REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO DE POPAYÁN
Carrera 4ª No. 2-18
Email: j08admpayan@cendoj.ramajudicial.gov.co

Popayán, veintiocho (28) de febrero de dos mil veinte (2020)

EXPEDIENTE: 19001 33 33 008 2014 00498 00
ACTOR: DIANA LORENA GALLEGO TOLEDO Y OTROS
DEMANDADO: DEPARTAMENTO DEL CAUCA Y OTROS
M. DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA

SENTENCIA No. 045

1.- Antecedentes

1.1.- La demanda

Los señores DIANA LORENA GALLEGO TOLEDO y EDWAR RICARDO MUÑOZ MUÑOZ actuando en nombre propio y en representación de sus hijos menores de edad JUAN ESTEBAN MUÑOZ GALLEGO y SAMUEL MUÑOZ GALLEGO, por intermedio de apoderada judicial, instauraron demanda bajo el medio de control de reparación directa para obtener la declaración de responsabilidad administrativa y patrimonial del DEPARTAMENTO DEL CAUCA, de la E.S.E. GUAPI y de la UNIVERSIDAD SANTIAGO DE CALI, ocasionados al no acatar una orden judicial consistente en el nombramiento de la señora Diana Lorena Gallego Toledo como gerente de la Empresa Social del Estado- Guapi Cauca, cargo para el cual afirma había obtenido el mayor puntaje en las pruebas de selección.

1.2.- Las pretensiones

Como consecuencia de tal declaración, se solicita a título de indemnización por concepto de daño moral la suma de 100 SMLMV para cada uno de los demandantes y por concepto de perjuicios materiales, para la señora Diana Lorena Gallego Toledo, en la modalidad de daño emergente la suma de $10.000.000 y por lucro cesante la suma de $204.007.680.

1.3.- Los supuestos fácticos.

Se relata en la demanda que la E.S.E Guapi contrató con la Universidad Santiago de Cali para adelantar proceso de selección – concurso de méritos para proveer el cargo de Gerente de la E.S.E., para el periodo comprendido entre el 1º de abril de 2012 al 31 de marzo de 2016. Posteriormente, se señaló el cronograma de la convocatoria, señalando como fechas para la presentación de la documentación exigida para participar en el concurso los días 25 a 27 de abril y 2 y 3 de mayo de 2012, sin que se señalara término adicional para esta etapa.

El 8 de mayo de 2012 se publicó la lista de admitidos e inadmitidos a la convocatoria, en la cual, solo 3 personas fueron inadmitidas, entre ellas, el señor Florencio Cuero Ortiz, al no haber acreditado la experiencia exigida en la misma, sin embargo, ese mismo día el señor Cuero Ortiz mediante correo electrónico aportó las certificaciones laborales para subsanar el requisito por el cual había sido inadmitido, sin embargo el término para ello, ya se encontraba vencido.

Igualmente señala, que el cronograma estableció los días 9 y 10 de mayo de 2012 para presentar reclamaciones respecto de la lista de admitidos y no admitidos, pero señala no fue presentada ninguna reclamación formal, solamente el 8 de mayo de 2012 se remitió la documentación necesaria para el cumplimiento de los requisitos de la convocatoria, y de acuerdo a ello, la Universidad Santiago de Cali, toma el mensaje electrónico como una subsanación en la etapa reclamaciones, revoca la inadmisión y acepta su inscripción, cambiando las reglas de la convocatoria.

Manifiesta que el 17 de mayo de 2012 se publicó la lista con los resultados, ubicando en primer lugar al señor Florencio Cuero Ortiz con 84.41 puntos y a la señora Diana Lorena Gallego Toledo en segundo lugar con 83.20, el mismo día, la accionante presentó desagregación de los puntajes de la prueba, así como las razones por las cuales se admitió al señor Cuero Ortiz en la convocatoria, a efectos de presentar la reclamación frente a la prueba. Al no obtener respuesta a la solicitud, presentó oficio manifestando la vulneración de sus derechos fundamentales y las inconsistencias presentadas en la convocatoria.

El 22 de mayo de 2012 se publicó el listado definitivo de candidatos para la conformación de la terna para la designación del gerente, información que fue remitida por la Universidad Santiago de Cali a la ESE Guapi, ese mismo día se dio respuesta a la solicitud presentada por la señora Gallego Toledo, informando entre otros aspectos, que la solicitud se presentó el 17 de mayo de 2012, un día antes de la fecha de presentación de las reclamaciones y por tanto es extemporáneo.

Se presentó acción de tutela, debido a las constantes falencias en la convocatoria adelantada por la Universidad Santiago de Cali, con el fin de que se otorgara tiempo adicional para la presentación de las reclamaciones, sin embargo, el Juzgado Sexto Civil Municipal de Popayán negó esta pretensión y solo concedió el derecho al acceso de los documentos solicitados. Pero, este fallo fue revocado por el Juzgado Sexto Civil del Circuito, ordenando retrotraer las etapas del concurso a la etapa de reclutamiento y verificación de requisitos para la admisión a la convocatoria, con el cumplimiento de requisitos y términos previstos en la convocatoria.

La E.S.E Guapi y el Gobernador del Departamento del Cauca en cumplimiento del fallo de tutela del Juzgado Sexto Civil del Circuito inaplicaron la terna conformada por la Universidad Santiago de Cali, por su parte, la Universidad Santiago de Cali procedió a verificar las hojas de vida de las personas inscritas en el concurso y varió los puntajes de los aspirantes ubicados en el puesto 1 y 3, sin embargo, no se refirió al caso del señor Florencio Cuero.

La Universidad Santiago de Cali presentó acción de tutela en contra de la sentencia emitida por el Juzgado Sexto Civil del Circuito y el Tribunal Superior de Distrito Judicial – Sala Civil – Familia ordenó la suspensión provisional de la sentencia, en virtud de dicha decisión, se procedió a nombrar nuevamente al señor Florencio Cuero en el cargo de Gerente de la ESE Guapi. Posteriormente, la corporación resolvió la acción constitucional, declarándola improcedente y levantó la suspensión decretada. De acuerdo a esta decisión, continúa el trámite de incidente de desacato iniciado por la señora Diana Lorena Gallego ante el Juzgado Sexto Civil Municipal de Popayán, finalizando en la imposición de sanción por desacato de la orden dada en el fallo de tutela al rector de la Universidad Santiago de Cali.

Ante dicha sanción, la Universidad Santiago de Cali procedió a conformar nueva lista de elegibles, excluyendo al señor Florencio Cuero Ortiz, y asignando el primer lugar a la señora Diana Lorena Gallego Toledo, informado de ello al Departamento del Cauca y la E.S.E Guapi, sin embargo, no procedieron a nombrar a la señora Gallego Toledo, pese a que se presentaron diferentes solicitudes al respecto. Omisión con la cual aduce, se causó un daño antijurídico y en consecuencias perjuicios de carácter pecuniario y no pecuniario.

1.4.- La oposición

1.4.1.- Por parte de la Universidad Santiago de Cali (folios 317 a 332)

El mandatario judicial de la Institución Universitaria se opuso a las pretensiones de la demanda, considerando que si bien, tramitó la convocatoria para proveer el cargo de gerente de la E.S.E. Guapi, que inicialmente culminó con el nombramiento del señor Florencio Cuero Ortiz en el cargo de Gerente, finalmente se conformó nueva terna para el mencionado nombramiento, señalando en primer lugar de elegibilidad a la señora Diana Lorena Gallego Toledo, sin que le constan actuaciones distintas al trámite de la convocatoria.

Propuso las excepciones de "caducidad del medio de control adecuado", "falta de agotamiento del requisito previo de conciliación respecto de la Universidad Santiago de Cali", "falta de citación al tercero nombrado en el concurso por tener interés legítimo en el resultado del

proceso", "falta antijuridicidad del daño" y "ausencia de nexo causal o de imputación de la causa adecuada a la Universidad Santiago de Cali".

1.4.2.- por parte del Departamento del Cauca (Folios 334 a 344)

La entidad territorial, actuando a través de apoderada judicial, dentro del término de traslado contestó la demanda, oponiéndose inicialmente a las pretensiones y algunos hechos de la misma, argumentando que la convocatoria para proveer el cargo de Gerente de la ESE Guapi fue adelantado por la Universidad Santiago de Cali, asimismo, que el nombramiento del señor Florencio Cuero Ortiz se realizó por la orden del Tribunal Superior de Distrito Judicial en el trámite de acción de tutela, y el acto de nombramiento goza de presunción de legalidad, el cual no puede ser revocado por la entidad territorial sin el consentimiento del señor Cuero Ortiz, quien ocupó el primer lugar, de acuerdo a terna enviada por la Universidad Santiago de Cali.

Refiere que la decisión de la Juez de Tutela que ordenó rehacer las etapas del concurso de méritos, no se encuentra ajustada a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, atendiendo a que ya se encontraba en firme la lista de elegibles, por tanto debió declararse improcedente, por ser inmodificables, por ello, debió acudirse al medio de nulidad y restablecimiento del derecho para alegar la nulidad de los actos administrativos provenientes del concurso.

Señala que si se presentó alguna falla esta no es imputable al Departamento del Cauca, pues aduce que la convocatoria fue desarrollada por la Universidad Santiago de Cali, y las actuaciones del ente territorial se ciñeron a la constitución y la Ley.

Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación, ejecutoriedad y ejecutividad del acto demandado y falta de legitimación en la causa por pasiva.

1.4.3.- Por parte de la Empresa Social del Estado E.S.E. Guapi (folios 369 a 390)

La E.S.E. Guapi actuando a través de mandataria judicial contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones y hechos de la demanda, aduciendo que la actuación de la E.S.E. en el trámite del concurso de méritos y nombramiento del gerente de la misma, fue puramente de trámite, atendiendo a que la etapa de la convocatoria fue desarrollada por la Universidad Santiago de Cali y el nombramiento lo debió realizar el Departamento del Cauca, y la intervención que tuvo en el trámite se realizó con fundamento en las órdenes de tutela que se dieron por juez constitucional.

Argumenta que debe verificarse si con la exclusión del señor Florencio Cuero, era posible la conformación de la terna, pues sin la misma, sería improcedente el nombramiento del gerente, por tanto, las actuaciones de la Junta Directiva de la E.S.E Guapi actuaron conforme a derecho, y amparados en órdenes judiciales, por lo cual, no puede predicarse una omisión en el nombramiento del gerente por parte de la institución médica.

Señala que la E.S.E. Guapi no podía desatender la terna que remitió la Universidad Santiago de Cali, y por tanto, la institución educativa pudo hacer incurrir en error a la E.S.E., aclarando que al excluirse de la lista de elegibles al señor Florencio Cuero, no contaban con terna para el nombramiento, situación que no generó para la señora Diana Lorena Gallego el derecho a acceder de manera automática al cargo, debió adelantarse nueva convocatoria.

Propuso las excepciones de ausencia de elementos que configuran responsabilidad civil extracontractual de la Empresa Social del Estado E.S.E. Guapi, inepta demanda por indebida escogencia de medio de control.

1.5.- Recuento procesal.

La demanda se presentó el 19 de noviembre de 2014, correspondiendo inicialmente el conocimiento al Tribunal Administrativo del Cauca, corporación que declaró la falta de competencia y ordenó remitir el proceso a los Juzgados Administrativos de Popayán -fls. 223 y 224 C. Ppal-, llegó para el conocimiento de este despacho el 19 de diciembre de 2014 y previa corrección de la demanda, fue admitida mediante Auto Interlocutorio Nº 406 de 15 de abril de 2015 -fls. 277 a 279, y se efectuaron las notificaciones de ley –fl. 283 a 297-.

La contestación de la demanda se radicó por las entidades demandadas dentro del término legal, y se corrió traslado de las excepciones propuestas el 24 de enero de 2017, pronunciándose la parte actora frente a ellas, el 27 de enero de 2017 –fls. 404 a 409-.

Mediante Auto de Sustanciación Nº 75 de 6 de febrero de 2017 se programó fecha para la realización de la audiencia inicial, la que se llevó a cabo el 27 de julio de 2017, en la etapa de las excepciones, se suspendió la diligencia, en virtud de recurso de apelación presentado por el apoderado de la Universidad Santiago de Cali –fls. 427 a 429 C. Ppal y 1 a 3 C. Pbas-.

El 5 de junio de 2018 se realizó el obedecimiento de la decisión del Tribunal Administrativo del Cauca y se fijó fecha para continuar con la audiencia inicial, diligencia que se reanudó el 6 de noviembre de 2018, en la cual se tramitó la fase del litigio, se decretaron pruebas y se fijó fecha para la realización de la audiencia de pruebas.

La audiencia de pruebas se llevó a cabo el 20 de agosto de 2019, dentro de la cual, finalmente, se corrió traslado a las partes para las intervenciones finales –fls. 468 y 469 C. Ppal-.

Posteriormente, el 20 de septiembre de 2019 se allegó copia de prueba documental decretada en audiencia inicial, por lo cual se procedió a correr traslado a las partes para su pronunciamiento, en aras de garantizar el derecho de defensa y contradicción.

1.6.- Los alegatos de conclusión

1.6.1.- Del Departamento del Cauca[1]

La mandataria judicial de la entidad territorial accionada reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, precisando que el concurso de méritos adelantado por la Universidad Santiago de Cali se ciñó a las reglas y términos de la convocatoria, finalmente ocupando el primer lugar el señor Florencio Cuero Ortiz, por lo cual, fue nombrado por el Departamento del Cauca como gerente de la ESE Guapi.

Manifiesta que no existe nexo de causalidad entre las actuaciones adelantadas por el Departamento del Cauca y el presunto daño causado a los accionantes, por lo cual, solicitó negar las pretensiones de la demanda.

1.6.2.- De la Universidad Santiago de Cali[2]

El mandatario judicial de la Universidad Santiago de Cali reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, resaltando que la institución universitaria en virtud de las órdenes de tutela, conformó nueva terna para la elección del gerente de la ESE Guapi, sin embargo, fue el Departamento del Cauca, en calidad de nominador, quien hizo caso omiso a tal lista, procediendo a nombrar al señor Florencio Cuero Ortiz.

Señala que en el presente proceso el medio de control de reparación directa no fue idóneo para buscar el resarcimiento de los perjuicios reclamados, puesto que la omisión alegada obedeció a un acto de nombramiento de otra persona como gerente de la ESE Guapi, y por tanto, este fue el acto administrativo que debió demandarse.

De acuerdo a ello, solicita se declare probada la excepción de falta de legitimación en la causa, frente a la Universidad Santiago de Cali.

1.6.3.- De la parte actora[3]

La apoderada de la parte actora señala que con las pruebas practicadas en el proceso, se acreditó la responsabilidad administrativa de las entidades accionadas, en la siguiente manera:

Respecto de la Universidad Santiago de Cali manifiesta que no cumplió con las reglas establecidas en la convocatoria adelantada para proveer el cargo de gerente de la E.S.E.

1 Folios 470 a 476
2 Folios 477 a 482
3 Folios 484 a 488

Guapi, puesto que se incumplió con el cronograma establecido, vulnerando los derechos fundamentales de la señora Diana Lorena Gallego Toledo, y solo se cambió la terna de elegibles para el mencionado cargo, en virtud de orden de tutela e incidente de desacato, aclarando que utilizó igualmente esta acción constitucional la institución para la suspensión del proceso de selección y favorecer a uno de los candidatos.

En cuanto a la E.S.E. Guapi y el Departamento del Cauca, la parte actora señala, que la omisión reside en no acatar la terna enviada por la Universidad Santiago de Cali, con el argumento de que la tercera persona no superó el puntaje mínimo para considerarse elegible como gerente de la E.S.E., y decidieron de manera unánime no nombrar a la señora Diana Lorena Gallego Toledo, desconociendo no solo sus derechos, sino una orden judicial constitucional emitida dentro de la acción de tutela impetrada por la accionante.

De acuerdo a lo anterior, y considerando que se encuentran acreditados los elementos de la responsabilidad administrativa, así como los perjuicios, solicitó acceder a las pretensiones de la demanda.

1.7.- Concepto del Ministerio Público

La señora representante del Ministerio Público no rindió concepto dentro del asunto objeto de resolución.

2.- CONSIDERACIONES DEL JUZGADO

2.1.- Presupuestos procesales

2.1.1.- Caducidad, procedibilidad del medio de control y competencia.

De acuerdo a lo señalado en el auto admisorio de la demanda, teniendo en cuenta que los hechos por los cuales se acude a esta jurisdicción, ocurrieron el 3 de octubre de 2012, fecha en la cual se realizó junta extraordinaria para la elección del gerente de la E.S.E. Guapi, por tanto, la parte demandante disponía hasta el 4 de octubre de 2014 para instaurar la demanda según el artículo 164 numeral 2º literal i) del CPACA, sin perjuicio del agotamiento del requisito de procedibilidad. Se presentó solicitud de audiencia de conciliación el 17 de septiembre de 2014, y la constancia de la audiencia se entregó el 11 de noviembre de 2014. Siendo que la demanda se instauró el 26 de noviembre de 2014, no se ha configurado la caducidad del medio de control de reparación directa.

Posteriormente, en audiencia inicial llevada a cabo el 27 de julio de 2017, se declaró no probada la excepción de caducidad propuesta por el mandatario judicial de la Universidad Santiago de Cali, y esta decisión fue confirmada por el Tribunal Administrativo del Cauca mediante providencia de 15 de mayo de 2018.

Por la naturaleza del medio de control, la fecha de presentación de la demanda y el lugar de ocurrencia de los hechos, el Juzgado es competente para conocer de este asunto en primera instancia, conforme a lo previsto en los artículos 140, 155 numeral 6 y 156 numeral 6 de la Ley 1437 de 2011.

2.2.- Problema Jurídico Principal

En concordancia con la fijación del litigio establecido en audiencia inicial, el problema jurídico a resolver dentro del presente asunto se centra en establecer si existió omisión en la designación de la señora DIANA LORENA GALLEGO TOLEDO en el cargo de gerente de la Empresa Social del Estado E.S.E. Guapi, y de esta manera establecer la responsabilidad administrativa de las entidades accionadas.

En caso afirmativo, se analizará si hay lugar al reconocimiento de los perjuicios reclamados.

2.3.- Problemas Jurídicos Secundarios

(i) ¿Cuál es el régimen de responsabilidad estatal por el cual se estudiará el presente asunto?

2.4.- Tesis

Para el Despacho, la UNIVERSIDAD SANTIAGO DE CALI, la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO GUAPI E.S.E. y el DEPARTAMENTO DEL CAUCA son solidariamente responsables de la omisión en el nombramiento de la señora DIANA LORENA GALLEGO TOLEDO en el cargo de Gerente de la E.S.E. Guapi, bajo el régimen de falla en el servicio, teniendo en cuenta que conforme lo probado en el proceso se acreditó que no se realizó el trámite correspondiente previsto en la convocatoria adelantada para el nombramiento del cargo en mención, y se omitió el nombramiento en el cargo para el cual concursó, siendo procedente la condena de los perjuicios debidamente acreditados.

Para explicar la tesis planteada se abordarán los siguientes temas: (i) Lo probado en el proceso, (ii) Elementos de la responsabilidad del Estado, y (iii) Perjuicios.

2.5.- Razones de la decisión

PRIMERA.- Lo probado en el proceso

Respecto del parentesco

- SAMUEL MUÑOZ GALLEGO es hijo de DIANA LORENA GALLEGO TOLEDO y EDWAR RICARDO MUÑOZ GALLEGO, de acuerdo a la copia del folio del registro civil de nacimiento con Indicativo Serial 43545413, que obra a folio 5 del expediente.

