El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

|  |  |
| --- | --- |
| Fecha y hora de lectura: | Octubre 2 de 2018, 8:06 a.m. |
| Procesado: | Javier Darío Gómez Londoño |
| Cédula de ciudadanía: | 9´816.945 de Marsella (Rda.) |
| Delito: | Prevaricato y Peculado |
| Bien jurídico tutelado: | Administración Pública |
| Procedencia: | Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pereira (Rda.) |
| Asunto: | Decide apelación interpuesta por la representante de la Fiscalía contra el auto de agosto 22 de 2017, mediante el cual se negó la preclusión solicitada. SE CONFIRMA |

**TEMAS: PREVARICATO Y PECULADO / PRECLUSIÓN DE LA ACCIÓN PENAL / AUSENCIA DE DOLO DEL INDICIADO / REQUIERE CERTEZA ABSOLUTA DE LA CAUSAL DE ATIPICIDAD.**

La Fiscalía solicitó la preclusión teniendo como fundamento la ausencia de dolo por parte del indiciado, por cuanto éste se asesoró de… persona experta en la materia (…)

… para el caso de la declaratoria de insubsistencia existe un plus a favor de quien así procede en los casos de los empleos de libre nombramiento y remoción, porque en estos eventos SE PRESUME que quien así obra lo hace con el propósito de mejorar el servicio, y por tal motivo quien así procede NO ESTÁ OBLIGADO a motivar el acto; en consecuencia, la CARGA DE LA PRUEBA le corresponde al particular afectado con esa determinación, quien deberá probar la DESVIACIÓN DEL PODER por alguna de las causales taxativamente establecidas para la procedencia de la revocatoria directa de los actos administrativos, a saber: (i) manifiesta oposición a la Constitución Política o a la ley; (ii) no esté conforme con el interés público o social, o atente contra él; y/o (iii) cause agravio INJUSTIFICADO a una persona. (…)

… el caso es sui generis como quiera que a cada argumento EN CONTRA se contraponen uno u otros A FAVOR, todo ello con una fundamentación razonable que encuentra asidero bien en disposiciones legales y/o precedentes jurisprudenciales. Como quien dice que ambas partes confrontadas presentan argumentos ciertamente atendibles dependiendo del prisma con el que se mire el problema. (…)

Como se observa, el Tribunal considera que para llegar a una declaratoria de preclusión con efectos de cosa juzgada, se debe tener absoluta convicción sin sombra de duda acerca de que la causal de atipicidad por ausencia del ingrediente subjetivo -dolo- que se propone está plenamente establecida, y en esos términos se estima que hay lugar a confirmar por el momento la determinación adoptada por la juzgadora de instancia, como quiera que se requiere ahondar en los puntos ya aludidos antes de proceder en la dirección que se propone.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**PEREIRA-RISARALDA**

** RAMA JUDICIAL**

TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA

SALA de decisión PENAL

Magistrado Ponente

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

Pereira, primero (01) de octubre de dos mil dieciocho (2018)

ACTA DE APROBACIÓN Nº 0886

SEGUNDA INSTANCIA

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira se pronuncia en los siguientes términos:

1.- hechos Y precedentes

La situación fáctica jurídicamente relevante y la actuación procesal esencial para la decisión a tomar, se pueden sintetizar así:

1.1.- En febrero 01 de 2017, el señor JUAN CARLOS SARMIENTO SARMIENTO, Gerente del Hospital San José de Marsella (Rda.), presentó denuncia penal contra el señor JAVIER DARÍO GÓMEZ LONDOÑO, en atención a que éste cuando se desempeñó como gerente encargado de esta institución, profirió acto administrativo contrario a la Ley -Resolución N° 097 de abril 14 de 2016- que revocó la Resolución N° 058 de febrero 18 de 2016, por medio de la cual se declaró insubsistente a la profesional MARÍA CONSUELO BETANCUR MOLINA, quien se desempeñaba en el cargo de Directora Operativa Sector Asistencial grado 14 de esa entidad, y ordenó el reintegro de la funcionaria y el pago de 55 días que no habían sido laborados por ella.

