, no es un asunto que vicie de nulidad el acto acusado, como quiera que dichos requisitos del cargo se encuentran señalados en el artículo 22 de la Ley 785 de 2005, retomados en el manual específico de funciones de la entidad. Y agregó que tampoco se advirtió del acervo probatorio que tal situación dificultara que alguna persona viera truncadas sus aspiraciones a participar en la convocatoria.

Afirmó que conforme las pruebas aportadas, los títulos de estudios acreditados por la señora Rosalba Solano Cuta, que resultó elegida Gerente de la ESE de Gámeza, conforme al Sistema Nacional de

Información de la Educación Superior (en adelante **SNIES**), se encuentran dentro del núcleo básico de conocimiento de la salud pública lo que la habilitó para postularse y, posteriormente, ocupar el empleo.

Recalcó que la prueba de competencias que realizó COMFABOY abarca las competencias y conductas asociadas que deben ser evaluados y que acatan lo señalado por el DAFP en el artículo 3 de la Resolución 680 de 2016, las cuales permitieron valorar integralmente a los candidatos y que arrojó un resultado que le permitió al nominador nombrar a la persona que superó la prueba satisfactoriamente.

Por último, aseguró que no es cierto que no se le haya permitido participar a la señora Sandra Patricia Mancipe Gil en la fase de la entrevista, pues, pese a que se le permitió su inscripción por fuera de la fecha límite y que se le habilitó para presentar la prueba de competencias, el día 27 de marzo de 2020, vía correo electrónico, se le envío el cuestionamiento que debía resolver en la respectiva entrevista, sin que remitiera dentro del plazo su correspondiente solución. Añadió que la señora Mancipe Gil tampoco presentó reclamación alguna ante dicha situación.

## SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN.

El demandante inconforme con la decisión adoptada por el a quo la apeló bajo los siguientes argumentos:

1. Expedición irregular y falsa motivación por falta de publicación de la Resolución No. 039 del 27 de marzo de 2020 y como criterio no exigido de entrevista dentro de los requisitos para acceder al cargo de Gerente de ESE, según la Ley 1797 de 2016 y Decreto 1427 de 2016.

Sobre este asunto, señaló que la Ley 1797 de 2006 ni en el Decreto 1427 de 2016 se contempla como fase de la selección de los Gerentes la fase de entrevistas, únicamente establece la realización de las pruebas de competencia, y menos cuando dicho puntaje dado a la señora Rosalba Solano fue determinante para ser designada en el empleo de Gerente de la ESE Gámeza.

1. Expedición irregular y falsa motivación por cuanto en el aviso de convocatoria de COMFABOY, se estableció requisito diferente para acceder al empleo de Gerente a los establecidos en el manual de funciones de la ESE Gámeza Municipio Saludable.

Anotó al respecto, que COMFABOY, en la convocatoria que realizó para el empleo de Gerente de la ESE Gámeza, exigió requisitos mayores a los definidos en el manual de funciones de la ESE de Gámeza, además, puesto que el artículo 22.3.3 de la Ley 785 de 2005 estableció como requisitos para ser Gerente de ESE’s de categoría tercera, cuarta, quinta y sexta, título profesional en el área de Salud y experiencia profesional en el sector salud de 1 año. Sin embargo, reprochó que en la mentada convocatoria se exigió profesionales en áreas de salud, formación posgradual en especialista en seguridad y salud en el trabajo o a fines y mínimo 5 años de experiencia en organismos o entidades públicas o privadas que integran el sistema general de seguridad social en salud. Por lo tanto, añadió que dicho aspecto limitó la participación de otras personas al cargo y de paso vulneró el artículo 209 Superior que consagra los principios de la función pública.

1. Expedición irregular y falsa motivación del acto demandado. La prueba de competencias realizada por COMFABOY no cumplió con los requisitos exigidos en la Resolución No. 680 de 2016, expedida por el DAFP.

Insistió en que la prueba de competencias que aplicó COMFABOY para la selección de la persona a ocupar el cargo de Gerente de la ESE Gámeza no cumplió con los requisitos de la Resolución No. 680 de 2016 expedida por el DAFP, puntos relativos como: compromiso con el servicio público, orientación a resultados, manejo de relaciones interpersonales, planeación, manejo eficaz y eficiencia de recurso. Presupuesto que es *sine qua non* para nombrar en el cargo de gerente de la ESE que no es opcional sino obligatorio acatar.

1. Expedición irregular y falsa motivación del acto administrativo demandado, por cuanto, no se permitió la participación en la fase de entrevista a la señora Sandra Patricia Mancipe Gil.

Arguyó que según la llamada telefónica que recibió la señora Mancipe Gil de parte de COMFABOY le impidió presentar la prueba de entrevista, puesto que le indicaron que ya no estaba vacante la gerencia de la ESE Gámeza, por lo tanto, siguió participando para la ESE de Pesca. Dato adicional a que había ocupado el segundo lugar en la convocatoria para Gerente de Gámeza. En ese sentido, señaló que de haber podido presentar la entrevista, sus resultados habían afectado la consolidación del nombramiento de la señora Rosalba Solano como Gerente de la ESE de Gámeza.

1. Expedición irregular del acto acusado por falta de idoneidad y experiencia de COMFABOY para la realización de la prueba de competencias para proveer el cargo de Gerente de la ESE.

Destacó que COMFABOY no estaba habilitada para llevar a cabo este tipo de procesos de selección, puesto que hasta el mes de abril de 2020 se le autorizó como agencia de empleos y la fecha de elaboración de las pruebas se dio en el mes de marzo de 2020 cuando aún no contaba con la respectiva idoneidad y experiencia.

1. Expedición irregular por inexistencia de acto administrativo de convocatoria del Alcalde Municipal para proveer el empleo de gerente de la ESE GÁMEZA MUNICIPAL SALUDABLE.

Argumentó que la convocatoria en la que se ofertó el cargo de Gerente de la ESE de Gámeza no estuvo precedido de un acto general en el que el Alcalde Municipal estipulara el empleo, el salario, sus funciones, sus requisitos de experiencia, el cronograma de actividades, fecha de publicación de la invitación, recepción de hojas de vida, requisitos del empleo, verificación de requisitos, fecha de publicación de resultados, reclamación, entre otras. Por el contrario, manifestó que de manera unilateral COMFABOY publicó tal proceso sin que contuviera los elementos mínimos de sus reglas.

1. Falsa motivación del acto demandado por cuanto la señora Rosalba Solano Cuta no cumple con los requisitos para ser nombrada Gerente de la ESE de Gámeza.

Resaltó que la señora que resultó nombrada en el cargo de Gerente de la ESE Gámeza no cumple con el título profesional exigido, pues a su juicio, el título de administración en servicios de salud no hace parte de del área de salud, en cambio pertenece a la administración de empresas conforme el SNIES.

1. Improcedencia de pago de costas en el trámite de acciones constitucionales.

Concluyó que conforme el artículo 188 del CPACA, no es procedente la condena en costas por ventilarse un asunto de intereses público.

## ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA.

* + 1. **Oportunidad.**

Mediante auto de 4 de agosto de 2021 se admitió el recurso de apelación formulado por la parte demandante contra la decisión de primera instancia dictada dentro del asunto de la referencia. A su vez, en dicha providencia se ordenó por Secretaria poner por espacio de 3 días a disposición de la parte demandada el escrito de alzada, y concluido dicho término correr traslado para alegar concediendo un plazo de 3 días. Ello significa que el término para presentar alegatos fenecía el 18 de agosto de 2021, y la parte demandada *-señora Rosalba Solano Cuta*-, a través de apoderado, lo radicó el día 13 del mismo mes y año, es decir, en tiempo.

## Rosalba Solano Cuta - nombrada en el cargo cuestionado.

Arguyó que de acuerdo con el material probatorio que reposa dentro del plenario es claro que COMFABOY es una agencia de empleo debidamente avalada y certificada por el Ministerio del Trabajo para este tipo de procesos. Señaló que cuenta con el perfil profesional y experiencia que se exigió para el cargo al que participó y resultó nombrada, máxime si su título profesional de Administradora en Salud pertenece al núcleo de profesionales del área de la salud. Finalmente, manifestó que la normatividad que regula el nombramiento de gerentes de ESE no exige la expedición de un acto de apertura pública por parte del Alcalde Municipal, era un asunto de resorte únicamente de la entidad que acompañó técnicamente el proceso de clasificación de los aspirantes, sin que se pueda equiparar a un concurso de méritos.

# CONSIDERACIONES DE LA SALA

En razón a los cuestionamientos plateados en el libelo introductorio, la Sala procederá a abordar el análisis de los siguientes aspectos, en su orden, lo ***i.*** que se debate y formulación del problema jurídico, las ***ii.*** proposiciones sobre los hechos, y, finalmente, el ***iii.*** estudio y solución del caso concreto.

## II.1.- LO DEBATIDO Y EL PROBLEMA JURÍDICO.

* 1. **Tesis del apelante-demandante.**

En resumen, insistió que el acto electoral enjuiciado fue expedido irregularmente y con falsa motivación, por cuanto, COMFABOY

carecía de idoneidad y experiencia para la realización de la prueba de competencias para proveer el cargo de Gerente de la ESE; también, que el acto debe anularse al *i.* no expedirse previamente un acto administrativo que consagrara las especificaciones del empleo a ofertar junto con las reglas del proceso, *ii.* haberse exigido requisitos profesionales y de experiencia adicionales, no previstos en la Resolución No. 680 de 2016, *iii.* no darse publicidad de la Resolución No. 039 de 27 de marzo de 2020 y *iv.* contemplar la etapa de la entrevista, no contenida en la Ley 1797 de 2016 y Decreto 1427 de 2016. Además, consideró que la prueba de competencias aplicada por COMFABOY no cumplió con los requisitos exigidos en la Resolución No. 680 de 2016, expedida por el DAFP. Finalmente, porque se impidió que la señora Patricia Mancipe Gil continuara en el proceso de selección.

## Tesis del a quo.

Negó las súplicas de la demanda. Acotó que COMFABOY es una agencia de empleos privada que está habilitada para prestar servicio de registro de oferentes, orientación ocupacional, preselección y remisión. Recordó que actualmente el nombramiento de Gerentes de ESE se hace de manera directa y con el apoyo de entidades y sin acudir a un concurso de méritos como antes se hacía, siempre que se cumpla con las competencias fijadas por el DAFP. Así pues, recalcó que el Alcalde de Gámeza no estaba obligado a proferir acto administrativo de invitación a los interesados en participar en las pruebas de competencia con todas las fases previstas para un concurso de méritos, tampoco le estaba prohibido concebir la fase de entrevista. Aseguró que la inclusión de requisitos de estudios y experiencias adicionales no vicia de nulidad el acto demandado, menos cuando se encuentran consignados en el artículo 22 de la Ley 785 de 2005, y tampoco se probó que por causa de ello alguna persona viera coartada la posibilidad de participar en tal proceso. Determinó que la señora Rosalba Solano, nombrada Gerente de la ESE Gámeza, sí cumplió el requisito de estudios, toda vez que su título profesional pertenece al núcleo básico de conocimiento de la salud pública. Esgrimió que la prueba de competencias cumplía los componentes evaluativos para el cargo conforme el artículo 3 de la Resolución 680 de 2016, y finalmente, arguyó que nunca se limitó la participación de la señora Sandra Patricia Mancipe en el proceso de selección del Gerente de la ESE, en cambio, el no resolver el cuestionario de la entrevista impidió que continuara en el proceso.

## Planteamiento del problema jurídico y tesis general de la Sala.

Acorde con el escrito de apelación formulado por la parte demandante, la Sala de Decisión formula el siguiente cuestionamiento, a resolver: *¿El acto acusado está incurso en las causales generales de expedición irregular y falsa motivación conforme los cargos de nulidad propuesto por el demandante para reprochar su legalidad?*

Para la Sala, acorde con el examen realizado, ninguno de los cargos de nulidad propuestos por el demandante tuvo incidencia para desvirtuar la presunción de legalidad del acto electoral demandado, por el contrario, se encontró que el nombramiento de la señora Rosalba Solano Cuta como Gerente de la ESE Salud de Gámeza se ajustó a derecho y acató las normas que regulan la materia.

## II.2.- LAS PROPOSICIONES SOBRE LOS HECHOS.

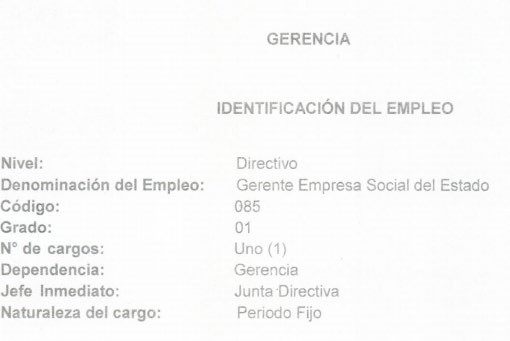
En el expediente se encuentran probadas las afirmaciones sobre los siguientes hechos:

## Pruebas documentales.

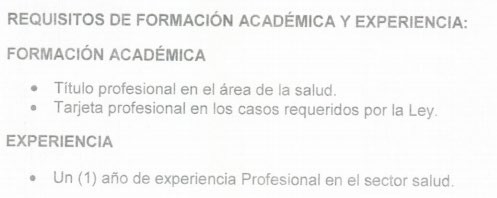
Con Resolución No. 060 del 8 de noviembre de 2019 fue actualizado el Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales de la ESE Gámeza Municipio Saludable, cuyo artículo cuarto estableció las disciplinas académicas que hacen parte del área de la salud, de acuerdo con el SNIES y según el Decreto No. 2484 de 2014, enumerando como núcleos básicos de la salud los siguientes:

|  |  |
| --- | --- |
| **CIENCIAS DE LA SALUD** | Bacteriología Enfermería  Instrumentación Quirúrgica, Medicina Nutrición y Dietética  Odontología  Optometría, otros programas de ciencias de la salud.  Salud Pública  Terapias. |

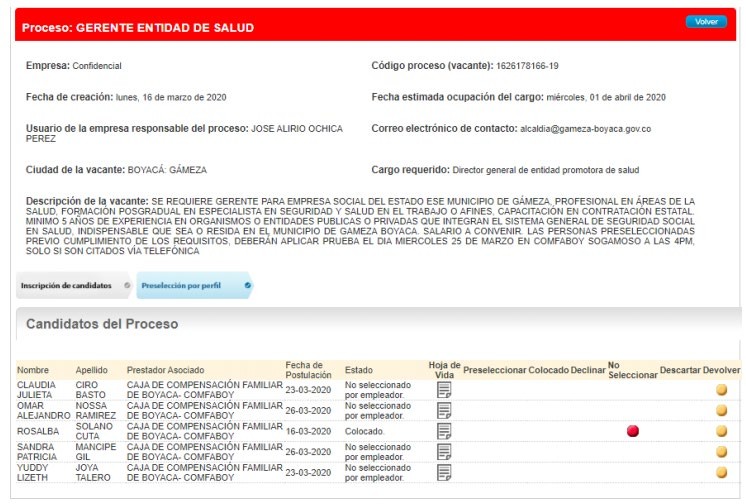
El artículo 5º de la mentada resolución se refirió al cargo de Gerente así:



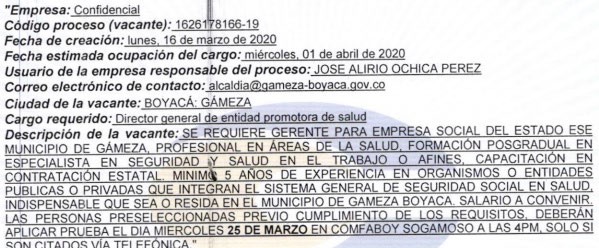
Y definió los requisitos profesionales y de experiencia para dicho cargo, los siguientes:



Acorde con el pantallazo se advierte que el cargo de Gerente de la ESE de Gámeza fue ofertado en la plataforma del COMFABOY el 16 de marzo de 2020 junto con la postulación de cada uno de los candidatos que aspiraban al cargo, así:



Mediante Oficio de 27 de marzo de 2020, la Orientadora Ocupacional-Agencia de empleo COMFABOY Sogamoso le puso en conocimiento al Alcalde Municipal de Gámeza acerca de la vacante de Gerente de la ESE así:



Adicional, a enlistar las personas que se postularon al mismo:

* + 1. YUDDY LIZETH JOYATALERO, se envía prueba y hoja de vida.
    2. ROSALBA SOLANO CUTA, se envía prueba y hoja de vida. (Presenta prueba dentro de la fecha establecida).
    3. CLAUDIA JULIETA CIRO BRAVO, se envía prueba y hoja de vida. (Presenta prueba dentro de la fecha establecida).