- JUAN ESTEBAN MUÑOZ GALLEGO es hijo de DIANA LORENA GALLEGO TOLEDO y EDWAR RICARDO MUÑOZ GALLEGO, de acuerdo a la copia del folio del registro civil de nacimiento con Indicativo Serial 40027565, que obra a folio 6 del expediente.

- DIANA LORENA GALLEGO TOLEDO y EDWAR RICARDO MUÑOZ MUÑOZ contrajeron matrimonio el 21 de marzo de 2009, de acuerdo a la copia del folio del registro civil de matrimonio con Indicativo Serial 05388504, que obra a folio 7 del expediente.

Respecto de la convocatoria pública – concurso de méritos para proveer el cargo de gerente de la Empresa Social del Estado E.S.E. Guapi.

- Obra a folios 8 a 11 del cuaderno principal 1 Adenda correctiva de fecha 11 de abril de 2012, en la cual, entre otros aspectos se estableció:

  "(...)
  2. DOCUMENTOS NECESARIOS PARA LA INSCRIPCIÓN:

  - Formato único de hoja de vida por el DAFP completamente diligenciado
  - *Fotocopia de la cedula (Sic) de ciudadanía*
  - *Manifestación escrita firmada por el aspirante donde conste que no se encuentra incurso en causales de inhabilidad e incompatibilidad establecidas en la ley para participar en los procesos de selección*
  - *Documentos (Títulos y Certificaciones) que acrediten la información universitaria o profesional*
  - *Certificaciones laborales que acrediten la experiencia profesional*
  - *Los documentos serán decepcionados, (Sic) dentro del término señalado para las inscripciones*

  (...)
  CRONOGRAMA
  UNIVERSIDAD SANTIAGO DE CALI – AREA DE PROYECTOS

CRONOGRAMA PROCESO DE SELECCIÓN DEL NUEVO GERENTE DE LA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO GUAPI ESE UNIVERSIDAD SANTIAGO DE CALI – AREA DE PROYECTOS			
ACTIVIDAD	*FECHA*	*NORMA APLICABLE Y TERMINOS*	*RESPONSABLE*
Reunión junta directiva para definir criterios de selección de universidad	*Marzo de 2012*	*Decreto 800 de 2008*	*JUNTA DIRECTIVA*

Selección y definición de universidad para realizar el concurso	*Marzo de 2012*	*Decreto 800 de 2008*	*JUNTA DIRECTIVA*
Invitación o convocatoria a los aspirantes al concurso de meritos (Sic)	*11, 12, 13, 16, 17, 18, 19, 20, 23 y 24 de Abril del 2012*	*Art. Res 165 de 2008 Durante 10 días hábiles (...)*	*JUNTA DIRECTIVA*
Inscripción Hojas de Vida Sede Centro USC Calle 8 Nº 8-17 Cali, personalmente previa presentación de la cedula (Sic) o por correo certificado Horario Oficina	*25, 26, 27 de Abril Y 02 Y 03 de Mayo del 2012*	*Cinco días hábiles*	*UNIVERSIDAD USC - CALI*
Análisis Antecedentes (Hojas de Vida)	*04 Y 07 de Mayo del 2012*	*Un día hábil*	*UNIVERSIDAD USC - CALI*
Publicación de admitidos y no admitidos	*08 de Mayo del 2012*	*Dentro de los cinco días hábiles. Artículo 4 Res 165 de 2008*	*UNIVERSIDAD USC - CALI*
Reclamaciones de admitidos y no admitidos	*09 Y 10 de Mayo del 2012*	*Un día hábil*	*UNIVERSIDAD USC - CALI*
Respuesta reclamaciones aspirantes	*11 de Mayo de 2012*	*Un día hábil*	*UNIVERSIDAD USC - CALI*
Publicación de listado definitivo de admitidos	*14 de Mayo de 2012*	*Un día hábil*	*UNIVERSIDAD USC - CALI*

(...)
Las hojas de vida deberán ser entregadas "PERSONALMENTE" en la UNIVERSIDAD SANTIAGO DE CALI, sede centro calle 8 No. 8-17 segundo piso AREA DE PROYECTOS o por Correo Certificado debidamente rotuladas al proceso a participar, dentro de las fechas estipuladas para este proceso y horario de Oficina para atención al público.
(...)
Los términos de referencia de ese concurso se encuentran también en las páginas WEB de la UNIVERSIDAD SANTIAGO DE CALI – USC y de la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO GUAPI ESE. Verificar cuidadosamente cada uno de los documentos anexos requeridos según Nivel de la ESE.

(TITULO PROFESIONAL Y DE POSGRADO, ACREDITACIÓN ACADÉMICA, EXPERIENCIA PROFESIONAL SECTOR SALUD, ACREDITACIÓN LABORAL, ANTECEDENTES DISCIPLINARIOS, PROCURADURIA Y CONTRALORIA)."

- Obra a folio 12 del expediente lista de admitidos y no admitidos, de fecha 8 de mayo de 2012, en el cual se señala entre otras personas, a la señora Diana Lorena Gallego Toledo como admitida y a 3 personas inadmitidas, entre ellas el señor Florencio Cuero Ortiz, por las siguientes causales:

No.	*APELLIDOS*	*NOMBRES*	*No. DE CÉDULA*	*RESULTADO*	*MOTIVO O CAUSA*	*SUBSANABLE*
3	*CUERO ORTIZ*	*FLORENCIO*	*10.387.985*	*NO ADMITIDO*	*NO SOPORTA EXPERIENCIA EXIGIDA*	*SI*

- A folio 13 del expediente obra documento captura de pantalla, con el cual se acredita que el señor Florencio Cuero el 8 de mayo de 2012, a las 3:55:43 remitió documentación – certificaciones laborales-, al correo electrónico proyectosusc2012@gmail.com.

- Obra a folio 14 del expediente oficio de fecha 9 de mayo de 2012, emanado de la Directora Área de Proyectos de la Universidad Santiago de Cali, dirigida al señor Florencio Cuero, aspirante a Gerente de la ESE Guapi, en el cual se le informó:

"Una vez estudiada su Reclamación por la Universidad Santiago de Cali, en la cual presenta su desacuerdo respecto de la no inclusión en el Listado de Admitidos pertinente manifestarle lo siguiente:

1- Observando que ha (Sic) usted cumplido con la subsanación respecto de la causal acusada y por lo cual no fue incluido dentro del Listado de Admitidos publicado esta entidad el día 08 de mayo de 2012, y que así mismo arrimó a la expediental (Sic), los certificados que acreditan su experiencia, requisito éste, exigido por la Resolución 165 de 2008.

2- Que una vez revisada la Hoja de Vida con sus anexos correspondientes se pudo verificar que está usted habilitado para continuar con el Proceso de Selección que se adelanta por esta Institución Universitaria.

Por lo anteriormente expuesto la Universidad Santiago de Cali,

Dispone:
1- Revocar la Inadmisión y Aceptar la Subsanación elevada por usted.
2- Tener por subsanado el motivo o causal de la Inadimisión y en consecuencia de ello Admitir su Aspiración para el cargo de Gerente de la Empresa Social del Estado ESE GUAPI
3- Fijar como Admitido en el Listado Definitivo de Aspirantes en el Concurso."

- A folio 15 del expediente obra "LISTADO ADMITIDOS PRESENTACIÓN DE PRUEBAS", en el cual se incluyó al señor Florencio Cuero Ortiz.

- A folio 16 del expediente obra documento denominado "LISTADO RESULTADO PRESENTACIÓN PRUEBAS JUEVES 17 DE MAYO DE 2012", con los siguientes resultados, de las 5 primeras personas:

"

No	*APELLIDOS*	*NOMBRE*	*No. DE CEDULA*	*RESULTADO FINAL*
1	*CUERO ORTIZ*	*FLORENCIO*	*10.387.985*	*84.41*
2	*GALLEGO TOLEDO*	*DIANA LORENA*	*34.319.912*	*83.20*
3	*MEDINA OCORO*	*JORGE VIRGILIO*	*76.619.730*	*71.33*
4	*GONZALEZ GONZALEZ*	*ELKIN GERARDO*	*73.583.305*	*65.77*
5	*ALVAREZ MUÑOZ*	*ALVARO CONSTANTINO*	*14.960.110*	*62.38*

(...)"

- A través de Acta de fecha 22 de mayo de 2012 se realizó la entrega por parte de la Universidad Santiago de Cali a la Junta Directiva de la E.S.E. Guapi, del listado definitivo de candidatos para la conformación de la terna para la designación del Gerente de la Empresa Social del Estado Guapi – folios 17 y 18 cuaderno principal 2-.

- La señora Diana Lorena Gallego Toledo, mediante correo electrónico dirigido al Área de Proyectos de la Universidad Santiago de Cali, el 17 de mayo de 2012, a las 16:19 realizó la siguiente petición:

"*Como aspirante del concurso de meritos (Sic) para proveer el cargo de gerente de la ESE Guapi del Departamento del Cauca y haciendo uso de mi derecho al debido proceso contemplado en el artículo 29 de la Constitución, solicito a ustedes sírvanse en el menor tiempo posible se me sea enviado la desagregación de los puntajes de las pruebas realizadas según los estándares de calificación publicados en la convocatoria de los 3 primeros puntajes (entiéndase por tres primeros puntajes resultados de los señores: Florencio Cuero Ortiz, Diana Lorena Gallego y Jorge Virgilio Medina Ocoro). Del mismo modo solicito me sea enviado el sustento jurídico y/o administrativo al que hubo lugar en el cambio de estado de no admitido de la publicación de admitidos y no admitidos del 8 de Mayo de 2012, al de admitido en la publicación del 14 de mayo de 2012 en el listado definitivo de admitidos, del señor FLORENCIO CUERO ORTIZ identificado con cedula (Sic) de ciudadanía No. 10.387.985.*

Lo anterior solicito me sea enviado y contestado inmediatamente, con el fin de presentar las reclamaciones pertinentes el día de mañana dando cumplimiento al cronograma establecido en la convocatoria del mencionado concurso de méritos."

- El 18 de mayo de 2012, a las 2:59, mediante correo electrónico dirigido al Área de Proyectos de la Universidad Santiago de Cali, y como asunto "RECLAMACIÓN FORMAL DIANA GALLEGO" señaló:

"Debido a que no obtuve respuesta de parte de la Universidad Santiago de Cali área de proyectos, al derecho de petición presentado por mí el día de ayer 17 de Mayo de 2012, donde solicite (Sic) la información necesaria para la presentación formal de mi (Sic) el día de hoy referente a la selección y concurso de meritos (Sic) para nombrar el gerente de la ESE Guapi del Departamento del Cauca, dejo por sentado y por escrito que se me están vulnerando mis derechos a presentar una reclamación formal al citado proceso de selección y del mismo modo se me está violando mi derecho al debido proceso consignado en la Constitución Nacional.

De igual forma quiero sentar el precedente que en el mencionado concurso de méritos se presentaron inconsistencias desde el mismo momento de la admisión de los concursantes, como lo cite (Sic) en el derecho de petición presentado el día de ayer, razón por la cual solicite (Sic) la información necesaria con el fin de hacer una reclamación clara y específica del concurso de meritos (Sic), respondiendo al cronograma de la convocatoria." -Folio 22 a 24-.

- La Universidad Santiago de Cali, mediante oficio fechado 18 de mayo de 2012, enviado a través de la empresa de correos "envía", a la señora Diana Lorena Gallego Toledo, dio respuesta a la petición presentada, y entre otros aspectos señaló:

"Antes de entrar a dar respuesta como es pertinente a su solicitud, me permito recordarle que el derecho de petición que usted ha incoado, para tal efecto tengo 10 días hábiles para ello y que además deberé suponer que usted refiere a una reclamación, evento que desde todo punto de vista es extemporáneo, ya que la fecha para elevar dichas reclamaciones está fijada para el día viernes 18 de Mayo de 2012 y la peticionaria la ha arrimado a esta instancia el 17 de Mayo hogaño, empero además me permito aclararle a la petente que la extemporaneidad significa para todos los efectos legales presentar solicitudes, demandas o recursos por fuera del término establecido, indefectiblemente si es antes o después; no obstante con el ánimo de garantizar su principio de celeridad (el (Sic) al debido proceso no aplica), me permito dar respuesta en el primer día hábil después de recibir su comunicación, (...)

Que de igual manera, al momento de la inscripción se realiza un análisis de antecedentes de cada uno de los aspirantes, con lo que se determina si se encuentra apto para acceder al proceso de selección, que en el caso del doctor CUERO ORTIZ FLORENCIO, éste en su momento no acreditó los soportes de su experiencia para acceder al cargo, al cual aspiraba (en ese momento), empero en la fecha estipulada para la subsanación, lo hizo, arrimando así, las respectivas y correspondientes Certificaciones de Experiencia, tal como lo exige el decreto 785 de 2005, en su artículo 22.3.3; no sobra aclararle estimada aspirante, que no es competencia de la Universidad, entregar información de un aspirante a otra persona diferente al legitimado; por esta razón apareció posteriormente en el Listado Definitivo e Admitidos y apto para presentar la respectiva evaluación. ...."

Respecto de la acción de tutela presentada por la señora Diana Lorena Gallego Toledo, en contra de la Universidad Santiago de Cali y las actuaciones adelantadas por las partes en virtud de dicha acción constitucional:

- El Juzgado Sexto Civil Municipal de Popayán expidió sentencia de 7 de junio de 2012, dentro de la acción de tutela, con radicación 2012-00279, y en su parte resolutiva dispuso:

"PRIMERO: NEGAR la TUTELA de los DERECHOS FUNDAMENTALES al DEBIDO PROCESO, IGUALDAD y ACCESO A LOOS (Sic) CARGOS PUBLICOS reclamados por DIANA LORENA GALLEGO TOLEDO, identificada con cédula de ciudadanía No. 34.319.912 frente al concurso de méritos público para conformar la lista de aspirantes al cargo de gerente de la empresa social del estado GUAPI contra la UNIVERSIDAD SANTIAGO DE CALI, por los motivos expuestos en las consideraciones que preceden.

SEGUNDO: TUTELAR a la señora DIANA LORENA GALLEGO TOLEDO y en contra de la UNIVERSIDAD SANTIAGO DE CALI, los derechos de petición y de acceso a los documentos públicos, de conformidad con las consideraciones expuestas.

TERCERO: Para garantiza (Sic) la protección se ORDENA a la UNIVERSIDAD SANTIAGO DE CALI, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, le expida a la accionante la información solicitada desde el 17 de mayo de 2012 es decir, la desagregación de los puntajes de las pruebas realizada según los estándares de calificación publicados en la convocatoria de los señores FLORENCIO CUERO ORTIZ y JORGE VIRGILIO MEDINA OCORO, pues es la tutela la acción adecuada para proteger el derecho de petición y acceso a la información conculcado por la institución privada accionada. (...)"

- En virtud de impugnación presentada por la señora Diana Lorena Gallego Toledo, el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Popayán, expidió sentencia de 16 de julio de 2012, en la cual dispuso:

"PRIMERO REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia calendada 7 de junio de 2012 proferida por el JUZGADO SEXTO CIVIL DEL MUNICIPAL DE POPAYAN, por los motivos que a bien tuvo anotarse en la presente decisión.

SEGUNDO: En consecuencia se CONCEDE el amparo constitucional de los derechos fundamentales al DEBIDO PROCESO, IGUALDAD, ACCESO A CARGOS PUBLICOS, de la señora DIANA LORENA GALLEGO TOLEDO, contra la UNIVERSIDAD SANTIAGO DE CALI.

TERCERO: En consecuencia se ORDENA a la UNIVERSIDAD SANTIAGO DE CALI, que el término de tres (3) días retrotraiga el concurso de méritos para la conformación de la terna de la cual se elegirá el Gerente de la ESE GUAPI – Cauca, a la etapa de reclutamiento y verificación de requisitos para la admisión de los aspirantes debiendo atemperarse a los términos previstos en la convocatoria que permitan garantizar el debido proceso y los principios de la Confianza Legítima de la tutelante y de los actos propios de la Universidad Santiago de Cali, dejarlas a salvo, en aras de evitar dilación del trámite y para el efecto, la Universidad reevaluará las ponderaciones a que haya lugar.

Una vez sea conformada la terna de la Universidad Santiago de Cali, remitirá a la Junta Directiva de la ESE GUAPI, la lista de elegibles y la terna respectiva, para lo cual dicha entidad a su vez la remitirá al nominador que es el Señor Gobernador del Cauca.

CUARTO: INAPLICASE POR EXCEPCION DE INCOSTITUCIONALIDAD la lista definitiva de candidatos para que se conforme la terna expedida por la Universidad Santiago de Cali, como también el acto administrativo expedido por el señor GOBERNADOR DEL CAUCA, DOCTOR TEMISTOCLES ORTEGA NARVAEZ del nombramiento que se haya efectuado del señor Gerente de la ESE GUAPI-CAUCA. Comunicando de esta decisión al señor Gobernador del Cauca.

QUINTO: ORDENAR la JUNTA DIRECTIVA DE LA ESE GUAPI, una vez la Universidad Santiago de Cali, remita la lista definitiva de candidatos para conformar la terna, proceda a remitirla al señor Gobernador del Cauca, para los fines pertinentes.
(...)"

- Mediante Acuerdo Nº 002 de 23 de julio de 2012, la Junta Directiva de la Empresa Social del Estado Guapi E.S.E. dio cumplimiento a la orden judicial, ordenando:

"ARTÍCULO PRIMERO: INAPLICAR EN CUMPLIMIENTO DEL FALLO DE TUTELA DEL 16 DE JULIO DE LOS CORRIENTES, JUZGADO SEXTO CIVIL DEL CIRCUITO, la conformación de la terna presentada al señor Gobernador del Departamento del Cauca nominador del cargo, donde se procedió a nombrar en propiedad al Gerente de la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO GUAPI E.S.E., todo hasta tanto la Universidad presente el Listado Definitivo de los resultados.

ARTÍCULO SEGUNDO: En virtud del mismo Fallo, solicitar al señor Gobernador la inaplicación del Decreto No 0184 de 06 de junio de 2012 donde se nombró al doctor FLORENCIO CUERO ORTIZ identificado con cédula de ciudadanía No. 10.389.985 expedida en Guapi como Gerente de la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO GUAPI E.S.E., hasta tanto la Junta Directiva presente La Terna con los Tres Primeros Puntajes." –folios 102 y 103-.

- Mediante Decreto 0246 de 26 de julio de 2012, el Gobernador del departamento del Cauca da cumplimiento a la orden judicial, inaplicando el Decreto 0184-06-2012 mediante el cual se designó al señor Florencio Cuero Ortiz como Gerente de la E.S.E Guapi –folio 116-.

- La Universidad Santiago de Cali el 26 de julio de 2012 expidió acta de cumplimiento de fallo de tutela, y entre otros aspecto, señaló lo siguiente:

"(...)
Para el eficaz cumplimiento de lo anterior, se verificó una a una las Hojas de Vida, las cuales reposaban en los archivos de la Institución Universitaria y para el efecto se realizaron las ulteriores situaciones:

Una vez se tuvieron a la vista los documentos constitutivos de las hojas de vida, se pudo observar que todas las personas quienes fueron Admitidas o Inadmitidas, según el caso, en ese determinado momento, no sufrió cambio alguno.

