



# *Tribunal Superior Del Distrito Judicial*

SECRETARIA DE LA SALA PENAL  
NEIVA - HUILA

## **E D I C T O**

**La Secretaría de la Sala Penal del Tribunal Superior de Neiva,**

### **H A C E   S A B E R:**

Que en la causa No. **41298-31-09-002-2017-00007-01** seguida contra **CLODOMIRO RIVERA GARZÓN** por los delitos de "contrato sin cumplimiento de requisitos legales", La Sala Cuarta de Decisión Penal de este Tribunal dictó sentencia de segunda instancia de fecha veintinueve (29) de abril de dos mil Veintiuno (2021), proveído que fuera aprobado como consta en el Acta No. 416 con ponencia del Magistrado **ÁLVARO ARCE TOVAR**.

Para notificar legalmente a los sujetos procesales se fija el presente **EDICTO** de forma virtual en la página Web de la Rama Judicial por el término de tres (3) días hábiles, en Neiva siendo las siete (7:00) de la mañana de hoy **doce (12) de mayo de dos mil veintiuno (2021)**.

**LUISA FERNANDA TOVAR HERNANDEZ**  
Secretaria



# *Tribunal Superior Del Distrito Judicial*

SECRETARIA DE LA SALA PENAL  
NEIVA - HUILA

**SECRETARIA DE LA SALA PENAL**  
**DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**  
**NEIVA - HUILA**

**CERTIFICA:** Que para notificar legalmente a los demás sujetos procesales del fallo que antecede, se fijó el EDICTO de forma virtual en la página Web de la Rama Judicial por el término de tres (3) días hábiles, en Neiva siendo las siete de la mañana (7:00 a.m.) de hoy **doce (12) de mayo de Dos Mil Veintiuno (2021)**, inhábiles no hubo.

**LUISA FERNANDA TOVAR HERNANDEZ**  
Secretaria

**SECRETARIA DE LA SALA PENAL**  
**DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**  
**NEIVA - HUILA**

**CERTIFICA:** Que el anterior EDICTO permaneció fijado de forma virtual en la página Web de la Rama Judicial, por el término anteriormente indicado; y se desfija siendo las siete de la mañana (7:00 a.m.) de hoy **dieciocho (18) de mayo de Dos Mil Veintiuno (2021)**. Inhábiles 15, 16 y 17 de mayo.

**LUISA FERNANDA TOVAR HERNANDEZ**  
Secretaria



## TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL SALA CUARTA DE DECISIÓN PENAL

|                      |                                                                                                   |
|----------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>MAG. PONENTE:</b> | ÁLVARO ARCE TOVAR                                                                                 |
| <b>RADICACIÓN:</b>   | 41298-31-09-002-2017-00007-01                                                                     |
| <b>PROCESADO:</b>    | <b>CLODOMIRO RIVERA GARZÓN</b>                                                                    |
| <b>DELITOS:</b>      | Contrato sin cumplimiento de requisitos legales y<br>Peculado por apropiación a favor de terceros |
| <b>ASUNTO:</b>       | Sentencia absolutoria                                                                             |
| <b>PROCEDENCIA:</b>  | Juzgado Segundo Penal del Circuito de Garzón –H.-                                                 |
| <b>APROBADO:</b>     | Acta N° 0416                                                                                      |
| <b>DECISIÓN:</b>     | <b>Revoca parcialmente</b>                                                                        |

Neiva, veintinueve (29) de abril de dos mil veintiuno (2021).

### I. ASUNTO

Al apartarse la Sala mayoritaria de la ponencia inicial presentada por el Magistrado que preside la Sala Cuarta De Decisión, procede a resolver la apelación interpuesta por el representante de la Fiscalía General de la Nación, contra la sentencia que el veintiséis (26) de marzo de dos mil diecinueve (2019) profirió el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Garzón –H.-, mediante la cual absolvió al acusado CLODOMIRO RIVERA GARZÓN, de los delitos de

contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación en favor de terceros.

## **II. LOS HECHOS**

Conforme lo revela la resolución de acusación y demás elementos de prueba allegados a la actuación, en mayo de 2005 la Contraloría Delegada Sector Social, Gerencia Departamental del Huila, presentó un informe de auditoría por motivo de un hallazgo penal, consistente la existencia de presuntas irregularidades en la contratación celebrada entre el municipio de Garzón –H.- con la ARS CAJASALUD, durante el período comprendido entre el 1º de abril de 2003 y el 31 de marzo de 2004.

