



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SOGAMOSO

Sogamoso, veintinueve (29) de abril del año dos mil veintiuno (2021)

Referencia: Nulidad Electoral
Radicado: 15759-33-33-002-2020-00056-00
Demandante: Luis Francisco Castañeda
Demandado: Municipio de Gámeza y otra

1. ASUNTO

Corresponde al Despacho dictar sentencia de primera instancia para decidir de fondo la demanda que ha dado origen al proceso de la referencia.

2. PRETENSIONES

En ejercicio del medio de control de nulidad electoral consagrado en el artículo 139 del CPACA, el señor Luis Francisco Castañeda solicita (*Exp Dig. Archivo 02*):

- i)* Se declare la nulidad de la Resolución 040 del 31 de marzo de 2020, expedida por el Alcalde Municipal de Gámeza, por medio de la cual se nombró a la señora Rosalba Solano Cuta como Gerente de la E.S.E Gámeza Municipio Saludable, para el periodo comprendido entre el 1º de abril de 2020 hasta el 31 de marzo de 2024.
- ii)* Se ordene al burgomaestre municipal o quien haga sus veces, efectuar el nombramiento del empleo público de Gerente, Código 085, grado 2 en estricto cumplimiento del orden de resultados de competencias laborales efectuadas para el año 2020.

3. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Los supuestos fácticos que respaldan las pretensiones de la demanda se sintetizan de la siguiente manera (*Exp. Dig. Archivo 08*):

La ESE Gámeza Municipio Saludable es una empresa social del Estado, de categoría especial, descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa creada por acuerdo emanado del Concejo Municipal de Gámeza.

Mediante Resolución No. 060 del 8 de noviembre de 2019, se actualizó el manual de funciones y competencias laborales de la ESE, estableciendo como requisitos para ocupar el cargo de Gerente: Título profesional en el área de salud, tarjeta profesional y experiencia profesional de un (1) año en el sector salud e indicando en su artículo 4 como profesiones que hacen parte del núcleo básico de salud: Bacteriología, enfermería, instrumentalización quirúrgica, medicina, nutrición y dietética, odontología, optometría, otros programas de salud, salud pública y terapias.

De conformidad con el artículo 20 de la Ley 1797 de 2016, corresponde al alcalde municipal de Gámeza nombrar, dentro de los tres meses siguientes a su posesión, previa verificación de los requisitos del cargo y evaluación de competencias que señale el Departamento Administrativo de la Función Pública, el empleo de Gerente de la ESE Gámeza Municipio Saludable.

En virtud de lo anterior, el Municipio de Gámeza efectuó las pruebas de competencias para proveer el cargo en comento del periodo comprendido entre el 1º de abril de 2020 al 31 de marzo de 2024 con la caja de compensación familiar COMFABOY, a través de su agencia de empleos, sin que mediara acto administrativo de convocatoria pública para que los interesados de postularan.

COMFABOY realizó la convocatoria No. 1626178166-19 con fecha de creación 16 de marzo de 2020, en la cual estableció como requisitos para postularse al cargo de Gerente de la E.S.E. *“profesional en área de la salud, formación posgradual en especialista en seguridad y salud en el trabajo o afines, capacitación en contratación estatal mínimo 5 años de experiencia en organismos o entidades públicas o privadas que integran el sistema de seguridad social en salud, indispensable que sea o resida en el Municipio de Gámeza Boyacá, Salario a convenir”*.

La citada caja realizó prueba de competencias a 5 personas que se presentaron a la convocatoria, sin que esta cumpliera los lineamientos mínimos establecidos en la Resolución No. 680 de 2016, en la que se indican las competencias que se deben demostrar para ocupar el empleo de gerente o director de empresas sociales del estado, con los siguientes resultados:

Aspirante	Observación
Yuddy Lizeth Joya Talero	Mediante correo electrónico del 27 de marzo del 2020, manifiesta su intención de no continuar con el proceso
Claudia Julieta Ciro Basto	Contestó el cuestionario de forma extemporánea
Rosalba Solano Cuta	Presentó respuesta dentro del término
Omar Alejandro Nossa Ramírez	Presentó respuesta dentro del término
Sandra Patricia Mancipe Gil	No respondió el cuestionario enviado

Mediante Resolución No. 040 de 31 de marzo de 2020, expedida por el Alcalde Municipal de Gámeza, se efectúa el nombramiento de la señora Rosalba Solano Cuta como Gerente Código 085 grado 2 de la planta de la ESE Gámeza Municipio Saludable, para el periodo comprendido entre el 1º de abril de 2020 y el 31 de marzo de 2024, quien tomó posesión del cargo el 1º de abril de 2020.

4. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACION

La parte actora formula los siguientes cargos contra el acto acusado:

- ***Expedición irregular del acto administrativo acusado, por falta de idoneidad y experiencia de COMFABOY en la realización de las pruebas de competencias para proveer el cargo de Gerente de la ESE Gámeza Saludable periodo 2020-2024:***

Refiere que se violó lo dispuesto En el Decreto 1427 de 2016, la Resolución No. 680 de 2016 y el artículo 125 de la Carta Política, indicando que la agencia de empleos de COMFABOY no es una entidad idónea para realizar las pruebas de evaluación de competencias para proveer el cargo en cuestión, al no tener experiencia para ello; además, no cumple con ninguna de las opciones dadas por el DAFP, según el artículo 4º de la precitada resolución, en virtud del cual para dicha selección se podía acudir a quienes se relacionan a continuación, precisando que los profesionales que adelanten la evaluación de competencias deben ser idóneos y contar con experiencia en selección de personal, criterio que no cumple COMFABOY, idncia. Veamos:

- AI DAFP
- Un órgano técnico designado por la entidad para el efecto y conformado por los directivos de la entidad nominadora y/o consultores externos.
- Universidades Públicas o privadas

- Empresas consultoras externas especializadas en selección del personal
- A través de contratos o Convenios administrativos celebrados con entidades de la administración pública con experiencia en procesos de selección de personal.

Indica que el Alcalde desechó sin justificación, la asesoría gratuita del Departamento Administrativo de la Función Pública, entidad idónea y con experiencia en la realización de este tipo de pruebas.

- ***Expedición irregular por inexistencia de acto administrativo expedido por el alcalde de Gámeza que contenga invitación pública y demás reglas para la selección del Gerente de la ESE Gámeza Periodo 2020-2024***

Considera la parte actora que, se vulneran los artículos 125 y 209 de la Carta Política en virtud de los cuales, para acceder a los cargos públicos se deben cumplir los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y la calidad de los aspirantes atendiendo los principios de moralidad, imparcialidad y publicidad contemplados igualmente en el artículo 3 de la Ley 1437 de 2011.

Lo anterior teniendo en cuenta que, el Alcalde Municipal no expidió el respectivo acto administrativo en el cual se fijara la invitación para los interesados en participar en las pruebas de competencias para proveer el empleo de Gerente de la ESE. Igualmente, omitió señalar el cronograma de actividades, fecha de publicación de la invitación, recepción de hojas de vida, requisitos del empleo verificación de requisitos, conformación de la lista de admitidos y designación; criterios a evaluar dentro de la prueba de competencias, mecanismos de recepción y reclamaciones.

Aduce que los aspectos antes indicados fueron establecidos a través del aviso de convocatoria publicada por COMFABOY en su página web vulnerando los principios de moralidad, transparencia y publicidad exigidos constitucionalmente para cualquier convocatoria o invitación para proveer un cargo del estado.

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

Por parte de la accionada se desconoció lo previsto por los artículos 125 de la Constitución que refiere al acceso a los cargos públicos cumpliendo los requisitos y condiciones fijados por la ley para determinar los méritos y la calidad de los aspirantes al igual que el principio de publicidad de los artículos 209 de la Constitución y 3 de la Ley 1437 de 2011.

Agrega que se vulneraron los artículos 20 de la Ley 1797 de 2016 y 2.5.3.8.5.5 del Decreto 1427 de 2016, por contemplar una entrevista previa al nombramiento del cargo de Gerente de la ESE, porque las normas citadas, solo establecen cumplir con los requisitos del empleo y la realización de las pruebas de competencias, como dos criterios exclusivos y excluyentes de realización de entrevista.

Considera el demandante que la Resolución No. 039 del 27 de marzo de 2020, por la cual se establece el procedimiento para la legalización de la prueba de entrevista dentro de la selección de gerente de la ESE de Gámeza, como acto de trámite previo a la expedición del acto administrativo demandado, no fue debidamente publicado en cartelera, página web, ni emisora local, por lo cual se vulneró ese principio.

De otra parte, creó un nuevo requisito que fue valorado y que culminó con los resultados que Rosalba Solano Cuta y Omar Alejandro Nossa fueran los únicos habilitados para continuar con el proceso pues la señora Yuddy Lizeth Joya, declinó la aspiración, la señora Claudia Julieta Ciro se aduce envió el cuestionario de forma extemporánea y Sandra Patricia Mancipe Gil, se indica no lo presentó.

Por ende, se desconoció los requisitos señalados en el manual de funciones para ser nombrado Gerente de la ESE, a saber, título profesional en el área de la salud, tarjeta profesional y experiencia profesional de un (1) año en el sector salud y que adicionalmente se debía realizar la respectiva prueba de competencias, lo que hubiera determinado que la persona a nombrar fuera Claudia Julieta Ciro Basto quien obtuvo el puntaje más alto.

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

Se desconocieron los artículos 41 y 125 de la Carta Política, 20 de la Ley 1797 de 2015, 2.5.3.8.5.5 del Decreto 1427 de 2016, artículo 5 de la Resolución No. 060 del 8 de noviembre de 2019, por el cual se actualiza el Manual Específico de Funciones y Competencias de la ESE.

Lo anterior teniendo en consideración que en el aviso de convocatoria, COMFABOY contempló como requisitos formación posgradual en especialista en seguridad y salud en el trabajo o afines, capacitación en contratación estatal y mínimo 5 años de experiencia en organismos o entidades públicas o privadas que integran el sistema de seguridad social en salud, desconociendo que el respectivo manual de funciones de la ESE exige título profesional en el área de salud y solo un año de experiencia, restringiéndose injustificadamente la posibilidad de presentación de otros profesionales de la salud por dicha exigencia desproporcionada e ilegal.