Aún (Sic) así, en el Cronograma de Actividades (consecutivo del contrato de prestación de servicios), la Universidad para el efecto, haciendo uso de la facultad discrecional que le confieren las normas arriba descritas, reguladoras de la materia en particular, mediante el diseño de los formatos de verificación y valoración de antecedentes de los aspirantes, estableció una casilla donde se anotaba el resultado del análisis, otra indicando si era admitido o no y finalmente una última en la cual se indicaba si el motivo era o no subsanable; luego se le permitía Subsanar si era el caso, las inconsistencias o faltas en el lleno de los requisitos exigidos por la ley y por la misma Universidad, en el tiempo de la etapa de reclamación permitido por la norma y establecido en el cronograma publicado en la convocatoria. En anterior procedimiento fue aplicado en el proceso de selección de todos los casos atendidos por esta universidad.

Así las cosas, es pertinente mencionar especialmente el caso de los Doctores FLORENCIO CUERO ORTIZ, CARLOS JAVIER TIMANA PEÑA y FARLEY EDISON ACOSTA POPÓ, quienes, el primero y el segundo resultaron inadmitidos, empero en la oportunidad correspondiente, estipulada en el cronograma de actividades, subsanaron la causal objeto de inadmisión, con lo que se les revocó la Inadmisión y por ende se Admitieron y posteriormente se publicaron en el Listado Definitivo; en el caso del tercero, es decir el doctor FARLEY EDISON ACOSTA POPÓ, no subsanó ya que la causal de inadmisión que tenía, se tomaba como No Subsanable; por tal razón ni siquiera presentó queja o reclamo alguno.

Anotadas las anteriores precisiones se dispuso posteriormente a conformar la Terna definitiva, con el fin de enviarla a la Junta Directiva de la ESE Guapi, sin que las calificaciones de las pruebas sufrieran modificación como lo ordenó la Señora Juez, Se hace conocer además que el orden de ubicación de los aspirantes se conserva.
(...)" –folios 117 a 119-.

- La Junta Directiva de la E.S.E Guapi, el 3 de agosto de 2012 realizó reunión extraordinaria para dar cumplimiento a un fallo judicial, y entre otros aspectos, se señaló lo siguiente:

"El Juzgado Sexto Civil del Circuito de Popayán mediante Fallo de Tutela de Segunda Instancia ordenó: "inaplíquese por Excepción de Inconstitucionalidad la lista definitiva de candidatos para que se conforme la terna expedida por la Universidad Santiago de Cali, como también el acto administrativo expedido por el señor gobernador del Cauca, del nombramiento que se haya efectuado del señor Gerente de la Empresa Social del Estado Guapi E.S.E.".

La Junta Directiva de la Empresa Social del Estado Guapi E.S.E mediante Acuerdo 002 de 2012 dispuso: "Inaplicar en cumplimiento del Fallo de Tutela del 15 de julio de los corrientes, Juzgado Sexto Civil del Circuito, la conformación de la terna presentada al señor gobernador del Departamento del Cauca nominador del cargo", todo hasta la Universidad presente el listado definitivo de los resultados.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán – Mediante oficio No STSP-4923 de fecha 27 de julio de 2012 admitió la Acción de Tutela interpuesta por la Universidad Santiago de Cali, en contra del Juzgado Sexto Civil Municipal del Circuito de Popayán y en su numeral Quinto ordena la suspensión provisional de la Sentencia de Segunda Instancia emitida el 16 de julio de 2012.

Corresponde al Gobernador del Departamento dar cumplimiento a la orden dictada por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Popayán, en virtud de la cual recupera su vigencia la terna inicialmente presentada por la Junta Directiva para la designación de Gerente de la E.S.E. GUAPI.

Teniendo en cuenta lo anterior la Junta Directiva deberá acatar el Fallo Judicial y se esperará la actuación del señor Gobernador en referencia al nombramiento del doctor FLORENCIO CUERO ORTIZ como gerente Empresa Social del Estado Guapi E.S.E." –folios 121 y 122-.

- Mediante Decreto 0260 de 8 de agosto de 2012, el Gobernador del departamento del Cauca nombró al señor FLORENCIO CUERO ORTIZ, en el cargo de Gerente Código 085, Grado 02 de la Empresa Social del Estado Guapi E.S.E., en cumplimiento de orden de tutela emitida por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Popayán. Y el señor Florencio Cuero Ortiz tomó posesión del cargo el 8 de agosto de 2012 –folio 120 y 121-.

- La Junta Directiva de la ESE Guapi mediante Acuerdo 003 de 13 de agosto de 2012 ordenó conformar la terna para la designación del cargo de Gerente de la Empresa Social del Estado para el periodo 2012 – 2016, en el siguiente orden de elegibilidad:

APELLIDOS	*NOMBRE*	*Nº CEDULA*	*RESULTADO FINAL*
CUERO ORTIZ	*FLORENCIO*	*10.387.985*	*84.53*
GALLEGO TOLEDO	*DIANA LORENA*	*34.319.912*	*83.20*
MEDINA OCORO	*JORGE VIRGILIO*	*79.619.730*	*71.55*

-Folios 129 a 132-.

- Mediante providencia de 13 de septiembre de 2012 el Juzgado Sexto Civil Municipal de Popayán dispuso:

"Primero. DECLARAR que al (Sic) doctor CARLOS ANDRES PEREZ GALINDO, RECTOR y REPRESENTANTE LEGAL DE LA UNIVERSIDAD SANTIAGO DE CALI, ha incurrido en DESACATO a la orden judicial inmersa en al (Sic) fallo de tutela de 16 de julio de 2012, proferida por la señora JUEZ SEXTA CIVIL DEL CIRCUITO DE ESTA CIUDAD.

Segundo. Como consecuencia de lo anterior, IMPONER al doctor CARLOS ANDRES PEREZ GALINDO, RECTOR y REPRESENTANTE LEGAL DE LA UNIVERSIDAD SANTIAGO DE CALI de conformidad con lo establecido en el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, las siguientes sanciones:

A) ARRESTO por el término de tres (3) días; y,
B) MULTA equivalente a cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a favor del Consejo Superior de la Judicatura (...)

Tercero.- Además de la sanción aquí impuesta CARLOS ANDRES PEREZ GALINDO, RECTOR y REPRESENTANTE LEGAL DE LA UNIVERSIDAD SANTIAGO DE CALI, o quien haga sus veces, debe dar cabal cumplimiento y en el término de la distancia al fallo de tutela de fecha 16 de julio de 2012, en la forma como se explicó en la parte motiva de esta decisión.
(...).

- La señora Diana Lorena Gallego Toledo el 21 de septiembre de 2012 solicitó al Gobernador del departamento del Cauca, el cumplimiento del fallo de tutela proferido por el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Popayán y en consecuencia su nombramiento como gerente de la Empresa Social del Estado Guapi E.S.E. –folios 164 y 165-.

- La Universidad Santiago de Cali, el 17 de septiembre de 2012, en virtud de la sanción por desacato impuesta por el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Popayán, expide acta de cumplimiento del fallo de tutela, decidiendo:

"(...)
En consecuencia de lo anterior la Universidad Santiago de Cali,
Resuelve:
Primero: Dejar sin efectos la (Sic) listado de elegibles, contenida en el acta del 26 de julio de 2012 expedida por la Universidad Santiago de Cali y remitida a la Junta Directiva de la Empresa Social del Estado ESE Guapi – Cauca, así como a la Gobernación del Cauca.

Segundo: Como consecuencia de lo expuesto en la parte motiva de este acto y en cumplimiento de lo dispuesto en el fallo de desacato arriba mencionado, excluir del Listado de Elegibles al Señor Florencio Cuero Ortiz y rehacer el listado, con lo que se deberá incluir a dicha terna el aspirante que de forma ascendiente ocupase el cuarto lugar, el cual quedará en el tercer lugar.

Tercero: El listado de elegibles quedará conformado de la siguiente manera: DIANA LORENA GALLEGO TOLEDO, JORGE VIRGILIO MEDINA OCORÓ Y ELKIN GERARDO GONZALEZ TOLEDO, mismo que no puede hacer parte del listado de elegibles como quiera que no cumple con la mínima calificación que para el efecto es de 70 puntos.

Cuarto: Enviar el presente acto administrativo a la Junta directiva de la ESE GUAPI – CAUCA y al señor Gobernador del Departamento del Cauca, Doctor Temístocles Ortega Narváez, con el fin de que estas procedan de conformidad a las normas regulatorias de la materia y den el pertinente trámite. Para efectos de publicidad publíquese el presente acto en la página Web de la Universidad Santiago de Cali.
(...)" –Folios 170 a 174-.

- El 3 de octubre de 2012 la señora Diana Lorena Gallego Toledo presentó escrito ante los miembros de la Junta Directiva de la ESE Guapi, para la junta directiva citada para ese día –folios 180 y 181-.

- Obra a folios 36 a 38 del cuaderno de pruebas, acta de reunión realizada el 3 de octubre de 2012, para la designación del gerente de la E.S.E. Guapi, conforme la lista de elegibles enviada por la Universidad Santiago de Cali.

- Mediante Decreto 0304 de 4 de octubre de 2012, el Gobernador del departamento del Cauca dispuso revocar el Decreto 0260 de 8 de agosto de 2012, en cumplimiento de fallo de tutela del Juzgado Sexto Civil del Circuito de Popayán, y en su lugar encargó a la enfermera Rubiela Martínez Vidal como Gerente de la ESE Guapi, hasta tanto se provea el cargo en propiedad, y en la parte motiva del mencionado acto, entre otros argumentos, señaló:

  "(...)
  La Junta Directiva en sesión del día 03 de octubre de 2.012, decidió que no era posible elaborar la terna de acuerdo a la lista de elegibles presentada por la Universidad Santiago de Cali (Ley 1122 de 2.007, Decreto 800 de 2.008, Resolución 165 de 2.008 de la DAFP y la Ley 1438 de 2011), y teniendo en cuenta el concepto proferido por el Ministerio de Salud y Protección Social mediante oficio No. 220749 del 03 de Octubre de 2.012, so pena de incurrir la Junta Directiva en un acto que a la postre genere un nombramiento viciado de nulidad.

  Se procede a la designación por encargo de Gerente de la Empresa Social del Estado de GUAPI ESE, hasta tanto la Junta Directiva presente la terna al Gobernador del Departamento nominador del cargo." –Folio 20 cuaderno de pruebas-.

- A través de Decreto 0406 de 27 de diciembre de 2012, el Gobernador del departamento del Cauca terminó el encargo como gerente de la ESE Guapi a la señora Rubiela Martínez Vidal y asignó las funciones de gerente al doctor Rene Zúñiga López, hasta tanto se provea el cargo en propiedad. –Folio 21 cuaderno de pruebas.-

- Mediante Decreto Nº 0372 de 3 de diciembre de 2013 se terminó la asignación de funciones de Gerente de la ESE Guapi al señor Álvaro Alfonso Tobón Trujillo y se encargó en dicho cargo al señor Holman Rivera Rodríguez. –Folio 24 cuaderno de pruebas-.

- Por medio de Decreto Nº 0626 de 14 de abril de 2015 se terminó la asignación de funciones como gerente de la E.S.E. Guapi al señor Héctor Mauricio Montilla Cardona y se designó en el mismo cargo al señor Bolívar Herminio Riascos Idrobo –folio 25 cuaderno de pruebas-.

- Mediante Decreto Nº 0882 de 31 de marzo de 2016 el Gobernador del departamento del Cauca encargó como gerente de la Empresa Social del Estado Guapi E.S.E. a la señora Yenny Alexandra Díaz Yacumal –folios 26 a 28 cuaderno de pruebas-.

- Mediante Decreto 1898 de 13 de octubre de 2016 nombró al doctor Oscar Eduardo Angola Lasso como gerente Código 085 Grado 02 de la E.S.E Guapi y en su parte considerativa señaló:

  "(...)
  El Departamento Administrativo de la Función Pública, a solicitud del Gobernador del Departamento del Cauca, realizó el proceso de evaluación correspondiente para seleccionar el Gerente de la Empresa Social del Estado Guapi E.S.E., determinando que el doctor OSCAR EDUARDO ANGOLA LASSO, identificado con cédula de ciudadanía número 76.142.567, cumple con las competencias evaluadas, toda vez que supera el porcentaje mínimo requerido fijado como perfil por el DAFP, (...)"

En el transcurso de la audiencia de pruebas se recaudaron los siguientes medios de prueba:

Testimonio rendido por el señor JHON EDWARD MARTINEZ RODRIGUEZ

JUEZ: *¿Conoce usted a la señora DIANA LORENA GALLEGO TOLEDO?* ***CONTESTA:*** *Sí, claro que sí.* ***JUEZ:*** *¿Por qué la conoce y desde hace cuánto tiempo?* ***CONTESTA:*** *Una amistad desde la universidad, cuando yo ingresé a la universidad tuve la oportunidad de conocerla tanto a ella como al esposo.* ***JUEZ:*** *¿Conoce al grupo familiar de la señora Diana Lorena además del esposo alguien más conforma ese núcleo?* ***CONTESTA:*** *Sí, los conozco, conozco a los padres de ambos.* ***JUEZ:*** *Los nombres por favor.* ***CONTESTA:*** *El papá del señor Ricardo…El papá de la señora Diana es el señor Elías Gallego y la mamá es la señora Amparo Toledo, viven*

aquí en Popayán también, ellos viven en una parcelación san francisco, en una parcelación por El cofre, los papás del señor Ricardo viven también aquí en Popayán en el barrio Pandigüando. ***JUEZ:*** *¿Puede decirnos usted como son las relaciones de familiaridad entre ellos?* ***CONTESTA:*** *Es una familia funcional, es una familia muy unida ambas familias confluyen por lo general cada 8 o 15 días en unas reuniones familiares que tienen ellos en una parcela de parte de la familia materna entonces se reúnen, es una familia funcional podría decirse.*

PARTE DEMANDANTE: *¿Usted sería tan amable de informar al despacho si tiene conocimiento acerca de la actividad laboral que desarrollaba la señora DIANA LORENA GALLEGO TOLEDO y el señor RICARDO MUÑOZ para el año 2012?* ***CONTESTA:*** *Bueno ellos, ejercen sus profesiones, pero desde el punto de vista de contratos ocasionales no tienen un trabajo así fijo, he conocido que ellos desempeñan actividades en salud, pero son contratos cortos que han trabajado ellos con la Secretaría de Salud o con entidades de salud que les dan contratos por periodos cortos.* ***PARTE DEMANDANTE:*** *¿De acuerdo a lo que usted manifiesta tanto el señor RICARDO MUÑOZ como la doctora DIANA LORENA GALLEGO TOLEDO no tenían una vinculación formal, es decir, no tenían una estabilidad LABORAL PARA ESA EPOCA?* ***CONTESTA:*** *No, como le digo ellos yo desde que los he conocido siempre han desempeñado actividades en salud promocionales en municipios, aquí en Popayán de contratos que se les ha encargado para que los realicen, pero en ningún momento una actividad laboral específica que tenga que ver con contratación o que tengan que cumplir horarios.* ***PARTE DEMANDANTE:*** *¿Tuvo usted conocimiento si para esa época la señora DIANA LORENA GALLEGO TOLEDO participó o intentó acceder a un cargo público?* ***CONTESTA:*** *Sí ella me comentó en alguna ocasión en ese año, que estaba participando en un concurso de méritos para un cargo de gerente en una E.S.E creo que era la E.S.E GUAPI, Si.* ***PARTE DEMANDANTE:*** *¿Por qué razón ella le comentó esa situación?* ***CONTESTA:*** *Conocí el asunto porque la señora me consultó por un problema de salud que ya venía siendo crónico, repetitivo un problema de insomnio que era intratable en base a unas preocupaciones y a un evento estresante que se había suscitado con relación a ese concurso.* ***PARTE DEMANDANTE:*** *¿Usted puede ser más específico al despacho para mencionar cuales eran las condiciones de estrés que ella le manifestó, o usted por qué refiere que ella sufría de estrés a raíz de todas las situaciones que tuvo que vivir en ese entonces?* ***CONTESTA:*** *Bueno, la señora DIANA me consultó a mí por unos episodios continuos de insomnio, tenía un insomnio de conciliación, la señora dormía muy poco, escasas dos horas, tres horas durante la noche, durante un tiempo prolongado eso le desencadenó dolores de cabeza, alteraciones gastrointestinales, dolores a nivel del sistema osteomuscular, que ameritó por parte del tratamiento, administrarle calmantes, relajantes musculares y pastillas para conciliar el sueño.* ***PARTE DEMANDANTE:*** *Tiene usted conocimiento si quedó alguna constancia de esas medicaciones que usted dio, yo no cuento tal y como lo manifesté en el despacho yo no cuento con una historia clínica de la señora DIANA LORENA GALLEGO TOLEDO que me permita acreditar esas situaciones, pero usted conoce si hay alguna historia clínica, algún documento, alguna fórmula medica que nos permita determinar esa situación.* ***CONTESTA:*** *Pues yo le metí formulas mías particulares, pero ella consultaba conmigo porque, pues ella no tenía el recursos económicos para consultar con médicos particulares especialistas, yo en lo posible trataba de administrarle, de formularle ya sea en hojas aparte que no eran institucionales o simplemente a través del WhatsApp, pero no hay una historia clínica como tal, fue más que todo una atención que yo le presté teniendo como base la amistad que tenía con ellos.* ***PARTE DEMANDANTE:*** *¿Ella le hizo referencia a usted de cuáles eran las situaciones que le generaban esa condición, es decir, dentro del concurso de méritos cuales era esas problemáticas que se suscitaban y que le generaban a ella esa situación tensa que usted refiere?* ***CONTESTA:*** *Pues tengo entendido que tuvo problema, en el proceso de selección de ese cargo que ella aspiraba entonces con base a eso a ella le generó un proceso de estrés, porque ella dependía de ese cargo para su futuro económico o su futuro profesional no sé, el hecho es que eso le generó un estrés, una presión muy severa que generó en ella ese tipo de estrés, ese tipo de patologías, que resultaban de la situación angustiante y tensionante por la cual estaba pasando.* ***PARTE DEMANDANTE:*** *¿Tiene usted conocimiento de que otra manera se vio afectado el núcleo familiar si el esposo y los hijos también padecieron algún tipo de afectación debido a esa situación de la señora DIANA LORENA?* ***CONTESTA:*** *Sí, claro que si, en un momento ese núcleo familiar llegó a tornarse muy tenso, lastimosamente no tenían los recursos económicos para poder en muchas ocasiones solventar del diario vivir, fui testigo de ello, a veces no les alcanzaba el dinero para la manutención tanto de ellos como de sus hijos; en algunas ocasiones, incluso cuando los niños necesitaron tratamiento, pues entre la familia les toco pues, hacer donaciones para los medicamentos que necesitaban los hijos para las enfermedades lo que quiero decirle con esto, es que si pasaron muchas dificultades, tanto económicas como tensionales dentro de ese núcleo familiar.* ***PARTE DEMANDANTE:*** *¿Le refirió en algún momento la señora DINA LORENA GALLEGO TOLEDO, si ella se vio incursa en acciones judiciales y le manifestó específicamente que tipo de acciones?* ***CONTESTA:*** *Sí, fue, o sea, todo el cuadro que ella manifestaba y que tenía que yo pudiera identificar, era el resultado de múltiples aspectos, pero el principal que yo podía identificar era ese proceso que ella estaba pasando por ese concurso, y entre otras cosas por una serie de denuncias que ella tenía, tengo entendido que la habían denunciado penalmente entonces, pero no sé por qué cosas, pero sí que tenía denuncias derivadas de ese proceso de selección, de ese cargo al cual ella aspiraba y también que tuvo que estar al frente de las contestaciones, de los requerimientos judiciales, del proceso que estaba llevando a cabo, le tocó ponerse al frente de eso y eso le generó en ella además de las cargas que tenía a nivel de la familia, le generó mayor estrés.* ***PARTE DEMANDANTE:*** *Tiene usted conocimiento si la señora DIANA LORENA GALLEGO TOLEDO tuvo que ausentarse continuamente a raíz de toda esta situación es decir para atender algún tipo de diligencia de trámite y con quien dejaba a sus hijos mientras lo hacía ¿tiene usted conocimiento acerca de esa situación?* ***JUEZ:*** *¿Doctora, a que ausencia se refiere?* ***PARTE DEMANDANTE:*** *Estamos hablando señora juez que ella tuvo que atender o que tuvo que verse sometida a diferentes tramites y lo que quiero preguntarle al testigo es si la señora atendía personalmente ese tipo de diligencias y cuando asistía pues quien se encargaba de sus hijos, teniendo entendido que el núcleo familiar está constituido por un esposo y dos hijos menores de edad, entonces, le estoy preguntado al testigo acerca de si conoce quien era la persona encargada mientras la*

señora DIANA LORENA GALLEGO TOLEDO se hacía cargo de su defensa dentro del trámite que estamos refiriendo que es el concurso de méritos. ***JUEZ:*** *Ok, la respuesta debe ser precisa si sabe o no lo sabe y quien se quedaba con los…* ***CONTESTA:*** *Sí, muchas veces yo miraba al esposo a cargo de los niños, tenía que andar con ellos, andar con ellos mientras la señora DIANA tenía que atender este tipo de diligencias.* ***PARTE DEMANDANTE:*** *No más preguntas señora juez.*