1.2.- Luego de adelantar las labores investigativas pertinentes, la representante de la Fiscalía presentó solicitud de preclusión a favor de GÓMEZ LONDOÑO, la cual correspondió por reparto al Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pereira (Rda.), despacho ante el que hizo la sustentación en los siguientes términos:

La petición se soporta en lo establecido en la causal del numeral 4ª del artículo 332 C.P.P. -atipicidad del hecho-, toda vez que de acuerdo con los elementos probatorios recaudados se logró establecer que no se configuró el prevaricato por acción, puesto que si bien por parte del denunciante se aseveró que el indiciado profirió una Resolución contraria a la ley, según el Código Penal la decisión o concepto del funcionario debe ser “manifiestamente” contraria a la ley, que refleje su oposición al mandato jurídico en forma “clara y abierta”, y además sea producto del “simple capricho o arbitrariedad”, y no del sustento fáctico y jurídico de la determinación.

Para la Fiscalía la actuación del investigado es ajustada a derecho, porque no se evidenció el interés de torcer la norma sino que su motivación fue enderezar una decisión que “en su criterio no se ajustaba a la normativa aplicable”, es decir, reintegrar a alguien que fue declarada insubsistente sin justificación alguna, y reconocerle el tiempo que estuvo retirada del cargo porque no hubo solución de continuidad.

En este caso, según explicó el indiciado en su interrogatorio, cuando llegó a la administración del Hospital de Marsella en calidad de encargado, el Alcalde del Municipio le informó sobre la solicitud de revocatoria directa invocada por MARÍA CONSUELO BETANCUR MOLINA respecto del acto administrativo que la declaró insubsistente, y le indicó que dicha determinación había sigo adoptada de manera injusta por el anterior gerente, ya que se trataba de una funcionaria de libre nombramiento y remoción que llevaba 13 años laborando en esa institución, y la decisión obedeció a que ella no apoyó al candidato de preferencia del Dr. JUAN CARLOS SARMIENTO SARMIENTO.

Aseguró que el burgomaestre le pidió que la evaluara y la revocara por ser manifiestamente contraria a los intereses de dicha ciudadana, y que para ello se apoyara en el Dr. CARLOS ARTURO JARAMILLO RAMÍREZ, exmagistrado del Tribunal Contencioso Administrativo de Risaralda con amplio conocimiento sobre el tema, en criterio del cual era posible reintegrarla y además de eso pagarle lo dejado de percibir.

La Fiscalía entrevistó al profesional JARAMILLO RAMÍREZ y éste manifestó que el Alcalde le pidió asesoría y él emitió el concepto jurídico respectivo, de acuerdo con el cual la salida jurídica era que BETANCUR MOLINA solicitara la revocatoria. Precisó que ayudó a redactar la parte considerativa de lo que sería el acto administrativo Resolución 097 de abril 14 de 2016, en el cual se revoca la Resolución mediante la cual se hizo la declaratoria de insubsistencia, ya que en su criterio era viable reintegrarla sin cometer transgresión alguna de la ley laboral administrativa.

Tanto el denunciante como el denunciado son médicos, y ninguno de ellos es abogado o especialista en derecho administrativo, por lo que ambos tuvieron que ampararse en conceptos de personas especializadas en el tema para proferir las resoluciones mencionadas.

Para el ente acusador no hubo interés de transgredir la norma, sino que se trató de “una indebida interpretación de preceptos del derecho administrativo laboral”, porque la actuación del iniciado fue con el convencimiento de que la redacción del documento y las medidas adoptadas se hicieron conforme a las leyes que rigen la materia; por tanto, al haber ausencia de ese elemento subjetivo que se requiere para la configuración de la conducta, esto es, el conocimiento y la voluntad de actuar en contra de la normativa, la misma resulta ser atípica.

1.3.- La defensora no hizo ninguna manifestación al respecto.

1.4.- La funcionaria de primer nivel consideró que no le asiste razón a la delegada Fiscal y negó la preclusión invocada. Al efecto sostuvo:

La señora CONSUELO BETANCUR MOLINA estaba en un cargo de libre nombramiento y remoción, y en ese orden de ideas podía ser declarada insubsistente, como ocurrió en este caso, decisión que no requiere motivación alguna.