4 SANDRA PATRICIA MANCIPE GIL, se envía prueba y hoja de vida (no presenta prueba dentro de los plazos establecidos por la convocatoria, ya que se postuló el 26 de marzo de 2020, pero se adjunta porqué aparece por plataforma).

5. OMAR ALEJANDRG NOSSA RAMIREZ, se envía prueba y hoja de vida (no presenta prueba dentro de los plazos establecidos por la convocatoria, ya que se postuló el 26 de Marzo de 2020, pero se adjunta porque aparece por plataforma)

En atención a las hojas de vida o currículos de las 5 personas que se postularon al cargo de Gerente de la ESE, y que reposa en

el Servicio de Empleo, se aprecia lo siguiente en relación con el nivel educativo:

|  |  |
| --- | --- |
| **ASPIRANTE** | **NIVEL EDUCATIVO** |
| Claudia Julieta Ciro Basto | \_**GERENTE DE INSTITUCIONES PRESTADORAS DE SERVICIOS DE SALUD**  Nivel educativo: Especialización Institución: U. SANTO TOMAS - - BOGOTA D.C.  Estado: Graduado  Fecha finalización: Julio de 2018  \_**BACTERIOLOGO Y LABORATORISTA CLINICO**  Nivel educativo:  Universitaria Institución: U. CATOLICA DE MANIZALES - MANIZALES Estado: Graduado  Tiene tarjeta profesional: Si  Fecha finalización: Noviembre de 1997 |
| Omar Alejandro Nossa Ramírez | \_**GESTION Y DIRECCIÓN DE EMPRESAS**  Nivel educativo: Maestría  Institución: UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID  Estado: En Curso  Fecha finalización: Cursando actualmente.  \_**GERENCIA DE PROYECTOS**  Nivel educativo: Especialización Institución: U. DE BOYACA UNIBOYACA - TUNJA  Estado: Graduado  Fecha finalización: Julio de 2014  \_**TERAPEUTA OCUPACIONAL**  Nivel educativo: Universitaria  Institución: U. NACIONAL DE COLOMBIA - - BOGOTA D.C.  Estado: Graduado  Tiene tarjeta profesional: Si  Fecha finalización: Marzo de 2010 |
| Rosalba Solano Cuta | \_**ESPECIALISTA EN SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO**  Nivel educativo: Especialización Institución: Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia UPTC  Estado: Graduado  Fecha finalización: Junio de 2018  \_**ADMINISTRADOR DE SERVICIOS DE SALUD**  Nivel educativo: Universitaria Institución: U. PEDAGOGICA Y TECNOLOGICA DE COLOMBIA - UPTC - - SOGAMOSO  Estado: Graduado  Fecha finalización: Diciembre de 2017.  \_**TECNOLOGO EN GESTION DE LA SALUD** |

|  |  |
| --- | --- |
|  | Nivel educativo: Tecnológica Institución: U. PEDAGOGICA Y TECNOLOGICA DE COLOMBIA -UPTC - -SOGAMOSO  Estado: Graduado  Fecha finalización: Abril de 2015.  \_**TECNÓLOGO EN REGENCIA DE FARMACIA**  Nivel educativo: Tecnológica Institución: U. NACIONAL ABIERTA Y A DISTANCIA UNAD - BOGOTA D.C. Estado:  Graduado  Tiene tarjeta profesional: Si Fecha finalización: Junio de 2008. |
| Sandra Patricia Mancipe Gil | Nivel educativo: Especialización Institución: U. SANTO TOMAS - TUNJA Estado: En Curso  Fecha finalización: Cursando actualmente.  \_**ESPECIALISTA EN EPIDEMIOLOGIA**  Nivel educativo: Especialización Institución: U. DE BOYACA UNIBOYACA - TUNJA  Estado: Graduado  Fecha finalización: Diciembre de 2014.  \_**BACTERIOLOGA Y LABORATORISTA CLINICA**  Nivel educativo: Universitaria Institución: U. DE BOYACA UNIBOYACA - - TUNJA  Estado: Graduado  Fecha finalización: Julio de 2014. |
| Yuddy Lizeth Joya Talero | \_**GERENCIA DE INSTITUCIONES DE SEGURIDAD SOCIAL EN**  **SALUD** Nivel educativo: Especialización Institución: U. SANTO TOMAS - - BOGOTA D.C.  Estado: Graduado  Fecha finalización: Octubre de 2016  \_**ODONTÓLOGO**  Nivel educativo: Universitaria  Institución: U. EL BOSQUE - - BOGOTA D.C.  Estado: Graduado  Tiene tarjeta profesional: Si Fecha finalización: Enero de 2014 |

En virtud del Informe descriptivo, COMFABOY aplicó a los aspirantes (días 17, 23 al 26 de marzo de 2020 fecha en que los participantes aplicaron la prueba, respectivamente) al cargo de Gerente de la ESE Gámeza la prueba SIGMA para su evaluación de competencias, utilizando el instrumento KompeDISC que se encarga de identificar el nivel de desarrollo en el que se encuentran las competencias que se consideran relevantes para el desempeño

del cargo, mostrando los resultados del proceso de evaluación de competencias y estilos de comportamiento del candidato, siendo evaluados los siguientes grupos de competencias. Medida que arrojó los siguientes resultados:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **Participante** | **Puntaje** | **Fecha en que aplicó la**  **prueba** |
| Claudia Julieta Ciro Basto | 75.54% | 23 a 24 de marzo 2020 |
| Omar Alejandro Nossa Ramírez | 65.58% | 26 de marzo de 2020 |
| Rosalba Solano Cuta | 70.65% | 23 de marzo 2020 |
| Sandra Patricia Mancipe Gil | 72.23% | 26 de marzo 2020 |
| Yuddy Lizeth Joya Talero | 67.38% | 17 de marzo 2020 |

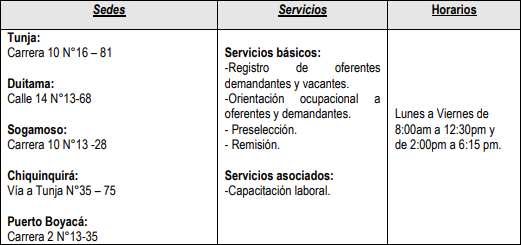
Mediante Resolución No. 000177 de 24 de abril de 2020, expedida por la Unidad Administrativa Especial del Servicio Público de Empleo dispuso:

“**ARTÍCULO PRIMERO: renovar** la autorización a la **CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DE BOYACÁ – COMFABOY**

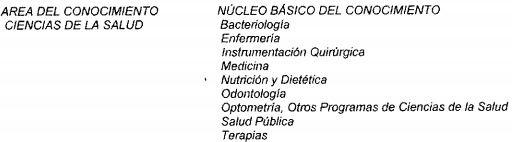
identificada con con NIT 891800213-8 y domicilio principal en Tunja, para la Prestación del Servicio Público de Empleo como agencia privada no lucrativa de Gestión y Colocación de Empleo, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído. La presente autorización tendrá vigencia de dos (2) años contados a partir del día siguiente a su vencimiento.

**ARTÍCULO SEGUNDO.** De acuerdo con las características y condiciones contenidas en el reglamento de prestación de servicios y el proyecto de viabilidad radicado SPE-GSA-2020-ER-0002456 se autoriza a la agencia privada no lucrativa para la prestación de servicios de gestión y colocación a través de los siguientes puntos de servicios y condiciones:

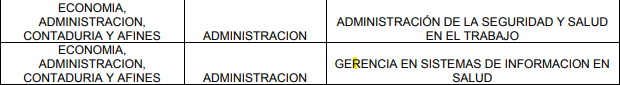
**a) Centros de empleo.**



Mediante concepto de 13 de septiembre de 2016, el DAFP refirió que, según el SNIES, el área de conocimiento ciencias de la salud contiene los siguientes núcleos básicos del conocimiento:



Conforme el concepto del 16 de marzo de 2020, solicitado por la señora Rosalba Solano Cuta, el DAFP precisó que el SNIES reporta por las áreas de las ciencias de la salud y economía, administración, contaduría y afines, entre otros, los siguientes nombres de programas en el nivel profesional:



Y agregó: *“De acuerdo con el Sistema Nacional de Información de la Educación Superior -SNIES, el área del conocimiento de Ciencias de la Salud, contiene los siguientes núcleos básicos del conocimiento: salud pública y administración”.*

Mediante Resolución No. 039 de 27 de marzo de 2020, el Alcalde Municipal de Gámeza legaliza el procedimiento de la entrevista para la selección del Gerente de la ESE Salud Gámeza, cuyo propósito fue obtener mayor información de los aspirantes respecto de las competencias relacionadas con las funciones del cargo. Y estableció el siguiente cronograma de presentación:



Y en el artículo 3º fijó el siguiente procedimiento para la entrevista:

“Con el fin de realizar la entrevista, se surtirá el siguiente procedimiento. Envío de preguntas al correo electrónico. El Municipio de Gámeza, enviará a los correos electrónicos registrados la prueba de entrevista a cada uno de los postulados para que estos dentro de los cuarenta y cinco (45) minutos seguidos al envío del correo electrónico den respuesta de manera escrita, por el mismo medio al correo, [joseaochica@hotmail.com](mailto:joseaochica@hotmail.com).

Surtido lo anterior, el Alcalde valorará en privado las respuestas de los aspirantes que se pronunciaron dentro del término respectivo.

Luego de verificadas las anteriores condiciones, el alcalde del municipio comunicará mediante correo electrónico a la agencia de empleo de la Caja de Compensación Familiar de Boyacá- COMFABOY-, el profesional designado para ocupar la Gerencia de la E.S.E.”

Las preguntas formuladas en la fase de entrevista que los aspirantes debían responder fueron las siguientes:

“- \* Cuando ha tenido que hacerse cargo de una actividad que no era usual en su rutina de trabajo ¿Qué cursos de acción toma?

* \* ¿Qué representan los sentimientos y emociones de los demás en su escala de valores en su trabajo?
* \* Respecto a las funciones realizadas en su último trabajo describa ¿Cuál fue la relevancia y grado de importancia de estas para la organización?”

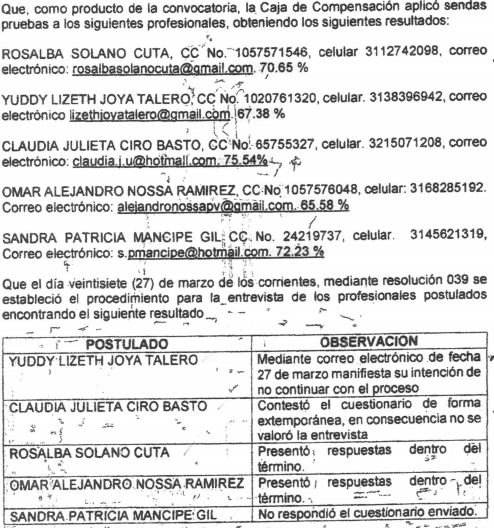
Cuestionario que fue enviado vía correo electrónico a cada uno de los aspirantes desde la dirección electrónica [joseaochica@hotmail.com](mailto:joseaochica@hotmail.com), en las siguientes fechas:

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **Aspirante** | **Correo electrónico** | **Fecha** | **Anotación** |
| Omar Alejandro Nossa Ramírez | [alejandronossapv@gmail.com](mailto:alejandronossapv@gmail.com) | 27 de  marzo de 2020 | Suministro respuesta el mismo día pero no es legible la hora según el documento aportado del  pantallazo |
| Rosalba Solano Cuta | [rosalbasolanocuta@gmail.com](mailto:rosalbasolanocuta@gmail.com) | 27 de  marzo de 2020 | Suministro respuesta el mismo día a las 7:01 pm |
| Yuddy Lizeth Joya Talero | [lizethjoyatalero@gmail.com](mailto:lizethjoyatalero@gmail.com) | 27 de  marzo de 2020 | Suministro respuesta el mismo día a las 7:52 pm |
| Claudia Julieta Ciro  Basto | [Claudia.j.u@hotmail.com](mailto:Claudia.j.u@hotmail.com) | 27 de  marzo de  2020 | Suministro respuesta el mismo día a las 7:20 pm |
| Sandra Patricia  Mancipe Gil | [s.pmancipe@hotmail.com](mailto:s.pmancipe@hotmail.com) | 27 de  marzo de  2020 | No reposa respuesta |

\_Con oficio del 4 de diciembre de 2020, la de Caja de Compensación informó los servicios de su Agencia de Empleos facultados por el Decreto 1072 de 2015 del Ministerio de Trabajo, la Ley 1636 de 2013 y el Decreto 2852 de 2013, los cuales corresponden a:

* Registro de buscadores de empleo: Inscripción de hojas de vida
* Registro para empresas: Se realiza acompañamiento en la gestión empresarial para la publicación y asesoría para búsqueda efectiva de trabajadores de acuerdo a las necesidades de la empresa
* Orientación a buscadores de empleo: Asesoría ocupacional.
* Remisión: Revisión de hojas de vida de los oferentes que se postularon y/o aplicaron a las vacantes, y envío de información de los oferentes remitidos al empleador o empresario, quien solicita la vacante.
* Orientación para la asignación al subsidio al desempleo.