- ***Falsa motivación del acto demandado por cuanto la señora Rosalba Solano Cuta no cumple con los requisitos para ser nombrada Gerente de la ESE Gámeza, por cuanto el título profesional de administración en servicios de salud, no hace parte del área de la salud, sino en el campo de la administración de empresas***

Reitera la vulneración de la normativa citada en el anterior cargo, toda vez que el título profesional de Administradora de Servicios de Salud que ostenta la señora Rosalba Solano Cuta no pertenece al área de ciencias de la salud ya que, de conformidad con el Sistema Nacional de Información de la Educación Superior SNIES; se clasifica como de campo de administración de empresas y derecho y núcleo específico de economía, administración contaduría y afines, por lo cual no cumpliría con los requisitos para desempeñar el cargo y por ende, su nombramiento es nulo.

- ***Expedición irregular y falsa motivación del acto demandado. La prueba de competencias realizada por COMFABOY, no cumplió con los requisitos exigidos en la Resolución 680 de 2016, expedida por el Departamento Administrativo de la Función Pública.***

Adicional a las normas que se han venido citado considera la parte demandante que se omitió lo señalado en el artículo 3 de la Resolución No. 680 de 2016 del DAFP, que señala las competencias que se deben demostrar para ocupar el empleo de gerente o director de las ESE la cuales corresponden a:

“ARTÍCULO 3°. Competencias y Conductas Asociadas. Las competencias y conductas asociadas que se evaluarán al candidato o candidatos que aspiren a acceder al empleo de gerente o director de las Empresas Sociales del Estado, son las siguientes:

COMPETENCIA	CONDUCTAS ASOCIADAS
1. Compromiso con el servicio público Desempeñarse de acuerdo con el marco de valores, misión y objetivos de la organización y de su grupo de trabajo.	Da respuesta oportuna a las necesidades de los usuarios y ciudadanos de conformidad con el servicio que ofrece la entidad.
	Establece mecanismos para conocer las necesidades e inquietudes de los ciudadanos
	Orienta a los ciudadanos de modo que puedan realizar sus trámites minimizando esfuerzos y tiempos.
	Diseña estrategias para responder a las necesidades e inquietudes del ciudadano y del usuario.
2. Orientación a los Resultados: Cumplir los compromisos organizacionales con eficiencia y calidad	Incorpora las necesidades de usuarios y ciudadanos en los proyectos institucionales teniendo en cuenta la visión de servicio a corto, mediano y largo plazo.
	Se fija metas y obtiene los resultados institucionales esperados.
	Cumple con oportunidad las funciones de acuerdo a estándares, objetivos y metas establecidas por la entidad.
	Obtiene los resultados esperados de acuerdo con las metas y objetivos institucionales, identificando riesgos y buscando la manera de superarlos.
3. Manejo de las Relaciones Interpersonales Establecer y mantener relaciones profesionales cordiales, armónicas, y respetuosas que faciliten el buen desempeño institucional y favorezcan el clima organizacional.	Compromete recursos y tiempo para mejorar la productividad y toma de medidas necesarias para minimizar los riesgos
	Escucha con interés y respeto las inquietudes de sus compañeros de trabajo, usuarios y ciudadanos.
	Respeto las diferencias y la diversidad de las personas.
	Establece relaciones laborales basadas en el respeto mutuo y la confianza.
4. Planeación: Capacidad para reflexionar estratégicamente, generar ideas acerca de cómo la organización puede crear el máximo valor y determinar metas y prioridades de la organización	Transmite eficazmente las ideas e información impidiendo con ello malos entendidos o situaciones confusas que puedan generar conflictos.
	Identifica, analiza y evalúa dificultades potenciales que pueden presentarse en el desarrollo de la gestión integral en salud.
	Analiza la prestación de servicios de salud con enfoque en los determinantes sociales de la salud en el territorio.
	Interpreta adecuadamente los objetivos de la de la organización y plantea la formulación de planes y acciones de desarrollo de servicios.
5. Manejo eficaz y eficiente de recursos. Capacidad para administrar bienes y recursos materiales con criterios de eficacia y eficiencia	Evalúa los resultados alcanzados, las estrategias planeadas y su impacto, con el fin de establecer mejoramiento continuo y aprendizaje.
	Orienta la aplicación de recursos a la atención integral de las necesidades de insumos que propicien una eficiente prestación de servicios.
	Monitorea y evalúa los resultados de la aplicación de recursos y promueve la ejecución de correctivos.
	Rinde informes y cuentas del manejo, gestión y aplicación de la prestación efectiva de servicios mejorando las condiciones de los usuarios.
	Crea e implementa mecanismos de coordinación, seguimiento y evaluación de prestación de servicios de salud.

Agrega que la prueba de competencias realizada por COMFABOY, fue aplicada bajo la agencia de empleo KOMPEDIC de la empresa Psigma Corporation, empero no tuvo en cuenta ninguno de los parámetros establecidos por el DAFP, pues no se establece cómo se evaluaron los aspectos de compromiso en el servicio público, orientación de resultados, manejo de relaciones interpersonales, planeación y manejo eficaz y eficiente de recursos, lo que conlleva a la nulidad del acto acusado.

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

La señora Mancipe Gil, aspirante al cargo, manifestó que registró su hoja de vida en el servicio de empleos de COMFABOY para la vacante de gerente de la ESE de Gámeza y posteriormente presentó la prueba de competencias, empero después la llamaron para manifestarle que dicha vacante no se encontraba disponible, sino la vacante para la ESE de Pesca, por lo que las respuestas a la entrevista las envió a la Secretaría de Gobierno de pesca, enterándose posteriormente que se había seleccionado a la Gerente de la ESE de Gámeza, sin permitir su participación en la fase de entrevista. Por lo citado, considera el demandante que se evidencian una serie de irregularidades que determinan la nulidad del acto acusado.

5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El **Municipio de Gámeza** en su debida oportunidad allegó escrito de contestación (*Exp Dig Archivo 14*) manifestando oponerse a las pretensiones, teniendo en consideración que, la normativa que regula la materia le da facultades discrecionales al nominador para realizar el nombramiento del cargo de Gerente de la ESE, una vez se hayan cumplido los requisitos exigidos por la ley.

Refiere la defensa que en asocio con COMFABOY, a través de su agencia y colocación de empleos, se adelantó convocatoria pública para proveer el cargo de gerente de la ESE de Gámeza, con el fin de evaluar la idoneidad de los aspirantes al cargo en mención, situación que no es contraria a la norma, pues de conformidad con el artículo 20 de la Ley 1797 del 13 de julio de 2016, por la cual se dictan disposiciones que regulan la operación del sistema general de seguridad social en salud y se dictan otras disposiciones, los Gerentes o Directores de las Empresas Sociales del Estado del nivel territorial serán nombrados por el Jefe de la respectiva Entidad Territorial, dentro de los tres (3) meses siguientes a su posesión, quienes adelantaran los nombramientos, previa verificación del cumplimiento de los requisitos del cargo establecidos en las normas correspondientes y evaluación de las competencias que señale el Departamento Administrativo de la Función Pública.

Por otro lado, refiere que, la Resolución No. 680 de 2016 del DAFP, contempla las competencias que se deben demostrar para ocupar el empleo, más no direcciona las formas como la entidad municipal debe realizar la verificación de las mismas.

En cuanto a la Resolución No. 039 de 2020, señala que esta se comunicó a cada uno de los aspirantes preseleccionados para el cargo situación que era legítima, por cuanto eran los únicos interesados en el proceso. Así mismo, mediante llamada telefónica y correo electrónico se le informó a cada uno de ellos sobre el lugar y la fecha para la presentación de entrevista y su cuestionario, la cual fue realizada por el señor alcalde de acuerdo con lo establecido en el respectivo acto administrativo.

Frente a los cargos de violación señaló que, en cuanto a la competencia e idoneidad de la agencia de empleos de COMFABOY para adelantar este tipo de convocatorias, la Resolución No. 680 de 2016, señala que es facultativa la intención de tomar la asesoría que presta el DAFP, pues la norma no prevé ni prohíbe el procedimiento que

debe emplear el nominador para tener la certeza de las competencias que ostenta cada uno de los aspirantes al cargo haciendo alusión a los parámetros en cuanto a los requisitos a cumplir.

Respecto a la falta de requisitos de la señora Rosalba Solano Cuta para ser nombrada como Gerente de la ESE, indica que fue solicitado concepto al DAFP en el que se refirió que, de acuerdo con lo previsto en el SNIES, el administrador de servicios en salud, puede ser nombrado como Gerente de Una ESE de cualquier nivel y en todas las categorías de los municipios.

La señor **Rosalba Solano Cuta**, a través de apoderado, contestó la demanda (*Archivo 15*), señalando que si bien es cierto el manual de funciones de la ESE Gámeza Municipio Saludable indica lo que manifiesta el demandante, no es menos cierto que este no se encuentra actualizado frente a las recientes disposiciones sobre las profesiones que se incluyen en el núcleo básico de la salud determinadas por el Ministerio de Educación Nacional, el Ministerio de Salud y Protección Social y el DAFP, quienes determinaron la inclusión de la profesión de Administración en Salud dentro del núcleo básico de salud.

Continua indicando que, el Decreto 1427 de 2016, el cual es reglamentario de la Ley 1797 del mismo año, determina que es competencia del Alcalde Municipal aplicar las pruebas de competencias de los aspirantes al cargo de Gerente de la ESE y es así que el Burgomaestre en ejercicio de su autonomía se apoyó de manera técnica en la Caja de Compensación COMFABOY, la cual está debidamente reconocida como agencia privada no lucrativa de gestión y colocación de empleo, por parte del Ministerio de Trabajo y Protección Social, para realizar la clasificación y preselección de los aspirantes, reservándose la potestad nominadora en cabeza del Alcalde, tal como ocurrió y lo establece la ley.