Podría atenderse la situación planteada por la Fiscalía sobre el desconocimiento por parte del señor JAVIER DARÍO GÓMEZ LONDOÑO del trámite que debía dar a la solicitud de revocatoria que elevó la señora BETANCUR MOLINA, si no fuera porque se tiene acreditado en el expediente que él también fungió como empleado de libre nombramiento y remoción, y por tanto sabía cuáles eran las condiciones y características de ese tipo de nombramiento, las posibilidades que tiene una persona desvinculada, y las acciones legales que proceden en ese tipo de eventos.

De acuerdo con ello, no requería conocimientos en derecho administrativo y ni siquiera en derecho, para deducir que la decisión que signó podía no estar ajustada a lo reglado. Adicionalmente resulta extraño que existiendo un asesor legal en el municipio de Marsella se hubiere omitido acudir a sus recomendaciones.

Al dar lectura a la Resolución N° 097 de 14 de abril de 2016, es claro que allí se invocan causales que no se consignaron en la Resolución mediante la cual se declaró la insubsistencia de la señora CONSUELO, puesto que en dicho acto administrativo no se explican las razones por las cuales ella debía dejar el cargo.

En esas condiciones, no hay lugar a pregonar que el indiciado no hubiere actuado con conocimiento y voluntad de que su actuar no era conforme a la normativa.

1.5.- Inconforme con la decisión adoptada, la delegada del ente acusador la impugnó, y procedió a sustentar su inconformidad en el acto.

2.- Debate

**2.1.-** Fiscalía -recurrente-

La representante del órgano persecutor esgrimió los siguientes argumentos:

La Fiscalía solicitó la preclusión teniendo como fundamento la ausencia de dolo por parte del indiciado, por cuanto éste se asesoró del exmagistrado CARLOS ARTURO JARAMILLO RAMÍREZ, persona experta en la materia, puesto que no era su obligación acudir al jurídico del municipio de Marsella, ya que él trabajaba para el Hospital y no para ese ente territorial. El citado profesional en su entrevista afirmó cuáles fueron las razones que motivaron que él asesorara al Dr. JAVIER DARÍO para que reintegrara a la Dra. CONSUELO y le reconociera los 50 días de salario que había dejado de percibir.

Se dice que el prevaricato existe cuando el tema es fácil de entender para quien está tomando la decisión, y en este caso concreto no lo era, porque el Dr. SARMIENTO le había dado una interpretación a la declaratoria de insubsistencia de la señora MARÍA CONSUELO, y, por su parte, JAVIER DARÍO, de acuerdo con el criterio emitido por el Dr. JARAMILLO, le dio otra.

Si lo que se cuestiona en el delito de prevaricato por acción es el hecho de que una persona tuerza la norma de manera voluntaria, es decir, con el propósito de tomar una decisión contraria a la ley, ese elemento del dolo acá no existe, ya que de haber sido así el hoy indiciado no se hubiera asesorado de nadie sino que habría adoptado una decisión manifiestamente contraria a la ley, lo cual no sucedió.

Por lo anterior solicita al Tribunal analizar los elementos materiales probatorios obrantes en la carpeta, y los argumentos iniciales presentados para solicitar la preclusión a favor del Dr. GÓMEZ LONDOÑO y se acceder a la petición invocada.

**2.2.-** La defensora del indicado solicita revocar la decisión y en su lugar se acceda a la preclusión deprecada por la señora Fiscal.

3.- Para resolver, se considera

**3.1.- Competencia**

La tiene esta Colegiatura de conformidad con los factores objetivo, territorial y funcional a voces de los artículos 20, 34.1 y 179 de la Ley 906/04 -modificado este último por el artículo 91 de la Ley 1395/10-, al haber sido oportunamente interpuesta y debidamente sustentada una apelación contra providencia susceptible de ese recurso y por una parte habilitada para hacerlo -en nuestro caso la Fiscalía-.

**3.2.-** **Problema jurídico planteado**

El asunto que concita la atención de la Sala se contrae básicamente a establecer el grado de acierto de la decisión emitida por la primera instancia, mediante la cual se negó la preclusión solicitada a favor de JAVIER DARÍO GÓMEZ LONDOÑO, al considerar que no se encuentra acreditada la causal invocada por la representante de la Fiscalía.

**3.3.- Solución a la controversia**

De la situación fáctica mencionada con antelación, se observa que la decisión adoptada por la funcionaria judicial de primera instancia de no precluir a favor del investigado GÓMEZ LONDOÑO el proceso que en contra de éste se adelanta por la conducta punible de prevaricato por acción, es cuestionada por la representante de la Fiscalía, quien a su vez es coadyuvada por la defensa.