Señala dicho informe que la ARS CAJASALUD, contrató con el Hospital San Vicente de Paúl y la E.S.E. María Auxiliadora del mismo municipio de Garzón, solamente el 41.02% de la prestación de los servicios de salud en los Niveles de Complejidad I, II y III, incumpliendo así lo estipulado en el artículo 51 de la Ley 715 de 2001, que establece que la contratación por dichos servicios debe ser del 50%.

Especifica que durante la misma vigencia la ARS CAJASALUD contrató con la Clínica Medilaser, por modalidad de capitación, el valor de \$2.742 millones de pesos, y por modalidad de evento, la suma de 608 millones de pesos, para la prestación de servicios de salud en el régimen subsidiado de II y III Nivel, intermediación que se considera insegura por las normas que regulan la materia.

También señala que mediante la operatividad intermediaria, la Clínica Medilaser subcontrató por la modalidad de evento con el Hospital Departamental San Antonio de Pitalito –H.-, facturando por los servicios prestados la suma de \$337.7 millones de pesos, que corresponden a una cuantía mínima, teniendo en cuenta el valor contratado; sumado a ello, se indicó que el aseguramiento de la población afiliada y la administración del riesgo en salud, corresponde de manera indelegable a la ARS, lo que implica que no podía ceder su responsabilidad a terceros.

Finalmente se anuncia en el informe que la Superintendencia Nacional de Salud (Supersalud), con fecha 31 de enero de 2005, emitió un concepto donde anuncia que por estos hechos se adelantaba una investigación contra Medilaser Ltda. y la ARS CAJASALUD, por presunto incumplimiento en la contratación mínima con la red pública por parte de esta última entidad para la vigencia 2003, debido a que realiza intermediación con la clínica Medilaser que se prolonga en el tiempo desde el año 2003 hasta el 31 de marzo de 2004, en detrimento del Hospital local.

### **III. LA ACTUACIÓN PROCESAL**

1. Por razón de lo anteriores hechos denunciados, el 10 de noviembre de 2011, la Fiscalía Veinte Seccional de Garzón inició investigación penal en contra de los señores CLODOMIRO RIVERA GARZÓN, alcalde de esa localidad por la fecha de los hechos; Armando Ariza Quintero, representante legal de la ARS Cajasalud, y de María Cristina Vargas Urazán, como representante legal de la Clínica Medilaser, como posibles responsables de los delitos de

peculado por apropiación a favor de terceros y contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

2. El cierre de la investigación fue decretado el 28 de agosto de 2013 por la Fiscalía 22 Seccional de la Unidad Nacional de delitos contra la administración pública, profiriendo **el 26 de diciembre siguiente, resolución de acusación** por la presunta responsabilidad a María Cristina Vargas Urazán, Armando Ariza Quintero y CLODOMIRO RIVERA GARZÓN, en los delitos de peculado por apropiación en favor de terceros y contrato sin cumplimiento de requisitos legales (arts. 397 y 410 C.P.), a los dos primeros en calidad de eventuales determinadores<sup>1</sup>, en tanto que al último en condición posible de autor<sup>2</sup>, absteniéndose de imponerles medida de aseguramiento y negando la solicitud de nulidad que plantearan las defensas de los dos últimos acusados.

3. En contra de dicha resolución acusatoria, el defensor de CLODOMIRO RIVERA GARZÓN interpuso recurso de reposición y subsidio apelación, trámite primario que fue decidido el 8 de mayo de 2014 por el ente acusador de manera negativa, pero concediendo a la vez la alzada<sup>3</sup>, que de igual manera fuera formulada por los encargados de la defensa de los restantes procesados.

4. A través de **resolución del 20 de abril de 2015**, la Fiscalía 71 Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá, negó por improcedente la solicitud de nulidad que planteara el Ministerio Público, e igualmente, la petición de preclusión que demandara la

---

<sup>1</sup> Art. 30 inciso 2º C.P.

<sup>2</sup> Art. 29 C.P.

<sup>3</sup> Efecto suspensivo.

defensa de Armando Ariza Quintero en tanto que finalmente confirmó en su integridad la resolución acusatoria de fecha 26 de abril de 2013.