PARTE DEMANDADA: *Buenos días doctor, sírvase manifestar al despacho de acuerdo a sus respuestas anteriores ¿Durante cuánto tiempo se le prolongó este estado a la señora DIANA GALLEGO?* ***CONTESTA:*** *Yo trabajo en un hospital de tiempo completo, entonces las atenciones que yo le hacía a la señora DIANA GALLEGO eran de carácter, no eran de carácter oficial o sea no eran de carácter formal, la atendía muchas veces en mi casa y en ocasiones me tocaba ir a la casa de ella porque la encontraba en un estado de descompensación tal que no era posible trasladarla al sitio donde yo vivía, fue durante ese año 2012 que yo la atendí como unas 3 o 4 ocasiones no recuerdo bien, pero lo que sí tengo en mente y la imagen que yo tengo de ella es una persona que estaba muy descompensada por su estado de salud y por el estrés y la angustia que le generaban por lo que en ese momento estaba pasando.* ***PARTE DEMANDADA:*** *Gracias. ¿Esa descompensación que usted manifiesta como la asume usted que es por estrés, porque también pudo haber sido alguna enfermedad que ella tuviera algo clínico, o como identifica que no fue algo psicológico?* ***CONTESTÓ:*** *Los antecedentes médicos de ella, no hay antecedentes patológicos que pudieran derivar en ese tipo de síntomas, los síntomas que ella derivaba entre otros dolores de cabeza, insomnio, angustia, un estado de tensión continua, los refería la paciente que en primer lugar no los había tenido antes, pero que eran derivados de ese tipo de situación que ella estaba en ese momento viviendo, no conozco más antecedentes de ella que pudieran generar este tipo de síntomas. Y desde el punto de vista psicológico es claro que sí, obviamente, la parte psicológica, la parte mental de los eventos que una persona puede estar pensando, pueden generar en situaciones de estrés psicológico.* ***PARTE DEMANDADA:*** *¿Conoce si ella tuvo alguna ayuda de un psicólogo para atender estas situaciones que se le estaban presentando en su salud y en su parte mental?* ***CONTESTÓ:*** *No tengo conocimiento de eso señorita."*

Declaración de parte rendida por DIANA LORENA GALLEGO TOLEDO

PARTE DEMANDANTE: *¿Buenos días doctora Diana, puede usted informar al despacho las situaciones que se presentaron en el año 2012 referentes al concurso de méritos, es decir usted como se enteró de esa situación y cuáles eran sus aspiraciones al respecto?* ***CONTESTÓ:*** *Bueno, al respecto me enteré porque en ese momento laboraba como contratista de la secretaría departamental de salud y como contratista siempre estábamos pues al tanto de los concursos de gerencias para las E.S.E., de esa manera me enteré en el 2012 decidimos como proyecto, decidí como proyecto profesional y después como proyecto familiar dedicarme a hacer la preparación para poderme presentar a… me presenté creo que en ese entonces a 3 de los concursos de las E.S.E del departamento y pues me presenté a los 3 concursos, de esa manera me enteré.* ***PARTE DEMANDANTE:*** *¿Cuando usted refiere que se preparó para los concursos, puede ser específica y manifestarnos qué tipo de preparación realizó usted?* ***CONTESTÓ:*** *Bueno, lo asumí como un reto profesional y como un reto familiar porque me tocó dedicarme de lleno a mi preparación para el concurso, estaba cursando en ese entonces la especialización que tengo en este momento de auditoría de cuentas médicas y garantía de la calidad, me dediqué de lleno a estudiar a prepararme para poder presentarme a los mencionados concursos.* ***PARTE DEMANDANTE:*** *Puede informarnos al despacho si usted cumplía con todas las condiciones y podía acreditar todos los requisitos que se exigían para el concurso de méritos específicamente para el de gerente de la E.S.E Guapi?* ***CONTESTÓ:*** *Sí claro, si los cumplía. Presenté toda mi documentación la cual fue avalada por la Universidad que en ese entonces realizó el concurso de méritos de la E.S.E Guapi.* ***PARTE DEMANDANTE:*** *¿Puede informar al despacho qué tipo de irregularidades conoció usted y de qué manera se enteró de las mismas, dentro del concurso?* ***CONTESTÓ:*** *Recuerdo, en ese entonces que la universidad nos colgó en la página cuales eran los requisitos y cuáles eran los tiempos para la presentación de la documentación y pues envié mi documentación, en algún momento la universidad sacaba un listado de las personas que no habían allegado todos los documentos que se necesitaban para presentarse al concurso. Yo salí aprobada y dentro de ese listado me acuerdo haber visto al señor FLORENCIO CUERO, quien en su momento pues, fue el ganador del concurso; en ese momento el salió como no apto para presentarse al concurso por no haber allegado creo que eran los certificados laborales que acreditaban su experiencia. Yo me presento al concurso nos presentamos al concurso, y cuando ya salen los resultados, sale de primero el señor FLORENCIO CUERO y de segunda en el listado salgo yo. En algún momento me acuerdo de haber visto que en las etapas anteriores al concurso el aparecía como no apto para presentarse al concurso, volví descargué los documentos estaban todavía en la página publicados y efectivamente él no había allegado los certificados laborales que lo hacían apto para presentarse al concurso, esas fueron las irregularidades que recuerdo haber visto.* ***PARTE DEMANDANTE:*** *¿Tuvo usted acceso o información a las razones por las cuales después de haber aparecido como no admitido el señor FLORENCIO CUERO ORTIZ, fue posteriormente admitido?* ***CONTESTÓ:*** *Inmediatamente no, eso nos tocó, creo que posteriormente para presentar la tutela se pidió a la universidad los documentos, pero ellos nunca nos dieron respuesta acerca del porqué.* ***PARTE DEMANDANTE:*** *¿Usted refiere que nunca tuvo los documentos para poder hacer las reclamaciones que se tenían que hacer, puede usted manifestar al despacho cuántas peticiones o de qué manera las envió usted a la Universidad Santiago de Cali, cuántas peticiones y por qué medio las envió a la Universidad Santiago de Cali para acceder a esa información que necesitaba para las reclamaciones?* ***CONTESTÓ:*** *Pues en este momento no lo tengo muy presente, pues ya han pasado bastantes años, pero recuerdo que la persona que me ayudó con la interposición de la tutela fue la que envió las solicitudes a la Universidad para poder obtener la información, la verdad no me acuerdo si fue el abogado o si fui yo personalmente, pero sé que se hicieron las solicitudes a la*

universidad. ***PARTE DEMANDANTE:*** *¿Teniendo en cuenta su respuesta usted presentó formalmente y en las etapas señaladas en el cronograma reclamaciones formales o simplemente peticiones a la Universidad Santiago de Cali para efectos de acceder a la información?* ***CONTESTÓ:*** *Ahh no, dentro de los tiempos que la universidad estipulaba dentro del concurso yo presenté la reclamación a la universidad preguntando el por qué se había permitido a esta persona pues, presentarse porque era un requisito para poder presentar las pruebas empezando, y porqué se había permitido que él se presentara a las prueba y segundo porque había sido pues el ganador del concurso, pero sí dentro de los tiempos que estipulaba la universidad.* ***PARTE DEMANDANTE:*** *¿Tuvo usted respuesta de esa reclamación formal, usted nos puede indicar si la Universidad Santiago de Cali tomó alguna corrección al respecto o qué tipo de respuesta obtuvo usted al presentar la reclamación dentro de término que señalaba el cronograma para ese fin?* ***CONTESTÓ:*** *No, nunca tuve respuesta acerca de las reclamaciones que se hizo. Recuerdo en ese entonces.* ***PARTE DEMANDANTE:*** *¿Usted refiere que también tuvieron que acceder al mecanismo de la tutela, usted puede especificar por qué razón tuvieron que interponer esas acciones?* ***CONTESTÓ:*** *Ya al ver que no había respuesta de la universidad del porqué, del motivo del porqué se había permitido que se presentara al concurso y siendo como les dije al principio una meta tanto profesional como una meta personal y familiar que nos habíamos interpuesto con mi familia hablando de mi esposo y de mis hijos, le pregunté a una persona conocida sobre, pues que tenía conocimiento sobre este tipo de concursos, que se podría hacer en el caso le mostré los documentos que tenía donde soportaban pues la irregularidades que se, que yo veía que se habían presentado y esta persona me dijo que podía presentar una acción de tutela para poder acceder a mis derechos.* ***PARTE DEMANDANTE:*** *¿Puede informarnos al despacho sui con las acciones de tutela usted logró la finalidad que buscaba es decir se le protegieron sus derechos mediante ese mecanismo judicial?* ***CONTESTÓ:*** *En la primera instancia no, creo que fueron negadas mis pretensiones y en segunda, impugnamos y en segunda instancia fallaron a favor de la restitución pues de los derechos y de las pretensiones que nosotros presentamos.* ***PARTE DEMANDANTE:*** *¿Si obtuvo un fallo favorable mediante un mecanismo de acción de tutela, cual fue la razón para no ser designada en el cargo al que usted pretendía acceder y para el cual había concursado?* ***CONTESTÓ:*** *Pues después de eso, vinieron muchísimas cosas que, pues yo aún no logro entender jurídicamente, había un fallo, se le notificó a la universidad, se le notificó a la gobernación, ellos empezaron a tomar como, pues hacer como, creo que en ese entonces ya habían nombrado a la persona que pues supuestamente había ganado el concurso, creo que bajo la acción de tutela se suspendió el nombramiento, encargaron a alguien, pero nunca bajo todas esas acciones judiciales que hubieron a mi favor, se vio una respuesta pues favorable, en cuanto a las otras partes en este caso era la Gobernación y la ESE Guapi encabezada por su Junta, entonces no realmente, no se realmente cuales fueron lo que los llevó a ellos a tomar esas decisiones fuera de lo que había ordenado la juez.* ***PARTE DEMANDANTE:*** *¿Ante esa situación usted tomó algún tipo de acción es decir usted requirió a la Gobernación a la E.S.E Guapi a la universidad Santiago de Cali mediante oficio, se presentó personalmente, se comunicó de alguna manera usted puede ilustrar al despacho ante esa situación usted que acciones tomó?* ***CONTESTÓ:*** *Sí, se buscó la persona que en ese momento me apoyaba jurídicamente, presentó todas la solicitudes a las que había lugar para que se cumpliera con el fallo pero pues inmediatamente pasó esta situación se empezaron a presentar en mi contra acciones, otras acciones judiciales de las cuales me tocó empezarme a, ya no era yo la persona que pedía por mis derechos sino que era yo como la parte acusada, empecé a, se instauraron unas acciones de tutela por parte de la persona pues que ganó el concurso, él interpuso unas acciones de tutela no recuerdo cuantas fueron pero si me fueron notificadas, me tocó empezar a defenderme acerca de los alegatos de esta persona, de la universidad, la universidad creo que también en su momento interpuso unas acciones de tutela, pero pues nunca, nunca se cumplió pues con el fallo de la juez realmente.* ***PARTE DEMANDANTE:*** *¿Cursó en la Fiscalía 82 seccional de Santiago de Cali una investigación penal en su contra, tuvo usted conocimiento sobre esa investigación penal?* ***CONTESTÓ:*** *Olvidé mencionarla, aparte de las tutelas que se interpusieron, pues para pedir por los derechos de los demás del señor que ganó el concurso, de la universidad, que realmente no recuerdo que era lo que ellos pedían, interpusieron en mi contra una demanda penal, por falsificación de documento público o privado no me acuerdo muy bien. Averiguando sobre los hechos de la demanda y todo esto pude, o pudimos averiguar en ese momento que era un carpintero que residía en Guapi, que porque no, que, porque mis certificados laborales que la verdad no sé cómo los adquirió, porque son los que yo presenté a la universidad Santiago de Cali eran falsos. Me requirieron de la Fiscalía, yo me presenté con absolutamente todos mis documentos, lo que ellos alegaban era que un certificado que yo había presentado, presentaba dos meses más de tiempo, de lo que había durado el contrato. Resulta que cuando yo trabajé en la Secretaría Departamental de salud, no nos contrataban directamente, sino que teníamos contratación por terceros, contrataban fundaciones, contrataban cooperativas para que ellos se hicieran, o ejecutaran los proyectos que se necesitaban desde la Secretaría Departamental de Salud, yo fui contratada por una cooperativa para la realización de ese proyecto, ellos me contrataron por un tiempo estipulado, y aparte de eso, ese contrato específicamente, generó, le dieron, o le otorgaron otro sí y en tiempo le adicionaron tiempo para poder terminar con las actividades, y efectivamente yo llevé todos mis documentos a la fiscalía, donde podía certificar que todo el tiempo estuve trabajando en ese contrato y que el tiempo que se decía, que decía mi certificado laboral era el tiempo que había manejado, se había ejecutado efectivamente el proyecto. Pues a raíz de todas esas actuaciones en mi contra, como la doctora lo dice pues me tocó empezarme a defender, y a no a pedir sobre mis derechos sino a empezarme a defender de lo que se me acusaba en otras instancias.* ***PARTE DEMANDANTE:*** *¿La investigación a la que estamos haciendo referencia, cursó en la ciudad de Santiago de Cali, tuvo usted que viajar varias veces hacia Santiago de Cali para efectos de presentarse en esa fiscalía que estaba cursando una investigación en contra suya?* ***CONTESTÓ:*** *La investigación empezó aquí en Popayán, a mí me citaron al CTI creo, que es el que queda por los bomberos, ahí me citó el investigador; donde me recibió toda la documentación, ya después de haber presentado mi indagación, la documentación y todo lo que requería él, que me requirió pues para poder cumplir con el requisito de la investigación, ya me citaron después a la ciudad de Cali, donde ya me notificaron de cómo iba el proceso, sobre que era el proceso ya pues la última notificación que recibí fue la notificación de cierre, pero si*

me tocaba desplazarme a la ciudad de Cali. ***PARTE DEMANDANTE:*** *¿Puede usted informar al despacho como se encuentra conformado su núcleo familiar, es la primera pregunta y posteriormente manifestarlos de que manera cree usted que se vio afectado su núcleo familiar por todas estas situaciones?* ***CONTESTÓ:*** *Mi núcleo familiar está conformado por mi esposo y tengo dos hijos, uno de ellos tiene actualmente 12 años y el otro tiene 8 años y en el momento de los hechos estaban bien pequeñitos. Realmente fue una situación bien preocupante, bien dolorosa porque pues habíamos puesto o yo personalmente había puesto mucho empeño para poderme presentar a los concursos y poder ganarme alguno de ellos, recuerdo tanto que en uno de ellos quede de tercera, en otro quede de segunda y pues en el de la E.S.E Guapi quedé de segunda también pues. Después de esto tener que empezarme a defender, tener que empezar a asistir a tantos estrados judiciales a notificarme y a todo esto, se vino como una época bien difícil en mi núcleo familiar teníamos muchas expectativas en cuanto económica porque mi esposo y yo éramos contratistas y no teníamos un trabajo estable entonces pues teníamos como muchas expectativas en cuanto al trabajo, tuvimos deficiencias económicas, a mí me empezó a afectar bastante la situación porque pues no pensé que se fuera a presentar de esa manera, tuve, tuvimos crisis matrimoniales con mi esposo, yo me vi sometida pues a un proceso como de estrés, se me dificultaba conciliar el sueño en ese entonces, pues por lo tanto como no teníamos los recursos económicos para poder acceder a un médico particular le pedimos ayuda de un amigo de la universidad quien pues fue en ese momento la persona que nos ayudó para poder que mi salud no se viera afectado muy, demasiado afectada por toda la situación que se estaba viviendo, la situación de estrés pues me toco empezarme a ausentar mayo tiempo de mi casa, de mis hijos por todas estas situaciones, entonces creo que todo eso desencadeno todas las crisis familiares que tuvimos con mi esposo y con mis hijos.*

JUEZ: *El despacho si tiene preguntas ¿Señora DIANA LORENA, usted conocía al ciudadano que interpuso la denuncia penal en su contra?* ***CONTESTÓ:*** *No señora, nunca.* ***JUEZ:*** *¿Usted sabe de donde era él?* ***CONTESTÓ:*** *Cuando nosotros, cuando a mí me notifican de la demanda, empiezo pues a averiguar como yo había trabajado en GUAPI ejecutando unos proyectos, tenía gente que me conocía en el pueblo, empecé a preguntar si de pronto era alguien de las personas que había trabajado conmigo, que habíamos trabajado juntos, pero no investigando me di cuenta que era un carpintero de Guapi que yo no, nunca había tenido contacto con él, nunca había tenido contacto ni laboral, ni personal, ni nada con la persona.* ***JUEZ:*** *¿Este proceso penal que se ha hecho referencia aquí, digamos fue antes o después del nombramiento del ganador del concurso?* ***CONTESTÓ:*** *Fue después doctora.* ***JUEZ:*** *¿Después de haber presentado las reclamaciones, la acción de tutela que se ha mencionado acá?* ***CONTESTÓ:*** *Sí señora.* ***JUEZ:*** *Cuéntenos durante el trámite ¿usted estaba vinculada contractualmente con alguna entidad?* ***CONTESTÓ:*** *No señora, contractualmente en ese momento no, porque como les digo me dedique a prepararme para poder presentarme al concurso de méritos.* ***JUEZ:*** *¿Cuánto tiempo duró ese concurso?* ***CONTESTÓ:*** *El concurso creo que desde que lo publican hasta que se ejecuta, dura 3, 4 meses más o menos.* ***JUEZ:*** *¿y durante ese tiempo usted no tuvo vinculación contractual? eso es lo que ha referido* ***CONTESTÓ:*** *No señora.* ***JUEZ:*** *¿Desea agregar algo a lo que ha indicado usted?* ***CONTESTÓ:*** *Recuerdo tanto que la doctora me preguntaba que las afecciones, yo estaba como les dije estaba cursando mi especialización en ese momento, en ese año precisamente, pues debido a todas las crisis económicas, me tocó suspender mis estudios y apenas este año pude culminar mi especialización y graduarme como especialista, porque casualmente pues, coincidió que estaba cursando mi especialización y se presentaron todos estos problemas.*