Sea lo primero decir, que de conformidad con los hechos a los cuales se contrae la presente averiguación, la conducta punible a investigar no solo se debería referir al PREVARICATO POR ACCIÓN que ha sido objeto de controversia, sino también a un potencial PECULADO POR APROPIACIÓN a favor de terceros. Así lo aseguramos, en cuanto el reproche no se debe limitar a la expedición de una Resolución supuestamente contraria a la ley; esto es, aquella por medio de la cual el Director (e) de la E.S.E. Hospital San José de Marsella (Rda.) aplicó la figura de la revocatoria directa en el caso de la insubsistencia que había sido decretada en la persona de la profesional de la medicina MARÍA CONSUELO BENTACUR MOLINA, con fundamento en que ostentaba un cargo de libre nombramiento y remoción; sino que, la misma Resolución dio lugar a que se pagaran en forma retroactiva los salarios y prestaciones dejados de percibir durante los días en que estuvo por fuera del cargo a consecuencia del despido, y por tanto sin que la entidad hubiera recibido como contraprestación la realización del trabajo contratado. Ello, como quiera que en esa Resolución se dijo textualmente que la revocatoria directa se hacía “sin solución de continuidad”.

Sea como fuere, es lo cierto que se trata de punibles concatenados, como quiera que solo habría lugar a plantear una indebida apropiación de recursos públicos, si se llegare a concluir que efectivamente el acto administrativo de la revocatoria directa constituía en el asunto concreto una determinación abiertamente contraria a la ley, como es lo que se llegó a afirmar en un comienzo. Y para establecer si esa determinación de la Administración en verdad fue tozudamente contraria a derecho, los interrogantes que en criterio de la Colegiatura se deben resolver son los siguientes: ¿puede la Administración revocar su propio acto consistente en la declaratoria de insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción?, de ser así: ¿qué requisitos se requieren para que ello proceda?, y, desde luego: ¿se dan esas exigencias en el caso singular?

En principio se tendría que asegurar que la Administración no estaría legitimada para revocar en forma directa un acto de insubsistencia de persona vinculada en un cargo de libre nombramiento y remoción, porque a diferencia de los empleos de carrera o en provisionalidad, no existe un derecho a la estabilidad y por tanto la remoción es facultativa o discrecional de parte del nominador. Con el agravante que si ese proceder se convierte en regla, se estaría generando o propiciando una nómina paralela en la Administración Pública, porque el cargo vacante sería ocupado por un tercero y con posterioridad al disponerse el reintegro de quien antes lo ocupaba ya serían dos las personas que estarían cobrando salario por la misma prestación de un servicio.

Pero decimos que en principio, porque tanto el poder de desvinculación por insubsistencia como la revocatoria directa no constituyen poderes omnímodos o absolutos. Así es, porque en efecto la declaratoria de insubsistencia no es del todo discrecional, dado que según ha quedado claro a nivel de la jurisprudencia tanto constitucional como contenciosa administrativa, existen unos límites dentro del Estado Social de Derecho que pregonan por controlar la arbitrariedad y el capricho de los funcionarios con poder de nominación en esta materia, a cuyo efecto se habla de una “discrecionalidad relativa”. Y, a su turno, la revocatoria directa no está prohibida cuando se encuentra demostrado en el caso concreto que la Administración ha obrado con el fin de corregir los potenciales errores en que se haya podido incurrir en un acto administrativo en perjuicio de intereses individuales, con miras a evitar que el Estado tenga que pagar eventuales indemnizaciones mucho más onerosas para el erario.

Como se aprecia, todo depende por tanto de la arbitrariedad del proceder, situación que se presenta en doble vía, porque tan arbitraria podría llegar a ser una declaratoria de insubsistencia, como una revocatoria directa. En cuyo caso una y otra podrían ser actuaciones potencialmente prevaricadoras si se llegare a demostrar que el sujeto agente obró en forma malintencionada o dolosa.