5. El 16 de junio posterior, la causa fue repartida al Juzgado 55 Penal del Circuito de Bogotá D.C., que se declaró sin competencia para conocer del proceso, asignándose por razón de reparto el expediente al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Garzón –H.-, despacho que el 10 de julio siguiente aceptó la manifestación de incompetencia territorial y avocó el conocimiento del asunto, disponiendo a su vez el traslado de que trata el artículo 400 de la Ley 600 de 2000.

6. Luego, en audiencia preparatoria celebrada el 8 de julio de 2016, previa solicitud formulada por el Ministerio Público y la defensa de CLODOMIRO RIVERA GARZÓN, el juzgado de instancia decretó la nulidad parcial de la actuación a partir del auto del 10 de julio de 2015 que avocó el conocimiento del asunto, al constatar que efectivamente la Fiscalía 71 Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá, no resolvió de fondo el recurso de apelación que formulara la defensa de RIVERA GARZÓN en contra de la resolución acusatoria del 26 de diciembre de 2013. Igualmente dispuso la ruptura de la unidad procesal, para continuar el juicio bajo otra cuerda procesal, en contra de Ariza Quintero y de Vargas Urazán.

7. En ese orden, **el 2 de noviembre de 2016**, la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá, resuelve negar una solicitud de preclusión elevada por la defensa de CLODOMIRO RIVERA GARZÓN, en tanto que confirma en su totalidad la resolución de acusación que en su contra se profiriera el 26 de diciembre de 2013, asignándose la causa nuevamente al Juzgado Segundo Penal

del Circuito de Garzón el 10 de noviembre siguiente, cuyo titular se declaró impedido para continuar conociendo del mismo, empero al no ser aceptado por el juzgado de turno, este Tribunal en auto del 19 de enero de 2017, lo declaró infundado.

8. En esas condiciones, surtido el trámite previsto en los artículos 400 y 401 de la Ley 600 de 2000, el 16 de mayo posterior se adelantó la audiencia preparatoria, realizándose la audiencia de juicio oral en sesiones del 25 de abril, 24 de julio y 15 de agosto, respectivamente, oportunidad última en que se escucharon las alegaciones presentadas por las partes.

9. Una vez surtido el juicio oral, a través de sentencia emitida el 26 de marzo de 2019 lo absuelve de los cargos formulados, determinación que al ser apelada por el ente acusador, ahora concita la atención del Tribunal.

#### **IV. EL FALLO DE INSTANCIA**

El *a quo* tras relacionar los hechos, la actuación procesal surtida, la identificación e individualización del procesado y los alegatos finales presentados por las partes en el juicio, considera que en el caso de CLODOMIRO RIVERA GARZÓN se impone su absolución, como quiera que no se allegó a la actuación prueba demostrativa en grado de certeza sobre su participación y responsabilidad en los ilícitos materia de acusación, tipificados en los artículos 410 y 379 del C. Penal, contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación a favor de terceros,

respectivamente, motivo por el cual estima permanecer incólume la presunción de inocencia que le asiste conforme lo señalan los artículos 232 y 7º de la Ley 600 de 2000, y los precedentes jurisprudenciales que sobre la temática trae a referencia.

De cara a sustentar su tesis, aduce en cuanto al sujeto calificado exigido por los mencionados tipos penales, el procesado RIVERA GARZÓN tiene tal calidad según se extrae de los contratos cuestionados, al igual que de las manifestaciones por él realizadas en audiencia pública, demostrándose que durante el período comprendido entre el 1º de enero de 2001 y el 31 de diciembre de 2003, se desempeñó como alcalde municipal de Garzón –H.-, sin que sobre ese particular hubiese existido alguna discusión en el curso de la actuación.

Al referir el *a quo* a la estructuración del tipo penal de contrato sin cumplimiento de requisitos legales establecido en el artículo 410 del C. Penal, se apoya en jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que trae a referencia, donde precisa los pasos que la administración ha de seguir hasta la fase de celebración del compromiso contractual, constituyendo todos aquellos requisitos inherentes a la fase precontractual cuya verificación recae normalmente sobre los representantes legales de la entidades estatales, en cuanto son garantes de la legalidad de los convenios pues comprometen con su voluntad final los dineros del erario, debiendo además velar que se satisfagan los requisitos legales esenciales al momento de la liquidación del contrato, como quiera que el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, indica que en esta etapa compete tanto al funcionario como al contratista acordar los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar.