Adujo que en ninguna parte de la normatividad que regula la materia, se contempla expedir un acto de apertura de convocatoria pública por parte del Alcalde Municipal, lo cual es única y exclusivamente del resorte de la entidad que apoyo técnicamente, sin que pueda considerarse que corresponde a un concurso de méritos como lo pretende el demandante.

Refiere que por parte de COMFABOY, se aplicó a cada uno de los 5 aspirantes que se presentaron y de los cuales no fue rechazado ninguno, las pruebas Kompe desarrolladas por el grupo Psigma Corp, ampliamente reconocidas en aplicación de competencias laborales evaluándolos en cada una de las competencias orientadas a cargos que tienen bajo su responsabilidad equipos de trabajo, valorando aspectos con mayor desarrollo frente a orientación al logro, autoconfianza e inteligencia social al igual que el estilo comportamental dándoles no un puntaje sino un porcentaje para poder ser ubicados en los diferentes rangos o escala de aptitud, a lo cual se suma que el señor alcalde determinó realizar una segunda fase, entrevista, en la cual se aplicaron todos los parámetros establecidos en la Resolución No. 680 de 2016, decisión que fue notificada íntegramente a los aspirantes sin que se evidenciara reclamación alguna por ello.

En cuanto a la inconsistencia presentada por COMFABOY de poner 5 años de experiencia en lugar de 1, aduce que ello no fundamento la expedición del acto cuya nulidad se pretende y tal yerro no influyó en la decisión, tan es así que ninguna hoja de vida fue rechazada o eliminada por no cumplir los requisitos previstos en el manual de funciones de la ESE.

Por otra parte, la accionante falta a la verdad al afirmar que el título de administración en salud no hace parte del área de ciencias de la salud, pues el mismo DAFP conceptuó que en dicha área se reporta el programa Administración en Salud, por lo

cual la señora Solano Cuta podía ser nombrada en el cargo de gerente de la ESE al cumplir con todos los requisitos previstos para ello.

Frente a la situación de la señora Sandra Mancipe, del informe suministrado por COMFABOY se indica que no respondió la prueba, lo que permite afirmar que se le envió al correo pero no la atendió y si la señora Mancipe tenía alguna inconformidad, debió elevar la reclamación del caso lo cual no efectuó.

De igual manera, propuso como excepción la de **Falta de legitimación en la causa por pasiva**, indicando que con el escrito de demanda se establece que el actor está actuando en un interés particular, desvirtuando el fin de la acción electoral, pretendiendo se nombre a otro aspirante en el cargo lo cual no es viable, pues no se busca restablecimiento de un derecho sino solo la evaluación de un acto administrativo y la consecuencia que es su nulidad o no.

6. TRAMITE PROCESAL

La demanda fue radicada y asignada a este despacho el 3 de agosto de 2020 (*Archivo 01*). Con providencia del 10 del mismo mes y año se inadmite (*Archivo 05*) y una vez subsanada, se admite por auto del 20 de agosto de 2020 (*Exp. Dig. Archivo 09*). A través de providencia del 20 de octubre de 2020 (*Archivo 23*) se fija fecha para llevar a cabo audiencia inicial, que se instala el 29 de octubre de 2020 (*Archivo 30*).

El 11 de diciembre de 2020, se práctica audiencia de pruebas (*Archivos 55 y 56*), se dispuso declarar cerrada la etapa probatoria, prescindir de la audiencia de alegaciones y juzgamiento y correr traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para rendir concepto.

Posteriormente, mediante auto del 15 de febrero de 2021 (*Archivo 68*), se resolvió obedecer y cumplir lo resuelto por el Tribunal Administrativo de Boyacá en providencia del 14 de enero de 2021 y dejar sin efecto las decisiones emitidas en diligencia del 11 de diciembre de 2020 en relación con declarar cerrada la etapa probatoria, prescindir de la audiencia de alegaciones y juzgamiento y correr traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para rendir concepto.

Igualmente, se fijó el día 11 de marzo de 2021, para recepcionar la declaración de la señora Sandra Patricia Mancipe Gil, fecha en la cual se practica dicha prueba y se dispuso declarar cerrada la etapa probatoria, prescindir de la audiencia de alegaciones y juzgamiento y correr traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para rendir concepto (*archivo 74*).

7. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El apoderado del **Municipio de Gámeza** en su escrito final (*Exp Dig. Archivo 60*) ratifica lo manifestado al contestar la demanda, teniendo en consideración que el actor no ha logrado probar sumariamente la presunta ilegalidad del acto administrativo demandado, como tampoco su falsa motivación, ni se acreditó que la señora Rosalba Solano Cuta no cumpliera con los requisitos para desempeñar el cargo de Gerente de la ESE, por lo cual solicita sean negadas las pretensiones de la demanda.

Por su parte, el mandatario judicial de la señora **Rosalba Solano Cuta**, refiere en sus alegaciones finales (*Archivos 61 y 76*) que de las pruebas recaudadas no puede endilgarse que el acto acusado es nulo, retomando los argumentos expuestos al momento de contestar la demanda y reiterando que el proceso en virtud del cual se designa al gerente de una ESE no es de concurso, si no de nombramiento y para el caso concreto se desarrolló conforme a la ley y dentro de las facultades que le asisten al nominador.

Agrega que el testimonio de la señora Sandra Patricia Mancipe Gil, es una prueba que no da claridad ni luz sobre las pretensiones de la demanda y si tenía dudas sobre el proceso no paso escrito o reclamación al responsable de la convocatoria quien debía aclarar sus dudas y no esperar más de un año para exponerlas.

Así las cosas, al no demostrarse ni probar sus afirmaciones la parte actora, solicita se protejan los derechos ciertos e indiscutibles de la señora Rosalba Solano Cuta como gerente de la ESE Gámeza Municipio Saludable, los cuales adquirió al ser nombrada por el señor alcalde luego de haber cumplido con el perfil, la experiencia y ser apta para ocuparlo y por ende, no se acceda a las pretensiones de la demanda.

La **Agente del Ministerio Público** delegada ante este Despacho Judicial emitió concepto (*Exp. Dig Archivo 76*) en el cual, luego de hacer un recuento del trámite impartido y relacionar los medios de prueba que obran en las diligencias, señaló que conforme a la autorización expedida a la Caja de Compensación COMFABOY, para la fecha en que prestó sus servicios al municipio de Gámeza y que son materia de debate, contaba con la facultad y se encontraba avalada para adelantar el proceso por ella gestionado.

Aduce que de conformidad con el artículo 20 de la Ley 1797 de 2016, el nombramiento en cuestión correspondía al alcalde previa verificación del cumplimiento de los requisitos del cargo establecidos en la ley y evaluación de competencias que señale el DAFP, quien puede o no solicitar la colaboración del DAFP para su realización lo que implica que no le era obligatorio.

Para el caso el burgomaestre municipal se apoyó en COMFABOY, a través de la Agencia de Gestión y colocación de empleo, para la evaluación de las competencias requeridas sin que obre prueba eficaz que acredite que dicha entidad no es idónea para tal fin, más aun cuando cuenta con la debida autorización para ello.

De otra parte, explica que de acuerdo con las normas que regulan el nombramiento de gerentes y directores de las ESE, no existe la necesidad de emitir acto administrativo que contenga una invitación pública, ni las reglas para la designación de estos funcionarios, las que actualmente señalan que la misma se realiza directamente por el nominador.

Respecto a la citación a entrevista, considera que no afecta la legalidad del acto administrativo impugnado, pues ni la Ley 1797 de 2016, el Decreto 1427 de 2016 y la Resolución No. 680 de la misma anualidad, precisaron cómo era la forma de verificar las competencias que se deben demostrar para ocupar el empleo en cuestión.

En cuanto a los requisitos señalados por COMFABOY en la convocatoria, indica que se incurrió en un yerro al fijar como requisitos 5 años de experiencia y formación de posgrado en especialista en seguridad y salud en el trabajo y afines, los cuales ya estaban definidos en el manual de funciones de la empresa y no podían ser modificados. No obstante, no se acreditó que dicho yerro afectara la legalidad del acto acusado, más aun cuando ninguno de los aspirantes fue rechazado por incumplir los requisitos de estudio o experiencia y tampoco se demostró que se hubiera presentado reclamación por dicho aspecto.

Sobre el cumplimiento de requisitos por parte de la señora Rosalba Solano Cuta, indica que el DAFP absolvió consulta en la cual manifestó que, de acuerdo con lo previsto en el SNIES, el administrador de servicios en salud puede ser nombrado Gerente de ESE de cualquier nivel y en todas las categorías de los municipios, por lo que los argumentos expuestos por la parte actora no están llamados a prosperar.

Igualmente considera que, no se probó que los parámetros aplicados en las pruebas por COMFABOY, no cumplieran con los lineamientos de la Resolución No. 680 de 2016, por el contrario, se establece que las pruebas aplicadas abordaron diferentes aspectos y competencias, por lo que el cargo formulado en lo que a este aspecto refiere tampoco está llamado a prosperar.

Refiere, luego de mencionar lo manifestado por la testigo Sandra Patricia Mancipe Gil y citar documental que obra en las diligencias, que si bien se postuló a la vacante de Gerente de la ESE Gámeza Municipio Saludable, dicha aspiración no se efectuó en término, pues ella misma en su relato indica que el 25 de marzo de 2021, se inscribió cuando la fecha límite era hasta el 24 de dicho mes y año, lo cual se constata con la comunicación enviada al Alcalde Municipal de Gámeza con fecha 27 de marzo en la que se informa que la aspirante, no presentó la prueba dentro de los plazos de la convocatoria para la ESE de Gámeza, razón por la cual no era viable que continuara en la convocatoria en cuestión, situación que no acaeció en relación con su participación en el proceso de gerente de la ESE de Pesca, la cual si fue oportuna.