Desde luego, para el caso de la declaratoria de insubsistencia existe un plus a favor de quien así procede en los casos de los empleos de libre nombramiento y remoción, porque en estos eventos SE PRESUME que quien así obra lo hace con el propósito de mejorar el servicio, y por tal motivo quien así procede NO ESTÁ OBLIGADO a motivar el acto; en consecuencia, la CARGA DE LA PRUEBA le corresponde al particular afectado con esa determinación, quien deberá probar la DESVIACIÓN DEL PODER por alguna de las causales taxativamente establecidas para la procedencia de la revocatoria directa de los actos administrativos, a saber: (i) manifiesta oposición a la Constitución Política o a la ley; (ii) no esté conforme con el interés público o social, o atente contra él; y/o (iii) cause agravio INJUSTIFICADO a una persona.

Descendiendo ahora sí al caso singular, para sostener si el aquí indiciado JAVIER GÓMEZ obró dolosamente al momento de aplicar la revocatoria directa a un caso de declaratoria de insubsistencia de persona vinculada en un empleo de libre nombramiento y remoción, que es concretamente a lo que se contrae la controversia aquí suscitada, existen argumentos en pro y en contra que se podrían resumir de la siguiente manera:

ARGUMENTOS EN CONTRA DEL INDICIADO: (i) el nuevo Director **GÓMEZ LONDOÑO** desconoció la potestad que el anterior Director del Hospital SAMIENTO SARMIENTO tenía para emitir ese acto discrecional o potestativo, el cual estaba amparado o protegido con la presunción de legalidad como quiera que se entendía expedido para lograr el mejoramiento del servicio; (ii) la declaratoria de insubsistencia es un acto que no necesariamente tiene que estar motivado, en consecuencia, no se podía aducir esa falta de motivación para revocarlo; (iii) al no estar motivado, los argumentos esgrimidos en la revocatoria directa para proceder de esa manera estaban fuera de contexto; (iv) el nuevo funcionario no contó para efectos de dar aplicación a la revocatoria directa, con el concepto previo favorable del asesor jurídico de la entidad; (v) con la revocatoria directa se patrocinó el cobro de unas sumas de dinero por concepto de salarios y prestaciones por un determinado período de tiempo, no obstante que la empleada desvinculada no los trabajó.

ARGUMENTOS A FAVOR DEL INDICIADO: (i) esa presunción de legalidad admite prueba en contrario al demostrase la desviación de poder; (ii) si bien no es obligatoria la motivación del acto, de conformidad con el artículo 26 del Decreto Ley 2400/68 y la sentencia T-686/14 de la Corte Constitucional, la autoridad administrativa sí está en la obligación de dejar consignada en la hoja de vida las razones que motivaron la desvinculación con miras a garantizar el derecho de defensa y contradicción; (iii) los argumentos que sustentan la revocatoria tienen fundamento en la realidad palpable que se vivía para el instante en que la insubsistencia fue proferida; (iv) no se contó con el concepto previo del asesor jurídico de la entidad, pero sí de un asesor externo que avaló esa forma de proceder; (v) el cobro de sumas de dinero en forma retroactiva es la consecuencia obvia de la revocatoria cuando esta se decreta “sin solución de continuidad”; ello, a modo de indemnización por el perjuicio causado con una desvinculación arbitraria o caprichosa; (vi) la Resolución de insubsistencia está viciada de nulidad como quiera que en ella solo se hicieron constar los nombre de la empleada desvinculada, mas no sus apellidos, lo cual se quiso corregir posteriormente de una manera indebida al no agotarse el procedimiento establecido para el efecto; (vii) se cae de su peso la presunción de legalidad del acto de insubsistencia, como quiera que está claro que no se hizo con miras a mejorar el servicio porque luego de pasado un tiempo considerable el cargo no fue ocupado por otra persona, y permaneció vacante hasta cuando se dispuso la reincorporación o reintegro de quien antes lo ocupaba.

Como vemos, el caso es *sui generis* como quiera que a cada argumento EN CONTRA se contraponen uno u otros A FAVOR, todo ello con una fundamentación razonable que encuentra asidero bien en disposiciones legales y/o precedentes jurisprudenciales. Como quien dice que ambas partes confrontadas presentan argumentos ciertamente atendibles dependiendo del prisma con el que se mire el problema. Y ello se debe básicamente a dos cosas: la primera, que las circunstancias en las cuales se presentó el episodio son bien particulares como a continuación se explicará; y la segunda, que los principios que orientan las figuras de la DECLARATORIA DE INSUBSISTENCIA EN CARGOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN y la REVOCATORIA DIRECTA, están basados tanto en reglas generales como en excepciones a esas reglas, a consecuencia de lo cual se debe establecer en cada caso específico si lo que opera es la regla general o hay lugar a dar cabida a la excepción.