A través de Resolución No. 040 del 31 de marzo de 2020, el Alcalde Municipal de Gámeza nombró a la señora Rosalba Solano Cuta en el empleo de Gerente Código 085 Grado 02 de la Planta de la ESE Gámeza Municipio Saludable, para el período comprendido entre el 1º de abril de 2020 y el 31 de marzo de 2024. Posesionada el 1° de abril de 2020. En dicho acto administrativo se resumieron las siguientes consideraciones:



## Prueba testimonial.

En audiencia de pruebas, la señora Sandra Patricia Mancipe Gil, citada para recepcionar su testimonio en relación con el objeto del asunto, reveló su participación para el cargo de Gerente así:

“Bueno entonces todo inicia el 25 de marzo cuando me entero por la página de servi-empleo para registrar mi hoja de vida ya que había vacantes de empleo para el municipio de Gámeza y Pesca tal como lo certifica el registro oferente del servicio de empleo público, luego el día jueves 26 de marzo del 2020 a la 1:35 recibo un correo de la señora Luz Miriam Avendaño Zorro en la cual dice [orientaciónsogamoso2@comfaboy.com.co](mailto:orientaci%C3%B3nsogamoso2@comfaboy.com.co) donde envía unas pruebas de competencia, ese día presento la prueba de competencia y me envían el resultado el cual obtuve el 72.23%. El día 26 de marzo de 2020 a la 1:51, recibo un correo de servi- empleo donde dice textualmente: Sandra Patricia Mancipe Gil, el servicio público de empleo permite informarle que su postulación a la vacante gerente de entidad de salud con número de referencia 1626178166 – confidencial ha sido exitosa tenga en cuenta que la fecha límite de recepción de candidatos establecida por la empresa es 24 de marzo de 2020, tal como lo consta el correo recibido. Luego recibo un correo del jueves 26 de marzo a la 1:58pm donde dice: Apreciado Sandra Patricia Gil el servicio público de empleo permite informarle que su postulación a la vacante gerente ESE Pesca número de referencia 16261757-1 de la empresa confidencial ha sido exitosa tenga en cuenta que la fecha límite de

recepción de candidatos establecida por la empresa es el 26 de marzo de 2020. El día 27 de marzo de 2020 a la 1:03 pm fue enviado a mi correo [s.pmancipe@hotmail.com](mailto:s.pmancipe@hotmail.com) dos archivos, uno la resolución 028 realización prueba selección gerencia ESE y las preguntas prueba de entrevista para Sandra Patricia Mancipe Gil, ese correo fue enviado de la [secretariadegobierno@pesca-](mailto:secretariadegobierno@pesca-boyaca.gov.vo) [boyaca.gov.vo](mailto:secretariadegobierno@pesca-boyaca.gov.vo)”

De lo expuesto por la declarante junto con la publicación de la oferta laboral que COMFABOY realizó para el cargo de Gerente de la ESE Salud Gámeza, la Sala deduce que la postulación de la señora Sandra Patricia Mancipe y la aplicación de la prueba de competencias se produjo por fuera del término legal previsto. Sin embargo, la entidad logística u operativa que apoyo la prueba de competencias habilitó a la señora Mancipe Gil incluso para que presentara no solo la prueba de competencias sino también para que diligenciera la prueba de entrevista.

La testigo Sandra Patricia manifestó:

“Bueno, con lo anterior que ya les mencioné ese fue el proceso que se llevó acabo, luego me entero de una resolución la 040 que es la que están mencionando del municipio de Gámeza donde aparece en mi nombre como lo dice en mi nombre que fueron postulados 5 personas de las cuales obtuve uno de los puntajes más altos entonces pues realmente hay inconsistencias en el proceso a mi criterio porque cuando yo me presente primero del servicio de empleo me decían que era para gerentes en salud que había para Gámeza y Pesca, inicie con el proceso para Gámeza, presente las pruebas como ya les mencione las pruebas de competencia en el cual obtuve el porcentaje 73.23%, luego me manifestaron por medio de correo que no había para Gámeza porque ya estaba completo el cupo entonces que continuara el proceso para Pesca, fue los que ya les mencione, recibí el correo donde me enviaban las preguntas y la resolución 028 donde me enviaban pues como tenía que ser el procedimiento para poder acceder enviar el cuestionario de la entrevista pero luego me entero que hay una resolución de la 039 que había sido enviada a los que se habían postulado para el municipio de Gámeza dentro de los cuales se encuentra mi nombre y que el formulario o la entrevista enviada no fue contestada pues igual a lo que voy es a que nunca fue enviada a mi correo, como la iba a contestar entonces por eso hay un acto administrativo el 040 que por medio de la resolución 039 se mencionan las personas que fueron postuladas por la caja de compensación familiar y que las cuales obtuvieron tal porcentaje y digamos hacen la elección de la persona que ya llega con los requisitos completos entonces pues ahí sale mi nombre cuando desde un principio me mencionan que ya no había cupo para esa plaza, para esa postulación entonces yo seguí con el proceso completo para Pesca, entonces aparece un acto administrativo con mi nombre y mencionando que no contesto el cuestionario, pues no lo conteste porque nunca lo enviaron y tal como lo consta los documentos enviados.”

De acuerdo con el dicho de la testigo, para la Sala no es claro su relato, por cuanto, habla de 2 convocatorias al cargo de Gerente de la ESE de Gámeza y la del municipio de Pesca. Arguyó que no presentó la prueba de entrevista que se dispuso en el proceso para proveer el cargo de Gerente de la ESE Gámeza porque nunca recibió correo electrónico ni conoció el contenido de la Resolución No. 039 de 2020. No obstante, conforme la documentación del plenario, se encontró que reposa pantallazo del correo enviado a la testigo el día 27 de marzo de 2020 desde la dirección electrónica [joseaochica@hotmail.com](mailto:joseaochica@hotmail.com).

Posteriormente, al indagársele cuál fue la persona que la llamó de la Agencia de Empleos para decirle que no había plaza vacante de Gerente de la ESE Gámeza, respondió: *“Recibo la llamada de Luz Miriam Avendaño Zorro* [*orientaciónsogamoso@confaboy.com*](mailto:orientaci%C3%B3nsogamoso@confaboy.com) *es la persona que me llamo y dijo no, lo que pasa es que ya no fue llamada, que ya no había para Gámeza que continuara con Gámeza del proceso con Pesca entonces fue cuando inicie todo el proceso del municipio de Pesca cuando después me entero que hay una resolución que sale con mi nombre que es la 040 donde emiten que la resolución 039 fue enviada a los postulantes para acceder al cargo de Gámeza y pues no me dieron la posibilidad de presentar esa entrevista o ese cuestionario o tener conocimiento de la resolución 039 y del cuestionario de la entrevista.”* Según lo declarado, no se puede conocer la fecha en que la señora Sandra Patricia recibió la llamada, es decir, no se sabe si fue antes o después de que se profirió el acto acusado, y así determinar si en efecto se le obstruyó seguir en el proceso.

Al indagársele sobre las irregularidades que pudo apreciar del proceso adelantado para la selección del Gerente de la ESE Gámeza, la declarante dijo: *“Bueno, buenas tardes, lo que encontré pues es una inconsistencia en que haya un acto administrativo emitido por el municipio de Gámeza cuando digamos no me dieron la oportunidad de ofrecer la entrevista o no me dieron a conocer la resolución 039 o condiciones que llevaba para ser del grupo de las personas que van a quedar en ese municipio para quedar en el cargo de gerentes, entonces si desde el inicio encuentro como una inconsistencia en lo sucedido que en un inicio presente las pruebas de consistencia para el municipio de Gámeza pero como les comente ya hace un momento y en los correos enviados todo el proceso se realizó en el Municipio Pesca entonces hay emitido una resolución, la 040 donde aparece mi nombre y porque no aparece la entrevista cuando no tenía conocimiento de ella.”*

Aunque la señora Sandra Patricia insistió en que no estuvo enterada de la Resolución 039 que contenía la justificación de la fase de la entrevista, el procedimiento y el cronograma, y tampoco le fue enviado correo electrónico con el escrito de las preguntas para

resolver la entrevista, la Sala estima que las pruebas documentales aportan una situación diferente a la que señala la declarante.

En otra de las preguntas, sobre los recursos o acciones emprendidas ante la comunicación que recibió de que ya estaba provisto el cargo de Gerente de la ESE Gámeza, indicó que no interpuso ninguna reclamación y, en cambio, continuó en el proceso para la selección de Gerente de la ESE de Pesca.

## II.3.- ESTUDIO Y SOLUCIÓN DEL CASO CONCRETO.

* 1. **Marco normativo del nombramiento de los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado.**

El artículo 194 de la Ley 100 de 1993 establece la naturaleza de las Empresas Sociales de Estado, como las encargadas de la prestación de los servicios de salud. Según la norma, éstas “… *constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por la Ley o por las asambleas o concejos, según el caso, sometidas al régimen jurídico previsto en este capítulo.”*

El artículo 195 ibídem prevé el régimen jurídico de las ESE’s, en los siguientes términos:

“Las Empresas Sociales de Salud se someterán al siguiente régimen jurídico:

* + 1. El nombre deberá mencionar siempre la expresión "Empresa Social del Estado".
    2. El objeto debe ser la prestación de los servicios de salud, como servicio público a cargo del Estado o como parte del servicio público de seguridad social.
    3. La junta o consejo directivo estará integrada de la misma forma dispuesta en el artículo 19 de la Ley 10 de 1990.
    4. El director o representante legal será designado según lo dispone el artículo 192 de la presente Ley.
    5. Las personas vinculadas a la empresa tendrán el carácter de empleados públicos y trabajadores oficiales, conforme a las reglas del Capítulo IV de la Ley 10 de 1990.
    6. En materia contractual se regirá por el derecho privado, pero podrá discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública.
    7. El régimen presupuestal será el que se prevea, en función de su especialidad, en la ley orgánica de presupuesto, de forma que se adopte un régimen de presupuestación con base en el sistema de reembolso contra prestación de servicios, en los términos previstos en la presente ley.
    8. Por tratarse de una entidad pública podrá recibir transferencias directas de los presupuestos de la Nación o de las entidades territoriales.
    9. Para efectos de tributos nacionales se someterán al régimen previsto para los establecimientos públicos.” (Destacado de la Sala)

En el Título 13, Capítulo 13, artículo 2.2.13.1.2 del Decreto 1083 de 2015, que contempla las generalidades de la Gerencia Pública, establece que dicho Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública no será aplicable a los Gerentes de ESE, por cuanto, tienen norma especial para su designación.

En ese orden, el artículo 20 de la Ley 1797 de 2016[1](#_bookmark0) fijó el procedimiento que se debe desarrollar para nombrar al gerente de una Empresa Social del Estado-ESE, para ello señaló:

“ARTÍCULO 20. *Nombramiento de Gerentes o Directores de las Empresas Sociales del Estado.* ***Los Gerentes o Directores de las Empresas Sociales del Estado del nivel territorial serán nombrados por el Jefe de la respectiva Entidad Territorial***. En el nivel nacional los Gerentes o Directores de las Empresas Sociales del Estado serán nombrados por el Presidente de la República. Corresponderá al Presidente de la República, a los Gobernadores y los Alcaldes, dentro de los tres (3) meses siguientes a su posesión, adelantar los nombramientos regulados en el presente artículo, previa verificación del cumplimiento de los requisitos del cargo establecidos en las normas correspondientes y evaluación de las competencias que señale el Departamento Administrativo de la Función Pública. Los Gerentes o Directores de las Empresas Sociales del Estado serán nombrados para periodos institucionales de cuatro (4) años, el cual empezará con la posesión y culminará tres (3) meses después del inicio del periodo institucional del Presidente de la República, del Gobernador o del Alcalde. Dentro de dicho periodo, sólo podrán ser retirados del cargo con fundamento en una evaluación insatisfactoria del plan de gestión, evaluación que se realizará en los términos establecidos en la Ley 1438 de 2011 y las normas reglamentarias, por destitución o por orden judicial.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Para el caso de los Gerentes o Directores de las Empresas Sociales del Estado que a la entrada en vigencia de la presente ley hayan sido nombrados por concurso de

1 “Por la cual se dictan disposiciones que regulan la operación del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”.

méritos o reelegidos, continuarán ejerciendo el cargo hasta finalizar el período para el cual fueron nombrados o reelegidos.

Los procesos de concurso que al momento de entrada en vigencia de la presente ley, se encuentren en etapa de convocatoria abierta o en cualquiera de las etapas subsiguientes continuarán hasta su culminación y el nombramiento del Gerente o Director recaerá en el integrante de la terna que haya obtenido el primer lugar, el nominador deberá proceder al nombramiento en los términos del artículo 72 de la Ley 1438 de 2011. En el evento que el concurso culmine con la declaratoria de desierto o no se integre la terna, el nombramiento se efectuará en los términos señalados en el primer inciso del presente artículo.

Del mismo modo, en los casos en que la entrada en vigencia de la presente ley, no se presente ninguna de las situaciones referidas en el inciso anterior, el jefe de la respectiva Entidad Territorial o el Presidente de la Republica procederá al nombramiento de los Gerentes o Directores dentro de los tres meses siguientes a la entrada en vigencia de la presente ley, en los términos señalados en el presente artículo.” (Destacado de la Sala)

Vale destacar al respecto, que la anterior norma fue objeto de demanda de constitucionalidad que resolvió la Corte Constitucional a través de sentencia C-046 de 2018, declarándola exequible. De manera general, determinó que el nombramiento de Gerente o Director de la ESE por el Presidente de la República, Gobernador y Alcalde no infringe el artículo 125 Superior, el cual confiere al legislador un margen de configuración para establecer los cargos de libre nombramiento y remoción. Tampoco viola el principio del mérito establecido en la Constitución por tratarse de un cargo que exceptúa la regla general del concurso y menos trasgrede el principio de progresividad y el mandato de no regresividad respecto de la provisión de empleos públicos. En cuanto a su naturaleza, señaló que *“… Desde un principio, el cargo de gerente o director de Empresas Sociales del Estado se estableció como una excepción a los cargos de carrera al catalogarlo como un cargo con periodo fijo y de libre nombramiento y remoción.”* El citado pronunciamiento distinguió tres momentos en los cuales se estableció la designación y estabilidad del cargo de Gerentes de ESE, así:

“**Primer momento.**

En un primer momento y bajo la vigencia exclusiva de la Ley 100 de 1993, se dispuso que los directores de los hospitales públicos debían ser nombrados por el jefe de la respectiva entidad territorial de una terna presentada por la junta directiva por un periodo mínimo de 3 años, prorrogables y sólo podrían ser removidos por

la comisión de faltas disciplinarias graves, de conformidad con el régimen disciplinario del sector oficial[2](#_bookmark1).