Ahora, si bien señala que se presentaron una serie de irregularidades por cuanto se efectuó una llamada por parte del personal de COMFABOY en la que le indicaron que no podía continuar con el proceso en el Municipio de Gámeza y que nunca le fue enviada la entrevista ni el acto administrativo que así lo dispuso, lo que se encuentra demostrado es que COMFABOY, a través de su agencia de empleo, comunicó al Alcalde de Gámeza el 27 de marzo de 2020, que si bien enviaba prueba y hoja de vida de la señora Sandra Mancipe se aclaraba que no presentó la prueba dentro de los plazos establecidos, pues su postulación se dio el 26 de marzo, pero se adjuntaba por cuanto aparecía en plataforma, siendo esa la razón por la cual se menciona en la Resolución No. 039 de 2020.

Concluye que al no configurarse ninguno de los cargos de nulidad incoados, las pretensiones de la demanda no se encuentran llamadas a prosperar.

8. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver se contrae a determinar la legalidad del acto administrativo de nombramiento de la señora Rosalba Solano Cuta, en el cargo de Gerente de la Empresa Social del Estado Gámeza Municipio Saludable ESE, contenido en la Resolución No. 040 del 31 de marzo de 2020 expedida por el Alcalde Municipal de Gámeza.

9. DE LA LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA

De la lectura de los fundamentos de la excepción propuesta por el mandatario judicial de la señora Rosalba Solano Cuta, se establece que en ellos lo que se cuestiona el proceder del accionante, quien, en sentir de la parte excepcionante, está actuando en un interés particular, desvirtuando así el fin de la acción de nulidad electoral, lo que implica que carece de legitimación para actuar y elevar reclamación alguna.

Por lo tanto, al no cuestionarse la legitimación en la causa por pasiva a lo cual se suma que de conformidad con lo señalado por el artículo 139 del CPACA, cualquier persona podrá pedir la nulidad de los actos de nombramientos que expidan las entidades y autoridades públicas, lo cual habilita al señor Luis Francisco Castañeda para la interposición del medio de control que nos ocupa, la excepción propuesta no se encuentra llamada a prosperar.

10. MARCO NORMATIVO

Elección de Gerentes de las Empresas Sociales del Estado - Jurisprudencia.

El Decreto Ley 785 de 2005, por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación y de funciones y requisitos generales de los empleos de las entidades territoriales que se regulan por las disposiciones de la Ley 909 de 2004, establece en su artículo 22 los requisitos para el ejercicio de los empleos que conforman el Sistema de Seguridad Social en Salud, señalando en su artículo 22.3.3. los requisitos para desempeñar el cargo de Gerente de ESE, en los municipios de 6ª categoría los siguientes: “... *título profesional en el área de la salud y experiencia profesional de un (1) año, en el sector salud.*”

Posteriormente, con la Ley 1797 de 2016, por la cual se dictan disposiciones que regulan la operación del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones, se establece un nuevo procedimiento para el nombramiento de los Gerentes de las ESE, una vez se ha verificado el cumplimiento de los requisitos establecidos en la precitada norma y realizada la evaluación de competencias señalada por el Departamento Administrativo de la Función Pública.

En efecto dispone su artículo 20:

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

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Para el caso de los Gerentes o Directores de las Empresas Sociales del Estado que a la entrada en vigencia de la presente ley hayan sido nombrados por concurso de méritos o reelegidos, continuarán ejerciendo el cargo hasta finalizar el período para el cual fueron nombrados o reelegidos.

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

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

A su vez el Decreto 1427 de 2016, que reglamentó la precitada norma estableció:

“Artículo 1. Objeto. Sustitúyanse las secciones 5 y 6 del Capítulo 8 Título 3 Parte 5 Libro 2 del Decreto 780 2016, Unico Reglamentario del Salud y Protección Social, así:

"SECCIÓN 5 NOMBRAMIENTO GERENTES EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO

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

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

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

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

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

Artículo 2.5.3.8.5.5. Nombramiento. El nombramiento del gerente o director de la Empresa Social del del orden nacional, departamental o municipal, recaerá en quien acredite los requisitos exigidos para el desempeño y las competencias requeridas.”

Ahora, para efectos de adelantar la evaluación de competencias de los aspirantes a ocupar el cargo de Gerente de ESE, el Departamento Administrativo de la Función Pública, profirió la Resolución No 680 de 2016, por la cual se señalan las competencias que se deben demostrar para ocupar el empleo de gerente o director de Empresa Social del Estado, estableció en su artículo 3º las conductas asociadas a ser evaluadas en el candidato los cuales corresponden:

COMPETENCIA	CONDUCTAS ASOCIADAS
1. Compromiso con el servicio público <i>Desempeñarse de acuerdo con el marco de valores, misión y objetivos de la organización y de su grupo de trabajo.</i>	<i>Da respuesta oportuna a las necesidades de los usuarios y ciudadanos de conformidad con el servicio que ofrece la entidad.</i>
	<i>Establece mecanismos para conocer las necesidades e inquietudes de los ciudadanos</i>
	<i>Orienta a los ciudadanos de modo que puedan realizar sus trámites minimizando esfuerzos y tiempos.</i>

	<p><i>Diseña estrategias para responder a las necesidades e inquietudes del ciudadano y del usuario.</i></p> <p><i>Incorpora las necesidades de usuarios y ciudadanos en los proyectos institucionales teniendo en cuenta la visión de servicio a corto, mediano y largo plazo.</i></p>
<p>2. Orientación a los Resultados:</p> <p><i>Cumplir los compromisos organizacionales con eficiencia y calidad</i></p>	<p><i>Se fija metas y obtiene los resultados institucionales esperados.</i></p> <p><i>Cumple con oportunidad las funciones de acuerdo a estándares, objetivos y metas establecidas por la entidad.</i></p> <p><i>Obtiene los resultados esperados de acuerdo con las metas y objetivos institucionales, identificando riesgos y buscando la manera de superarlos.</i></p> <p><i>Compromete recursos y tiempo para mejorar la productividad y toma de medidas necesarias para minimizar los riesgos</i></p>
<p>3. Manejo de las Relaciones Interpersonales</p> <p><i>Establecer y mantener relaciones profesionales cordiales, armónicas, y respetuosas que faciliten el buen desempeño institucional y favorezcan el clima organizacional.</i></p>	<p><i>Escucha con interés y respeto las inquietudes de sus compañeros de trabajo, usuarios y ciudadanos.</i></p> <p><i>Respeto las diferencias y la diversidad de las personas.</i></p> <p><i>Establece relaciones laborales basadas en el respeto mutuo y la confianza.</i></p> <p><i>Transmite eficazmente las ideas e información impidiendo con ello malos entendidos o situaciones confusas que puedan generar conflictos.</i></p>
<p>4. Planeación:</p> <p><i>Capacidad para reflexionar estratégicamente, generar ideas acerca de cómo la organización puede crear el máximo valor y determinar metas y prioridades de la organización</i></p>	<p><i>Identifica, analiza y evalúa dificultades potenciales que pueden presentarse en el desarrollo de la gestión integral en salud.</i></p> <p><i>Analiza la prestación de servicios de salud con enfoque en los determinantes sociales de la salud en el territorio.</i></p> <p><i>Interpreta adecuadamente los objetivos de la de la organización y plantea la formulación de planes y acciones de desarrollo de servicios.</i></p> <p><i>Evalúa los resultados alcanzados, las estrategias planeadas y su impacto, con el fin de establecer mejoramiento continuo y aprendizaje.</i></p>
<p>5. Manejo eficaz y eficiente de recursos.</p> <p><i>Capacidad para administrar bienes y recursos materiales con criterios de eficacia y eficiencia</i></p>	<p><i>Orienta la aplicación de recursos a la atención integral de las necesidades de insumos que propicien una eficiente prestación de servicios.</i></p> <p><i>Monitorea y evalúa los resultados de la aplicación de recursos y promueve la ejecución de correctivos.</i></p> <p><i>Rinde informes y cuentas del manejo, gestión y aplicación de la prestación efectiva de servicios mejorando las condiciones de los usuarios.</i></p> <p><i>Crea e implementa mecanismos de coordinación, seguimiento y evaluación de prestación de servicios de salud.</i></p>

Y sobre la asesoría a prestar por dicha entidad, en su artículo 4º indicó:

“El Departamento Administrativo de la Función Pública brindará la asesoría que las entidades del orden nacional y territorial requieran para la implementación de la presente resolución.”

Por otra parte, se encuentra que, mediante sentencia **C- 046 de 2018**, a través de la cual se resolvió demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 20 de la Ley 1797 de 2016, la Corte Constitucional, al referirse sobre la naturaleza del cargo de gerente o director de Empresas Sociales del Estado y la evolución de su forma de provisión señaló que, se han tenido tres momentos:

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

Posteriormente, el artículo 28 de Ley 1122 de 2007, cambió la forma de proveer estos cargos. Así, el Legislador en ejercicio de su amplio margen de configuración y a pesar de haber dispuesto el cargo como de libre nombramiento y remoción sometió su designación a concurso buscando la profesionalización del cargo, separar la selección de consideraciones políticas, garantizar el principio de igualdad de oportunidades y no permitir que la dirección de estas entidades pudiera darse indefinidamente, para evitar corrupción administrativa

Finalmente, se expide el artículo 20 de la Ley 1797 de 2016, por la cual se dictan disposiciones que regulan la operación del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones” señalando la alta corporación el cambio del referido sistema de la siguiente forma:

“(…)

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

(ii) Tienen un periodo institucional de cuatro años que termina tres meses después del inicio del periodo institucional del Presidente y los jefes de las entidades territoriales;

(iii) Su retiro del cargo está sujeto a la evaluación insatisfactoria del plan de gestión, en los términos de la Ley 1438 de 2011 y las normas reglamentarias, por destitución o por orden judicial.

(…)

De conformidad con lo anterior, la Sala constata que en el régimen vigente: (i) se suprimieron el concurso de méritos y la actuación de la Junta Directiva de la entidad para la conformación de una terna; (ii) se mantuvieron el periodo institucional de cuatro años y las causales de remoción con fundamento en la evaluación del programa de gestión; y (iii) se reintrodujo explícitamente la causal de remoción del cargo con fundamento en las faltas disciplinarias, además de añadir la orden judicial como motivo adicional. (...)