Con respecto a las circunstancias que rodearon el episodio, se puede asegurar que está enmarcado por una pugna de INTERESES POLÍTICOS, dado que la insubsistencia se produjo precisamente por la fecha en que se llevaron a cabo unas reuniones en las que se tenía que definir la suerte del para ese entonces Director del Hospital San José de Marsella, JUAN CARLOS SARMIENTO, funcionario que estaba esperando el apoyo de quienes integraban la Junta -de la que hacía parte entre otros la Directora Operativa Sector Asistencial MARÍA CONSUELO BETANCUR MOLINA- con miras a lograr su reelección, en el entendido que de la recomendación de la Junta Directiva dependía que el Alcalde lo ratificara o no en el cargo. Como ocurrió que la citada no quiso acompañar al Director del Hospital en esa pretensión dado que no estaba conforme con la forma en que este había desempañado sus funciones, y además el Director era sabedor de la amistad que ella tenía con el alcalde electo, se sostiene que SARMIENTO SARMIENTO obró en represalia por lo que consideró un acto de deslealtad hacia él, y por tal “motivo oculto” optó por despedirla aprovechando que la subalterna estaba en un cargo de libre nombramiento y remoción; es decir, que se trató según se afirma de una desviación de poder por un acto de venganza.

Y en cuanto a las reglas generales y excepciones que aquí operan, se tiene lo siguiente: A)- La regla general para las insubsistencias en cargos de libre nombramiento y remoción, es que se presume su legalidad y se trata de un acto que no tiene que ser motivado por no ser reglado sino discrecional o potestativo; pero la excepción, es que admite prueba en contrario si se demuestra una desviación de poder por tener origen en un acto arbitrario o injusto, y para ello la ley dispuso que la autoridad nominadora debe plasmar en la hoja de vida del empleado desvinculado las razones que tuvo para disponer esa desvinculación; y B)- La regla general para las revocatorias directas, es que esta no opera cuando la parte interesada ha acudido a la jurisdicción contenciosa administrativa y le ha sido notificado el auto admisorio de la demanda (art. 95 CPACA); pero la excepción, es que ella puede ser viable antes de ese momento procesal tanto en forma oficiosa como a petición de parte, pero solo cuando se requiere enmendar un evidente error de la Administración con miras a impedir un mayor perjuicio para el erario público, en cuyo caso se torna obligatoria su aplicación.

Como vemos, la definición del problema acerca de si el proceder del aquí indiciado **GÓMEZ LONDOÑO** fue abiertamente ilegal o arbitrario, rayano con el dolo, depende de la ubicación de su comportamiento dentro de las citadas reglas generales o en las excepciones. Siendo así, lo que para el caso concreto observa la Corporación es que, en principio, la revocatoria directa fue un acto legítimo y no prevaricador como lo pregona la delegada fiscal, pero se requiere profundizar en algunas situaciones puntuales de índole probatoria que impiden por el momento cerrar el caso con una preclusión con efectos de cosa juzgada. Se explica:

Todo indica, se repite en principio, que las circunstancias que rodearon el presente asunto fueron muy particulares y que la desvinculación de la subalterna BETANCUR MOLINA no tuvo como soporte un mejoramiento del servicio sino más bien una retaliación por la actitud asumida por ella en contra del para ese entonces Director del Hospital San José, JUAN CARLOS SAMIENTO. Así se afirma con fundamento en diversos hechos debidamente comprobados: (i) el tratarse de una profesional con más de 17 años al servicio de la empresa y quien había demostrado un excelente desempeño; (ii) el no existir llamados de atención previos en su hoja de vida; (iii) la no anotación en esa misma hoja de vida como por ley correspondía, de las razones que se tuvieron de presente para decretar su desvinculación; (iv) el problema personal surgido entre ellos y la amistad que ella tenía con el nuevo burgomaestre; (v) el no querer patrocinar como miembro de la Junta Directiva de la entidad la reelección del citado Director a causa de esas desavenencias previas; (vi) el coincidir la declaratoria de insubsistencia con la fecha de esas reuniones en las cuales la hoy desvinculada no quiso darle su apoyo efectivo al Director del Hospital con miras a lograr la reelección; y (vii) el no haberse designado en su reemplazo otra persona que ocupara el cargo, porque se entiende que si la desvinculación era en realidad para mejorar el servicio, no se entendía que se dejara acéfalo no obstante tratarse de una función esencial para el funcionamiento de la institución.