Fundamentado en lo anterior destaca el *a quo* que el ente acusador frente a la referida conducta punible, censura esencialmente el hallazgo penal consignado en el informe de auditoría de la Contraloría Departamental del Huila, según el cual la ARS CAJASALUD, teniendo como base la contratación celebrada con el municipio de Garzón por valor de \$1.221.000.000 para el aseguramiento de la población afiliada al Régimen Subsidiado de Seguridad Social en Salud, contrató con el Hospital Departamental San Vicente de Paúl y la ESE María Auxiliadora de esa localidad, tan solo el 41.02% de la prestación de los servicios médicos en los niveles I, II y III, desatendiendo lo dispuesto en el artículo 51 de la Ley 715 de 2001, que ordena la contratación de dichos servicios públicos debe hacerse en un 50% con la red pública de prestadores de servicios de la localidad del contrato.

Así mismo, por cuanto durante esa misma vigencia, CAJASALUD ARS, contrató con la Clínica Medilaser Ltda., en modalidad de capitación, la suma de \$2.742.000.000, y por modalidad de evento, \$608.000.000 para la prestación de los servicios de salud del Régimen Subsidiado en los niveles II y III, intermediación considerada insegura por la normatividad pertinente.

Igualmente, bajo la operatividad intermediaria y por la modalidad de evento, Medilaser Ltda., subcontrató con el Hospital San Antonio de Pitalito –H.-, facturando por los servicios prestados la suma de \$337.7 millones, cifra mínima comparada con el valor del contrato, razón por la cual se generó una usurpación por parte de aquella entidad de las funciones exclusivas de la ARS en la administración del riesgo en salud.

Para el *a quo* ese reproche del ente Fiscal adolece de imprecisiones y vaguedades frente a las concretas obligaciones que para dicha relación contractual debía observar RIVERA GARZÓN, lo que imposibilita establecer la materialidad del delito y menos la responsabilidad del procesado en los hechos investigados, puesto que para considerar su materialización debe acreditarse, en primer lugar, la violación por parte del acusado del requisito exigido para determinada contratación durante la época de los hechos; y en segundo término, si dicho requisito corresponde a la etapa de tramitación, celebración o liquidación del contrato.

Luego, con el objetivo de determinar los requisitos exigibles para el procesado durante la contratación objeto de estudio, el *a quo* trae a colación sobre esa materia disposiciones normativas de la época, precisando que el Decreto 2357 de 1995, en su artículo 13, establecía que la Dirección de Salud para inscribir a las entidades con capacidad de administrar el régimen subsidiado en su territorio y convocatoria a todas las entidades interesadas, debían acreditar: i) Que se encuentran debidamente autorizadas por la Superintendencia Nacional de Salud con resolución vigente; y ii) que posean una red de servicios que les permita prestar los definidos en el POS-S, sin poder exigir requisitos adicionales según se anuncia en la Circular No. 04 del 11 de marzo de 1996 de la Superintendencia Nacional de Salud, en la que así mismo prevé los criterios para evaluar la red prestadora de servicios, sin que en momento alguno determine los valores contratados entre la ARS y las IPS, o establecer anticipadamente los porcentajes de contratación con la red pública o privada de servicios.

A ese respecto señala el *a quo*, no existe duda que CAJA SALUD ARS cuenta con autorización para su funcionamiento como

Entidad Administradora de los Recursos del Régimen Subsidiado – ARS-, según Oficio No. 8003-1-96406 de la Superintendencia Nacional de Salud, máxime cuando ello no fue objeto de reproche en la calificación del mérito del sumario o durante el curso procesal.

También CAJASALUD ARS, acreditó contar con una red prestadora de servicios en los distintos niveles de complejidad, como se infiere de los siguientes convenios: i) Contrato No. 003-2003 del 1º de abril de 2003 con la ESE María Auxiliadora de Garzón –IPS pública-, por capitación, junto con OTRO SÍ del 1º de diciembre de 2003, para la prestación de servicios de I nivel de complejidad; ii) contrato No. 004-2003 del 1º de octubre de 2002 suscrito con la ESE Hospital Departamental San Vicente de Paúl de Garzón, por capitación, para la atención de I nivel de complejidad; iii) contrato No. 2003-07 entre CAJASALUD ARS y Medilaser Ltda., del 1º de enero de 2003, por evento, para la prestación de servicios de salud de IV nivel de complejidad; y iv) contrato de prestación de servicios de salud, por capitación, entre CAJASALUD ARS y Medilaser Ltda., para el Régimen Subsidiado de Salud en los niveles II y III.