Declaración de parte rendida por EDWAR RICARDO MUÑOZ MUÑOZ

PARTE DEMANDANTE: *¿Puede usted informar al despacho la información o lo que recuerde acerca de los concursos a los que se presentó su esposa en el año 2012, por favor?* ***CONTESTÓ:*** *Sí claro, mi esposa se preparó en el año 2012 para los concursos de las E.S.E, se presentó a 3 concursos le fue muy bien, en uno quedó de tercera, en otro de segundo y el de la E.S.E Guapi creo que también quedo de segunda, que fue el este caso. Pues fue una situación bien particular porque desde un inicio se vio las irregularidades que en su momento inició por despejar la dudita de ¿qué pasó? Y desde ese momento se le solicitó a la Universidad Santiago de Cali los resultados para ver qué había pasado, y desde ese instante la universidad empezó a negar todo, todo empezó todo el, las irregularidades y desde ahí arrancó todo.* ***PARTE DEMANDANTE:*** *¿Puede usted ser más específico cuando señala irregularidades a qué se refiere?* ***CONTESTÓ:*** *Bueno inicialmente, a raíz de que nos llamó mucho la atención que la persona que había ocupado en primer lugar había sido una de las personas que no había sido admitida en el listado porque no había entregado unos documentos a tiempo y los reglamentos del concurso eran muy claros, no se podía abrir otra fase para corregir, sin embargo a él fue la única persona, que le abrieron una fase espacial para poder adjuntar ese documento eso simplemente, eso ya llamó la atención, por qué había una desventaja contra los otros participantes, por eso se le solicita a la Universidad Santiago de Cali, los resultados y pues lo niega, es ahí cuando a través de un amigo nos aconseja que o hagamos a través de acción de tutela y es donde se instaura la tutela para la, para pedir los derechos y en la primera instancia la niegan, creo que en segunda instancia cuando ya se gana la tutela en segunda instancia, ahí la Universidad Santiago de Cali, la juez creo que ordena a la universidad enviar los resultados y cuando los envían ahí obviamente se ven una serie de irregularidades, como si a la primera persona aparte de hacerle una fase exclusivamente para ella es como si la hubieran calificado de una forma totalmente diferente al resto ahí empieza una pelea jurídica porque esta persona obviamente quería permanecer en primer lugar, quería ser nombrado y lo nombraron y no solamente la universidad Santiago de Cali cometió una seria de irregularidades, sino también la E.S.E y la gobernación porque todo actuaban a favor del señor FLORENCIO CUERO corrieron a nombrarlo, ante de que se hiciera el nombramiento la junta tenía que reunirse y presentar una terna la gobernador y la norma era muy clara donde decían que tenían que nombrar al que parecía primero en el listado, eso corrieron a hacerlo sin embargo cuando ya la juez ordena*

retroceder las fases, sacar al señor FOLRENCIO CUERO que estaba en la lista de elegibles, en la lista de admitidos perdón, ya mi esposa pasa al primer lugar y ahí la junta nunca se reunió citaron como no sé unas 4 o 5 veces nunca se reunía, hicieron todas las patrañas del mundo tanto la junta como la gobernación para no nombrarla y finalmente nunca la nombraron. ***PARTE DEMANDANTE:*** *¿Obtuvo usted algún tipo de información acerca de cuáles eran las razones para que no se diera ese nombramiento a pesar de que ella aparecía en primer lugar en la lista de elegibles?* ***CONTESTÓ:*** *Pues la verdad para nosotros, nosotros no entendíamos porqué si todo se había corregido, si mi esposa aparecía en primer lugar y la norma lo decía muy claro, no entendíamos por qué no la nombraron, no entendíamos porque la junta nunca se reunió. Es más recuerdo que ellos colocaron una tutela en donde el juez suspende temporalmente el fallo mientras él decide y la Junta y la gobernación aprovechan esa suspensión temporal y corren a reunirse esa misma noche y vuelven y lo nombran después de que el señor FLORENCIO CUERO ya había sido destituido de su cargo, esa misma noche y yo no sé cómo le hicieron, porque pues me imagino que los de la junta la mayoría viven en Guapi, pero ese mismo día se reunieron, hicieron junta, presentaron la terna al gobernador y lo volvieron a nombrar, entonces esas son la cosas, las irregularidades que uno dice, hombre tuvieron como 3 meses para reunirse, para presentarle la terna al gobernador y nombrarla y no lo hicieron y siempre la aplazaban y la cancelaban y el mismo día en que sale la suspensión temporal del fallo mientras el juez decide ese mismo día corren se reúnen presentan y ese mismo día vuelven y nombran ya después tienen que volverlo a destituir porque el juez obviamente falla pues a favor de nosotros en contra de ellos y tiene que volver a revocar el nombramiento, entonces todo ese tipo de irregularidades es lo que hoy en día nos ha llevado hasta aquí.* ***PARTE DEMANDANTE:*** *¿Puede usted manifestar al despacho de qué manera usted obtenía ese tipo de información referente a los nombramientos que se hacían en los tiempos y en las modalidades que ellos utilizaban para hacerlo?* ***CONTESTÓ:*** *Porque siempre estuvimos pendientes desde un inicio de los nombramientos, de las actas de las resoluciones que metían y en cuanto a las tutelas siempre nos notificaban y teníamos que estar pendientes respondiendo cada una de las tutelas que ellos interponían y defendiéndonos obviamente porque siempre éramos notificados y teníamos que dar respuesta a esas tutelas.* ***PARTE DEMANDANTE:*** *Manifiesta usted en su declaración que obtuvieron un fallo de tutela favorable ¿Usted puede indicar al despacho si conoce las razones por las cuales no se le dio cumplimiento a ese fallo de tutela?* ***CONTESTÓ:*** *La verdad no sé por qué no lo cumplieron, incluso eso tuvo que interponer un desacato, porque el fallo era muy claro ordenaron medida de aseguramiento creo que fue, sí medida de aseguramiento en contra del rector de la Universidad Santiago de Cali por el desacato, hasta el momento no entiendo por qué ni la universidad ni la E.S.E, ni la junta directiva, ni la gobernación, pues la gobernación siempre se justificó en que no podían nombrar debido a que la junta no se reunía y no presentaba la terna ese fue la excusa que siempre mencionaba la gobernación. Pero en cuanto a la junta y la universidad, la universidad Santiago de Cali realmente retiró al señor FLORENCIO CUERO del listado solo hasta el momento en que salió el fallo del desacato antes no lo hizo y cuando el fallo sale y ordena la multa a la Universidad Santiago de Cali y ordena el arresto al rector, solo hasta ese momento deciden retirarlo de la lista, y la verdad no entiendo por qué no acataron el fallo, personalmente no tengo ni idea.* ***PARTE DEMANDANTE:*** *¿Señor Ricardo una vez la señora Diana Lorena Gallego Toledo ocupa el primer lugar de la lista que tipo de acciones iniciaron ustedes, es decir algún tipo de solicitudes para que se hiciera el nombramiento, o cuáles eran las actuaciones que ustedes siguieron posteriores a la designación en el primer lugar de la lista de la señora Diana?* ***CONTESTÓ:*** *Sí, pues como, nosotros esperábamos que después de que ella aparecía en el primer lugar y como dice la norma la junta se reuniera y presentara la terna al gobernador para su nombramiento, pero pasaron los días y no fue así es por eso que se hicieron unas solicitudes a la junta, a la gobernación para que hicieran lo que decía la norma pero empezaron una serie de tutelas, cualquier tipo de trabas con tal de dilatar y dilatar el proceso, no había quórum, no se reunían que porque no había quórum, una serie de de patrañas para dilatar y finalmente no nombrarla y vuelvo y repito, colocaron la tutela en donde suspendieron temporalmente el fallo para correr a nombrarlo nuevamente, ahí sí corrieron, esa misma noche hicieron todo, que decíamos pero ¿Cómo? ¿A qué horas?* ***PARTE DEMANDANTE:*** *¿Tiene usted conocimiento señor Ricardo si en contra de su esposa DIANA LORENA GALLEGO TOLEDO se iniciaron algún tipo de acciones?* ***CONTESTÓ:*** *Aparte de las innumerables tutelas que colocaron, hubo una demanda penal por parte de estas personas, según la investigación tengo entendido que la demanda la puso un señor de Guapi de oficio carpintero, argumentado falsedad de documento privado o público no recuerdo muy bien pero era falsedad de documento. Ellos argumentaba que uno de los certificados laborales de mi esposa era falso ellos no tomaron o no sé no sabían tomar los tiempos de un certificado laboral de una vigencia y no tuvieron en cuenta que ese contrato tuvo una adición en tiempo entonces ellos argumentaban que la experiencia laboral de mi esposa era menor a la que había presentado, sin embargo eso se logró desvirtuar muy fácil porque absolutamente todos los certificados fueron entregados a la fiscalía se demostró que eran totalmente válidos, que no había ninguna falsedad, inclusive en el tiempo que fuimos a rendir indagatoria ante el juez que llevaba el caso, le explicamos la situación, le explicamos todo esto, y el juez dijo si ya, las palabras textuales del juez si ya comprendo por donde va la cosa, por aquí ha estado el señor Florencio cuero, como reiterativas, en reiterativas oportunidades diciendo que, que hubo que falle rápido, por qué no ha salido el fallo, como esperanzados a que a que el fallo saliera en contra de nosotros para poder retirarla a ella y no sé, aspirar de pronto nuevamente al cargo no sé por qué pero a raíz de todo esto sucedió esto, obviamente como es una demanda penal la investigación sigue y lo último que nos enteramos es que al parecer al carpintero lo fueron a buscar a la zona y ya no estaba se había ido de Guapi.* ***PARTE DEMANDANTE:*** *¿Puede referirnos por favor que tipo de mecanismo o acciones tuvieron que hacer ustedes para ejercer la defensa judicial es decir, tuvieron que presentarse a la fiscalía, tuvieron que viajar, que tipo de conductas en defensa de los intereses de sus esposa tuvieron que adoptar ustedes?* ***CONTESTÓ:*** *Una situación bien compleja, bien difícil, pues entenderán que una cosa es una tutela y otra cosa es una demanda penal tuvimos que viajar a Cali, a la Universidad Santiago de Cali viajamos, para indagar un poco a ver qué había pasado, tuvimos que hacer muchas diligencias aquí en Fiscalía, en el CTI, reuniones con el abogado y pues todo eso requiere mucho tiempo, mucha dedicación y dinero también.* ***PARTE DEMANDANTE:*** *¿Puede*

informar al despacho aparte de lo que usted me refiere que tipo de afectaciones generó esta situación en su esposa Diana Lorena Gallego Toledo, es decir, de qué manera ella se vio afectada por todo este tipo de diligencias en la que las que tenía que, que tenía que desarrollar? ***CONTESTÓ:*** *fue una situación difícil en su momento porque es una situación angustiante, mi esposa pues no podía dormir, no podía conciliar el sueño, se la pasaba estresada, requería mucho tiempo, eso le quitó tiempo para compartir con la familia, con los niños que estaba muy pequeños en ese tiempo, tuvimos muchos problemas matrimoniales, entenderán que no es fácil, el solo hecho de no poder conciliar el sueño ya, genera una serie de alteraciones a razón de eso mi esposa entró en depresión, una vez me llamo y dijo que si ella hubiera sabido que todo esto iba a pasar hubiera preferido no presentarse a ningún concurso. Y fue una situación bien compleja para todos, como para mis hijos, para mí, nos trajo muchos, muchos problemas.* ***PARTE DEMANDANTE:*** *¿Y en cuanto a la afectación que usted refiere personal y de sus hijos, usted puede ser más específico de manifestarnos de qué manera a usted lo afectaba esa situación por la que ella estaba atravesando es decir, toda la angustia que usted refiere, como lo afectaba a usted y a su núcleo familiar toda esa situación?* ***CONTESTÓ:*** *El mismo estrés que ella sentía lo sentíamos nosotros, mis hijos y yo, yo también sentía mucho estrés pues ella no podía dormir, yo tampoco podía dormir, no la pasábamos peleando, discutiendo, era una situación angustiante, mi esposa se encontraba muy irritable y eso generó un malestar familiar, tanto en el matrimonio como en el núcleo familiar con nuestros niños, ella tuvo que dedicarle mucho tiempo a su defensa y eso generó quitarle mucho tiempo a nuestros niños.* ***PARTE DEMANDANTE:*** *¿Puede por favor referirle al despacho, que expectativas económicas, laborales y profesionales que ustedes tenían a raíz del nombramiento del que pretendían se hiciera a la señora Diana Lorena Gallego Toledo?* ***CONSTESTÓ:*** *Pues fue una decisión en pareja que tomamos, yo decidí apoyarla que se presentara a esto concursos en pro de mejorar nuestra situación económica, la convocatoria mencionaba un salario bueno que normalmente aquí en Popayán es difícil de obtener para nuestra profesiones. Aspirábamos a mejorar nuestra condición económica por eso decidí apoyarla, por eso los últimos dos o tres meses antes de las pruebas ella se dedicó de lleno a estudiar y yo la apoyé cien por ciento en eso, esperando poder cumplir el objetivo y mejorar nuestras condiciones económicas pero, al contrario realmente lo que nos trajo fue problemas, desgaste, gastamos mucho dinero en todo el proceso, pues nos pasó lo contrario.* ***PARTE DEMANDANTE:*** *¿Cuál era su actividad laboral para la fecha del concurso de méritos, contaba usted con un trabajo formal con una estabilidad económica?* ***CONTESTA:*** *No, nosotros siempre hemos sido contratistas, la verdad que el campo laboral para nosotros aquí en Popayán Cauca y en Colombia es muy reducido, nos limitamos a ser contratistas y los contratos siempre salen por dos, tres meses y vuelve y espera para ver si le dan otro contrato a uno, entonces es una situación, en ese momento era una situación muy compleja.* ***MINISTERIO PUBLICO:*** *Gracias señora juez, teniendo en cuenta todo lo que usted ha narrado en su declaración ¿finalmente en el cargo a quien nombraron, quien fue nombrado como gerente de la E.S.E después del concurso?* ***CONTESTÓ:*** *Inicialmente nombraron a FLORENCIO CUERO, que era el que aparecía en la lista de primero, después solamente hasta el momento del desacato cuando ordenan arresto al director de la Universidad Santiago de Cali, lo sacan del listado y ahí dejaron a una persona encargada, no sé cuánto tiempo, no sé no recuerdo la norma como dice ¿cuánto tiempo pueden dejar una persona encargada en un cargo de estos? Pero la verdad es que terminó en el cargo, nunca hubo un nombramiento formal, siempre terminó en el cargo.* ***MINISTERIO PÚBLICO:*** *¿Es decir, que el señor FLORENCIO CUERO, posteriormente a eso no fue nombrado nuevamente?* ***CONTESTÓ:*** *Lo nombraron dos veces primero lo nombraron después con el fallo de la tutela lo retiran del cargo y ahí es cuando empiezan la serie de tutelas, es que no recuerdo, pero si no estoy mal fueron alrededor de 14 o 15 tutelas era un desgaste jurídico impresionante, en una de las tutelas el Juez decide suspender temporalmente el fallo de segunda instancia mientras él revisa el caso, y es ahí cuanto la junta y la gobernación aprovechan para reunirse correr e inmediatamente y volverlo a nombrar y lo nombraron, después ya sale el fallo del juez y ahí ya tiene que volverlo a retirar, ahí ya sale el fallo del desacato en donde ordenan el arresto al rector y solo hasta ese momento la universidad decide retirarlo de la lista.*

Con base en los supuestos fácticos probados, el Juzgado determinará si se cumplen los presupuestos de la responsabilidad estatal, empezando por el primero de ellos: el daño antijurídico.

SEGUNDA.- Elementos de la responsabilidad

- El daño antijurídico.

El artículo 90 Superior establece la cláusula general de responsabilidad del Estado al señalar que responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

Conforme a lo anterior, la Carta refiere dos elementos *sine qua non* para declarar responsable al Estado: (i) la existencia de un daño antijurídico y, (ii) que sea atribuible a la entidad pública bajo alguno de los títulos de imputación.

El daño antijurídico ha sido entendido doctrinaria y jurisprudencialmente como el detrimento que es causado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo. El Consejo de Estado[4], lo enmarca dentro de los más altos postulados propios de nuestro ordenamiento Constitucional de la siguiente manera:

> *"El daño antijurídico comprendido, desde la dogmática jurídica de la responsabilidad civil extracontractual y del Estado impone considerar dos componentes: a) el alcance del daño como entidad jurídica, esto es, "el menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona ya en sus bienes vitales o naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio"; o la "lesión de un interés o con la alteración "in pejus" del bien idóneo para satisfacer aquel o con la pérdida o disponibilidad o del goce de un bien que lo demás permanece inalterado, como ocurre en supuestos de sustracción de la posesión de una cosa"; y, b) aquello que derivado de la actividad, omisión, o de la inactividad de la administración pública no sea soportable i) bien porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o ii) porque sea "irrazonable", en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos; y, iii) porque no encuentra sustento en la prevalencia, respeto o consideración del interés general.*
>
> *En cuanto al daño antijurídico, la jurisprudencia constitucional señala que la "antijuridicidad del perjuicio no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración sino de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima". Así pues, y siguiendo la jurisprudencia constitucional, se ha señalado "que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho debido a que al Estado le corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración".*
>
> *De igual manera, la jurisprudencia constitucional considera que el daño antijurídico se encuadra en los "principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad (Art. 1º) y la igualdad (Art. 13), y en la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2 y 58 de la Constitución".*

Según lo expuesto, para que el daño sea catalogado como antijurídico en nada influye la conducta del agente o entidad causante del daño; la antijuridicidad de la lesión, deviene de la ausencia de título legal que imponga a quien padece el daño la obligación de soportarlo, un daño pues, será antijurídico, si quien lo sufre no estaba jurídicamente obligado a cargar con sus efectos nocivos, independientemente de que el mismo haya sido causado de manera lícita o ilícita, por una conducta diligente y cuidadosa o imprudente o descuidada; ora contrariando un deber de actuar, ora dando cumplimiento a un mandato legal.

En el asunto bajo estudio, el daño comprendido como el primer elemento en un juicio de responsabilidad, lo constituye en este caso la omisión en el nombramiento en el cargo de gerente de la Empresa Social del Estado – E.S.E. Guapi para el periodo comprendido entre el 1 de abril de 2012 a 31 de marzo de 2016, surgiendo ese elemento esencial que da origen y sustento a la existencia de la institución de la responsabilidad extracontractual, pues con dicha omisión, devienen igualmente daños materiales y lesiones emocionales.

Ahora bien, la existencia y verificación de ese daño antijurídico es un requisito indispensable más no suficiente para derivar la responsabilidad del Estado, pues tal como se expuso ut supra, el artículo 90 de la Carta impone al operador jurídico determinar si el mismo resulta imputable a una autoridad pública.