(…)

**Segundo momento.**

(…)

Posteriormente, el artículo 28 de Ley 1122 de 2007 cambió la forma de proveer estos cargos. Así, el Legislador en ejercicio de su amplio margen de configuración y a pesar de haber dispuesto el cargo como de libre nombramiento y remoción: (i) sometió su designación a concurso; (ii) contempló que de los resultados del mismo la Junta Directiva podía seleccionar una terna para que el nominador escogiera el gerente o director; (iii) extendió transitoriamente su periodo hasta una fecha posterior a la inicialmente contemplada; así como (iv) su periodo a cuatro años;

(v) limitó la posibilidad de prórroga del periodo a uno más y (vi) guardó silencio acerca de las causales de retiro del cargo. Tal normativa fue reglamentada por el Decreto 800 de 2008 y la Resolución 165 de 2008 del Departamento Administrativo de la Función Pública[3](#_bookmark2). Así, con la igualación del periodo de los gerentes o directores al de sus nominadores se buscaba afrontar deficiencias como “*duplicidad de funciones, falta de control de la oferta de servicios de salud, y dificultades con las IPS regionales*”[4](#_bookmark3).

(…)

**Tercer momento y alcance del artículo 20 de la Ley 1797 de 2016**

El artículo 20 de la Ley 1797 de 2016 “*Por la cual se dictan disposiciones que regulan la operación del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones*” cambió el referido sistema de la siguiente forma:

1. Los gerentes o directores de las Empresas Sociales del Estado serán nombrados por el Presidente de la República, los gobernadores o alcaldes dentro de los tres meses siguientes a su posesión, previa verificación del cumplimiento de los requisitos del cargo, establecidos por las normas correspondientes y evaluación de las competencias que señale el Departamento Administrativo de la Función Pública;

2 Ley 100 de 1993. Artículo 192. “Dirección de los hospitales públicos. Los directores de los hospitales públicos de cualquier nivel de complejidad, serán nombrados por el jefe de la respectiva entidad territorial que haya asumido los servicios de salud, conforme a lo dispuesto en la Ley 60 de 1993 y a la reglamentación que al efecto expida el Gobierno Nacional, de terna que le presente la junta directiva, constituida según las disposiciones de la Ley 10 de 1990, por períodos mínimos de tres (3) años prorrogables. Sólo podrán ser removidos cuando se demuestre, ante las autoridades competentes, la comisión de faltas graves conforme al régimen disciplinario del sector oficial, faltas a la ética, según las disposiciones vigentes o ineficiencia administrativa”.

3 Sentencia C-181 de 2010: “Según el inciso primero del artículo 28 de la Ley 1122 en concordancia con el Decreto 800 de 2008, el concurso para la provisión de los cargos de gerentes de las empresas sociales del estado se realiza de la siguiente manera: las empresas deben organizar el respectivo concurso de méritos dentro de los tres meses siguientes al inicio del período del Presidente de la República o del jefe de la entidad territorial respectiva, según el caso. Una vez concluido el proceso de selección, la institución contratada para realizar el concurso debe elaborar un listado de elegibles con al menos los 5 participantes mejor calificados. La junta directiva debe conformar a continuación una terna con candidatos de este último listado. Finalmente, el nominador señalado en los estatutos de cada empresa debe designar discrecionalmente uno de los candidatos de la terna como nuevo gerente”.

4 Sentencia C-957 de 2007 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

1. Tienen un periodo institucional de cuatro años que termina tres meses después del inicio del periodo institucional del Presidente y los jefes de las entidades territoriales;
2. Su retiro del cargo está sujeto a la evaluación insatisfactoria del plan de gestión, en los términos de la Ley 1438 de 2011 y las normas reglamentarias, por destitución o por orden judicial.”

Se puede colegir de lo antes transcrito que el empleo de Gerente o Director de ESE siempre ha sido clasificado como de libre nombramiento y remoción. Sin embargo, la forma de provisión ha sufrido algunos cambios al paso del tiempo: (i) inicialmente se estableció que fuera nombrado de una terna presentada por la junta directiva por un periodo mínimo de 3 años, prorrogables; (ii) después se dispuso que fuera a través de un concurso de méritos y, finalmente, (iii) se contempló con el artículo 20 de la Ley 1797 de 2016 que su nombramiento se produciría de manera directa por el jefe del ente territorial, para un periodo de 4 años.

La referida providencia de la Corte Constitucional arribó a las siguientes consideraciones en razón a la disposición normativa que cambió el modelo o sistema para designar a los Gerentes de las ESE’s y respecto de la cual se alegó la vulneración de mandatos constitucionales, para ello destacó:

“En consecuencia, el Legislador cuenta con una amplia potestad para determinar que ciertos cargos sean de libre nombramiento y remoción y exceptuarlos de la carrera administrativa y así determinar su nombramiento por los jefes de las respectivas entidades territoriales o, en el orden nacional, por el Presidente de la República. Del amplio recuento normativo y jurisprudencial acerca del cargo de director o gerente de las Empresas Sociales del Estado, se tiene que ***desde su creación se determinó que este cargo tenía dos características principales: (i) la naturaleza de libre nombramiento y remoción; y (ii) el periodo fijo***. Esas dos características cumplen con dos de los criterios que escapan a la carrera administrativa, uno constitucional y el segundo de orden legal, en la medida en que la Ley 909 de 2004 establece, en su artículo 5°, que los cargos de periodo fijo no son de carrera. En este sentido, desde la Ley 100 de 1993 hasta la disposición que ahora se revisa se ha mantenido la misma naturaleza, sin que se hubiesen dado cambios en ese aspecto, lo cual se verifica en el artículo 20 de la Ley 1797 de 2016.

(…)

Las excepciones a la carrera administrativa del artículo 125 y las legales no implican que esas formas de elección o designación en empleos públicos no expresen el mérito o se contrapongan al mismo. En primer lugar, pues el establecimiento de formas diferentes al concurso de méritos no significa que los cargos estén privados de requisitos y que sea posible nombrar a cualquier persona sin que exista una correlación entre su perfil profesional, experiencia y el cargo que deben ejercer. En este aspecto, al igual

que le corresponde al Legislador regular las etapas y requisitos de los concursos de méritos también le asiste la misma potestad a ese o su delegado para determinar los requisitos para los cargos. (…)

El artículo 20 acusado establece en su primer inciso que el nombramiento del director o gerente de las Empresas Sociales del Estado está sujeto a dos condiciones: (i) la previa verificación de los requisitos establecidos para el cargo; y (ii) la evaluación de las competencias que señale el Departamento Administrativo de la Función Pública. Al respecto, el Decreto 1427 de 2016 que reglamenta el artículo 20 que se estudia determina el sistema de evaluación de los aspirantes a los cargos. La normativa dispone que: (i) el Presidente, gobernadores o alcaldes deberán evaluar las competencias señaladas por el Departamento Administrativo de la Función Pública mediante pruebas escritas y dejar constancia de tal ejercicio; (ii) delega la evaluación de los aspirantes a ocupar los cargos en el orden nacional al Departamento Administrativo de la Función Pública; y (iii) permite el apoyo de la anterior entidad para la evaluación de los aspirantes en los sectores departamental, distrital y municipal sin costo alguno.

(…)

En conclusión, ***los apartes del artículo 20 de la Ley 1797 de 2016 acusados que establecen la designación de los directores o gerentes de las ESE como una expresión de un cargo de libre nombramiento y remoción no violan el artículo 125 de la Constitución ni el principio del mérito*** toda vez que esa misma disposición permite formas diferentes a la carrera administrativa y del concurso de méritos como formas de acceso a empleos públicos.

(…)

En estos términos, el cambio de método de designación responde a una determinación del Legislador, que como se dijo, se encuentra dentro del amplio margen de configuración por tratarse de un cargo de libre nombramiento y remoción. A su vez, tal naturaleza no elimina el mérito como criterio de selección, pero sí lo combina con otros factores subjetivos, que, en principio son admisibles de conformidad con el contorno de necesidades que requieren el ejercicio del cargo. Más allá, la norma al no regular derechos, sino una competencia que se encuentra ajustada al artículo 125 de la Constitución, específicamente a una de sus excepciones, no le es aplicable el principio de progresividad y el mandato de no regresividad.

En consecuencia, la Sala encuentra que el artículo 20 de la Ley 1797 de 2016, al cambiar la forma de proveer el cargo de director o gerente de las Empresas Sociales del Estado no viola el principio de progresividad y el mandato de no regresividad en relación con los derechos sociales, específicamente respecto al empleo público, toda vez que tal principio no le es aplicable a la norma estudiada, pues la misma no determina derechos y, por lo tanto, tampoco regula una faceta prestacional de los derechos sociales. Por lo anterior, se declarará la exequibilidad de la disposición”.

Así pues, con el pronunciamiento de constitucionalidad, no hay duda alguna que el Presidente de la República, los Gobernadores y Alcaldes están revestidos de la facultad legal para nombrar a los

Gerentes de las ESE’s respectivos dentro de los tres (3) meses siguientes a su posesión, para periodos institucionales de cuatro (4) años. Sin embargo, están sujetos a verificar el cumplimiento de los requisitos del cargo conforme las normas que lo regulen.

Mediante Decreto 1427 de 2016, el Gobierno Nacional reglamentó el artículo 20 de la Ley 1797 de 2016, describió el procedimiento para nombrar los directores o gerentes de la ESE a nivel Nacional como Territorial a saber:

“**ARTÍCULO 2.5.3.8.5.1. *Evaluación de competencias.*** Corresponde al Presidente de la República, a los gobernadores y a los alcaldes como autoridades nominadoras del orden nacional, departamental y municipal, respectivamente, evaluar, a través de pruebas escritas, las competencias señaladas por el Departamento Administrativo de la Función Pública, para ocupar el empleo de director o gerente de las Empresas Sociales del Estado.

**ARTÍCULO 2.5.3.8.5.2. *Delegación de la evaluación de los aspirantes para ocupar el empleo de director o gerente de las Empresas Sociales del Estado del orden nacional.*** Deléguese en el Departamento Administrativo de la Función Pública la evaluación del aspirante o aspirantes para ocupar el empleo de director o gerente de las Empresas Sociales del Estado del nivel nacional a ser nombrado por el Presidente de la República. Una vez adelantada la evaluación, el Director del Departamento Administrativo de la Función Pública informará al Presidente de la República si el aspirante cumple o no con las competencias requeridas, de lo cual se dejará evidencia.

**ARTÍCULO 2.5.3.8.5.3. *Evaluación de las competencias para ocupar el empleo de director o gerente de las Empresas Sociales del Estado del nivel territorial.*** Las competencias del aspirante o aspirantes a ocupar el cargo de director o gerente de las Empresas Sociales del Estado del orden departamental, distrital o municipal, señaladas por el Departamento Administrativo de la Función Pública, serán evaluadas por el gobernador o el alcalde, de lo cual se dejará evidencia.

**ARTÍCULO 2.5.3.8.5.4. *Apoyo de la Función Pública en la evaluación de competencias.*** El Departamento Administrativo de la Función Pública - DAFP adelantará de manera gratuita, cuando el respectivo nominador así se lo solicite, la evaluación de las competencias del aspirante o aspirantes a ocupar el cargo de director o gerente de las Empresas Sociales del Estado del nivel departamental, distrital o municipal.

Cuando la Función Pública adelante el proceso de evaluación de las competencias indicará al gobernador o alcalde si el aspirante cumple o no con las competencias requeridas y dejará evidencia en el respectivo informe.

**ARTÍCULO 2.5.3.8.5.5. *Nombramiento.*** El nombramiento del gerente o director de la Empresa Social del Estado del orden nacional, departamental o municipal, recaerá en quien acredite los

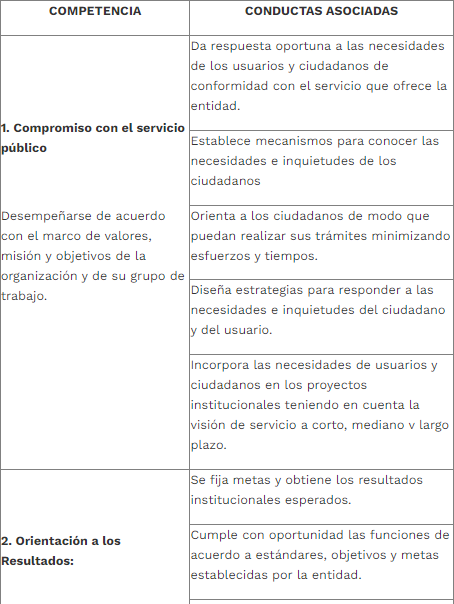
requisitos exigidos para el desempeño del cargo y demuestre las competencias requeridas.”

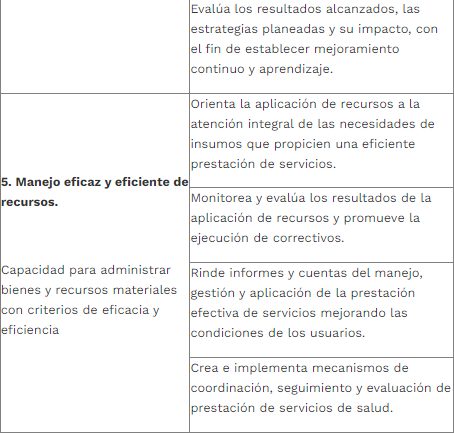
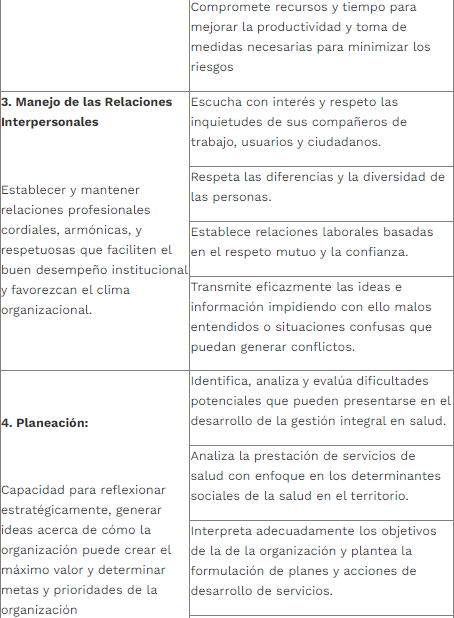
En ese orden, el DAFP expidió la Resolución No. 680 de 2016 por medio de la cual definió la competencia y conducta asociada que deben ser demostradas para ocupar el empleo de gerente o director de la ESE, en los siguientes términos:

“**ARTÍCULO 2°. *Definiciones.*** Para efectos de lo previsto en la presente Resolución, se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:

* 1. **Competencia.** Es la capacidad de una persona para desempeñar las funciones inherentes al empleo de gerente o director de las Empresas Sociales del Estado, determinada por los conocimientos, destrezas, habilidades, valores, actitudes y aptitudes que debe poseer y demostrar.
  2. **Conducta asociada.** Se entiende por conducta asociada la manifestación o reacción verbal, escrita o actitudinal de una persona respecto de una situación real o virtual que se le presentada.”