Que de la verificación de la red prestadora de salud estaba a cargo del ente territorial a través de la Dirección de salud local, según lo acepta el procesado RIVERA GARZÓN en declaración rendida en el juicio, establecía la existencia del contrato entre la ARS CAJASALUD y el municipio de Garzón, así como el número de afiliados, el valor del contrato y la red prestadora de servicios; que lógicamente él como alcalde, tenía que estar pendiente de todas las tareas, asertos que concuerdan con lo declarado por Doralí Garavito Arévalo, quien para la época de los hechos estaba a cargo de esa dependencia, motivo por el cual considera haber cumplido con las

exigencias previstas en el Decreto 2357 de 1995 y la Circular No. 04 del 11 de marzo de 1996 de la Superintendencia Nacional de Salud, al igual que con lo dispuesto en el artículo 49 del Acuerdo 244 de 2003 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, al conformar una interventoría externa con la Cooperativa de Salud “UNISALUD” que se encargó de la inspección y vigilancia de las obligaciones contractuales con supervisión de la Secretaría de Salud Municipal.

Destaca el *a quo* el yerro en que incurre la Fiscalía al considerar sin justificación normativa alguna, que el procesado en calidad de representante del ente territorial, debía fungir como interventor de la ejecución contractual, pues como lo advierte la defensa, ello implicaría un desbalance en las cargas funcionales, máxime si el artículo 49 del Acuerdo 244 de 2003 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, permite la conformación de una interventoría externa para el cumplimiento de dicha función, tema sobre el que la señora Doralí Garavito Arévalo corrobora en declaración recibida en audiencia del 25 de abril de 2018.

Afirma el juzgado de instancia que por el contrario, las presuntas irregularidades derivadas de los contratos del 1º de noviembre de 2002 y 1º de enero de 2003, celebrados entre CAJASALUD ARS y Medilaser Ltda., así como la posible tercerización en la administración de recursos públicos de salud en el contrato entre Medilaser Ltda., y el Hospital San Vicente de Paúl de Garzón, que llevaron al incumplimiento del requisito exigido por el artículo 51 de la Ley 715 de 2001, son circunstancias ajenas a la responsabilidad del procesado RIVERA GARZÓN, máxime que no fungió como parte contratante o contratista en dichos convenios, sin que corresponda a

las puntuales exigencias endilgadas al ente territorial, según las citadas disposiciones normativas y reglamentarias.

Le resulta en consecuencia diáfano según la legislación antes aludida, la orden allí prevista tiene como destinatario específico las Administradoras del Régimen Subsidiado en Salud –ARS-, puesto que solamente a éstas compete contratar y ejecutar con las IPS públicas del orden municipal o distrital, no menos del 40% del valor de la unidad de pago por capitación subsidiada, efectivamente contratada por la respectiva ARS; o no menos del 50% cuando en la localidad o distrito existan hospitales públicos de mediana y alta complejidad del orden territorial y sin que en momento alguno dicha atribución corresponda al ente territorial.

Además de resultar claro que el cumplimiento de los precitados porcentajes de contratación en los servicios de salud, es un requisito inherente a la fase de ejecución contractual, etapa desprovista de tipicidad frente al delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, pues de acuerdo al pensamiento jurisprudencial referido, dicha conducta solamente es predicable en la etapa precontractual, de celebración o perfeccionamiento del contrato y de su liquidación, encontrándose excluidos para su configuración de este delito los requisitos legales esenciales inherentes a la ejecución del contrato, correspondiendo esta materia a la descripción típica de conductas tales como el intereses indebido en la celebración de contratos, concusión, cohecho, entre otras.

Destaca que no obstante la tramitación y celebración del contrato No. 002 de 2003 se dio en vigencia del período constitucional del señor CLODOMIRO RIVERA GARZÓN, no ocurre así con su

liquidación, toda vez que éste finalizó el 31 de diciembre de 2003 y aquella se dio el 13 de mayo de 2004, momento para el cual el alcalde municipal era el señor Álvaro Cuéllar Botello, siendo éste quien suscribe la respectiva acta de liquidación, razón por la cual el encartado se encontraba física y jurídicamente imposibilitado para intervenir en dicha fase post contractual, cuando se determina diferentes variables como nacimientos, fallecimientos, ingresos, retiros, entre otros, según lo expuesto por Edgar Augusto Tapicha Falla, Doralí Garavito Arévalo y Alberto Segura Garzón, representante legal de la cooperativa encargada de la auditoria, quienes corroboran que solo hasta la liquidación del mismo es posible verificar el cumplimiento de los porcentajes exigidos en el artículo 51 de la Ley 715 de 2001, acotando el primero de los citados que el ente territorial no tenía ninguna participación en la contratación adelantada entre la ARS y las IPS.