Podría alegarse que todos esos pormenores debieron ser discutidos en un proceso judicial como es de usanza, y que la revocatoria directa se muestra como una actuación apresurada de parte del nuevo Director del Hospital (e), quizá por la presión ejercida de parte del nuevo alcalde para favorecer los intereses de la aquí perjudicada con la desvinculación dada la amistad que poseen. No obstante, la realidad jurídica enseña que teóricamente esa revocatoria directa era factible siempre y cuando se tuvieran los elementos de juicio para obrar de esa manera, y al paso surge un importante precedente jurisprudencial del Consejo de Estado, según el cual se presume por prueba indiciaria que si la persona desvinculada de un cargo de libre nombramiento y remoción no es reemplazada en un tiempo razonable, es porque la insubsistencia en verdad no surgió por la necesidad de mejorar el servicio, que es el fin último y principal que justifica en un Estado Social de Derecho la destitución de un servidor público. La jurisprudencia es del siguiente tenor:

“[…] el hecho de que entre la insubsistencia del nombramiento y la posesión de quien definitivamente iba a reemplazarlo hayan transcurrido casi cuatro meses, es indicativo de la desviación de poder en que incurrió la Entidad demandada, por cuanto con ello se evidencia que lejos de pretender mejoramiento del servicio, su fin según se desprende del acervo probatorio, era favorecer intereses particulares, al dejar la titularidad del empleo en situación de indefinición y someter la prestación del servicio a la disponibilidad que tuviera la interesada […]”[[1]](#footnote-1)

Podríamos concluir por tanto que si esos elementos estuvieran plenamente establecidos en la presente actuación, el proceder del aquí indiciado no podría catalogarse como intencionalmente ilícito y sería viable la preclusión solicitada; empero, la Sala observa que se requiere precisar en el caso concreto lo siguiente:

Cabe recordar que para desestimar la solicitud de preclusión la funcionaria a quo argumentó que existían datos que informaban que el aquí indicado pudo haber obrado en forma dolosa porque: (i) la señora MARÍA CONSUELO BETANCUR MOLINA estaba en un cargo de libre nombramiento y remoción, y en ese orden de ideas podía ser declarada insubsistente, como ocurrió en este asunto, decisión que no requería motivación alguna; (ii) la Resolución de revocatoria directa refirió cosas que no estaban contenidas ni fueron la razón de ser del acto de insubsistencia; (iii) el señor GÓMEZ LONDOÑO sabía de la posibilidad que existe de declarar insubsistente a quien ocupa un cargo de libre nombramiento y remoción, las condiciones y características de ese tipo de nombramiento, las posibilidades que tiene una persona desvinculada, y las acciones legales que proceden en ese tipo de eventos, porque él también fungió como empleado de libre nombramiento y remoción, y por tanto sabía cuál era el procedimiento a seguir, sin que requiriera ser abogado o tener conocimientos en derecho; y (iv) se omitió el concepto previo del asesor jurídico de esa Municipalidad.

En criterio del Tribunal, los tres primeros argumentos aducidos por la jueza cognoscente no son atendibles, por lo que a continuación se explica: El primer argumento consistente en que la insubsistencia no tiene que ser motivada es cierto, pero tiene la excepción ya referida. El segundo argumento carece de sentido, como quiera que, desde luego, la revocatoria directa no tenía que ceñirse a la motivación del acto de insubsistencia dado que este carecía de ella, y además no se hizo constar en la hoja de vida las razones que dieron lugar a la desvinculación. Y el tercer argumento también es cierto, en cuanto una persona que ha laborado en la Administración Pública e incluso ejercido un cargo de libre nombramiento y remoción sabe que no tiene estabilidad y puede ser desvinculado, además, que existe la vía judicial para controvertir un acto administrativo de esa naturaleza; sin embargo, el tema de la posibilidad de usar la figura de la revocatoria directa para disponer el reintegro en una situación como la aquí analizada, es una situación de mayor complejidad que requería la asesoría de un profesional del derecho.