- Juicio de responsabilidad administrativa del Estado

Conforme al artículo 90 constitucional al que venimos refiriendo son dos los elementos de la responsabilidad patrimonial del Estado: El daño antijurídico y la imputación de éste al Estado, destacando que lo que se necesita para que haya responsabilidad patrimonial es que el daño antijurídico le sea imputable, independientemente si el Estado lo ha causado o no, pues una es la imputación y otro el nexo causal.

Es por ello que se ha acudido a fórmulas normativas que permitan relacionar un daño con un sujeto al que el derecho radica ese daño, al margen de que se haya incurrido en culpa en la

[4] CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION C Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA Bogotá, D.C., veintisiete (27) de febrero dos mil trece (2013). Radicación número: 68001-23-15-000-1996-12379-01(25334)

producción del resultado, e incluso, de que el responsable haya causado el resultado, como son la teoría del riesgo y el daño especial, entre otros factores de atribución de carácter objetivo.

A juicio de la parte demandante, en el presente caso existe responsabilidad estatal de las entidades demandadas por una falla del servicio por cuanto, de acuerdo a sus competencias vulneraron derechos y garantías constitucionales a la señora Diana Lorena Gallego, omitiendo el nombramiento en el cargo de gerente de la E.S.E Guapi, pese a que ocupó el primer lugar en el concurso de méritos adelantado para tal fin. Efectivamente será bajo este título que se analizará la responsabilidad procurada, ya que este caso no se subsume dentro de ninguno de los criterios de imputación objetivo como el *riesgo excepcional* y *daño especial.*

En cuanto al régimen subjetivo *"falla del servicio"*, el Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia ha sostenido:

> *La Sala, de tiempo atrás ha dicho que la falla del servicio ha sido en nuestro derecho, y continua siendo, el título jurídico de imputación por excelencia para desencadenar la obligación indemnizatoria del Estado; en efecto, si al Juez Administrativo le compete una labor de control de la acción administrativa del Estado y si la falla del servicio tiene el contenido final del incumplimiento de una obligación a su cargo, no hay duda de que es ella el mecanismo más idóneo para asentar la responsabilidad patrimonial de naturaleza extracontractual.* (Resalta el Despacho)

Así mismo en palabras de esta alta Corporación[5] la responsabilidad subjetiva por falla en el servicio "*surge a partir de la comprobación de que el daño se hubiere producido como consecuencia de una violación –conducta activa u omisiva- del contenido obligacional, determinado en la Constitución Política y en la ley, a cargo del Estado, lo cual constituye una labor de diagnóstico por parte del juez, de las falencias en las cuales incurrió la Administración y que implica un consecuente juicio de reproche.*" (Negrilla y subraya fuera de texto)

De igual manera en sentencia 7 de abril de 2011[6], indicó:

> *También ha sostenido que el mandato que impone la Carta Política en el artículo 2º inciso 2º, consistente en que las autoridades de la República tienen el deber de proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades "debe entenderse dentro de lo que normalmente se le puede exigir a la administración en el cumplimiento de sus obligaciones o dentro de lo que razonablemente se espera que hubiese sido su actuación o intervención acorde con las circunstancias tales como disposición del personal, medios a su alcance, capacidad de maniobra etc., para atender eficazmente la prestación del servicio que en un momento dado se requiera", así, las obligaciones que están a cargo del Estado –y por lo tanto la falla del servicio que constituye su trasgresión–, han de mirarse en concreto frente al caso particular que se juzga, teniendo en consideración las circunstancias que rodearon la producción del daño que se reclama, su mayor o menor previsibilidad y los medios de que disponían las autoridades para contrarrestarlo. Se le exige al Estado la utilización adecuada de todos los medios de que está provisto, en orden a cumplir el cometido constitucional en el caso concreto; si el daño se produce por su incuria en el empleo de tales medios, surgirá su obligación resarcitoria; por el contrario, si el daño ocurre pese a su diligencia no podrá quedar comprometida su responsabilidad.* (Subraya el Despacho).

Para estudiar la responsabilidad de las entidades accionadas, conforme a la jurisprudencia citada, se realizará el siguiente análisis:

.- Sobre el Concurso de Méritos y la responsabilidad de la Universidad Santiago de Cali

El concurso público ha sido establecido como una garantía para que el mérito de los aspirantes que pretenden un cargo de la función pública, predomine ante cualquier determinación, de acuerdo con lo expresado por la H. Corte Constitucional en fallos proferidos al respecto:

> *"El concurso público se constituye en la herramienta de garantía por excelencia para que el mérito de los aspirantes que pretenden acceder a un cargo de la función pública, predomine ante cualquier otra determinación. Este concurso despliega un proceso en el cual se evalúan las*

[5] Sentencia 18238 del 26 de Mayo de 2010 C.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez
[6] Sentencia de siete (7) de abril de dos mil once (2011), MP. MAURICIO FAJARDO GOMEZ, Radicación número: 52001-23-31-000-1999-00518-01 (20750)

calidades de cada uno de los candidatos bajo condiciones de igualdad, de manera tal, que se excluyan nombramientos "arbitrarios o clientelistas o, en general, fundados en intereses particulares distintos de los auténticos intereses públicos."

El concurso público es entonces un procedimiento mediante el cual se certifica que la selección de los aspirantes para ocupar cargos públicos se funde en la "evaluación y en la determinación de la capacidad e idoneidad de éstos para desempeñar las funciones y asumir las responsabilidades propias de un cargo", de tal manera que "se impide la arbitrariedad del nominador" y de este modo se imposibilita el hecho de que "en lugar del mérito, se favorezca criterios subjetivos e irrazonables, tales como la filiación política del aspirante, su lugar de origen (...), motivos ocultos, preferencias personales, animadversión o criterios tales como el sexo, la raza, el origen nacional o familiar, la lengua, la religión, o la opinión pública o filosófica, para descalificar al aspirante."[7]

En sentencia SU - 913 de 2009, se estableció por parte de la Corte Constitucional lo siguiente, respecto de la normativa que rigen los concursos de méritos:

"(i) las reglas señaladas para las convocatorias son las leyes del concurso y son inmodificables, salvo que ellas sean contrarias a la Constitución, la ley o resulten violatorias de derechos fundamentales; (ii) a través de las reglas obligatorias del concurso, la administración se autovincula y autocontrola, en el sentido de que debe respetarlas y que su actividad en cada etapa se encuentra previamente regulada; (iii) se quebranta el derecho al debido proceso y se infiere un perjuicio cuando la entidad organizadora del concurso cambia las reglas de juego aplicables y sorprende al concursante que se sujetó a ellas de buena fe. En este punto, esta Sala de Revisión estima que si por factores exógenos las reglas del concurso varían levemente en alguna de sus etapas, las modificaciones que hacen parte integral de la convocatoria inicial, deben ser plenamente conocidas por los partícipes para que de esta forma se satisfagan los principios de transparencia y publicidad que deben regir las actuaciones de la administración y no se menoscabe la confianza legítima que los participantes han depositado en los parámetros fijados para acceder a un cargo de carrera administrativa; y, (iv) cuando existe una lista de elegibles que surge como resultado del agotamiento de las etapas propias del concurso de méritos, la personas que ocupa en ella el primer lugar detenta un derecho adquirido en los términos del artículo 58 Superior, que no puede ser desconocido.[30]

Por su parte, en sentencia T – 682 de 2016, el máximo órgano constitucional dispuso.

5.2. Conviene destacar entonces que las normas de un concurso público de méritos fijan en forma precisa y concreta cuáles son las condiciones que han de concurrir en los aspirantes y establecen las pautas y procedimientos con los cuales deben regirse[28]. Se trata de reglas que son inmodificables, por cuanto se afectan principios básicos de nuestra organización, como derechos fundamentales de los asociados en general y de los participantes en particular.

5.3.En este orden de ideas, la Convocatoria constituye una norma que se convierte en obligatoria en el concurso, en consecuencia, cualquier incumplimiento de las etapas y procedimientos consignados en ella, vulnera el derecho fundamental del debido proceso que le asiste a los participantes, salvo que las modificaciones realizadas en el trámite del concurso por factores exógenos sean plenamente publicitadas a los aspirantes para que, de esta forma, conozcan las nuevas reglas de juego que rigen la convocatoria para proveer los cargos de carrera administrativa[29].

El Consejo de Estado, en sentencia de 1 de octubre de 2012 señaló respecto de la sujeción de las partes intervinientes en concurso de méritos:

"la Convocatoria constituye la regla del proceso de selección, de manera tal que es vinculante tanto para los concursantes como para la Administración, y por lo tanto, que el cumplimiento de la misma es determinante para establecer qué personas acreditan las calidades y condiciones para los empleos ofertados, de lo contrario, no podría garantizarse que el mérito sea el principio orientador para el acceso, permanencia y ascenso a los cargos públicos"[8].

De acuerdo a la jurisprudencia a la cual se ha hecho referencia, para el Despacho cada convocatoria contiene las reglas sobre las cuales se desarrollan todas las etapas del concurso, las cuales son de obligatorio cumplimiento, tanto para las entidades encargadas del desarrollo de la misma, como para los participantes, con el fin garantizar la igualdad de todos los concursantes.

---

7 Sentencia C – 588 de 2009.
8 Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección B. sentencia del 1 de octubre de 2012. Expediente 19001-23-31-000-2012-00395-01(AC) C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

Argumenta la parte accionante que la Universidad Santiago de Cali hizo caso omiso a las reglas de la convocatoria para la conformación de la lista de aspirantes para el cargo de gerente de la E.S.E. Guapi, previamente establecidas, como el caso de la omisión en el cumplimiento de los términos fijados para cada etapa del concurso y la admisión de un concursante sin el cumplimiento de los requisitos mínimos solicitados, puesto que allegó certificaciones laborales por fuera del término previsto para ello.

En el caso específico de la elección y designación de los gerentes de las empresas sociales del estado, la derogada Ley 1122 de 2007, en el artículo 28 establecía:

> *Artículo 28º. De los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado. Los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado serán nombrados por períodos institucionales de cuatro (4) años, mediante concurso de méritos que deberá realizarse dentro de los tres meses, contados desde el inicio del período del Presidente de la República o del Jefe de la Entidad Territorial respectiva, según el caso. Para lo anterior, la Junta Directiva conformará una terna, previo proceso de selección de la cual, el nominador, según estatutos, tendrá que nombrar el respectivo Gerente.*
>
> *Los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado podrán ser reelegidos por una sola vez, cuando la Junta Directiva así lo proponga al nominador, siempre y cuando cumpla con los indicadores de evaluación conforme lo señale el Reglamento, o previo concurso de méritos.*
>
> *En caso de vacancia absoluta del gerente deberá adelantarse el mismo proceso de selección y el período del gerente seleccionado culminará al vencimiento del período institucional. Cuando la vacancia se produzca a menos de doce meses de terminar el respectivo periodo, el Presidente de la República o el jefe de la administración Territorial a la que pertenece la ESE, designará gerente.*
> *(...)"*

Posteriormente, mediante Decreto 800 de 2008 "*por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007*", se dispuso:

> "***Artículo 1º.*** *Las Juntas Directivas de las Empresas Sociales del Estado del nivel territorial conformarán la terna de candidatos de que trata el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, para la designación del Gerente o Director de dichas entidades, con las personas que sean escogidas mediante concurso de méritos público y abierto, adelantado de conformidad con lo establecido en el presente decreto.*
> (...)"

Y el artículo 4 del Decreto 800 de 2008, que fue modificado por el Decreto 2993 de 2011, señaló:

> *"ARTÍCULO 4º.- La Junta Directiva conformará una terna con los concursantes que hayan obtenido las tres mejores calificaciones en el proceso de selección adelantado. El nominador deberá designar en el cargo de gerente o director a quien haya alcanzado el más alto puntaje dentro de los quince (15) días calendario siguientes a la finalización del proceso de elección. El resto de la terna operará como un listado de elegibles, para que en el caso de no poder designarse al candidato con mayor puntuación, se continúe con el segundo y de no ser posible la designación de éste, con el tercero."*

Ulteriormente, se expidió la Ley 1438 de 2011, y respecto de la designación de los gerentes y directores de las E.S.E., estableció:

> *"(...)*
> *La Junta Directiva conformará una terna con los concursantes que hayan obtenido las tres mejores calificaciones en el proceso de selección adelantado. El nominador deberá designar en el cargo de gerente o director a quien haya alcanzado el más alto puntaje dentro de los quince (15) días calendario siguientes a la finalización del proceso de elección. El resto de la terna operará como un listado de elegibles, para que en el caso de no poder designarse el candidato con mayor puntuación, se continuará con el segundo y de no ser posible la designación de éste, con el tercero."*

La Resolución 165 de 2008 "*Por la cual se establecen los estándares mínimos para el desarrollo de los procesos públicos abiertos para la conformación de las ternas de las cuales se designarán los gerentes o directores de las Empresas Sociales del Estado del nivel territorial*", señaló que la convocatoria desde la recepción de inscripciones hasta la entrega de resultados

definitivos, previos a la conformación de la terna, debería ser adelantado por Universidades o Instituciones de Educación Superior Públicas o Privadas.

Con base en esta norma, la Empresa Social del Estado Guapi E.S.E contrató con la Universidad Santiago de Cali para adelantar el concurso de méritos y conformar la lista de elegibles para la designación del gerente en el periodo 2012 - 2016.

Se dispuso igualmente en el artículo 4 de la mencionada Resolución 165 de 2008, respecto de la etapa de inscripción:

> *"ARTÍCULO 4°. Inscripciones. El término para las inscripciones no deberá ser inferior a cinco (5) días hábiles y se realizará en el Formulario único de Inscripción, que se encuentra disponible en las páginas web del Ministerio de la Protección Social, del Departamento Administrativo de la Función Pública, de las Secretarías y Direcciones Territoriales de Salud y de la respectiva Empresa Social del Estado.*
> *Al Formulario Único de Inscripción deberá anexarse los documentos que acrediten la formación académica y la experiencia laboral relacionada de los aspirantes.*
> *(...)*
> *Las inscripciones podrán realizarse personalmente o por correo certificado, el cual deberá ingresar a la institución que llevará a cabo las inscripciones, dentro del plazo fijado para estas.*
>
> *Dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de cierre de las inscripciones deberá publicarse la lista de los aspirantes admitidos al proceso por acreditar los requisitos, así como la de los no admitidos." (Subrayas del despacho)*

Se allegó al proceso copia de la Adenda correctiva de fecha 11 de abril de 2012, de la convocatoria para proveer el cargo de gerente de la E.S.E. Guapi, en la cual, en consonancia con el artículo 4 de la Resolución 165 de 2008, se hizo referencia a los documentos necesarios para la inscripción en la convocatoria y la oportunidad para presentarlos en los siguientes términos:

> *"2. DOCUMENTOS NECESARIOS PARA LA INSCRIPCIÓN:*
>
> - Formato único de hoja de vida por el DAFP completamente diligenciado
> - *Fotocopia de la cedula (Sic) de ciudadanía*
> - *Manifestación escrita firmada por el aspirante donde conste que no se encuentra incurso en causales de inhabilidad e incompatibilidad establecidas en la ley para participar en los procesos de selección*
> - *Documentos (Títulos y Certificaciones) que acrediten la información universitaria o profesional*
> - *Certificaciones laborales que acrediten la experiencia profesional*
> - *Los documentos serán decepcionados, (Sic) dentro del término señalado para las inscripciones.*
>
> *(...)"*

Es decir, que solo en la etapa de inscripción de las hojas de vida, podía ser aportada la documentación requerida para acreditar los requisitos para ser admitido en la convocatoria, y de acuerdo al cronograma establecido en la mencionada adenda correctiva, podría realizarse dicha entrega, los días 25 a 27 de abril y 2 y 3 de mayo de 2012.

Se estableció igualmente, como fecha para la publicación de la lista de admitidos y no admitidos, el 8 de mayo de 2012, las reclamaciones frente a dicha lista el 9 y 10 de mayo de 2012 y la respuesta a las mencionadas reclamaciones el 11 de mayo de 2012, la publicación del listado definitivo de admitidos el 14 de mayo de 2012.

De acuerdo a las pruebas arrimadas tenemos lo siguiente:

- El 8 de mayo de 2012 se publicó la lista de admitidos e inadmitidos, y respecto del señor Florencio Cuero Ortiz, se dispuso su inadmisión, al no haber soportado la experiencia exigida –folio 12-.
- El mismo día de la publicación de la lista de admitidos e inadmitidos, el señor Florencio Cuero, a través de correo electrónico remite certificaciones laborales, sin señalar que el escrito obedecía a una reclamación –folio 13-.

- El 9 de mayo de 2012 la Universidad Santiago de Cali emitió oficio en el cual se informó al aspirante la revocatoria de su inadmisión y se ordenó la admisión en la convocatoria –folio 14-.
- El 15 de mayo de 2012 se publica el listado de admitidos definitivo –folio 15-.

Con base en las normas a las cuales se ha hecho referencia, se reitera que solo en la etapa de inscripción de hojas de vida era procedente aportar los documentos necesarios para la admisión en la convocatoria, como el caso de las certificaciones laborales para acreditar experiencia, regla que no fue atendida por el señor Florencio Cuero, puesto que como se señaló presentó esta documentación por fuera del término establecido.

Igualmente, se considera que el cronograma de la convocatoria fue desatendido por la Universidad Santiago de Cali al aceptar la remisión por correo electrónico de certificaciones laborales, como una reclamación, la cual fue presentada un día antes del término establecido para ello en contra de la lista de inadmitidos, esto es, el 8 de mayo de 2012, ya que estaba previsto para ello, los días 9 y 10 de mayo de 2012.

No desconoce el despacho, que en la lista de admitidos e inadmitidos publicada el 8 de mayo de 2012, se dispuso que la causa por la cual fue declarado inadmitido el señor Florencio Cuero Ortiz era subsanable, sin embargo, ello no fue establecido de manera clara y expresa en la convocatoria, por tanto, no se ciñó la Universidad a las reglas del concurso, creando una etapa adicional en beneficio de los participantes inadmitidos, en aras de aportar documentación, que solo podía ser presentada al momento de la inscripción de las hojas de vida.

En el mismo sentido, llama la atención de esta juzgadora, que el señor Cuero Ortiz remitió los soportes laborales el 8 de mayo de 2012, sin señalar que se trataba de un reclamo; se estableció que la respuesta a las reclamaciones a los aspirantes se expediría el 11 de mayo de 2012 y la publicación definitiva se realizaría el 14 de mayo, sin embargo, la Universidad Santiago de Cali informa al señor Florencio Cuero de la revocatoria de la inadmisión y la consecuente admisión al proceso mediante oficio de 9 de mayo de 2012, fecha establecida para la presentación de las reclamaciones, es decir, se amplió de manera unilateral por parte del ente estudiantil el periodo para presentar la mencionada documentación y tuvo unas consideraciones muy especiales con el señor Florencio Cuero.

Y se evidencia además, en el proceso de la convocatoria para la conformación de la lista de elegibles de gerente de la E.S.E. Guapi, trato discriminatorio por parte de la Universidad Santiago de Cali, frente a la aspirante, hoy accionante Diana Lorena Gallego Toledo, puesto que el 17 de mayo de 2012, fecha en la cual fueron publicados los resultados de las pruebas, se presentó por parte de la actora petición de desagregación de los puntajes de los 3 primeros aspirantes, así como la remisión del sustento jurídico para la admisión del señor Florencio Cuero, en aras de presentar la reclamación formal, por ello, ante la omisión en la respuesta, el 18 de mayo de 2012, término establecido para la reclamación frente al resultado de las pruebas, puso en conocimiento las falencias presentadas en el concurso de méritos.