Cuestiona seguidamente el *a quo* la afirmación indefinida y sin respaldo alguno de la Fiscalía, al considerar que el procesado CLODOMIRO RIVERA haya depositado en la interventoría externa de la Cooperativa UNISALUD, su indelegable obligación de inspección y vigilancia en calidad de ordenador del gasto, puesto que según el artículo 44, numeral 44.2.3. de la Ley 715 de 2001, es competencia de los municipios celebrar los contratos para el aseguramiento en el Régimen Subsidiado de la población pobre y vulnerable, así como realizar el seguimiento y control, directamente o por medio de interventorías, obligación que el ente territorial garantizó, sin que sea admisible suponer que las posibles deficiencias técnicas o argumentativas de los informes presentados por la interventoría, constituyan *per se* un incumplimiento de las obligaciones del ente territorial en el Sistema de Seguridad Social en

Salud, máxime si dentro del plenario no reposa queja alguna por parte de la entidad o usuarios del sistema, en cuanto a la prestación de los servicios.

De tal manera concluye el *a quo* que CLODOMIRO RIVERA GARZÓN, en calidad de Alcalde Municipal de Garzón, al suscribir el contrato No. 02 de 2003 con CAJASALUD ARS para el aseguramiento de la población beneficiaria del Sistema de Seguridad Social en Salud al Régimen Subsidiado, en momento alguno violó disposiciones que regulan la materia, por tanto la conducta endilgada al acusado deviene atípica, máxime si las inobservancias objeto de reproche se suscitaron durante la ejecución del contrato, etapa excluida de la órbita de protección del tipo penal en cuestión, por lo que insatisfecha está la exigencia probatoria para condenar según el artículo 232 de la Ley 600 de 2000, no teniendo otra opción que absolver al acusado por este cargo.

Ahora en cuanto al cargo de peculado por apropiación a favor de terceros, también formulado por la Fiscalía en contra de CLODOMIRO RIVERA GARZÓN, trae a colación precedentes jurisprudenciales que hacen relación a los elementos estructurales de ese delito, a partir de los cuales considera que una vez esclarecida la calidad de servidor público, se debe determinar si existió o no un aprovechamiento ilícito de recursos públicos por parte del procesado por razón o con ocasión de sus funciones y en favor de un tercero.

De cara a ese cometido señala, el cargo se enfiló por la Fiscalía en razón a que CAJASALUD ARS, en virtud del citado contrato No. 02 de 2003, contrató con la Clínica Medilaser Ltda. la prestación de servicios del Régimen Subsidiado, asumiendo funciones exclusivas

de una ARS y EPS, ésta dispuso la administración de recursos públicos, generando así, con la anuencia del ente territorial, una tercerización derivada de un contrato sin cumplimiento de requisitos legales, lo que conllevó a una apropiación indebida de dineros públicos por valor de \$4.571.000.000; pero no obstante lo anterior, considera que la actividad probatoria desarrollada no permitió obtener el grado de conocimiento requerido sobre la existencia del punible, menos aún sobre la participación y responsabilidad del acusado en el mismo.

En ese orden, indica el *a quo* que por virtud del contrato No. 02 de 2003, celebrado entre el municipio de Garzón, en cabeza de CLODOMIRO RIVERA GARZÓN y CAJASALUD ARS, para la administración de recursos públicos en el aseguramiento de la población afiliada al Régimen Subsidiado de Salud, nació para el ente territorial la obligación de girar recursos públicos enviados desde el gobierno central a la ARS, los cuales eran determinados a partir del número de afiliados y valor de las UPC-S, a fin de garantizar el objeto contractual.