La designación de los gerentes o directores de las Empresas Sociales del Estado por el Presidente de la República, gobernadores o alcaldes no viola el principio del mérito establecido en el artículo 125 de la Constitución por tratarse de un cargo que exceptúa la regla general

40. Para analizar el primer cargo se debe aclarar que la demanda en este aspecto no se dirige en contra de todo el artículo 20, sino que se limita a los apartes que designan la nueva forma de nombramiento de los gerentes o directores de las ESE, es decir, el primer inciso hasta la palabra “artículo”, la última frase del segundo inciso del párrafo transitorio, al igual que su tercer inciso.

Como se ha advertido ampliamente, el artículo 125 de la Constitución establece la carrera administrativa como la regla general. Sin embargo, tal disposición también reconoce que existen otros métodos de selección para ejercer la función pública, como excepciones. En consecuencia, la carrera es uno de los métodos de selección para los empleos públicos, pero no es el único. La misma norma establece, entre otros, el libre nombramiento y remoción como una de las formas posibles de ejercer cargos en la función pública, como excepción a la carrera administrativa.

En este contexto, se ha reconocido que entre las facultades que la Constitución consagra de forma explícita para el Congreso de la República, se encuentra la de regular el ejercicio de la función pública, de acuerdo con el interés general y los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad. Otras manifestaciones de esta potestad, se encuentran en la posibilidad de crear formas excepcionales para el acceso a la función pública, y en la determinación de sujetar el ejercicio de la misma, a las condiciones legalmente establecidas. Específicamente, se ha dicho que dentro de estas facultades se encuentra la de regular el sistema de seguridad social en salud, la cual incluye la creación, modificación u organización de nuevas formas de entidades descentralizadas, como lo son las Empresas Sociales del Estado. Igualmente que, dentro de tal potestad, puede implementar el sistema de selección que considere apropiado para la provisión de los empleos del Estado.

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

Al margen de lo anterior, se ha reconocido que el cargo de director o gerente de las ESE es sui generis. Lo precedente por dos motivos, primero, porque como cargo de libre nombramiento y remoción no ha ostentado ni lo hace ahora, todas las características de ese tipo de designación, toda vez que su remoción no opera como una facultad discrecional del nominador, sino que está sujeta a una estabilidad limitada, en relación con el periodo fijo y, en el régimen anterior a la posibilidad de una sola reelección. En el actual, se reviven las evaluaciones de desempeño y consideraciones disciplinarias como causales explícitas de remoción, para que las mismas procedan con fundamento en un debido proceso. Segundo, porque en el pasado su acceso estuvo mediado por el concurso de méritos bajo la regla de que era posible para el Legislador determinar que un cargo de la naturaleza mencionada se dotara mediante concurso de méritos, pero que en ese escenario debían respetarse todas las prerrogativas de tal mecanismo.

42. Ahora bien, la determinación de este cargo como uno de los exceptuados de la carrera administrativa es completamente legítima. Lo anterior, puesto que el como se ha expuesto ampliamente artículo 125 de la Carta Superior no exige que todos los cargos de la función pública sean de carrera, sino que entiende que la estructura orgánica del Estado admite funcionarios y empleados públicos que no sigan esa regla. En este sentido, el artículo 20 de la Ley 1797 de 2016, al establecer en su inciso primero que su nombramiento se hará por el Presidente de la República, gobernadores y alcaldes como la regla general y residual en el periodo de transición (parágrafo transitorio, incisos segundo y tercero), regula una expresión del artículo 125 de la Constitución, lo cual se encuentra dentro del amplio margen de configuración del Legislador.

(...)

44. En este punto cabe resaltar que no les asiste razón a los demandantes ni a algunos de los intervinientes que sostienen que esta forma de designación elimina el mérito y somete el nombramiento del cargo a consideraciones meramente subjetivas, además de violar la prohibición de filiación política, por permitir tal nombramiento por alguien elegido popularmente.

Las excepciones a la carrera administrativa del artículo 125 y las legales no implican que esas formas de elección o designación en empleos públicos no expresen el mérito

o se contrapongan al mismo. En primer lugar, pues el establecimiento de formas diferentes al concurso de méritos no significa que los cargos estén privados de requisitos y que sea posible nombrar a cualquier persona sin que exista una correlación entre su perfil profesional, experiencia y el cargo que deben ejercer. En este aspecto, al igual que le corresponde al Legislador regular las etapas y requisitos de los concursos de méritos también le asiste la misma potestad a ese o su delegado para determinar los requisitos para los cargos. Esa determinación configura los contornos objetivos del mérito en tal nivel. Por ejemplo, se puede establecer que para acceder a un cargo de libre nombramiento y remoción se requieran cinco años de experiencia y una maestría, como también se puede exigir una edad específica o diferentes títulos universitarios o inclusive experiencia profesional particular, como la previa dirección de entidades o instituciones. Esos requisitos fijan un aspecto objetivo, a pesar de que admite otros criterios que, sin lugar a dudas están relacionados con determinaciones subjetivas del nominador, que responden a la confianza, y a la coordinación y coincidencia ideológica en la gestión pública con la cual se debe ejercer el cargo, lo que repercute en la continuidad del servicio y su buena prestación.

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

En consecuencia, la norma parcialmente acusada refiere un criterio objetivo para la provisión del cargo que se delimita mediante la referencia a reglas objetivas, previas y técnicas. Indudablemente, lo anterior no quiere decir que el nombramiento esté desprovisto de criterios subjetivos, sin embargo, tal determinación, en razón a la naturaleza del cargo y a los criterios verificados ut supra es constitucionalmente admisible.

45. De otra parte, también se debe tener en cuenta que el nombramiento de un funcionario con infracción de las normas en que debería fundarse, de forma irregular o con desviación de las atribuciones propias de quien lo profirió puede controlarse mediante el medio de nulidad y restablecimiento del derecho contemplado en el CPACA. En este sentido, el acceso al cargo en cualquiera de las condiciones que habilitan la interposición de tal medio de control son situaciones en las cuales, en concreto, se desconocería por completo el mérito, el ejercicio de la función pública bajo los principios del artículo 209 de la Constitución, además del principio de legalidad. No obstante, se debe precisar que la filiación política como uno de los criterios para designar un cargo de los excluidos de la carrera administrativa no es una prohibición constitucional y tal característica, en sí misma no hace que una persona que ejerce un cargo no tenga el mérito para hacerlo. Luego, dentro del margen del criterio subjetivo de la designación de un nominador no está vedado que se tenga como uno, mas no el único, de los criterios la filiación política.

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

11. DE LO PROBADO EN EL PROCESO

Revisadas las pruebas allegadas a las diligencias se encuentra acreditado lo siguiente:

Prueba documental

A través de la Resolución No. 060 del 8 de noviembre de 2019, se actualizó el Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales de la ESE Gámeza Municipio Saludable, que estableció en su artículo cuarto las disciplinas académicas que hacen parte del área de la salud, de acuerdo con el Sistema Nacional de Información de la Educación Superior y según el Decreto No. 2484 de 2014, enumerando como núcleos básicos de la salud los siguientes: Bacteriología, enfermería, instrumentación quirúrgica, medicina, nutrición y dietética, odontología, optometría, otros programas de ciencias de la salud. Terapias.

Igualmente, en su artículo quinto, señaló como requisitos para el cargo de Gerente de dicha empresa como formación académica: título profesional en el área de la salud y tarjeta profesional en los casos requeridos por la ley y como experiencia un (1) año en el sector salud (*Archivo 43*),

Sobre los requisitos académicos en comento, se observa que el DAFP en concepto del 13 de septiembre de 2016, indicó que estos son de ley sin que puedan ser modificados o adicionados en los manuales específicos de funciones y de competencias laborales y que con el fin de establecer cuáles son las profesiones que hacen parte de las áreas de la salud, económicas, administrativas o jurídicas es necesario revisar el Sistema Nacional de Información Superior SNIES del Ministerio de Educación Nacional, en virtud del cual el área del conocimiento de la salud, contiene los siguientes núcleos básicos del conocimiento: Bacteriología, enfermería, instrumentación quirúrgica, medicina, nutrición y dietética, odontología, optometría, otros programas de ciencias de la salud, salud pública y terapias, razones por las cuales los administradores en salud cumplen con el requisito de formación académica exigido para el empleo en cuestión (*Carpeta 14 Archivo 005*).

Lo anterior, es corroborado en concepto del 16 de marzo de 2020, solicitado por la señora Rosalba Solano Cuta (*Carpeta Archivo 05*), en el cual el DAFP, consigna que el SNIES reporta por las áreas de las ciencias de la salud y economía, administración, contaduría y afines, entre otros, los siguientes nombres de programas en el nivel profesional:

Área de conocimiento	Núcleo Básico del Conocimiento-NBC	Nombre del Programa
CIENCIAS DE LA SALUD	SALUD PUBLICA	ADMINISTRACION EN SALUD
CIENCIAS DE LA SALUD	SALUD PUBLICA	ADMINISTRACION EN SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

Área de conocimiento	Núcleo Básico del Conocimiento-NBC	Nombre del Programa
ECONOMIA, ADMINISTRACION, CONTADURIA Y AFINES	ADMINISTRACION	ADMINISTRACION DE LA SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO
ECONOMIA, ADMINISTRACION, CONTADURIA Y AFINES	ADMINISTRACION	GERENCIA EN SISTEMAS DE INFORMACION EN SALUD

Por lo tanto, considera dicho departamento que el administrador de servicios en salud puede ser nombrado como gerente de una ESE de cualquier nivel y en todas las categorías de los municipios, para el caso consultado, es de sexta categoría

Ahora, en relación con el proceso adelantado para la selección de Gerente de la ESE Gámeza Municipio Saludable, se encuentra lo siguiente

Mediante Resolución No. 177 del 24 de abril de 2020, la Unidad Administrativa Especial del Servicio Público de Empleo, por cumplir con los requisitos para ejercer la actividad de gestión y colocación de empleo y presentar el respectivo proyecto de viabilidad, renovó la autorización a COMFABOY, para la prestación del servicio público de empleo como agencia privada no lucrativa de Gestión y Colocación de Empleo, considerando, entre otros aspectos, que dicha agencia prestará los servicios básicos de registro de oferentes, demandantes y vacantes, orientación ocupacional, preselección y remisión (*Exp Dig Archivo 52*).