Sin embargo, solo mediante oficio fechado 18 de mayo de 2012, pero remitido mediante correo físico envía, el 22 de mayo de 2012, la Directora de proyectos de la Universidad Santiago de Cali le informó a la accionante:

> *"Antes de entrar a dar respuesta como es pertinente a su solicitud, me permito recordarle que el derecho de petición que usted ha incoado, para tal efecto tengo 10 días hábiles para ello y que además deberé suponer que usted refiere a una reclamación, evento que desde todo punto de vista es extemporáneo, ya que la fecha para elevar dichas reclamaciones está fijada para el día viernes 18 de mayo de 2012 y la peticionaria la ha arrimado a esta instancia el día 17 de Mayo hogaño, empero además me permito aclararle a la petente que la extemporaneidad significa para todos los efectos legales presentar solicitudes, demandas o recursos por fuera del término establecido, indefectiblemente si es antes o después; no obstante con el ánimo de garantizar su principio de celeridad (el al (Sic) debido proceso no aplica) me permito dar respuesta en el primer día hábil después de recibir su comunicación, así.*
> *(...)"*

Por tanto, se evidencia que la extemporaneidad a la cual hace referencia la Directora de Proyectos de la Universidad Santiago de Cali, solo aplicó para el caso de la señora Diana

Lorena Gallego Toledo y no para el señor Florencio Cuero Ortiz, que se reitera presentó las certificaciones laborales, un día antes de la fecha establecida para la reclamaciones, pero por fuera del término establecido para presentar la documentación exigida para acreditar los requisitos para la admisión a la convocatoria, como quedó plenamente establecido.

Para esta juzgadora, la Universidad Santiago de Cali incurrió en distintas irregularidades en el trámite de la convocatoria mencionada, favoreciendo a uno de los aspirantes, en detrimento de la señora Diana Lorena Gallego Toledo, puesto que con el trámite dado al concurso, desencadenó el atraso de las etapas del mismo, debiendo recurrirse incluso a la acción de tutela para la protección de sus derechos fundamentales como el debido proceso.

De acuerdo a lo manifestado, evidencia el despacho que se incurrió por parte de la Universidad Santiago de Cali, en calidad de entidad contratada para desarrollar el concurso de méritos para conformar la lista de elegibles para el cargo de Gerente de la E.S.E. Guapi, en una falla en el servicio, puesto que se incumplió con el cronograma y las reglas del mencionado concurso causando un detrimento a la hoy accionante.

.- Responsabilidad de la E.S.E. Guapi y el Departamento del Cauca

Una vez remitida por parte de la Universidad Santiago de Cali la lista de elegibles con la exclusión del señor Florencio Cuero, a la Junta Directiva de la E.S.E. Guapi, se presentaron las siguientes actuaciones, de acuerdo a las competencias asignadas a la mencionada Junta y al Gobernador del departamento del Cauca:

- Obra acta de reunión realizada el 3 de octubre de 2012, para la designación del gerente de la E.S.E. Guapi, conforme la lista de elegibles enviada por la Universidad Santiago de Cali, en la cual se dispuso entre otros aspectos:

  "Continuando con el orden del día se coloca a consideración la conformación de la terna con los tres puntajes, con base a la nueva lista de elegibles presentada por la Universidad Santiago de Cali, según acta adjunta del 17 de septiembre de 2012, en donde aparecen:
  (...)
  Al colocarla a consideración, es negada por unanimidad, al solo existir dos aspirantes en la lista de elegibles cuya calificación es superior a los establecidos por el Departamento Administrativo de la Función Pública según artículo 6 de la Resolución 165 de 2008, por lo anterior y ante la imposibilidad de elaborar la terna, se procede a dar por terminada la reunión, dejar constancia e informar de tal situación al nominador del cargo señor Gobernador del Departamento y a la señora Juez Sexto Civil Municipal de Popayán.
  (...)"

- Mediante Decreto 0304 de 4 de octubre de 2012, el Gobernador del departamento del Cauca dispuso revocar el Decreto 0260 de 8 de agosto de 2012, a través del cual se nombró al señor Florencio Cuero Ortiz como gerente de la ESE Guapi, en cumplimiento de fallo de tutela del Juzgado Sexto Civil del Circuito de Popayán, y en su lugar encargó a la enfermera Rubiela Martínez Vidal en dicho cargo, hasta tanto se provea el cargo en propiedad, en la parte motiva del mencionado acto, entre otros argumentos, señaló:

  "(...)
  La Junta Directiva en sesión del día 03 de octubre de 2.012, decidió que no era posible elaborar la terna de acuerdo a la lista de elegibles presentada por la Universidad Santiago de Cali (Ley 1122 de 2.007, Decreto 800 de 2.008, Resolución 165 de 2.008 de la DAFP y la Ley 1438 de 2011), y teniendo en cuenta el concepto proferido por el Ministerio de Salud y Protección Social mediante oficio No. 220749 del 03 de Octubre de 2.012, so pena de incurrir la Junta Directiva en un acto que a la postre genere un nombramiento viciado de nulidad.

  Se procede a la designación por encargo de Gerente de la Empresa Social del Estado de GUAPI ESE, hasta tanto la Junta Directiva presente la terna al Gobernador del Departamento nominador del cargo.".

- Posterior a ello, y a través de diferentes actos administrativos, el Gobernador del departamento del Cauca nombró a diferentes personas, en el cargo de Gerente de la Empresa Social del Estado Guapi E.S.E.

- Mediante Decreto 1898 de 13 de octubre de 2016 nombró al doctor Oscar Eduardo Angola Lasso como gerente Código 085 Grado 02 de la E.S.E Guapi y en su parte considerativa señaló:

> *"(...)*
> *El Departamento Administrativo de la Función Pública, a solicitud del Gobernador del Departamento del Cauca, realizó el proceso de evaluación correspondiente para seleccionar el Gerente de la Empresa Social del Estado Guapi E.S.E., determinando que el doctor OSCAR EDUARDO ANGOLA LASSO, identificado con cédula de ciudadanía número 76.142.567, cumple con las competencias evaluadas, toda vez que supera el porcentaje mínimo requerido fijado como perfil por el DAFP, (...)"*

De acuerdo con las pruebas mencionadas, la Empresa Social del Estado Guapi E.S.E. y el departamento del Cauca, omitieron el nombramiento de la señora Diana Lorena Gallego Toledo, argumentando que no era posible conformar la terna, teniendo en cuenta que con la exclusión del señor Florencio Cuero Ortiz, solo 2 personas superaron el puntaje establecido para esta clase de convocatorias.

Como se expuso, el artículo 4 del Decreto 800 de 2008, modificado por el Decreto 2993 de 2011, señala:

> *"ARTÍCULO 4º.- La Junta Directiva conformará una terna con los concursantes que hayan obtenido las tres mejores calificaciones en el proceso de selección adelantado. El nominador deberá designar en el cargo de gerente o director a quien haya alcanzado el más alto puntaje dentro de los quince (15) días calendario siguientes a la finalización del proceso de elección. El resto de la terna operará como un listado de elegibles, para que en el caso de no poder designarse al candidato con mayor puntuación, se continúe con el segundo y de no ser posible la designación de éste, con el tercero."*

La Corte Constitucional en la Sentencia C-181 de 2010, consideró sobre el uso de la terna:

> *"Esta obligación no desaparece cuando la designación está precedida por la conformación de un listado de elegibles. El listado de elegibles no desconoce el derecho de quien demuestra más altos méritos a acceder al empleo, ni implica que el nominador pueda seleccionar discrecionalmente a uno de los integrantes de la lista; su finalidad es garantizar la continuidad del servicio y promover la eficiencia de la función pública mediante la creación de una lista de personas calificadas que pueden desempeñar el empleo ante la imposibilidad de nombrar a quien obtuvo la calificación más alta. Por ello, esta Corporación ha señalado que cuando sea imposible nombrar al primero de la lista, el nominador debe designar al segundo mejor calificado*
>
> *La Administración puede separarse de tal decisión cuando exista una causa suficientemente poderosa, objetiva y explícita que impida honrar el primer lugar de la lista. Ello ocurre, por ejemplo, cuando el ganador del concurso presenta antecedentes penales, disciplinarios o de tipo profesional que, al ser contrastados con los resultados de los concursos, evidencien su falta de idoneidad para ocupar el cargo. En todo caso, no podrán alegarse razones de tipo subjetivo, moral, religioso, étnico o político para sustraerse de la obligación de nombrar al primero de la lista."*

Y respecto de la lista de elegibles, la Corte Constitucional en sentencia T – 829 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub señaló:

> *"Es importante señalar que la lista o registro de elegibles tiene dos cometidos, el primero, que se provean las vacantes, los encargos o las provisionalidades para las cuales se convocó el respectivo concurso* ***y no para otros****, porque ello implicaría el desconocimiento de una de las reglas específicas de aquel:* ***el de las plazas a proveer****. El segundo, que durante su vigencia, la administración haga uso de ese acto administrativo para ocupar* ***sólo*** *las vacantes que se presenten en los cargos objeto de la convocatoria y no otros. Por tanto, no se puede afirmar que existe desconocimiento de derechos fundamentales ni de principios constitucionales cuando la autoridad correspondiente se abstiene de proveer con dicho acto empleos no ofertados.*
>
> *De lo expuesto se puede concluir que la conformación de la lista de elegibles es un acto administrativo de carácter particular, cuyo fin es de establecer un orden para proveer los cargos estrictamente ofertados y no otros, lo que obliga a las entidades nominadoras a proveer exclusivamente el número de plazas ofertadas en cada una de las convocatorias o las que se generen durante su vigencia, siempre y cuando se refieran al mismo cargo para el cual se ofertó el concurso en donde el nombramiento debe hacerse en estricto orden de mérito con*

quienes se encuentren en el primer lugar en la lista. Las plazas que no correspondan a la convocatoria o que con posterioridad resulten vacantes, requerirán de la realización de un nuevo concurso." (Resaltamos)

Como se expuso, para el nombramiento del Gerente de una empresa social del estado de orden territorial, es necesario la conformación de una terna, que provenga de la realización de convocatoria - concurso de méritos, por tanto, dicha terna, estará conformada por los mejores puntajes de los aspirantes evaluados.

En el presente caso, se considera y como lo había previsto la normativa anterior a la señalada, al no haber superado mínimo tres personas el puntaje necesario para la conformación de la terna, debió declararse desierto el concurso y convocar inmediatamente a uno nuevo, y a los que fueran necesarios para proveer dicha vacante.

El Departamento Administrativo de la Función Pública, expidió el Concepto Nº 85371 de 31 de mayo de 2013[9], en el cual, estudiando el caso específico del concurso para la asignación del gerente de la E.S.E Guapi, en el cual, se excluyó al señor Florencio Cuero Ortiz, se concluyó:

*"De acuerdo con lo señalado en las Leyes 1122 de 2007 y 1438 de 2011, la Junta Directiva conformará una **terna** con los concursantes que hayan obtenido las **tres** mejores calificaciones en el proceso de selección adelantado. La **terna** debe estar integrada por **tres** candidatos plenamente habilitados para desempeñar el cargo para el cual son postulados. Por esta razón, no es viable que se integre una terna con un número inferior de candidatos. De acuerdo con la ley, el nominador deberá designar en el cargo de gerente o director a quien haya alcanzado el más alto puntaje dentro de los quince (15) días calendario siguiente a la finalización del proceso de elección.*

En caso de que no sea posible conformar dicho listado deberán adelantarse tantos concursos como sea necesario.

Concretamente frente al caso consultado, esta Dirección considera, que al haberse excluido mediante fallo judicial a la persona que ocupó el primer lugar en la terna, solamente quedarían dos personas que superaron el puntaje para conformarla, por lo que de acuerdo con la definición de terna no se configuraría, por lo que en este caso, en criterio de esta Dirección se deberá adelantar nuevamente el proceso de selección para conformar una nueva terna."

Sin embargo, de las pruebas que obran en el expediente, se evidencia que no se adelantó por parte de las entidades accionadas concurso de méritos para suplir el cargo de gerente de la E.S.E. Guapi para el periodo en el cual concursó la señora Diana Lorena Gallego Toledo, luego de la exclusión del señor Florencio Cuero, para la conformación de la mencionada lista de elegibles.

Asimismo, se considera que al haber la señora Diana Lorena Gallego Toledo superado el concurso de méritos adelantado, ocupando el primer lugar de elegibilidad, y si bien, no fue posible la conformación de la terna, debió la Junta Directiva de la E.S.E. y el gobernador del Departamento del Cauca, tenerla en cuenta para desempeñar el cargo de gerente mientras de adelantaba el nuevo proceso de selección, atendiendo a la acreditación de las competencias para el desempeño del mencionado cargo, y que no existía razones objetivas que impidieran dicha designación.

En sentencia T - 059 de 2019, la Corte Constitucional estudiando el caso de una aspirante dentro de concurso de méritos para acceder a un cargo de gerente de un Hospital, señaló que en esta clase de convocatorias debe primar el mérito, expresamente estableció:

"54. Respecto del desarrollo de este tipo de concursos, también se ha pronunciado esta Corte mediante diferentes sentencias de tutela en las que ha estudiado cuándo, en el marco de un proceso de selección de un gerente de una Empresa Social del Estado, se pueden configurar vulneraciones de los derechos fundamentales y, en ese sentido, existe una línea pacifica en la que se indica que el mérito es el criterio máximo que debe primar en este tipo de procesos, en tanto que carecería de toda razón lógica adelantar un trámite administrativo que busca garantizar la idoneidad de la persona que va a desempeñar el cargo y, de manera posterior, favorecer a otra persona que no ocupó el primer lugar.
(...)

9 Radicado Nº 20136000058371

> *62. Ahora bien, en estos casos es evidente de la relevancia de la terna de elegibles que debe conformar la Junta Directiva de la entidad, previo a designar al ganador del concurso como gerente, pues en el caso en que éste último no pueda desempeñar el cargo por razones de talante mayor, se deberá acudir a ese listado de elegibles para determinar, en orden de puntajes, quién deberá ocupar el empleo[114]. Es por ello que, el listado de elegibles no desconoce el derecho al mérito, sino que tiene como finalidad "garantizar la continuidad del servicio y promover la eficacia y eficiencia de la función pública mediante la creación de una lista de personas calificadas que puedan desempeñar el empleo ante la imposibilidad de nombrar a quien obtuvo la calificación más alta"[115].*
>
> *63. La terna, además de garantizar la provisión del cargo con una persona idónea para ocuparlo, cumple con los principios de eficacia y eficiencia en la prestación del servicio de salud, en tanto que el gerente de la Empresa Social del Estado va a ser la persona que cuenta con las competencias y los conocimientos necesarios para ejercer tal labor, además de garantizar que el cargo va a ser provisto y, por lo tanto, la Empresa Social del Estado va a estar dirigida por alguien idóneo para prestar el servicio de manera efectiva. En otras palabras, "al constituirse la terna con los mejores del concurso, la administración cubre la eventual necesidad de contar con otros candidatos aptos, en el caso de no poderse designar a quien obtuvo el mejor puntaje, bien sea porque no acepta la nominación o se ve impedido para ser nombrado. Además, al estructurarse la terna, se cuenta con una posibilidad inmediata de colmar la vacante de la gerencia y, afectar, en menor medida la gestión de dirección de las entidades encargadas de prestar el servicio público, sin que sea necesario adelantar un sin número de concursos o de dotar la vacante con personal que eventualmente no reúne las condiciones para garantizar la mejor administración"[116].*

De acuerdo a lo manifestado, al haber ocupado el primer lugar de elegibilidad la señora Diana Lorena Gallego Toledo, y se reitera, si bien no fue posible la conformación de la terna establecida para el nombramiento del gerente de la E.S.E. Guapi, en aplicación y prevalencia del mérito, al haberse superado las etapas del concurso y ser la persona idónea para desempeñar dicho cargo, se considera por esta Juzgadora se debió nombrar a la señora Gallego Toledo, pues acreditaba mejor derecho que las personas a las cuales se nombró por parte del gobernador, como se dijo, al haber participado en el concurso establecido para ello.

De esta manera, se evidencia que tanto la Junta de la Empresa Social del Estado E.S.E. Guapi y el gobernador del departamento del Cauca omitieron de manera injustificada el nombramiento de la señora Diana Lorena Gallego Toledo, quien presentaba mejor derecho frente a las demás personas, en prevalencia y aplicación del mérito al cual se ha hecho referencia en esta providencia, situación que causó un daño y en consecuencia perjuicios de orden patrimonial y moral a la accionante y su grupo familiar.

De acuerdo a lo antes señalado, es procedente condenar de manera solidaria a las entidades accionadas, por el daño causado a la señora Diana Lorena Gallego Toledo con la violación del debido proceso y el trato discriminatorio al cual fue sometida por parte de la Universidad Santiago de Cali dentro de la convocatoria y la omisión de su nombramiento en el cargo de gerente de la Empresa Social del Estado E.S.E. Guapi, en el periodo 2012 – 2016, por parte de la Empresa Social del Estado Guapi E.S.E. y el departamento del Cauca.

TERCERO.- Perjuicios

El artículo 16 de la Ley 446 de 1998 consagra el principio de reparación integral en los siguientes términos:

> *"Valoración de daños. Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales."*

Partiendo de la responsabilidad administrativa que radica en la Universidad Santiago de Cali, la Empresa Social del Estado Guapi E.S.E. y el Departamento del Cauca, debe determinarse la indemnización que por los perjuicios reclamados corresponda al grupo accionante, de conformidad con el grado de parentesco y las relaciones afectivas que se tuvo por probado en la fijación del litigio y con las declaraciones recaudadas en la fase probatoria.

PERJUICIOS MATERIALES

.- Daño emergente

Solicitó la parte accionante el reconocimiento de perjuicios materiales, en la modalidad de daño emergente, la suma de $10.000.000.

Debe aclararse inicialmente, que en la demanda no se especifica de donde proviene la mencionada suma, por lo cual, en principio no sería procedente el reconocimiento de esta clase de perjuicios; sin embargo, con las pruebas arrimadas con la demanda, se allegó copia de la Factura No. 1718 de 16 de enero de 2013, por valor total de $ 1.740.000, por concepto de "honorarios correspondientes al Concepto Jurídico "Desacato Conformación de Lista y Terna para Elección de Gerente ESE", a nombre de la señora Diana Lorena Gallego Toledo, expedida por parte de la sociedad "CHARRY MOSQUERA ABOGADOS ASOCIADOS & COMPAÑÍA S.A.S.", con N.I.T. 830003163-7.