A reglón seguido, en el artículo 3 ibídem establecieron la competencia y las conductas asociadas que se evaluarán a los candidatos que aspiren a acceder al empleo de gerente o director de ESE, de la siguiente manera:





De otro lado, el artículo 22 del Decreto 785 de 2005[5](#_bookmark4) consagró los requisitos para el desempeño del cargo de Gerente de ESE, así:

“(…)

Para el ejercicio de los empleos de Director de Hospital (Código 065) y de Gerente de Empresa Social del Estado (código 085) de carácter departamental o municipal que pertenezcan al Sistema General de Seguridad Social en Salud, se exigirán los siguientes requisitos:

* 1. Director de Hospital y Gerente de Empresa Social del Estado de primer nivel de atención. Para el desempeño del cargo de Gerente de una Empresa Social del Estado o de Director de Institución Prestadora de Servicios de Salud, del primer nivel de atención, se exigirán los siguientes requisitos, establecidos de acuerdo con la categorización de los departamentos y municipios regulada por la Ley 617 de 2000 y demás normas que la modifiquen o adicionen:
     1. Para la categoría especial y primera se exigirá como requisitos, título profesional en áreas de la salud, económicas, administrativas o jurídicas; título de posgrado en salud pública, administración o gerencia hospitalaria, administración en salud; y experiencia profesional de dos (2) años en el sector salud.
     2. Para la categoría segunda se exigirá como requisitos, título profesional en áreas de la salud, económicas, administrativas o jurídicas; título de postgrado en salud pública, administración o gerencia hospitalaria, administración en salud; y experiencia profesional de un (1) año en el sector salud.
     3. ***Para las categorías tercera, cuarta, quinta y sexta se exigirá como requisitos, título profesional en el área de la salud y experiencia profesional de un (1) año, en el sector salud***.” (Destacado de la Sala)

Es oportuno anotar que la expresión “área de la salud”, subrayada y contenida en el precepto normativo antes copiado, fue demandada ante la Corte Constitucional, alegándose la existencia de un *“… trato desigual entre los diferentes profesionales que pretenden desempeñar en el mismo nivel de atención el empleo de Gerente o Director de un centro hospitalario, pero limitando solamente a un grupo, esto es, a los formados académicamente en el área de la salud la posibilidad de acceder a dicho empleo, quebrantando de esa manera el derecho al trabajo”*. Al respecto, en sentencia C-079 de 2007, la Corte declaró exequible la expresión acusada, y para ello acudió a un pronunciamiento anterior. Indicó:

5 “Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación y de funciones y requisitos generales de los empleos de las entidades territoriales que se regulan por las disposiciones de la Ley 909 de 2004.”

“De esta manera, se hace necesario presentar el fundamento de la Sentencia C-100 de 2004, mediante la cual se declaró la exequibilidad del numeral tercero del artículo 24 del citado decreto ley con base en las siguientes consideraciones:

*“(…) Precisamente, como el número de habitantes de los municipios de categorías tercera, cuarta, quinta y sexta son manifiestamente inferiores a los municipios de categoría especial, primera y segunda; y como, adicionalmente, la planta de personal destinada a prestar el servicio de salud es inversamente proporcional a la categoría del municipio; es razonable que se exija formación profesional en el área de la salud para las personas que aspiran a un cargo directivo en las entidades de salud de los municipios de categorías tercera, cuarta, quinta y sexta, pues debe garantizarse que dicho funcionario esté en la capacidad de asumir no solamente las funciones de tipo administrativo sino también asistenciales, lo que le permite optimizar la eficiencia y cobertura del servicio de salud (…)*

* + - 1. *(…) De conformidad con los artículos 125, 150-23 y 209 de la Constitución Política, el legislador es el llamado a establecer a través del procedimiento democrático de adopción de las leyes, los distintos requisitos, condiciones y calidades para el acceso a la función pública. (…)*
      2. *(…) nótese como, en este caso, la distinción de trato entre dos sujetos profesionales, habilitados por la misma Ley para cumplir las mismas funciones de dirección, se justifica objetivamente en la necesidad de organizar la prestación de los servicios de salud en determinados municipios del país en forma más eficiente. En efecto, se trata de una medida razonable y proporcionada, teniendo en cuenta, en primer lugar, el número reducido de profesionales que prestan el servicio de salud en los municipios de categoría tercera, cuarta, quinta y sexta; y en aras de salvaguardar el principio de universalidad en el acceso a las prestaciones propias de la seguridad social. Es adecuado a dicho fin, que el legislador exija a las personas que se postulen a un cargo directivo, tener formación profesional en el área de la salud. Es evidente que, una posible emergencia en las condiciones de salubridad de un municipio retirado de la cabecera departamental, exige medidas inmediatas y, entre ellas, la idoneidad de todos sus profesionales para atender dicha urgencia (…)*

*En segundo lugar, por cuanto no existe otro medio que permita cumplir con dicho objetivo y garantice la suficiencia e idoneidad que otorga el mecanismo previsto por el legislador.* ***La exigencia de formación profesional en el área de la salud, como requisito para acceder a cargos de dirección, permite que el profesional seleccionado pueda desempeñarse en las tareas administrativas y simultáneamente, concurrir a la prestación de los servicios de asistencia en el área de la salud, atendiendo las necesidades de la población y cobertura territorial****.*

*Por último, la proporcionalidad en si misma considerada de la disposición acusada, se encuentra en la objetividad de la justificación que le sirve de sustento. Ella, según se dijo, no consiste en restringir indebidamente el acceso a los cargos públicos, sino que, por el contrario, se encuadra en la búsqueda de la eficiencia y eficacia de la Administración, a través de la selección de directivos, que por su mérito y*

*capacidad profesional, resulten idóneos para cumplir con las exigencias que amerita el cargo, es decir,* ***el ejercicio simultáneo de funciones administrativas y asistenciales****. (…)” (Resaltado de la Sala).*

En ese sentido, quedó dilucidado el presunto trato discriminatorio que originaba la expresión aludida y que se daba respecto a los demás Gerentes o Directores de ESE de otras categorías de municipios en relación con los requisitos profesionales exigidos. Y estableció el real entender de la norma al fijar la formación profesional *“en áreas de la salud”* que encierra tanto su idoneidad en el ejercicio de funciones administrativas como asistenciales.

Para concluir, el artículo 2.2.2.7.5[6](#_bookmark5) del Decreto 1083 de 2015 dejó en manos del Jefe de Personal o quienes hagan sus veces en los organismos o entidades del Estado, la responsabilidad de verificar el cumplimiento de los requisitos y calidades para el desempeño de los empleos, so pena de incurrir en una causal de mala conducta.

## Solución del caso concreto.

La Sala examinará los cargos propuestos con la alzada para refutar la legalidad del acto electoral acusado, en el siguiente orden:

* + 1. *Cargo primero. Expedición irregular por la inexistencia de acto administrativo de convocatoria del Alcalde Municipal para proveer el empleo de gerente de la ESE.*

El demandante alegó que la convocatoria en la que se ofertó el cargo de Gerente de la ESE de Gámeza no estuvo precedida de un acto general en el que el Alcalde municipal estipulara el empleo, el salario, sus funciones, sus requisitos de experiencia, el cronograma de actividades, fecha de publicación de la invitación, recepción de hojas de vida, requisitos del empleo, verificación de requisitos, fecha de publicación de resultados, reclamación, entre otras. Por el contrario, manifestó que de manera unilateral COMFABOY publicó tal proceso sin que contuviera los elementos mínimos de sus reglas.

6 “Ajuste del manual específico de funciones y de competencias laborales. Los organismos y entidades ajustarán sus manuales específicos de funciones y de competencias laborales, hasta el 17 de marzo de 2015. Los manuales específicos vigentes, continuarán rigiendo hasta que se ajusten total o parcialmente”.

Los Jefes de Personal o quienes hagan sus veces de los organismos y entidades a quienes se les aplica este decreto, deberán verificar el cumplimiento de los requisitos y calidades requeridos para la posesión de los cargos. El incumplimiento de esta obligación constituye causal de mala conducta, según las normas legales vigentes sobre la materia”.

Sobre este particular, la Sala recuerda que el cargo de Gerente o Director de ESE ha sufrido cambios en la manera de provisión y estabilidad. En sentencia C-046 de 2018, la Corte Constitucional destacó 3 momentos legislativos, a saber:

**Primer momento:** bajo la vigencia exclusiva de la **Ley 100 de 1993**, se dispuso que los directores de los hospitales públicos debían ser nombrados por el jefe de la respectiva entidad territorial de una terna presentada por la junta directiva por un periodo mínimo de 3 años, prorrogables y sólo podrían ser removidos por la comisión de faltas disciplinarias graves, de conformidad con el régimen disciplinario del sector oficial.

**Segundo momento:** bajo el régimen de las **Leyes 1122 de 2007 y 1438 de 2011** se tiene que el referido cargo conservó su naturaleza de libre nombramiento y remoción con periodo fijo, sin embargo, con un carácter *sui generis*, en la medida en que su designación dependía de un concurso de méritos que debía respetarse y que generaba derechos adquiridos para aquellos que ocuparan la primera posición en la lista de elegibles. Adicionalmente, la remoción del cargo no estaba sujeta a la amplitud de la libre remoción, sino respondía a causales específicas como la evaluación insatisfactoria.

**Tercer momento:** bajo la **Ley 1797 de 2016**, régimen vigente:

1. se suprimieron el concurso de méritos y la actuación de la Junta Directiva de la entidad para la conformación de una terna; (ii) se mantuvieron el periodo institucional de cuatro años y las causales de remoción con fundamento en la evaluación del programa de gestión; y (iii) se reintrodujo explícitamente la causal de remoción del cargo con fundamento en las faltas disciplinarias, además de añadir la orden judicial. Igualmente, se determinó un régimen de transición que respeta: (a) los periodos de quienes ejercen el cargo para la vigencia de la norma; y (b) los concursos que ya hayan iniciado. Finalmente, se determina que ante el evento de un concurso desierto o ante cualquier otra situación, el nombramiento es el que se dispone de forma general en la norma, es decir, por el Presidente, gobernadores o alcaldes.

De esa manera, al recabar en la Ley 1797 de 2016, artículo 20, norma especial vigente, que reglamenta el nombramiento de los Gerentes o Directores de las ESE, se encuentra lo siguiente:

* 1. Facultad nominadora y término: Presidente de la República, Gobernadores y Alcaldes dentro de los 3 meses siguiente a su posesión.
  2. Presupuestos a revisar previo el nombramiento: verificación del cumplimiento de los requisitos del cargo establecidos en las normas correspondientes y evaluación de las competencias que señale el Departamento Administrativo de la Función Pública.
  3. Periodo institucional del nombramiento: 4 años.
  4. Finalización del nombramiento: 3 meses después del inicio del periodo institucional del Presidente de la República, del Gobernador o del Alcalde.
  5. Retiro anormal del nombrado: evaluación insatisfactoria del plan de gestión, evaluación que se realizará en los términos establecidos en la Ley 1438 de 2011 y las normas reglamentarias, por destitución o por orden judicial.

Posteriormente fue expedido el Decreto Reglamentario 1427 de 2016 que fija el procedimiento al cual está sometido el nominador para nombrar a los directores o gerentes de la ESE a nivel Nacional como Territorial que consagra en esencia el siguiente trámite a surtir: *Evaluación de competencias* (Art. 2.5.3.8.5.1.), el Presidente de la República, Gobernadores y Alcaldes, autoridades nominadoras del respectivo orden, le corresponde evaluar, a través de prueba escrita, las competencias que establezca el DAFP para el cargo de director o gerente de las ESE. En tratándose del nivel territorial, se aprecia, según las normas contenidas en el Decreto 1427 de 2016, que le incumbe de manera directa a los gobernadores y alcaldes evaluar las competencias de los aspirantes a ocupar el cargo conforme aquellas establecidas por el DAFP.

De tal manera que, para la Sala, es claro que la designación de los gerentes o directores de las ESE no se equipara a la aplicación de un concurso de méritos en todas sus dimensiones y alcances que se dispone para empleados de carrera administrativa. Por el contrario, al tratarse de cargos de periodo fijo y considerarse de libre nombramiento, su provisión no está sujeto al agotamiento de un proceso riguroso de selección de personal o concurso de méritos con todas sus fases o etapas.

Así pues, para la Sala, la ausencia de un acto administrativo de contenido general para abrir la convocatoria para el cargo de Gerente de la ESE de Gámeza no vicia de nulidad el acto electoral demandado, menos cuando sin ser necesario existió, el 16 de marzo de 2020, a través de la Agencia de Empleos de COMFABOY la publicación de la oferta laboral.

Por lo anterior, el cargo formulado no tiene vocación de prosperidad.

* + 1. *Cargo segundo. Expedición irregular del acto acusado por falta de idoneidad y experiencia de COMFABOY para la realización de la prueba de competencias para proveer el cargo de Gerente de la ESE.*

El actor destacó que COMFABOY no estaba habilitada para llevar a cabo este tipo de procesos de selección, puesto que hasta el mes de abril de 2020 se le autorizó como agencia de empleos y la fecha de elaboración de las pruebas se dio en el mes de marzo de 2020, cuando aún no contaba con la respectiva idoneidad y experiencia para ello. Aunado a que no tenía la experiencia para esta clase de pruebas a propósito de proveer cargos de Gerente de ESE.

Para abordar tal cargo, la Sala destaca que el artículo 2.5.3.8.5.4 del Decreto 1427 de 2016 dispone:

“*Apoyo de la Función Pública en la evaluación de competencias.* El Departamento Administrativo de la Función Pública - DAFP adelantará de manera gratuita, cuando el respectivo nominador así se lo solicite, la evaluación de las competencias del aspirante o aspirantes a ocupar el cargo de director o gerente de las Empresas Sociales del Estado del nivel departamental, distrital o municipal”.

En ese sentido, se advierte que el apoyo del DAFP para adelantar la evaluación de las competencias del aspirante o aspirantes al mentado cargo procede siempre que el nominador lo solicite. Puesto que el mismo nominador, Gobernadores y Alcaldes, puede realizar la evaluación de los participantes al cargo según las competencias determinadas por el DAFP (Art. 2.5.3.8.5.1). En consecuencia, es facultativo del nominador acudir al apoyo del DAFP para dicho proceso de selección del gerente de la ESE.