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

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

En virtud de lo anterior refiere que la agencia funciona como puente entre el empleador y los oferentes y no es quien realiza los procesos de selección para las vacantes ofertadas, toda vez que las empresas son independientes y con total autonomía de seleccionar y contratar al personal que considere idóneo.

Por ende, con el Municipio de Gámeza, se realizó acercamiento ofertando todos los servicios que como agencia de empleos tiene dicha caja, avalado por el servicio público de empleo desde el año 2014 (*Exp Digital Archivo 34*).

Así las cosas, el día 16 de marzo de 2020, se crea por la referida agencia el proceso: GERENTE ENTIDAD DE SALUD con la siguiente información (*Exp Dig Carpeta 34 Archivo 04*):

- Empresa: Confidencial
- Usuario de la empresa responsable del proceso: José Alirio Ochica Pérez
- Ciudad de la vacante: Gámeza
- Código proceso (vacante) 162178166-19
- Fecha estimada de ocupación del cargo: miércoles 01 de abril de 2020
- Correo electrónico de contacto: alcaldia@gameza-boyaca.gov.co
- Cargo requerido: Director General de entidad promotora de salud.
- Descripción de la vacante: **“SE REQUIERE GERENTE PARA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO ESE MUNICIPIO DE GÁMEZA, PROFESIONAL EN ÁREAS DE LA SALUD, FORMACION POSGRADUAL EN ESPECIALISTA EN SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO O AFINES, CAPACITACION EN CONTRATACION ESTATAL. MINIMO 5 AÑOS DE EXPERIENCIA EN ORGANISMOS O ENTIDADES PUBLICAS O PRIVADAS QUE INTEGRAN EL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD, INDISPENSABLE QUE SEA O RESIDA EN EL MUNICIPIO DE GAMEZA BOYACA. SALARIO A CONVENIR. LAS PERSONAS PRESELECCIONADAS PREVIO CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS, DEBERAN APLICAR PRUEBA EL DIA MIERCOLES 25 DE MARZO EN COMFABOY SOGAMOSO A LAS 4PM, SOLO SI SON CITADOS TELEFONICAMENTE”**

Dentro de dicho proceso se presentaron como candidatos (*Carpeta 14 Archivo 004*):

Nombre	Fecha de postulación
Claudia Julieta Ciro Basto	23-03-2020
Omar Alejandro Nossa Ramírez	26-03-2020
Rosalba Solano Cuta	16-03-2020
Sandra Patricia Mancipe Gil	26-03-2020
Yuddy Lizeth Joya Talero	23-03-2020

Revisadas las hojas de vida de quienes postularon en relación con los requisitos académicos y de experiencia se encontró lo siguiente

Nombre	Título	Experiencia	Archivo expediente digital
Rosalba Solano Cuta	Regente de Farmacia, Tecnóloga en gestión Administrativa en servicios de salud, administradora en servicios de salud y especialista en seguridad y salud en el trabajo	Superior a 5 años	<i>Carpeta 34 Carpeta 01 Archivo 03</i>
Claudia Julieta Ciro Basto	Bacterióloga y Laboratorista clínica, Especialista en Gerencia de Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud	Superior a 5 años	<i>Carpeta 34 Carpeta 01 Archivo 01</i>
Omar Alejandro Nossa Ramírez	Terapeuta Ocupacional y Especialista en Gerencia de proyectos	Superior a 5 años	<i>Carpeta 34 Carpeta 01 Archivo 02</i>
Sandra Patricia Mancipe Gil	Bacterióloga y Laboratorista clínica, Especialista en Epidemiología	Superior a 5 años	<i>Carpeta 34 Carpeta 01 Archivo 04</i>
Yuddy Lizeth Joya Talero	Odontóloga y especialista en gerencia de instituciones de seguridad social en salud	Superior a 5 años	<i>Carpeta 34 Carpeta 01 Archivo 05</i>

Los antes mencionados presentaron prueba sigma para la respectiva evaluación de competencias, realizada por la agencia de empleos de COMFABOY en la que se utilizó el instrumento KompeDISC, como soporte para el proceso de selección o evaluación al interior de la empresa, el cual identifica el nivel de desarrollo en el que se encuentran las competencias que se consideran relevantes para el desempeño del cargo, mostrando los resultados del proceso de evaluación de competencias y estilos de comportamiento del candidato, siendo evaluados los siguientes grupos de competencias (*Exp. Dig Carpeta 34 Carpeta 02 y archivo 05*):

- Competencia Interpersonal: Inteligencia Social, orientación al cliente y empatía
- Competencia intrapersonal: Autoconfianza, flexibilidad y manejo emocional
- Competencias cognitivas; Toma de decisiones estratégicas
- Competencias de dirección: Dirección de Equipo y seguimiento de gestión
- Competencias de Resultados: Proactividad, negociación, orientación al logro, negociación, proactividad
- Personalidad interna: Estabilidad, conformidad, dominancia e influencia.

Igualmente, se realizó un análisis de comportamiento, por nivel del sub-rasgo, agrupados así:

- Rasgos comportamentales naturales
- Rasgos comportamentales potenciales
- Rasgos comportamentales adaptados
- Rasgos comportamentales inactivos

De la misma manera, se efectuó un análisis de la respuesta a la presión, de los niveles de potencial de desarrollo máximo, medio, básico y mínimo, elaborándose un informe descriptivo en el cual se describen los comportamientos que podría tener el candidato en el contexto laboral de acuerdo con los factores evaluados según el perfil, indicando las características de trabajo preferidas, las optimizadoras de desempeño, estilo de comportamiento en su entorno de trabajo, indicadores de perfil plano. Finalmente, incluye un plan de desarrollo con las recomendaciones del caso con el fin de aumentar el desempeño del candidato en la organización.

Respecto a la idoneidad de las pruebas de competencias elaborada por COMFABOY para el cargo de Gerente de la ESE Gámeza Municipio saludable y si esta cumplía con los requisitos de la Resolución No. 680 de 2016, el DAFP señaló que dicha entidad expidió el precitado acto administrativo en el cual se indican las competencias que se deben demostrar para ocupar el empleo de Gerente de ESE y en el que también se estableció que, las entidades podían solicitar la evaluación cuando lo consideraran pertinente al DAFP de manera gratuita o se podía contratar con otra entidad, encontrándose para el caso en estudio que, COMFABOY fue la entidad contratada y la cual debe garantizar que las evaluaciones son las idóneas más no dicho departamento, por lo cual no le era dable pronunciarse sobre el instrumento aplicado por su agencia de empleo (*Exp Dig Archivo 39*).

Mediante comunicación del 27 de marzo de 2020, dirigida al alcalde municipal de Gámeza, la Orientadora Ocupacional de la Agencia de Empleo de COMFABOY Sogamoso, informa que a la vacante para Gerente de la ESE de dicho ente territorial colocada en el servicio público de empleo, se postularon las personas que se relacionan a continuación teniendo en cuenta que, no todas presentaron las pruebas en el tiempo establecido (*Exp Dig Carpeta 14 Archivo 003*):

1. Yuddy Lizeth Joya Talero: Se envía prueba y hoja de vida.
2. Rosalba Solano Cuta: Se envía prueba y hoja de vida, presentó prueba dentro de la fecha establecida.
3. Claudia Julieta Ciro Bravo: Se envía prueba y hoja de vida, presentó prueba dentro de la fecha establecida.
4. Sandra Patricia Mancipe Gil: Se envía prueba y hoja de vida, no presentó prueba dentro de la fecha establecida por la convocatoria, ya que se postuló el 26 de marzo de 2020, pero se adjunta porque aparece por plataforma.
5. Omar Alejandro Nossa Ramírez: Se envía prueba y hoja de vida, no presentó prueba dentro de la fecha establecida por la convocatoria, ya que se postuló el 26 de marzo de 2020, adjuntando porque aparece en plataforma.

Ahora bien, el burgomaestre municipal de Gámeza a través de la Resolución No. 039 del 27 de marzo de 2020 (*Exp. Dig. Carpeta 14 Archivo 008*), estableció el procedimiento para realización de la prueba de entrevista, dentro de la selección de gerente para la ESE Salud Gámeza considerando que:

- En concordancia con la Ley 1797 del 13 de julio de 2016 y la evaluación de competencias fijadas en la Resolución 680 del 2 de septiembre de 2016, el municipio de Gámeza, a través del servicio público de empleo de COMFABOY, convocó a los aspirantes para el cargo en mención, postulándose 6 profesionales que enviaron prueba de competencia y hoja de vida, cumpliendo con el proceso hasta dicho momento: Rosalba Solano Cuta, Yuddy Lizeth Joya Talero, Claudia Julieta Ciro Basto, Omar Alejandro Nossa Ramírez y Sandra Patricia Mancipe Gil.
- Por la emergencia nacional causada por el Covid-19 se hacía necesario realizar la prueba de entrevista vía correo electrónico, para lo cual se enviarían las preguntas por dicho medio, contando con 45 minutos a partir de su envío para dar las respectivas respuestas, y
- El alcalde municipal sería el encargado de valorar la entrevista y que, de no ser contestadas dentro del tiempo establecido, las mismas no serían tenidas en cuenta.

Por ende, se resolvió en dicho acto administrativo:

- Entender por prueba de entrevista la contestada por el postulado dando respuesta a las preguntas escritas formuladas y enviadas mediante correo electrónico, para que en el término de 45 minutos se remitieran, la cual se realizaba como mecanismo que permitiera obtener mayor información de los aspirantes respecto de las competencias relacionadas con las funciones del cargo.
- Tener el siguiente cronograma para dicha prueba:

ETAPA	FECHA DESDE	FECHA HASTA	LUGAR/MEDIO
Envío de preguntas pruebas de entrevista	27/03/2020	27/03/2020	Correo electrónico joseaochica@gmail.com
Realización de entrevista	27/03/2020	27/03/2020	Correo electrónico joseaochica@gmail.com
Resultado prueba de entrevista	31/03/2020	31/03/2020	Correo electrónico joseaochica@hotmail.com – orientacionsogamoso2@COMFABOY.com.co

- Establecer como procedimiento para la entrevista el envío de las preguntas al correo electrónico registrado por cada uno de los postulados para que en el término de 45 minutos dieran respuesta de manera escrita por el mismo medio, surtido lo anterior el alcalde valoraría en privado las respuestas de quienes se pronunciaron en término y luego de verificadas dichas condiciones se comunicaría mediante correo electrónico a la agencia de empleo de COMFABOY, el profesional designado para ocupar el cargo.