El Consejo de Estado, en sentencia de unificación jurisprudencial[10] de 18 de julio de 2019, dentro de un proceso de reparación directa, por privación injusta de la libertad, respecto del reconocimiento de perjuicios materiales, en la modalidad de daño emergente dispuso:

> ***"Respecto del daño emergente derivado del pago de honorarios profesionales***
>
> *i) Se reconoce el daño emergente por pago de honorarios profesionales únicamente en favor del demandante que lo haya solicitado como pretensión indemnizatoria de la demanda y pruebe que fue quien efectuó ese pago.*
>
> *ii) Se reconoce si se prueba que el abogado que recibió el pago por concepto de honorarios profesionales fungió en el asunto penal como apoderado del afectado directo con la medida de aseguramiento.*
>
> *iii)* ***La factura –o documento equivalente (artículos 615 y 617 del Estatuto Tributario)- acompañada de la prueba de su pago****, expedidos ambos por el abogado que asumió la defensa penal del afectado directo con la medida de aseguramiento,* ***será la prueba idónea del pago*** *por concepto de honorarios profesionales.*
>
> *iv) La indemnización del daño emergente correspondiente al pago de honorarios profesionales se hará por el valor registrado en la factura o documento equivalente (artículos 615 y 617 del Estatuto Tributario) y en la prueba del pago. De no coincidir los valores consignados en la factura o documento equivalente y en la prueba del pago, se reconocerá por este concepto el menor de tales valores."*

Considera esta Juzgadora, que esta regla de unificación procede en el presente asunto, teniendo en cuenta que se trata del pago de honorarios a una firma de abogados, por concepto de asesoría para la presentación de una acción constitucional.

El artículo 617 del Estatuto Tributario, señala los siguientes requisitos para la elaboración de la factura de venta:

> *"ARTICULO 617. REQUISITOS DE LA FACTURA DE VENTA. <Artículo modificado por el artículo 40 de la Ley 223 de 1995. El nuevo texto es el siguiente:> Para efectos tributarios, la expedición de factura a que se refiere el artículo 615 consiste en entregar el original de la misma, con el lleno de los siguientes requisitos:*
>
> *a. Estar denominada expresamente como factura de venta.*
> *b. Apellidos y nombre o razón y NIT del vendedor o de quien presta el servicio.*
> *c. <Literal modificado por el artículo 64 de la Ley 788 de 2002. El nuevo texto es el siguiente:> Apellidos y nombre o razón social y NIT del adquirente de los bienes o servicios, junto con la discriminación del IVA pagado.*
> *d. Llevar un número que corresponda a un sistema de numeración consecutiva de facturas de venta.*
> *e. Fecha de su expedición.*
> *f. Descripción específica o genérica de los artículos vendidos o servicios prestados.*

10 CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA, Bogotá, D.C., dieciocho (18) de julio de dos mil diecinueve (2019), Radicación número: 73001-23-31-000-2009-00133-01(44572), Actor: ORLANDO CORREA SALAZAR Y OTROS, Demandado: NACIÓN –RAMA JUDICIAL Y OTROS, Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA

g. Valor total de la operación.
h. El nombre o razón social y el NIT del impresor de la factura.
i. Indicar la calidad de retenedor del impuesto sobre las ventas.
j. <Literal INEXEQUIBLE>"

Se considera entonces, que la factura de venta allegada por la parte accionante, cumple con los requisitos exigidos por la Ley, asimismo, que el perjuicio denominado daño emergente fue solicitado por parte de la señora Diana Lorena Gallego Toledo, conforme lo ordena la sentencia de unificación señalada, en consecuencia es procedente el reconocimiento de este pago.

De esta manera, se reconocerá a la señora Diana Lorena Gallego Toledo el valor de **un millón setecientos cuarenta mil pesos ($1.740.000)**, que equivale al valor cancelado por concepto de asesoría para la presentación de la acción de tutela, en contra de la Universidad Santiago de Cali, por los trámites realizados por el ente universitario, dentro de la convocatoria para proveer el cargo de gerente de la E.S.E. Guapi en la cual participó.

Suma que será actualizada según la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final (febrero de 2020 – fecha de la sentencia)}}{\text{Índice inicial (enero de 2013 – fecha de pago)}}$$

$$R = 1.740.000 \times \frac{104.24}{78.28}$$

$$R = 2.317.036$$

El valor a reconocer por concepto de daño material en la modalidad de daño emergente es de DOS MILLONES TRESCIENTOS DIECISIETE MIL TREINTA Y SEIS PESOS M/CTE ($ 2.317.036).

.- Lucro cesante

Por concepto de lucro cesante solicitó el reconocimiento de la suma de $ 204.007.680, para la señora Diana Lorena Gallego Toledo.

Se encuentra acreditado, de acuerdo a la Adenda Correctiva de 11 de abril de 2012, que el concurso de méritos adelantado, se realizó para conformar la lista de aspirantes al cargo de gerente de la E.S.E. Guapi, para el periodo 01 de abril de 2012 hasta el 31 de marzo de 2016; asimismo, que la asignación básica mensual del cargo, correspondería a $ 4.250.160; sin embargo, de acuerdo al cronograma de la convocatoria, el primer nombramiento que se realizó, una vez conformada la lista de elegibles por parte de la Universidad Santiago de Cali y la terna por la E.S.E Guapi, se hizo el 6 de junio de 2012, mediante Decreto 0184, proferido por el Gobernador del departamento del Cauca –folios 14 y 15 C. Pbas.

Adicional a ello, en la liquidación del perjuicio lucro cesante deberá reconocerse el valor de las prestaciones sociales inherentes al cargo de gerente de la Empresa Social del Estado Guapi E.S.E., dejadas de percibir.

Por tanto, este será el valor a reconocer mes a mes (asignación básica mensual y prestaciones sociales), a partir del 6 de junio de 2012 hasta 31 de marzo de 2016; suma que será actualizada según la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el que corresponde al valor del salario básico mensual y las prestaciones sociales, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria esta sentencia) por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió realizarse el pago).

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes empezando por el primer salario que se dejó de devengar – 6 de junio de 2012, y para los demás emolumentos teniendo en cuenta que el índice es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos, hasta el mes de marzo de 2016.

En el evento en que la señora Diana Lorena Gallego Toledo hubiere en el periodo junio de 2012 a marzo de 2016, devengado emolumento alguno, por el desempeño ante alguna entidad del Estado, dicho valor deberá ser descontado de la indemnización que se reconoce a través de la presente decisión.

PERJUICIOS MORALES

Solicitó el reconocimiento de 100 SMLMV para cada uno de los accionantes.

En relación con el perjuicio moral, el Consejo de Estado ha reiterado:

> "La *indemnización que se reconoce a quienes sufren un daño antijurídico tiene una función básicamente satisfactoria y no reparatoria del daño causado y que los medios de prueba que para el efecto se alleguen al proceso pueden demostrar su existencia pero no una medida patrimonial exacta frente al dolor, por lo tanto corresponde al juez tasar discrecionalmente la cuantía de su reparación, teniendo en cuenta la gravedad del daño causado al demandante. La magnitud del dolor puede ser apreciada por sus manifestaciones externas y por esto se admite para su demostración cualquier tipo de prueba; debe entenderse entonces, que los medios de prueba que para el efecto se alleguen al proceso, sirven para demostrar la existencia de la afectación, pero en ninguna forma constituyen una medida del dolor que de forma exacta pueda adoptarse, por ello la jurisprudencia ha establecido que con fundamento en dichas pruebas, corresponde al juez tasar de forma discrecional el valor de esta reparación"*[11].

De acuerdo con el testimonio rendido por el señor JHON EDWARD MARTINEZ RODRIGUEZ, se encuentra acreditada la afectación psicológica que sufrió la señora Diana Lorena Gallego Toledo, con la omisión en su nombramiento en el cargo de gerente de la E.S.E Guapi y todo lo que dicha omisión conllevó, como los trámites de las acciones de tutela, presentada por ella para la protección de sus derechos fundamentales, como la presentada por la Universidad Santiago de Cali, frente a la cual debió ejercer su defensa.

Igualmente, hace referencia el señor Martínez Rodríguez a la afectación que sufrió el grupo familiar de la señora Gallego Toledo, en los siguientes términos:

> ***"PARTE DEMANDANTE:*** *¿Tiene usted conocimiento de que otra manera se vio afectado el núcleo familiar si el esposo y los hijos también padecieron algún tipo de afectación debido a esa situación de la señora DIANA LORENA?* ***CONTESTA:*** *Sí, claro que si, en un momento ese núcleo familiar llegó a tornarse muy tenso, lastimosamente no tenían los recursos económicos para poder en muchas ocasiones solventar del diario vivir, fui testigo de ello, a veces no les alcanzaba el dinero para la manutención tanto de ellos como de sus hijos; en algunas ocasiones, incluso cuando los niños necesitaron tratamiento, pues entre la familia les tocó pues, hacer donaciones para los medicamentos que necesitaban los hijos para las enfermedades, lo que quiero decirle con esto, es que si pasaron muchas dificultades, tanto económicas como tensionales dentro de ese núcleo familiar."*

Asimismo, los interrogatorios de parte rendidos por la señora Diana Lorena Gallego Toledo y por el señor Edwar Ricardo Muñoz, dan cuenta de la afectación de orden moral, sicológico sufrido por ellos, y por sus hijos menores de edad, puesto que se señala:

El señor Edwar Ricardo Muñoz Muñoz, entre otros aspectos señaló:

> ***"PARTE DEMANDANTE:*** *¿Puede referirnos por favor que tipo de mecanismo o acciones tuvieron que hacer ustedes para ejercer la defensa judicial es decir, tuvieron que presentarse a la fiscalía, tuvieron que viajar, que tipo de conductas en defensa de los intereses de sus esposa tuvieron que adoptar ustedes?* ***CONTESTÓ:*** *Una situación bien compleja, bien difícil, pues entenderán que una cosa es una tutela y otra cosa es una demanda penal tuvimos que viajar a Cali, a la Universidad Santiago de Cali viajamos, para indagar un poco a ver qué había pasado, tuvimos que hacer muchas diligencias aquí en Fiscalía, en el CTI, reuniones con el abogado y pues todo eso requiere mucho tiempo, mucha dedicación y dinero también.* ***PARTE***

11 CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 2 de junio de 2004, expediente 14950

> ***DEMANDANTE:*** *¿Puede informar al despacho aparte de lo que usted me refiere que tipo de afectaciones generó esta situación en su esposa Diana Lorena Gallego Toledo, es decir, de qué manera ella se vio afectada por todo este tipo de diligencias en la que las que tenía que, que tenía que desarrollar?* ***CONTESTÓ:*** *fue una situación difícil en su momento porque es una situación angustiante, mi esposa pues no podía dormir, no podía conciliar el sueño, se la pasaba estresada, requería mucho tiempo, eso le quitó tiempo para compartir con la familia, con los niños que estaba muy pequeños en ese tiempo, tuvimos muchos problemas matrimoniales, entenderán que no es fácil, el solo hecho de no poder conciliar el sueño ya, genera una serie de alteraciones a razón de eso mi esposa entró en depresión, una vez me llamo y dijo que si ella hubiera sabido que todo esto iba a pasar hubiera preferido no presentarse a ningún concurso. Y fue una situación bien compleja para todos, como para mis hijos, para mí, nos trajo muchos, muchos problemas.* ***PARTE DEMANDANTE:*** *¿Y en cuanto a la afectación que usted refiere personal y de sus hijos, usted puede ser mas especifico de manifestarnos de qué manera a usted lo afectaba esa situación por la que ella estaba atravesando es decir, toda la angustia que usted refiere, como lo afectaba a usted y a su núcleo familiar toda esa situación?* ***CONTESTÓ:*** *El mismo estrés que ella sentía lo sentíamos nosotros, mis hijos y yo, yo también sentía mucho estrés pues ella no podía dormir, yo tampoco podía dormir, no la pasábamos peleando, discutiendo, era una situación angustiante, mi esposa se encontraba muy irritable y eso generó un malestar familiar, tanto en el matrimonio como en el núcleo familiar con nuestros niños, ella tuvo que dedicarle mucho tiempo a su defensa y eso generó quitarle mucho tiempo a nuestros niños."*

Así las cosas, es al Juez a quien le corresponde cuantificar la indemnización que por perjuicios morales se debe a quien haya sido afectado por parte de la Administración sin causa que así lo justifique.

En el presente proceso, se acudirá al sano criterio del juzgador como lo ha sostenido el Consejo de Estado, posición que igualmente ha sido adoptada por el órgano de cierre de la jurisdicción administrativa en nuestro distrito judicial[12]:

> *"La indemnización que se reconoce a quienes sufren un daño antijurídico tiene una función básicamente satisfactoria y no reparatoria del daño causado y que los medios de prueba que para el efecto se alleguen al proceso pueden demostrar su existencia pero no una medida patrimonial exacta frente al dolor, por lo tanto corresponde al juez tasar discrecionalmente la cuantía de su reparación, teniendo en cuenta la gravedad del daño causado al demandante. La magnitud del dolor puede ser apreciada por sus manifestaciones externas y por esto se admite para su demostración cualquier tipo de prueba; debe entenderse entonces, que los medios de prueba que para el efecto se alleguen al proceso, sirven para demostrar la existencia de la afectación, pero en ninguna forma constituyen una medida del dolor que de forma exacta pueda adoptarse, por ello la jurisprudencia ha establecido que con fundamento en dichas pruebas, corresponde al juez tasar de forma discrecional el valor de esta reparación".*

De acuerdo a lo anterior, se reconocerá por concepto de perjuicios morales, las siguientes sumas:

Para la señora DIANA LORENA GALLEGO TOLEDO, en calidad de afectada principal, la suma de VEINTE (20) SMLMV.

Para el señor EDWAR RICARDO RUIZ, en calidad de esposo de la víctima directa, la suma de DIEZ (10) SMLMV.

Para SAMUEL MUÑOZ GALLEGO y JUAN ESTEBAN MUÑOZ GALLEGO, en calidad de hijos de la víctima directa, la suma de DIEZ (10) SMLMV para cada uno de ellos.

3.- Agencias en derecho y costas del proceso

Conforme el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, salvo en los procesos en que se ventilen un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso.

Bajo este lineamiento, es del caso condenar en costas de manera solidaria a las entidades accionadas con fundamento en el artículo 365 del C.G.P., cuya liquidación se hará por secretaría del Despacho, conforme lo establece el artículo 366 del C.G.P., como quiera que la acción contenciosa prosperó.

12 Sentencia de 14 de febrero de 2019, M.P. David Fernando Ramírez Fajardo, Expediente: 2014-00040-01

Para fijar las agencias en derecho se tendrá en consideración los criterios objetivos de razonabilidad establecidos por el Tribunal Administrativo del Cauca[13], órgano que a su vez acogió lo señalado por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, y para ello, se tasarán en el **0.5%** del valor de la condena, de acuerdo a lo dispuesto por el Numeral 3.1.2 del artículo 6 del Acuerdo 1887 de 2003, modificado por el Acuerdo 2222 del 10 de diciembre de 2003, así como al numeral 3 del artículo 366 del CGP.

4.- Decisión

Por lo expuesto el JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE POPAYÁN, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- Declarar no probadas las excepciones propuestas por la Universidad Santiago de Cali, la Empresa Social del Estado Guapi E.S.E. y el Departamento del Cauca, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO.- Declarar solidaria y administrativamente responsable a la Universidad Santiago de Cali, a la Empresa Social del Estado Guapi E.S.E. y al Departamento del Cauca por la omisión en el nombramiento de la señora Diana Lorena Gallego Toledo, en el cargo de Gerente de la Empresa Social del Estado Guapi E.S.E., para el periodo 1 de abril de 2012 a 31 de marzo de 2016, por lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO.- Como consecuencia de lo anterior, condenar de manera solidaria a la Universidad Santiago de Cali, a la Empresa Social del Estado Guapi E.S.E. y al Departamento del Cauca a reconocer las siguientes sumas de dinero por concepto de indemnización por los perjuicios causados:

Por concepto de perjuicio por daño moral:

Accionante	Relación afectiva	Monto
DIANA LORENA GALLEGO TOLEDO	Víctima Directa	20 SMLMV
EDWAR RICARDO MUÑOZ MUÑOZ	Esposo	10 SMLMV
SAMUEL MUÑOZ GALLEGO	Hijo	10 SMLMV
JUAN ESTEBAN MUÑOZ GALLEGO	Hijo	10 SMLMV

Por concepto de daño emergente:

- ✓ Para DIANA LORENA GALLEGO TOLEDO, la suma de DOS MILLONES TRESCIENTOS DIECISIETE MIL TREINTA Y SEIS PESOS M/CTE ($ 2.317.036).

Por concepto de lucro cesante:

- ✓ Para DIANA LORENA GALLEGO TOLEDO el valor equivalente a la asignación básica mensual y las prestaciones respecto del cargo de gerente de la E.S.E. Guapi, en el periodo comprendido entre el 6 de junio de 2012 a 31 de marzo de 2016.

Dicha suma deberá ser actualizada utilizando la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

13 Sentencia de 21 de febrero de 2019, M.P. David Fernando Ramírez Fajardo, proceso con Radicado Nº 2014-00446, Accionante María Luisa Fernández Solarte, Accionado Municipio de Silvia: "(…) Sin embargo, esta Corporación ha asumido la posición adoptada por la (Sic) el Honorable Consejo de Estado, cuando aduce que "no debe perderse de vista que en cualquier clase de decisiones jurídicas debe considerarse la razonabilidad de esta, que no solo se agota con la simple aplicación lógico-formal de la norma, sino que supone velar porque la decisión en el caso concreto consulte criterios de justicia material y no devenga en irrazonable, desproporcionada o, en suma, contraria a la constitución; se trata, entonces, de adoptar una decisión que satisfaga el criterio de aceptabilidad; y para lograr ello en buena medida contribuye la valoración de los principios constitucionales."13 (…)"

Según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el que corresponde al valor del salario básico mensual y las prestaciones sociales del cargo de gerente, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria esta sentencia) por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió realizarse el pago).

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes empezando por el primer salario que se dejó de devengar – 6 de junio de 2012, y para los demás emolumentos teniendo en cuenta que el índice es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos, hasta el mes de marzo de 2016.

En el evento en que la señora Diana Lorena Gallego Toledo hubiere en el periodo junio de 2012 a marzo de 2016, devengado emolumento alguno, por el desempeño ante alguna entidad del Estado, dicho valor deberá ser descontado de la indemnización que se reconoce a través de la presente decisión.

CUARTO.- Condenar en costas de manera solidaria a la Universidad Santiago de Cali, a la Empresa Social del Estado Guapi E.S.E. y al Departamento del Cauca de conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A. Liquídense por secretaría.

Se fijan las agencias en Derecho en la suma equivalente 0.5% del valor de las pretensiones reconocidas en esta sentencia, que serán tenidas en cuenta al momento de liquidar las costas procesales.

QUINTO.- La Universidad Santiago de Cali, la Empresa Social del Estado Guapi E.S.E. y el Departamento del Cauca darán cumplimiento a la sentencia en los términos previstos en los artículos 192 y 195 del CPACA.

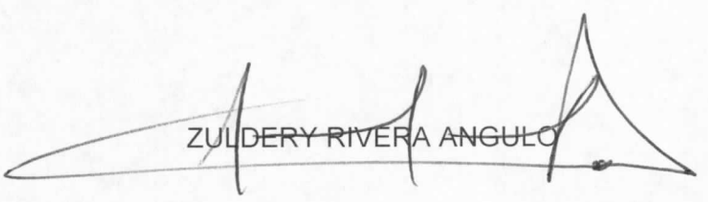
SEXTO.- Notificar esta providencia tal y como lo dispone el artículo 203 de la Ley 1437 de 2011, en concordancia con lo señalado en el artículo 295 del Código General del Proceso.

SÉPTIMO.- Archivar el expediente previa cancelación de su radicación, una vez cobre ejecutoria esta providencia. Por secretaría liquídense los gastos del proceso.

OCTAVO.- En firme esta providencia, entréguese la primera copia de la misma a la parte interesada para los efectos pertinentes, ello a la luz de lo dispuesto en el artículo 114 del Código General del Proceso.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

La Jueza,



ZULDERY RIVERA ANGULO