Sin embargo, la Sala colige como principal razonamiento que, de acuerdo con las normas que reglan el nombramiento de Gerente de ESE, no se prohíbe, por ejemplo, que el municipio de Gámeza acudiera o solicitara el acompañamiento de un tercero, como lo es la Caja de Compensación, para evaluar las competencias de los candidatos al cargo de Gerente que se postularon, según las siguientes consideraciones:

**Primero.** A diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, para el nombramiento de personeros, acerca de que las entidades que acompañen a los Concejos Municipales sean especializadas en procesos de selección de personal, para el nombramiento de

Gerentes de ESE no se consagra expresamente tales características de las entidades que apoyen la evaluación de los aspirantes al empleo, precisamente porque el mismo nominador está habilitado legalmente incluso para evaluar directamente las competencias, y no necesariamente puede ser un especialista, solo basta que examine que el o los aspirante(s) cumplan las competencias fijadas por el DPAF y los requisitos previstos para el empleo.

**Segundo.** La Sala en todo caso descarta que, cuando el nominador acuda al acompañamiento logístico u operativo, cualquier entidad pública o privada esté habilitada para evaluar las competencias de los candidatos al cargo de Gerente o Director de la ESE, de manera que será conveniente examinar que su objeto social o funciones por lo menos sean consecuentes con actividades o conocimientos relacionadas con procesos de evaluación de competencias de personal o capital humano. En el caso que ocupa la atención de la Sala se observa que, conforme la Resolución No. 177 de 24 de abril de 2020, la Unidad Administrativa Especial del Servicio Público de Empleo le otorgó autorización a COMFABOY para prestar el servicio público de empleo:

“**ARTÍCULO PRIMERO: renovar** la autorización a la **CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DE BOYACÁ – COMFABOY**

identificada con con NIT 891800213-8 y domicilio principal en Tunja, para la Prestación del Servicio Público de Empleo como agencia privada no lucrativa de Gestión y Colocación de Empleo, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído. La presente autorización tendrá vigencia de dos (2) años contados a partir del día siguiente a su vencimiento.

Vale anotar que la agencia de empleos tiene como propósito reclutar personal adecuado para cubrir oportunidades laborales ofertadas a nivel privado y público. Por consiguiente, COMFABOY se trata de una agencia privada no lucrativa dedicada a la gestión o colocación de personal o promoción de oportunidades de trabajo. De modo que denota amplia experiencia en la selección de capital humano. A su vez, tiene definido su reglamento de prestación de servicios de la agencia de gestión y colocación de empleo en el que consagra los siguientes servicios básicos:

“La Agencia de Gestión y Colocación de Empleo de COMFABOY, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.2.6.1.2.17 del Decreto 1072 de 2015, prestará a los oferentes de trabajo (buscadores y/o trabajadores) y a los demandantes de empleo (empleadores), los siguientes servicios básicos de colocación:

* + - 1. Registro de oferentes, demandantes y vacantes;
      2. Orientación ocupacional a oferentes y demandantes;
      3. Preselección, y
      4. Remisión.

Todos los servicios básicos de gestión y colocación serán prestados siempre de forma gratuita para el buscador, de acuerdo con el Artículo 2.2.6.1.2.4 del decreto 1072 de 2015.

Los servicios de gestión y colocación de empleo en lo referente a los proyectos de explotación y producción se hidrocarburos se establecen de acuerdo a la Resolución 145 de 2017”.

Así pues, la Sala descarta que COMFABOY sede o punto Sogamoso careciera de idoneidad o experiencia para el proceso de evaluación de competencias. Pese a que la Resolución No. 177, proferida por la Unidad Administrativa Especial del Servicio Público de Empleo, que autorizó a COMFABOY como agencia de empleo público, data del 24 de abril de 2020, fecha posterior (mes de marzo de 2020) a la práctica de la prueba de competencias para proveer el cargo de Gerente de la ESE Gámeza, no es un motivo para concluir que no contaba con la idoneidad o experiencia para adelantar dicho proceso, habida cuenta que según el artículo 1° de la Resolución se renovó la autorización, que tiene vigencia por 2 años. Por lo tanto, es posible que contara con dicha autorización ya que los 2 años se cuentan a partir del siguiente vencimiento y no se demostró en el plenario que la Caja de Compensación, para la época en que elaboró la prueba, no tuviera vigente la citada autorización.

En ese orden, la Sala señala que no es de recibo el cargo estudiado.

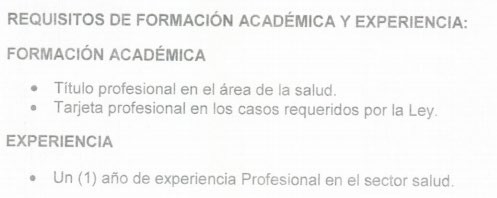
* + 1. *Cargo tercero. Expedición irregular y falsa motivación por cuanto en el aviso de convocatoria de COMFABOY, se estableció requisito diferente para acceder al empleo de Gerente a los establecidos en el manual de funciones de la ESE Gámeza Municipio Saludable.*

Anotó al respecto, que COMFABOY, en la convocatoria que realizó para el empleo de Gerente de la ESE Gámeza, exigió requisitos mayores a los definidos en el manual de funciones, además, puesto que el artículo 22.3.3 de la Ley 785 de 2005 estableció como requisitos para ser Gerente de ESE de categoría tercera, cuarta, quinta y sexta título profesional en el área de salud y experiencia profesional de un (1) año en el sector salud. Sin embargo, reprochó que en la mentada convocatoria se exigió profesionales en áreas de salud, formación posgradual en especialista en seguridad y salud en el trabajo o a fines y mínimo 5 años de experiencia en organismos o entidades públicas o privadas que integran el sistema

general de seguridad social en salud. Por lo tanto, limitó la participación de otras personas al cargo y de paso vulneró el artículo 229 Superior que consagra los principios de la función pública.

Es oportuno primero destacar que el municipio de Gámeza, según lo señalado en el artículo 6 de la Ley 136 de 1994 y lo publicado en la página web[7](#_bookmark6) del Departamento Nacional de Planeación en la ficha de caracterización, para el año 2014 contaba con una población total de 4.939 habitantes, por ende, se ubica dentro de los municipios de categoría sexta. De esa manera, el Decreto 785 de 2005[8](#_bookmark7), artículo 22, consagra los requisitos para el desempeño del cargo de Gerente de ESE dependiendo la categoría del municipio, así: *“… Para las categorías tercera, cuarta, quinta y sexta se exigirá como requisitos, título profesional en el área de la salud y experiencia profesional de un (1) año, en el sector salud.”*

Ahora, con Resolución No. 060 del 8 de noviembre de 2019, expedido por la Gerente de la ESE de Gámeza, se actualizó el Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales de la ESE Gámeza Municipio Saludable; en su artículo 5 hizo la identificación del cargo de Gerente y definió los requisitos profesionales y de experiencia así:



No obstante, en la oferta del empleo realizada por COMFABOY, los requisitos exigidos para el cargo de Gerente de la ESE Gámeza consistieron en:

1. Formación académica:
   1. Profesional en el área de la salud

7 Consultado:

https://[www.funcionpublica.gov.co/eva/admon/files/empresas/ZW1wcmVzYV83Ng==/archivo](http://www.funcionpublica.gov.co/eva/admon/files/empresas/ZW1wcmVzYV83Ng%3D%3D/archivo) s/1450104562\_46ab2e2b3f282d189283b486d0be8049.pdf

8 “Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación y de funciones y requisitos generales de los empleos de las entidades territoriales que se regulan por las disposiciones de la Ley 909 de 2004.”

* 1. Formación posgradual en especialista en seguridad y salud en el trabajo o afines
  2. Capacitación en contratación

1. Experiencia:
   1. Mínimo 5 años de experiencia en organismos o entidades públicas o privadas que integran el Sistema General de Seguridad Social en Salud.
2. Adicional de residencia u origen:
   1. Indispensable que sea o reside en el municipio de Gámeza.

Aunque se advierte que los requisitos previstos por COMFABOY para quienes pretendían acceder al cargo de Gerente de la ESE Gámeza no se asimilan literalmente a los previstos para la categoría sexta del municipio, en tanto exige título de posgrado, 5 años de experiencia y que la persona sea oriunda o resida en el municipio de Gámeza, la Sala estima que la adición de los requisitos no impidió que las 5 personas preseleccionadas vieran limitada su aspiración. Tampoco se encontró que otros interesados presentaran reclamaciones para que se modificara la oferta laboral. Conforme las hojas de vida de los que se postularon, se tiene la siguiente información:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **ASPIRANTE** | **NIVEL EDUCATIVO** | **EXPERIENCIA** |
| Claudia Julieta Ciro Basto | \_**GERENTE DE INSTITUCIONES PRESTADORAS DE SERVICIOS DE SALUD**  Nivel educativo: Especialización Institución: U. SANTO TOMAS - BOGOTA D.C.  Estado: Graduado  Fecha finalización: Julio de 2018  \_**BACTERIOLOGO Y LABORATORISTA CLINICO**  Nivel educativo:  Universitaria Institución: U. CATOLICA DE MANIZALES - MANIZALES Estado:  Graduado  Tiene tarjeta profesional: Si  Fecha finalización: Noviembre de 1997 | \_ **GERENTE**  Tipo experiencia laboral: Asalariado  Nombre de la empresa: HOSPITAL NUESTRA SEÑROA DEL CARMEN  Fecha ingreso/retiro: Abril de 2016 / Actualmente  \_ **BACTERIOLOGA**  Tipo experiencia laboral: Asalariado  Nombre de la empresa: Hospital Nuestra Señora del Carmen  Fecha ingreso/retiro: Marzo de 1998 / Marzo de 2016.  \_**CALIDAD**  Tipo experiencia laboral: Asalariado  Nombre de la empresa: Hospital Carmen de Apicala  Fecha ingreso/retiro: Enero de 1998 / Febrero de  1998. |

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| Omar Alejandro Nossa Ramírez | \_**GESTION Y DIRECCIÓN DE EMPRESAS**  Nivel educativo: Maestría  Institución: UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID  Estado: En Curso  Fecha finalización: Cursando actualmente.  \_**GERENCIA DE PROYECTOS**  Nivel educativo: Especialización Institución: U. DE BOYACA UNIBOYACA  - TUNJA  Estado: Graduado  Fecha finalización: Julio de 2014  \_**TERAPEUTA OCUPACIONAL**  Nivel educativo: Universitaria Institución: U. NACIONAL DE COLOMBIA - - BOGOTA D.C.  Estado: Graduado  Tiene tarjeta profesional: Si Fecha finalización: Marzo de 2010 | **\_GERENTE**  Tipo experiencia laboral: Asalariado  Nombre de la empresa: EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO CENTRO DE SALUD NUESTRA SEÑORA DE BELEN  Fecha ingreso/retiro: Septiembre de 2016 / Marzo de 2020  **\_GERENTE**  Tipo experiencia laboral: Asalariado  Nombre de la empresa: EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO CENTRO DE SALUD NUESTRA SEÑORA DE BELEN  Fecha ingreso/retiro: Septiembre de 2016 / Marzo de 2020  \_**DOCENTE DE PRACTICA** Tipo experiencia laboral: Asalariado  Nombre de la empresa: ESCUELA COLOMBIANA DE REHABILITACION  Fecha ingreso/retiro: Enero de 2016 / Junio de 2016  \_**DOCENTE DE PRACTICA** Tipo experiencia laboral: Asalariado  Nombre de la empresa: ESCUELA COLOMBIANA DE REHABILITACION  Fecha ingreso/retiro: Enero de 2016 / Junio de 2016  **\_TERAPEUTA OCUPACIONAL**  Tipo experiencia laboral: Asalariado  Nombre de la empresa: HOSPITAL DE TUNJUELITO Fecha ingreso/retiro: Septiembre de 2014 / Diciembre de 2015  \_ **TERAPEUTA OCUPACIONAL**  Tipo experiencia laboral: Asalariado  Nombre de la empresa: ALCALDÍA DE SOGAMOSO Fecha ingreso/retiro: Febrero de 2012 / Julio de 2013  \_**TERAPEUTA OCUPACIONAL**  Tipo experiencia laboral: Asalariado  Nombre de la empresa: CORPORACION PARTENON Fecha ingreso/retiro: Agosto de 2010  / Marzo de 2011.  \_**TERAPEUTA OCUPACIONAL**  Tipo experiencia laboral: Asalariado  Nombre de la empresa: SIREB Fecha ingreso/retiro: Febrero de 2010 / Agosto de 2010 |
| Rosalba Solano Cuta | \_**ESPECIALISTA EN SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO** | \_**ADMINISTRADORA DE SERVICIOS DE SALUD Y ASESORA EN SG-SST**  Tipo experiencia laboral: Independiente |

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | Nivel educativo: Especialización Institución: Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia UPTC  Estado: Graduado  Fecha finalización: Junio de 2018  \_**ADMINISTRADOR DE SERVICIOS DE SALUD**  Nivel educativo: Universitaria Institución: U. PEDAGOGICA Y TECNOLOGICA DE COLOMBIA - UPTC - - SOGAMOSO  Estado: Graduado  Fecha finalización: Diciembre de 2017.  \_**TECNOLOGO EN GESTION DE LA SALUD**  Nivel educativo: Tecnológica Institución: U. PEDAGOGICA Y TECNOLOGICA DE COLOMBIA -UPTC - - SOGAMOSO  Estado: Graduado  Fecha finalización: Abril de 2015.  \_**TECNÓLOGO EN REGENCIA DE FARMACIA**  Nivel educativo: Tecnológica Institución: U. NACIONAL ABIERTA Y A DISTANCIA UNAD - BOGOTA D.C.  Estado: Graduado  Tiene tarjeta profesional: Si Fecha finalización: Junio de 2008. | Nombre de la empresa: GASTROLIFE S.A.S  Fecha ingreso/retiro: Febrero de 2019 / Febrero de 2020  \_**JEFE SERVICIOS FARMACEUTICOS AMBULATORIOS**  Tipo experiencia laboral: Asalariado Nombre de la empresa: FARMAQUIRURGICOS JM  Fecha ingreso/retiro: Octubre de 2018 / Abril de 2019.  \_**JEFE SERVICIOS FARMACEUTICOS AMBULATORIOS**  Tipo experiencia laboral: Asalariado Nombre de la empresa: FARMAQUIRURGICOS JM  Fecha ingreso/retiro: Octubre de 2018 / Abril de 2019.  \_**ASESORA ESPECIALISTA SG-SST** Tipo experiencia laboral: Independiente  Nombre de la empresa: CORTILINE S.A.S  Fecha ingreso/retiro: Septiembre de 2018 / Diciembre de 2018  \_ **ADMINISTRADORA - REGENTE DE FARMACIA**  Tipo experiencia laboral: Asalariado Nombre de la empresa: MACROMED Fecha ingreso/retiro: Abril de 2018 / Julio de 2018.  \_ **ADMINISTRADORA - REGENTE DE FARMACIA**  Tipo experiencia laboral: Asalariado Nombre de la empresa: MACROMED Fecha ingreso/retiro: Abril de 2018 / Julio de 2018.  \_**ANALISTA DE AUTORIZACIONES Y AGENDAMIENTO DE CITAS**  Tipo experiencia laboral: Asalariado Nombre de la empresa: COLOMBIANA DE SALUD  Fecha ingreso/retiro: Noviembre de 2017 / Diciembre de 2017.  \_ **PRACTICA ADMINISTRACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD**  Tipo experiencia laboral: Pasantía o Práctica Laboral  Nombre de la empresa: Cementos ARGOS - Planta Sogamoso  Fecha ingreso/retiro: Marzo de 2017 / Septiembre de 2017.  \_ **PRACTICA ADMINISTRACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD**  Tipo experiencia laboral: Pasantía o Práctica  Laboral |