En virtud de lo anterior, el día 27 de marzo el Alcalde Municipal de Gámeza envió a los 5 aspirantes, incluida la señora Sandra Patricia Mancipe Gil al correo electrónico por ella suministrado, la entrevista a desarrollar (*Exp Dig Carpeta 59 Archivo 09*), siendo respondida por Claudia Julieta Ciro Basto (*Exp Dig Carpeta 59 Archivo 17*), Rosalba Solano Cuta (*Carpeta 59 Archivo 17*) y Omar Alejandro Nossa (*Carpeta 59 Archivo 17*).

En lo que respecta a la señora Lizeth Joya Talero, manifestó no realizar la entrevista, toda vez que se encontraba a la espera de otro proceso (*Carpeta 59 Archivo 17*), y frente a Sandra patricia Mancipe Gil no obra comunicación alguna dando respuesta a la entrevista no obstante haberse enviado al e mail por ella indicado en su hoja de vida s.pmancipe@hotmail.com (*Archivo 09 Carpeta 59*)

Cumplido lo anterior se publicó por parte de la agencia pública de empleo de COMFABOY en la plataforma SISE el resultado del proceso objeto de análisis, en el que se indicó (*Carpeta 59 Archivo 15*):

Nombre	Estado
Claudia Julieta Ciro Basto	No seleccionado por empleador
Omar Alejandro Nossa Ramírez	No seleccionado por empleador
Rosalba Solano Cuta	Colocado
Sandra Patricia Mancipe Gil	No seleccionado por empleador
Yuddy Lizeth Joya Talero	No seleccionado por empleador

Mediante Resolución No. 040 del 31 de marzo de 2020, el Alcalde Municipal de Gámeza, nombró a la señora Rosalba Solano Cuta para ocupar el empleo de Gerente Código 085 Grado 02 de la Planta de la ESE Empresa Social del Estado Gámeza Municipio Saludable, para el período comprendido entre el 1º de abril de 2020 y el 31 de marzo de 2024, teniendo en consideración que (*Archivo 03 pág. 6 a 9*):

- En cumplimiento a lo ordenado en la Resolución No. 680 de 2016 del DAFP, el municipio de Gámeza en asocio con la Caja de Compensación Familiar de Boyacá realizó, a través de la Agencia de Prestación de Servicios de Gestión y colocación de Empleo, convocatoria para ocupar el cargo de Gerente de la ESE.
- De conformidad con el Decreto No. 1427 de 2016, el nombramiento de gerente de la Empresa Social del Estado recaerá en quien cumpla los requisitos exigidos para su desempeño y demuestre las competencias requeridas.
- Producto de la convocatoria la Caja de Compensación aplicó sendas pruebas a los siguientes profesionales obteniendo los siguientes resultados:
 - Rosalba Solano Cuta: 70.65%
 - Yuddy Lizeth Joya Talero: 67.38%
 - Claudia Julieta Ciro Basto: 75,54%
 - Omar Alejandro Nossa Ramírez: 65.58%
 - Sandra Patricia Mancipe Gil: 72.23%
- A través de Resolución No. 039 de 2020, se estableció el procedimiento para la entrevista de los profesionales postulados con los siguientes resultados:

Postulado	Observación
Yuddy Lizeth Joya Talero	Mediante correo electrónico del 27 de marzo del 2020, manifiesta su intención de no continuar con el proceso
Claudia Julieta Ciro Basto	Contestó el cuestionario de forma extemporánea
Rosalba Solano Cuta	Presentó respuesta dentro del término
Omar Alejandro Nossa Ramírez	Presentó respuesta dentro del término
Sandra Patricia Mancipe Gil	No respondió el cuestionario enviado

- Consecuencia de lo anterior quedaron 2 aspirantes habilitados para el cargo Rosalba Solano Cuta y Omar Alejandro Nossa Ramírez.
- El alcalde Municipal decide nombrar a la profesional de la salud, Rosalba Solano Cuta, toda vez que adicional a la entrevista realizada, obtuvo la mayor valoración por parte de la Agencia de Prestación de Servicios de Gestión y Colocación de empleo de COMFABOY.
- La doctora Solano Cuta, cumple con los requisitos y las competencias exigidas para el empleo señalados en el Manual Especifico de Funciones y Competencias Laborales de la entidad y demás normas y disposiciones concordantes.

Finalmente, conforme al nombramiento efectuado la señora Rosalba Solano Cuta, tomó posesión del cargo el 1º de abril de 2020 (*Exp Dig Archivo pág 10*)

Prueba testimonial

El 11 de marzo de 2021, se recibió la declaración de la señora SANDRA PATRICIA MANCIPE GIL, quien señaló que el día 25 de marzo (sic) se enteró por la página de Serviempleo sobre las vacantes para el cargo de Gerente de la ESE de los municipios de Gámeza y Pesca, por lo cual registró su hoja de vida. Consecuencia de ello, el 26 de marzo de 2020 a la 11:35 a.m. recibe un correo de la señora Luz Myriam Avendaño Zorro de COMFABOY, donde se le envía unas pruebas de competencias las cuales presenta obteniendo el resultado de 72.23%. Igualmente, a la 1: 51 p.m. del mismo día recibe correo de Serviempleo donde se le indica que su postulación a la vacante gerente entidad de salud con referencia ESE 1626178166-19 ha sido exitosa y que la fecha límite de recepción es el 24 de marzo de 2020.

Continúa su exposición, relatando que el 26 de marzo a la 1: 58 p.m. recibe otro correo en el que el servicio público de empleo le informa que su postulación a la vacante de gerente ESE Pesca con referencia 1626178057-1 había sido exitosa y que la fecha límite de recepción de candidatos era el 26 de marzo de 2020, proceso que de acuerdo con lo relatado culminó sin ser elegida para el cargo.

Adujo que con posterioridad, se enteró de la expedición de la Resolución No. 040 del municipio de Gámeza, donde aparece su nombre, por lo cual estima que se presentaron inconsistencias en el proceso de selección del gerente de la ESE Gámeza, toda vez que vía correo electrónico se le manifestó por la señora Luz Miryam Avendaño Zorro, Orientación Sogamoso COMFABOY, que ya no había más cupos para la ESE de Gámeza y que continuara el proceso con el Municipio de Pesca.

Igualmente, manifiesta que tuvo conocimiento que mediante Resolución 039, se había dispuesto enviar a los postulados para el cargo de gerente de la ESE Municipio de Gámeza una entrevista, la cual no fue realizada por ella, explicando que no fue enviada a su correo electrónico, aspecto que refleja otra inconsistencia en el proceso de selección del gerente de la ESE Gámeza Municipio Saludable, más aun cuando se le menciona en un acto administrativo proferido en un proceso en el cual, no continuó, teniendo en cuenta lo manifestado, en el sentido que ya no había cupo para el mismo, según llamada telefónica que recibió de una persona que no identificó su nombre.

Señaló que las irregularidades que considera se presentaron, no fueron puestas en conocimiento de ninguna autoridad (*Archivo minuto 08:32 a minuto 58:00*)

12. EL CASO CONCRETO

Teniendo en consideración los cargos formulados por la parte actora al acto cuya nulidad se pretende, se ocupará el despacho del análisis de cada uno de ellos a saber:

- ***Expedición irregular del acto administrativo acusado, por falta de idoneidad y experiencia de COMFABOY en la realización de las pruebas de competencias para proveer el cargo de Gerente de la ESE Gámeza Saludable periodo 2020-2024:***

Acorde con las pruebas que reposan en el expediente, especialmente la Resolución 177 de 2020, se encuentra que, contrario a lo señalado por la parte actora, la Caja de Compensación Familiar de Boyacá, -COMFABOY, está autorizada para la prestación del servicio público de empleo como agencia privada no lucrativa de gestión y colocación de empleo, en virtud de lo cual está habilitada para prestar los servicios de registro de oferentes, orientación ocupacional, preselección y remisión.

Valga la pena señalar que si bien, no fue aportada resolución mediante la cual se autorizara la prestación del servicio en comento para marzo de 2020, de lo consignado en la parte motiva y resolutive de la Resolución 177 de 2020, se establece que para dicho mes se encontraba habilitada, por cuanto lo que en ella se resolvió fue la solicitud de renovación presentada por COMFABOY.

Así las cosas, se considera que la agencia de empleos de COMFABOY cuenta con la idoneidad necesaria para realizar procesos de selección como el que aquí se cuestiona, siendo una opción válida para efectos de adelantar la prueba de competencias para la selección del Gerente de la ESE Gámeza Municipio Saludable, toda vez que al ser autorizada para tal fin cuenta con las condiciones y recursos de personal, físicos, técnicos y demás que se requieren para ello.

Por otra parte, en lo que concierne al argumento que el Alcalde desechó sin justificación, la asesoría gratuita del DAFP, entidad idónea y con experiencia en la realización de este tipo de pruebas, habrá de señalarse que tal como lo dispone la normativa que regula la materia, era facultativo para el burgomaestre municipal solicitar los servicios de la referida entidad, cuya intervención es obligatoria solo en los casos que se deban designar gerentes de entidades del orden nacional.

En consecuencia, el hecho de haber efectuado el proceso con la agencia de empleos de COMFABOY, en criterio de este Despacho, no implica de ninguna manera la vulneración de las disposiciones legales que regulan la selección de Gerentes de las ESE y mucho menos que se haya incurrido en la expedición irregular del acto acusado; así las cosas, este cargo no se encuentra llamado a prosperar.