En lo que sí le asiste razón a la funcionaria de primer grado, es en lo atinente al cuarto argumento según el cual el aquí indiciado estaba en el deber de obtener el concepto previo del asesor jurídico ante una situación singular como la que aquí presentada, en cuanto esa omisión podía ser indicativa de querer obviar el conducto regular que se tiene establecido en el interior de la institución oficial, o más específicamente el no querer escuchar la posición que el jurídico podía tener acerca quizá de la improcedencia de la figura de la revocatoria directa en este evento, y a cambio de ello se prefirió acudir a una asesoría externa que avalara el proceder favorable a los personales intereses si no del funcionario investigado sí del alcalde municipal en su condición de amigo de la persona declarada insubsistente.

Sobre el punto cabe resaltar por parte del Tribunal, que la juzgadora refirió que el aquí indiciado debió contar con una asesoría previa de parte del jurídico del Municipio, y la delegada fiscal le responde en la sustentación del recurso de alzada que el aquí investigado no es funcionario del Municipio de Marsella sino del Hospital San José de esa localidad, es decir, que no era su deber acudir al asesor jurídico de la Alcaldía como se indica por la jueza a quo. No obstante, la Sala observa que se hace necesario esclarecer ese particular punto en controversia, porque al parecer y según la información que figura en la carpeta, ese Centro Asistencial sí tiene un asesor jurídico que es supuestamente distinto al de la Alcaldía, como quiera que en el informe preliminar de Contraloría se menciona como irregularidad detectada lo siguiente: “**Pese a que la entidad contaba con un asesor jurídico contratado, la Resolución No 097-2016 no fue sometida a su revisión legal**, tal como se lo comunicó a la Asesora de Control Interno el abogado Luis Alfredo García Rodríguez mediante oficio de julio de 2016” -negrillas excluidas-

De igual modo, el Tribunal encuentra que para tomar una eventual determinación judicial favorable a los intereses del funcionario indiciado como se solicita por la delegada fiscal, se hace de suma importancia verificar si en verdad tiene cabida en el caso que aquí se debate el argumento de peso que consagra la línea jurisprudencial del Consejo de Estado, en el sentido que se presume en términos indiciarios que si luego de la declaratoria de insubsistencia el cargo permaneció vacante por un tiempo más allá del estrictamente razonable, es porque el interés que animó la declaratoria de insubsistencia no era en realidad el mejoramiento de la prestación del servicio, y, en consecuencia, tal situación legitimaría la revocatoria directa que aquí se tacha de abiertamente ilegal. Para ello, la Fiscalía debe establecer si esa vacancia prolongada del cargo declarado insubsistente en el caso específico fue una situación atribuible al Director del Centro Hospitalario San José, JUAN CARLOS SARMIENTO, o, por el contrario, tal mora o tardanza en la designación del reemplazo corrió por cuenta del Director (e) **JAVIER DARÍO GÓMEZ**. Lo dicho en cuanto la Sala no encuentra claridad a ese respecto.

Como se observa, el Tribunal considera que para llegar a una declaratoria de preclusión con efectos de cosa juzgada, se debe tener absoluta convicción sin sombra de duda acerca de que la causal de atipicidad por ausencia del ingrediente subjetivo -dolo- que se propone está plenamente establecida, y en esos términos se estima que hay lugar a confirmar por el momento la determinación adoptada por la juzgadora de instancia, como quiera que se requiere ahondar en los puntos ya aludidos antes de proceder en la dirección que se propone.

De conformidad con lo expuesto, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira (Rda.), **CONFIRMA** por las razones indicadas en el cuerpo motivo de esta providencia, la decisión interlocutoria proferida por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de esta capital, por medio de la cual negó la preclusión en la presente actuación.

Esta determinación queda notificada en estrados y contra ella no procede recurso alguno.

Los Magistrados,

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

MANUEL YARZAGARAY BANDERA

El Secretario de la Sala,

WILSON FREDY LÓPEZ

1. Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección A, C.P. Alfonso Vargas Rincón, 02 mayo 2013, rad. 08001-23-31-000-2003-01930-01- [↑](#footnote-ref-1)