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  |  | Nombre de la empresa: Cementos ARGOS - Planta Sogamoso  Fecha ingreso/retiro: Marzo de 2017 / Septiembre de 2017.  \_ **COORDINADOR DE COMPRAS Y SERVICIO FARMACEUTICO**  Tipo experiencia laboral: Asalariado Nombre de la empresa: Clínica de Especialistas Limitada  Fecha ingreso/retiro: Julio de 2011 / Junio de 2016.  **\_ REGENTE DE FARMACIA**  Tipo experiencia laboral: Asalariado Nombre de la empresa: Clínica de Especialistas Fecha ingreso/retiro: Noviembre de 2008 / Junio de  2011. |
| Sandra Patricia Mancipe Gil | Nivel educativo: Especialización Institución: U. SANTO TOMAS - TUNJA Estado: En Curso  Fecha finalización: Cursando actualmente.  \_**ESPECIALISTA EN EPIDEMIOLOGIA**  Nivel educativo: Especialización Institución: U. DE BOYACA UNIBOYACA   * TUNJA   Estado: Graduado  Fecha finalización: Diciembre de 2014.  \_**BACTERIOLOGA Y LABORATORISTA CLINICA**  Nivel educativo: Universitaria Institución: U. DE BOYACA UNIBOYACA   * - TUNJA   Estado: Graduado  Fecha finalización: Julio de 2014. | **\_GERENTE**  Tipo experiencia laboral: Asalariado Nombre de la empresa: ESE CENTRO DE SALUD VENTAQUEMADA  Fecha ingreso/retiro: Octubre de 2016 / Actualmente.  **\_BACTERIOLOGA**  Tipo experiencia laboral: Asalariado Nombre de la empresa: ESE CENTRO DE SALUD VENTAQUEMADA  Fecha ingreso/retiro: Marzo de 2016 / Septiembre de 2016.  \_ **BACTERIOLOGA**  Tipo experiencia laboral: Asalariado Nombre de la empresa: ESE Red Salud Casanare  Fecha ingreso/retiro: Noviembre de 2014 / Noviembre de 2015. |
| Yuddy Lizeth Joya Talero | \_**GERENCIA DE INSTITUCIONES DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD** Nivel  educativo: Especialización  Institución: U. SANTO TOMAS - - BOGOTA D.C.  Estado: Graduado  Fecha finalización: Octubre de 2016  \_**ODONTÓLOGO**  Nivel educativo: Universitaria Institución: U. EL BOSQUE - - BOGOTA D.C.  Estado: Graduado  Tiene tarjeta profesional: Si Fecha finalización: Enero de 2014 | \_**ODONTÓLOGA**  Tipo experiencia laboral: Asalariado Nombre de la empresa: SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E  Fecha ingreso/retiro: Septiembre de 2016 / Febrero de 2020  \_**ODONTÓLOGA**  Tipo experiencia laboral: Asalariado Nombre de la empresa: HOSPITAL DE USAQUÉN I NIVEL E.S.E  Fecha ingreso/retiro: Febrero de 2016 / Agosto de 2016.  **\_ODONTÓLOGA**  Tipo experiencia laboral: Asalariado Nombre de la empresa: E.S.E CENTRO DE SALUD TOTA |

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  |  | Fecha ingreso/retiro: Marzo de 2015 / Diciembre de 2015.  **\_ODONTÓLOGA**  Tipo experiencia laboral: Pasantía o Práctica Laboral  Nombre de la empresa: HOSPITAL MILITAR REGIONAL BUCARAMANGA  Fecha ingreso/retiro: Febrero de 2014 / Febrero  de 2015. |

Según la información que reposa en el currículo de cada una de las personas que se postularon, la Sala aprecia que algunos de los preseleccionados no contaban con los requisitos de formación académica y experiencia laboral adicional, y sin embargo, les fue permitido seguir en el proceso de participación al cargo de Gerente al punto que se les envío correo para que diligenciaran la entrevista.

Por lo anterior, la Sala no encuentra configurado el cargo formulado.

* + 1. *Cargo cuarto. Expedición irregular y falsa motivación del acto demandado. La prueba de competencias realizada por COMFABOY no cumplió con los requisitos exigidos en la Resolución No. 680 de 2016, expedida por el DAFP.*

El demandante insistió en que la prueba de competencias que aplicó COMFABOY para la selección de la persona a ocupar el cargo de Gerente no cumplió con los requisitos de la Resolución No. 680 de 2016 expedida por el DAFP, puntos relativos como: compromiso con el servicio público, orientación a resultados, manejo de relaciones interpersonales, planeación, manejo eficaz y eficiencia de recurso.

A fin de cotejar el cumplimiento de las competencias determinadas por el DAFP en la referida Resolución 680 con evaluación de la prueba de competencias aplicada por COMFABOY en el proceso de selección del Gerente de la ESE Gámeza, se puede establecer que se ubica en las siguientes competencias definidas por el DAFP:

|  |  |
| --- | --- |
| **Competencia descrita en el artículo 3 de la Resolución**  **No. 680 de 2016** | **Evaluación realizada por COMFABOY Descripción del perfil** |
| **1.** Compromiso con el servicio público | Orientación al Cliente: Trabaja basado en el conocimiento de las necesidades y expectativas del cliente interno y/o externo. Se preocupa por entender y resolver  efectivamente los requerimientos del cliente, presentando |

|  |  |
| --- | --- |
|  | alternativas encaminadas a ofrecer un servicio oportuno y  de calidad. |
| **2.** Orientación a los resultados | Proactividad: Capacidad para emprender acciones y responder oportunamente para anticiparse a los hechos, con el objetivo de garantizar la solución a la situación planteada, es hábil previniendo dificultades. Orientación al Logro: Motivación intrí-nseca para orientar el propio comportamiento hacia el alcance y cumplimiento tanto de  las labores asignadas como de las metas propuestas. |
| **3.** Manejo de las relaciones interpersonales. | Empatía: Capacidad para identificar y responder a las necesidades y sentimientos de las personas con quien interactúa.  Inteligencia Social: Capacidad para relacionarse y reconocer de manera acertada las necesidades en la interacción con las personas con las que se relaciona, adaptándose a ellas para dar una respuesta diplomática, efectiva y asertiva.  Autoconfianza: Alto nivel de seguridad y confianza en las capacidades y habilidades propias que al proyectarlas a solucionar una situación se tiene la convicción de que el éxito depende de sí mismo. Flexibilidad: Capacidad para adaptarse y trabajar efectivamente en situaciones y condiciones variadas, con diversos individuos o grupos; igualmente se le facilita ajustarse a las exigencias de medios cambiantes y entender posiciones diferentes u opuestas a las propias.  Manejo Emocional: Capacidad de continuar actuando eficazmente aún en situaciones tensas, complicadas, oposición o adversidad. Responde emocionalmente de manera equilibrada al enfrentar situaciones de alta carga  laboral y/o de exigencia de calidad o tiempo de respuesta. |
| **4.** Planeación | Seguimiento de Gestión: Capacidad para la revisión, control, verificación de las actividades, decisiones o tareas realizadas para asegurar la obtención de los resultados esperados.  Toma de Decisiones Estratégicas: Capacidad para tomar decisiones necesarias para el logro de objetivos, contemplando toda la información posible y evaluando la viabilidad de las opciones, asumiendo riesgos y generando soluciones efectivas o estratégicas proyectando posibles  consecuencias. |
| **5.** Manejo eficaz y eficiente de los recursos | Negociación: Capacidad de argumentar clara y coherentemente, conciliando posiciones, logrando acuerdos satisfactorios y conservando relaciones de ganancia mutua, mostrándose equitativo e imparcial, buscando al tiempo beneficios a través de acuerdos, alianzas o asociaciones.  Dirección de Equipo: Capacidad de incentivar en el equipo de trabajo el deseo de colaboración y cooperación para lograr su efectiva participación, motivando un alto  desempeño y la consecución de un propósito común. |

En ese sentido, los aspectos evaluados por COMFABOY se asemejan a las competencias establecidas por el DAFP, no son del todo ajenos, o disímiles en el contenido de la capacidad objeto de valoración, sino que guarda identidad, pese a que literalmente no se conciben de la misma manera. No obstante, se aprecia que se evaluaron integralmente a todos los aspirantes que permitió obtener un resultado sobre la probabilidad de desempeño exitoso e idoneidad de las características de cada candidato.

Bajo ese entendido, se despacha de manera desfavorable el cargo examinado.

* + 1. *Cargo quinto. Expedición irregular y falsa motivación por falta de publicación de la Resolución No. 039 del 27 de marzo de 2020 y como criterio no exigido de entrevista dentro de los requisitos para acceder al cargo de Gerente de ESE, según la Ley 1797 de 2016 y Decreto 1427 de 2016.*

Sobre este asunto, el actor señaló que ni en la Ley 1797 de 2016 ni en el Decreto 1427 de 2016 se contempla como fase de selección la entrevista, únicamente establece la realización de las pruebas de competencia, y menos cuando dicho puntaje dado a la señora Rosalba Solano fue determinante para ser designada en el empleo de Gerente de la ESE Gámeza.

La Sala comparte las consideraciones a las que arribó el a quo respecto a este cargo, es decir, que la realización de la entrevista para la designación del Gerente de la ESE Gámeza no está restringida por la ley y tampoco constituye un requisito adicional para desempeñar el cargo. En cambio, se encuentra justificada y legalizada la fase de la entrevista conforme quedó consignado en el artículo 1º de la Resolución No. 039 de 27 de marzo de 2020, proferida por el Alcalde de Gámeza, al señalar que se usa como mecanismo para obtener mayor información de los aspirantes respecto de las competencias relacionadas con las funciones del cargo. A su vez, el artículo 3 fijó el siguiente procedimiento para la entrevista:

“Con el fin de realizar la entrevista, se surtirá el siguiente procedimiento. Envío de preguntas al correo electrónico. El Municipio de Gámeza, enviará a los correos electrónicos registrados la prueba de entrevista a cada uno de los postulados para que estos dentro de los cuarenta y cinco (45) minutos seguidos al envío del correo electrónico den respuesta de manera escrita, por el mismo medio al correo, [joseaochica@hotmail.com](mailto:joseaochica@hotmail.com).

Surtido lo anterior, el Alcalde valorará en privado las respuestas de los aspirantes que se pronunciaron dentro del término respectivo.

Luego de verificadas las anteriores condiciones, el alcalde del municipio comunicará mediante correo electrónico a la agencia de empleo de la Caja de Compensación Familiar de Boyacá- COMFABOY-, el profesional designado para ocupar la Gerencia de la E.S.E.”

Las preguntas formuladas en la fase de entrevista que los aspirantes debían resolver eran las siguientes:

“- \* Cuando ha tenido que hacerse cargo de una actividad que no era usual en su rutina de trabajo ¿Qué cursos de acción toma?

* \* ¿Qué representan los sentimientos y emociones de los demás en su escala de valores en su trabajo?
* \* Respecto a las funciones realizadas en su último trabajo describa ¿Cuál fue la relevancia y grado de importancia de estas para la organización?”

Se entiende entonces, que se trata de una entrevista que en estricto sentido consistió en un cuestionamiento escrito en el que el Alcalde Municipal de Gámeza formuló algunos interrogantes a los aspirantes cuyo propósito tenía ahondar en las competencias para el cargo ofertado. Así mismo, es claro que la Resolución No. 039 fue enterada a los participantes como se evidencia de su envío a cada uno de los correos electrónicos de los postulados.

De modo que la realización de la entrevista no afecta la legalidad del acto demandado, por lo tanto, se descarta la prosperidad del cargo alegado.

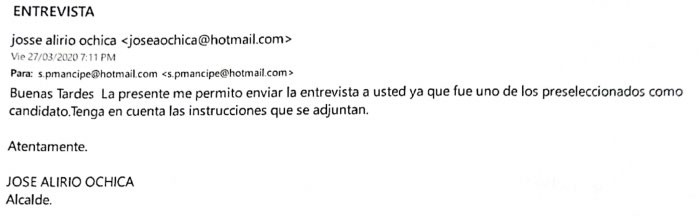
* + 1. *Cargo sexto Expedición irregular y falsa motivación del acto administrativo demandado, por cuanto, no se permitió la participación en la fase de entrevista a la señora Sandra Patricia Mancipe Gil.*

El accionante arguyó que COMFABOY le impidió a la señora Mancipe Gil presentar la prueba de entrevista, puesto que le indicaron que ya no estaba vacante la gerencia de la ESE Gámeza, por lo tanto, siguió participando para la ESE de Pesca. Dato adicional a que había ocupado el segundo lugar en la convocatoria para Gerente de Gámeza. En ese sentido, señaló que de haber podido presentar la entrevista, sus resultados habían afectado la consolidación del nombramiento de la señora Rosalba Solano como Gerente de la ESE de Gámeza.