- ***Expedición irregular por inexistencia de acto administrativo expedido por el alcalde de Gámeza que contenga invitación pública y demás reglas para la selección del Gerente de la ESE Gámeza Periodo 2020-2024***

Al respecto debe indicarse que en virtud de lo dispuesto por el artículo 20 de la Ley 1797 de 2016, el procedimiento para el nombramiento de Gerente de las empresas sociales del estado del orden municipal, corresponde al Alcalde, por lo cual no se requiere adelantar concurso como lo propone el accionante.

En efecto, al haberse cambiado la forma de proveer el cargo, como fuera ya explicado, no puede considerarse la vulneración de los artículos 125 y 209 de la Carta Política ni del principio del mérito, pues tal como lo refirió la Corte Constitucional en la ya citada sentencia C-046 de 2018, el cambio en la modalidad de elección de gerentes de las ESE es una prerrogativa del legislador quien optó por retornar a la elección directa por el nominador quien debe observar que los candidatos acrediten el cumplimiento de los requisitos de título profesional y experiencia en el sector salud exigidos, además de demostrar las competencias definidas por el DAFP, las cuales deben evaluarse a través de prueba escrita y para lo cual el nominador puede contar con el apoyo de entidades debidamente capacitadas para ello.

Por ende, no era obligación del Alcalde Municipal expedir acto administrativo en el cual se fijara la invitación para los interesados en participar en las pruebas de competencias, ni señalar el cronograma de actividades, fecha de publicación de la invitación, recepción de hojas de vida, requisitos del empleo, verificación de requisitos, conformación de la lista de admitidos y designación; criterios a evaluar dentro de la prueba de competencias, mecanismos de recepción y reclamaciones como lo considera el demandante.

Ahora, vale la pena señalar que el nominador, dentro de sus facultades y a su leal saber y entender, optó por acudir a la Agencia de Empleos de COMFABOY para adelantar el proceso de selección, aspecto que no está prohibido por la norma, más aún si se tiene en cuenta que es el llamado a evaluar las competencias señaladas por el DAFP y nombrar a quien cumpla los requisitos de ley. Por lo anterior, en lo que a este cargo concierne tampoco está llamado a prosperar.

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

Retomando los argumentos expuestos al analizar el anterior cargo, para esta instancia no se incurre en expedición irregular y falsa motivación del acto acusado por haberse dispuesto por el nominador la realización de entrevista previo a la selección del gerente de la ESE, pues como ya fuera indicado es a él a quien le correspondía

evaluar las competencias para el cargo encontrándose facultado para adoptar las medidas necesarias para el cumplimiento de dicho cometido, observándose en el sub lite que, el Alcalde Municipal de Gámeza en su momento consideró necesario la realización de entrevista con el fin de tener un mejor criterio, lo que no está prohibido por la ley y sin que pueda considerarse como un nuevo requisito para acceder al cargo, pues ellos están previstos por la ley sin que puedan ser adicionados o modificados al arbitrio del nominador. Adicionalmente, en cuanto a la publicidad de la Resolución No 039 del 27 de marzo, se acreditó en las diligencias que la misma fue conocida por los directos interesados quienes no manifestaron oposición alguna.

En consecuencia, al ser la entrevista un mecanismo para obtener mayor información de los aspirantes y elementos de juicio, no puede estimarse que su realización afecte la legalidad del acto administrativo cuestionado, por lo que el cargo no prospera.

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

En cuanto a la convocatoria efectuada por COMFABOY debe indicarse que en la misma se establecen como requisitos del cargo a proveer, entre otros, profesional en áreas de la salud, formación posgradual en especialista en seguridad y salud en el trabajo o afines y mínimo 5 años de experiencia en organismos o entidades públicas o privadas que integran el sistema general de seguridad social en salud.

Sin embargo, se estima que tal yerro no puede considerarse como determinante para declarar la nulidad del acto acusado si se tiene en cuenta que, los requisitos del cargo en comento se encuentran señalados en el artículo 22 de la Ley 785 de 2005, retomados en el manual específico de funciones de la entidad, los cuales no pueden ser modificados ni adicionados como tampoco desconocidos por el nominador, quien está sometido únicamente al imperio de la ley.

Adicionalmente no obra en las diligencias prueba alguna que permita tener por cierto que tal hecho determinó la no presentación de más postulantes al cargo o la exclusión de quienes se presentaron, a lo cual se suma que al alcalde, previo a la designación, le correspondía la verificación de los requisitos establecidos por las normas vigentes los cuales fueron tenidos en cuenta y cumple la señora Rosalba Solano Cuta.

Por lo tanto, no prospera el cargo, al no evidenciarse expedición irregular o falsa motivación del acto acusado.

- ***Falsa motivación del acto demandado por cuanto la señora Rosalba Solano Cuta no cumple con los requisitos para ser nombrada Gerente de la ESE Gámeza, por cuanto el título profesional de administración en servicios de salud, no hace parte del área de la salud, sino en el campo de la administración de empresas***

En lo que a este aspecto refiere de las pruebas allegadas se establece que los títulos de estudios presentados por la señora Rosalba Solano Cuta, conforme al SNIES, se encuentran dentro del núcleo básico de conocimiento de la salud pública lo que la habilitaba para postularse y una vez acreditados los demás requisitos de ley, ser designada como gerente de la ESE Gámeza Municipio Saludable.

Así las cosas, toda vez que no se probaron los fundamentos de hecho que plantea el actor este cargo tampoco está llamado a prosperar.

- **Expedición irregular y falsa motivación del acto demandado. La prueba de competencias realizada por COMFABOY, no cumplió con los requisitos exigidos en la Resolución 680 de 2016, expedida por el Departamento Administrativo de la Función Pública.**

Teniendo en consideración las competencias y conductas asociadas que deben ser evaluadas a quienes se postulan para el cargo de Gerente de una ESE, si se revisan las pruebas realizadas por la Agencia de empleos de COMFABOY se establece que, los aspectos que en ella se evaluaron, abarcan los señalados por el DAFP en el artículo 3 de la Resolución 680 de 2016, sin que el hecho que no se identifiquen literalmente como allí se indica desvirtúe lo que en ellas se evaluó y deban ser descartadas, mas aun cuando en ellas se advierte que, se realizó una valoración integral de los candidatos que permitió arrojar un diagnostico que finalmente fue valorado por el nominador.

Por ende, este cargo se despacha en forma desfavorable al no evidenciarse la irregularidad expuesta en la demanda.

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

Sobre este punto, habrá de señalarse que el acervo probatorio recaudado, no da cuenta que a la señora Mancipe Gil no le fue permitida su intervención en el proceso de selección en cuestión.

Por el contrario, de las documentales allegadas, se establece que no obstante haberse postulado para el cargo de Gerente de la ESE Gámeza Municipio Saludable fuera de la fecha establecida, toda vez que el plazo era hasta el 25 de marzo de 2020 y su postulación se dio el 26 del mismo mes y año, le fue permitido presentar la prueba de competencias e igualmente, en cumplimiento a lo dispuesto en la Resolución 039 del 27 de marzo de 2020, le fue enviado por parte del Alcalde Municipal de Gámeza, el día 27 de marzo de 2020 a las 7: 11 p.m, al correo electrónico por ella suministrado, la respectiva entrevista para su diligenciamiento, sin embargo no obra prueba que éste fuera resuelto por la participante, ni tampoco se acredita que el cuestionario fue remitido en los plazos previstos para tal fin, como tampoco que hubiera presentado reclamación alguna o puesto en conocimiento de las autoridades dicha situación. Por lo tanto, no son de recibo las manifestaciones de la señora Mancipe Gil en su declaración en cuanto a las irregularidades que considera se presentaron, quien en su declaración juramentada, fue en exceso imprecisa, al manifestar que recibió una llamada de funcionarios de COMFABOY, quien le indicó que no había cupo para esa vacante, en la medida que no aportó detalles de la verificación de la identidad del mencionado funcionario, ni tampoco de la verdad de la información, lo que limita valorar este testimonio en grado de certeza, por el contrario hay ambigüedad.

Ahora, en relación al cuestionamiento reiterativo de por qué su nombre aparece en los actos administrativos proferidos por el Alcalde Municipal de Gámeza, habrá de indicarse que en las Resoluciones 039 y 040 de 2020, ello obedeció a que en su parte considerativa se efectuó un recuento del proceso adelantado para la selección del gerente de la ESE Gámeza Municipio Saludable, en el que participó como postulante y el hecho que no haya agotado todas las etapas en el previstas, no implica que no pueda citarse su participación como antecedente ni que se haya incurrido en anomalías durante su desarrollo.

Asimismo, si bien es cierto ella indica que le fue manifestado que ya no le era posible continuar con el proceso para la ESE Gámeza Municipio Saludable, su exposición no permite tener claridad sobre las circunstancias bajo las cuales ello ocurrió, pues en

una de sus respuestas refiere que le fue comunicado a través de correo electrónico y en otra indica que vía telefónica, sin que se cuente con otro medio de prueba que permita tener por cierta dicha afirmación. Por lo tanto, este cargo tampoco está llamado a prosperar.

13. CONCLUSIÓN

De conformidad con el análisis efectuado por el Despacho, al no haberse demostrado ninguno de los fundamentos de hecho señalados por la parte actora y consecuencia de ello, desvirtuado la presunción de legalidad del acto de elección de la gerente de la ESE Gámeza Municipio Saludable, las pretensiones de la demanda serán negadas.

14. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Sogamoso, *“Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley”*

F A L L A:

Primero. - Declarar no fundada la excepción de *falta de legitimación en la causa por pasiva*, propuesta por la señora Rosalba Solano Cuta.

Segundo. - Negar las súplicas de la demanda.

Tercero. – Una vez en firme ésta providencia, archívense las diligencias dejando previamente las anotaciones y constancias de rigor, previa liquidación de costas y devolución de excedentes a que haya lugar.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Por:

**NELSON JAVIER LEMUS CARDOZO
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 002 ADMINISTRATIVO DE SOGAMOSO**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

7a80830438255aaec9bbac812691ba5e025e6753036b62b004412ee0d6635ec1

Documento generado en 29/04/2021 10:54:40 AM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**