De acuerdo con el material probatorio que reposa en el plenario, la Sala pudo constatar que el cuestionario que contenía las preguntas planteadas para evacuar la entrevista fue enviado vía correo electrónico a cada uno de los aspirantes desde la dirección electrónica [joseaochica@hotmail.com](mailto:joseaochica@hotmail.com), en las siguientes fechas:

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **Aspirante** | **Correo electrónico** | **Fecha** | **Anotación** |
| Omar Alejandro Nossa Ramírez | [alejandronossapv@gmail.com](mailto:alejandronossapv@gmail.com) | 27 de marzo  de 2020 | Suministro respuesta el mismo día pero no es legible la hora según el documento aportado  del pantallazo |
| Rosalba Solano  Cuta | [rosalbasolanocuta@gmail.com](mailto:rosalbasolanocuta@gmail.com) | 27 de marzo  de 2020 | Suministro respuesta el mismo  día a las 7:01 pm |
| Yuddy Lizeth Joya  Talero | [lizethjoyatalero@gmail.com](mailto:lizethjoyatalero@gmail.com) | 27 de marzo  de 2020 | Suministro respuesta el mismo  días a las 7:52 pm |
| Claudia Julieta  Ciro Basto | [Claudia.j.u@hotmail.com](mailto:Claudia.j.u@hotmail.com) | 27 de marzo  de 2020 | Suministro respuesta el mismo  día a las 7:20 pm |
| Sandra Patricia  Mancipe Gil | [s.pmancipe@hotmail.com](mailto:s.pmancipe@hotmail.com) | 27 de marzo  de 2020 | No reposa respuesta |

Aunado a ello, reposa en el proceso constancia del pantallazo del correo electrónico enviado a la señora Sandra Patricia a su dirección electrónica [s.pmancipe@hotmail.com](mailto:s.pmancipe@hotmail.com), a través del cual se le informó sobre la entrevista escrita que aplicaría el Municipio de Gámeza para la selección del Gerente de la ESE como se pudo verificar del cuerpo del correo, así:



Fue recibido el testimonio de Sandra Patricia Mancipe, en cuya versión reiteró que no pudo presentar la prueba de entrevista, toda vez que nunca se le notificó el contenido de la Resolución 039 de 2020 y tampoco se le envió las preguntas que debía contestar. Señaló: *“… pero luego me entero que hay una resolución de la 039 que había sido enviada a los que se habían postulado para el municipio de Gámeza dentro de los cuales se encuentra mi nombre y que el formulario o la entrevista enviada no fue contestada pues igual a lo que voy es a que*

***nunca fue enviada a mi correo, como la iba a contestar****”*. Y agregó: “*Recibo la llamada de Luz Miriam Avendaño Zorro* [*orientaciónsogamoso@confaboy.com*](mailto:orientaci%C3%B3nsogamoso@confaboy.com) *es la persona que me llamo y dijo no, lo que pasa es que ya no fue llamada, que ya no había para Gámeza que continuara con Gámeza del proceso con Pesca entonces fue cuando inicie todo el proceso del municipio de Pesca* ***cuando después me entero que hay una resolución que sale con mi nombre que es la 040 donde emiten que la resolución 039 fue enviada a los postulantes para acceder al cargo de Gámeza y pues no me dieron la posibilidad de presentar esa entrevista o ese cuestionario o tener conocimiento de la resolución 039 y del cuestionario de la entrevista****.”*

La Sala aprecia que existen contradicciones entre la prueba documental que obra en el proceso y la declaración surtida por la señora Sandra Patricia en relación a si supo de la existencia de la Resolución 039 de 2020 y las pruebas planteadas para la entrevista, pues mientras en el amplio relato que hizo la testigo asegura que no le fue notificada el acto administrativo mentado y, por ende, tampoco pudo contestar la entrevista, según el pantallazo del correo electrónico aportado se demuestra que tal información sí le fue remitida a la aspirante el 27 de marzo de 2020 desde el correo del Alcalde del Municipio [joseaochica@hotmail.com](mailto:joseaochica@hotmail.com). Además, de convalidar que se trata de la misma dirección electrónica que ella aportó como notificaciones y de descartarse por ejemplo que el correo revotara, se puede concluir que el correo si llegó a la destinataria.

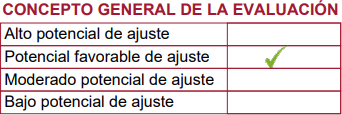
Por otro lado, pese a que la señora Sandra Patricia manifestó que recibió una llamada telefónica de una funcionaria de la Agencia de Empleos, aparentemente el día 26 de marzo de 2020, puesto que no señala expresamente la fecha, solo que la Sala la infiere de algunas conjeturas que la testigo indicó en su declaración al decir que el mismo día en que le fue enviado el resultado de su prueba de competencia (26 de marzo de 2020) también recibió la llamada, lo cierto es que el correo electrónico para resolver la entrevista escrita le fue remitido el día siguiente como consta en el proceso.

La Sala al igual reprocha que la señora Mancipe Gil no indagara o presentara reclamación alguna ante la entidad que apoyó el proceso de selección del Gerente de la ESE, para conocer las razones por las cuales había sido descartada del proceso, por el contrario, guardó silencio y continuó con su aspiración al cargo de Gerente de la ESE de Pesca.

En ese orden de ideas, la Sala, conforme lo probado en el proceso, pudo evidenciar que la señora Sandra Patricia se postuló el 25 de

marzo de 2020 y presentó la prueba de competencias el día siguiente aplicada para el cargo de Gerente de la ESE de Gámeza. Empero, incluso cuando su ingreso a participar en la convocatoria para el mentado empleo se dio por fuera de los términos previstos, COMFABOY la preseleccionó y le evaluó la prueba de competencias que presentó. Por lo tanto, para la Sala no es admisible que alegue su propia negligencia, descuido e inobservancia de los términos concedidos en la convocatoria, para achacarle irregularidades al proceso de selección que se surtió para proveer la vacante ofertada.

Finalmente, no es acertado considerar que el no haber restringido la participación de la señora Sandra Patricia en la prueba de la entrevista el nombramiento de la señora Rosalba Solano como Gerente de la ESE de Gámeza no se habría consolidado, puesto que si bien obtuvo la testigo un puntaje mayor en la prueba de competencias en relación con quien resultó designada, lo cierto es que según la prueba aplicada con el empleo del instrumento KompeDISC arrojó el siguiente concepto general de la evaluación tanto de la señora Mancipe Gil (72.23%) como de la señora Solano Cuta (70.65%), independiente del puntaje alcanzado:



En tal sentido, el perfil de las dos aspirantes era parecido, sin embargo, el nominador, conforme la facultad legal que ostentaba tuvo en cuenta la formación superior y la experiencia laboral para soportar su decisión de nombrar a la señora Solano Cuta como Gerente de la ESE de Gámeza, sin que ello implique que de haber permitido que la señora Sandra Patricia presentara la entrevista el resultado del nombramiento cambiara o tuviera la potencialidad de modificarlo.

Así pues, la Sala desestima que el cargo examinado sea de recibo.

* + 1. *Cargo séptimo. Falsa motivación del acto demandado por cuanto la señora Rosalba Solano Cuta no cumple con los requisitos para ser nombrada Gerente de la ESE de Gámeza.*

Resaltó que quien resultó nombrada en el cargo de Gerente de la ESE Gámeza, Rosalba Solano, no cumple el requisito concerniente

con el título profesional exigido, pues a su juicio el título de administración en servicios de salud que acreditó no hace parte del área de salud, en cambio pertenece a la administración de empresas conforme el SNIES.

Al respecto, cabe considerar que el artículo 22 del Decreto 785 de 2005 prevé para el desempeño del cargo de Gerente de ESE, en relación con los estudios superiores, el título profesional en el área de la salud. Requisito que fue reproducido en el Manual de Funciones y Competencias Laborales de la ESE Gámeza Municipio Saludable-Resolución No. 060 del 8 de noviembre de 2019 enlistó como núcleos básicos de la salud los siguientes para tener en cuenta:

|  |  |
| --- | --- |
| **CIENCIAS DE LA SALUD** | Bacteriología Enfermería  Instrumentación Quirúrgica, Medicina Nutrición y Dietética,  Odontología  Optometría, otros programas de ciencias de la salud.  Salud Pública  Terapias. |

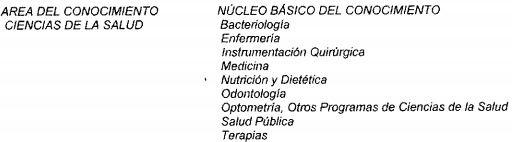
De manera consecuente, en sentencia C-079 de 2007 la Corte Constitucional se refirió sobre la exequibilidad de la expresión *“área de la salud”* del numeral 22.3.3 del artículo 22 de la Decreto Ley 785 de 2005, y para ello, sintetizó el entendido que se le atribuye a tal título profesional exigido para el cargo de gerente o director de la ESE, así:

“En segundo lugar, por cuanto no existe otro medio que permita cumplir con dicho objetivo y garantice la suficiencia e idoneidad que otorga el mecanismo previsto por el legislador. **La exigencia de formación profesional en el área de la salud, como requisito para acceder a cargos de dirección, permite que el profesional seleccionado pueda desempeñarse en las tareas administrativas y simultáneamente, concurrir a la prestación de los servicios de asistencia en el área de la salud, atendiendo las necesidades de la población y cobertura territorial**.

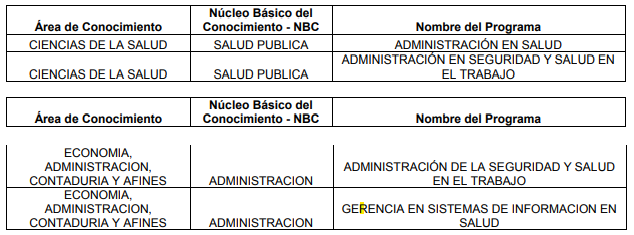
Por último, la proporcionalidad en si misma considerada de la disposición acusada, se encuentra en la objetividad de la justificación que le sirve de sustento. Ella, según se dijo, no consiste en restringir indebidamente el acceso a los cargos públicos, sino que, por el contrario, se encuadra en la búsqueda de la eficiencia y eficacia de la Administración, a través de la selección

de directivos, que por su mérito y capacidad profesional, resulten idóneos para cumplir con las exigencias que amerita el cargo, es decir, **el ejercicio simultáneo de funciones administrativas y asistenciales**. (…)” (Resaltado de la Sala).

Bajo ese contexto, el área de la salud encierra tanto títulos administrativos como asistenciales de acuerdo con las funciones que le compete ejercer al Gerente o Director de la ESE. A su turno, en el concepto de 13 de septiembre de 2016, el DAFP reseñó que según el SNIES el área de conocimiento ciencias de la salud contiene los siguientes núcleos básicos del conocimiento:



Así mismo, el DAFP conceptuó en igual sentido el 16 de marzo de 2020 acorde con la solicitud elevada por la señora Rosalba Solano Cuta, por medio del cual informó que el SNIES reporta por las áreas de las ciencias de la salud y economía, administración, contaduría y afines, entre otros, los siguientes nombres de programas en el nivel profesional:



Y añadió que: *“De acuerdo con el Sistema Nacional de Información de la Educación Superior -SNIES, el área del conocimiento de Ciencias de la Salud, contiene los siguientes núcleos básicos del conocimiento: salud pública y administración”.*

De ese modo, con arreglo a la hoja de vida que figura en el Servicio de Empleo, la señora Rosalba Solano Cuta consigna la siguiente información en relación con su formación superior:

|  |  |
| --- | --- |
| **ASPIRANTE** | **FORMACIÓN SUPERIOR** |
| Rosalba Solano Cuta | \_**ESPECIALISTA EN SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO**  Nivel educativo: Especialización Institución: Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia UPTC  Estado: Graduado  Fecha finalización: Junio de 2018  \_**ADMINISTRADOR DE SERVICIOS DE SALUD**  Nivel educativo: Universitaria Institución: U. PEDAGOGICA Y TECNOLOGICA DE COLOMBIA - UPTC - - SOGAMOSO  Estado: Graduado  Fecha finalización: Diciembre de 2017.  \_**TECNOLOGO EN GESTION DE LA SALUD**  Nivel educativo: Tecnológica Institución: U. PEDAGOGICA Y TECNOLOGICA DE COLOMBIA -UPTC - -SOGAMOSO  Estado: Graduado  Fecha finalización: Abril de 2015.  \_**TECNÓLOGO EN REGENCIA DE FARMACIA**  Nivel educativo: Tecnológica Institución: U. NACIONAL ABIERTA Y A DISTANCIA UNAD - BOGOTA D.C. Estado:  Graduado  Tiene tarjeta profesional: Si  Fecha finalización: Junio de 2008. |

De tal manera que el título *“Administrador de Servicio de Salud”* que reporta ostentar la señora Solano Cuta se encuentra dentro del núcleo básico del “área de la salud”, por tal razón se estima que acreditó el requisito de estudios que se requiere para acceder al cargo de Gerente de la ESE Salud Gámeza. Luego, el cargo de nulidad aludido por la parte demandante para atacar la legalidad del acto enjuiciado no tiene vocación de prosperidad.

* + 1. *Cargo octavo Improcedencia de pago de costas en el trámite de acciones constitucionales.*

Concluyó que conforme el artículo 188 del CPACA los procesos de nulidad electoral no es procedente la condena en costas por ventilarse un asunto de intereses público.

Ese entendido, a efectos de establecer si en los procesos de nulidad electoral procede la condena en costas para la parte vencida como una sanción de índole pecuniaria, es relevante determinar el

propósito del legislador para instituir el medio de control de nulidad electoral.

En ese orden, a través del medio de control de nulidad electoral se puede atacar la legalidad de: i) actos de elección por voto popular o cuerpos electorales; ii) actos de nombramiento expedidos por entidades o autoridades de todo orden y iii) actos de llamamiento para proveer vacantes en corporaciones públicas. Otra de sus características importantes a destacar es que se trata de una acción pública de legalidad que puede promover cualquier persona natural o jurídica, inclusive por personas que no cuenten con conocimientos en derecho y sin que sean representados por un profesional, dirigida a mantener la integridad del ordenamiento jurídico de las posibles violaciones que se puedan surgir con la expedición del acto de elección o nombramiento.

Aunado a ello, es oportuno mencionar que el CPACA, en el Título VIII, estableció un procedimiento especial para tramitar los procesos de nulidad electoral. Es así como fijó unas causales subjetivas y objetivas específicas de anulación de los actos electorales que se encuentran comprendidas en el artículo 275 ibídem, pero también permite invocar las causales generales de anulación contenidas en el artículo 137 enfocadas a reprochar la legalidad del acto de elección o nombramiento y todo el proceso que compone su adopción.

De ahí que, al considerarse un medio de control en el que versa un asunto donde se ventila un interés público, el mantenimiento de la integridad del orden jurídico, no es procedente la condena en costas.

Corolario de lo anterior, la Sala coincide con el demandante que, en el presente caso, por considerarse el medio de control de nulidad electoral una acción pública, no es viable la condena en costas, por tanto, se revocará el artículo 3 de la parte resolutiva del fallo apelado.

# DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República de y por mandato de la ley,

## FALLA

**PRIMERO.- CONFIRMAR** la sentencia de 29 de abril de 2021, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Sogamoso que negó las pretensiones de la demanda, salvo el numeral 3 que se **REVOCA**.

**SEGUNDO.-** Tener como apoderada del Municipio de Gámeza a la abogada Rossamary Rodríguez Fernández, identificada con cédula de ciudadanía No. 46.383.871 de Sogamoso y portadora de la T.P. No. 201.010 del C. S. de la J. para los fines y efectos del memorial poder obrante en el expediente digital visible en el sistema SAMAI.

**TERCERO.-** Por Secretaría, devuélvase el expediente al Juzgado de origen y de ello déjese registro en el Sistema SAMAI.

*Esta Sentencia fue estudiada y aprobada en Sala de Decisión No. 1, de la fecha.*

## NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

*(firmado electrónicamente en SAMAI)*

## FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA

**Magistrado**

*(firmado electrónicamente en SAMAI)*

## LUÍS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA

**Magistrado**

*(firmado electrónicamente en SAMAI)*

**JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO**

**Magistrado**

**Constancia:** “La presente providencia fue firmada electrónicamente por los Magistrados que integran la Sala de Decisión en la plataforma denominada SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con el artículo 186 del CPACA”.

MDM