Sobre la destinación de los recursos del Sistema General de Participación refiere Jackeline Sierra Chávarro, Secretaria de Hacienda del municipio de Garzón de 2001 a 2003, quien manifestó que ellos llegaban de forma bimensual a una cuenta bancaria destinada únicamente para los recursos del Régimen Subsidiado, los cuales eran repartidos según las cuentas presentadas por la ARS; por lo que entonces, por virtud del mencionado contrato, se canceló a CAJASALUD ARS la suma de \$1.221.991.872.96, según liquidación del 13 de mayo de 2004, efectuada en la administración del alcalde Álvaro Cuéllar Botello, recursos que fueron cancelados en su gran

mayoría durante el mandato de RIVERA GARZÓN, a raíz de la obligación del ente municipal en el aseguramiento de la población subsidiada en salud.

Refiere el *a quo* al informe de policía judicial suscrito el 14 de febrero de 2017 por Juan Pablo Sepúlveda Villa y Lucía Ivonne Cataño Giraldo, en el que concluye que los informes de las interventorías en el municipio de Garzón son deficientes, incompletos, con recomendaciones a las ARS y al ente territorial de manera verbal; e igualmente, que el resultado de la interventoría realizada no es consistente con los hallazgos de la contraloría, ni con los de ese mismo informe.

Se relieves en dicho documento que la Clínica Medilaser Ltda., contrató la prestación de servicios de salud, para los cuales no tenía habilitación, ni capacidad de ofrecer; a la vez que subcontrató prestación de servicios de salud de forma regular y permanente, mas no de manera excepcional como lo dispone el Decreto 050 de 2003, asumiendo responsabilidades exclusivas de las EPS, provocando una intermediación entre las Entidades Promotoras de Salud y las instituciones subcontratadas, considerándose al respecto que hay una vulneración del artículo 107 de la ley 715 de 2001, por cuanto no optimizó el flujo de los recursos del SGSSS, toda vez que participó como intermediario para la prestación de los servicios de salud.

Advierte entonces el juzgado de instancia que las anteriores conclusiones, aluden esencialmente a las presuntas falencias en la administración de los recursos públicos de salud, derivadas de la ejecución de los mismos, entre CAJASALUD ARS y su red prestadora de servicios, sin que comprometa la concreta obligación del ente

territorial de garantizar el flujo de recursos y realizar el seguimiento del objeto contractual, por tanto, en momento alguno aluden de manera precisa a las condiciones en las cuales RIVERA GARZÓN, con ocasión o en ejercicio de sus funciones, dispuso de recursos del tesoro público a favor suyo o de un tercero, lo que indefectiblemente conllevaría a un detrimento patrimonial, elementos estructurales del tipo penal en cuestión.

Menos cuando el informe de policía judicial del 14 de febrero de 2017, suscrito por Víctor Manuel Beltrán López y Martha Cecilia Zúñiga Cedeño, se concluyó que con la información expuesta y la analizada con los documentos que reposan en el expediente, no es posible entrar a determinar con certeza la presunta apropiación irregular de recursos por parte de la Clínica Medilaser, ya que no se cuenta con la información financiera suficiente para establecer un monto definitivo, a lo que se suma similares documentos emitidos el 12 de julio y 15 de septiembre del mismo año, donde en aquél refiere que el valor de \$509.834.614,01 que constituye la diferencia entre lo contratado por la ARS y las entidades prestadoras del servicio, no es posible atribuir un detrimento patrimonial, mientras que el monto de \$712.157.258,95 corresponde a lo que CAJASALUD ARS efectivamente ejecutó para garantizar la prestación de los servicios de salud del Régimen Subsidiado en Salud de Garzón, incluyendo la contratación celebrada tanto con la red pública como privada.

Concreta entonces el *a quo* que de la prueba de cargo no es posible determinar con certeza racional, la diferencia en lo pagado y efectivamente ejecutado haya entrado a la órbita de disposición del procesado en razón o con ocasión de sus funciones como representante del ente territorial con el fin de beneficiar las arcas de

terceros, máxime si del informe del 14 de julio de 2017 se desprende que CAJASALUD ARS contaba con otras IPS de III y IV nivel de complejidad, como parte de su red prestadora de servicios, como lo es el Hospital Universitario de Neiva, en virtud del contrato No. 2003-10 del 1º de diciembre de 2003, sin que haya sido posible para los peritos a partir de las facturas expedidas por dicha entidad, determinar el contrato al cual se aplica el cobro de los servicios.

Expresa que el sustento de la acusación de la Fiscalía se fundamenta esencialmente en el presunto incumplimiento de los porcentajes de contratación previstos en el artículo 51 de la Ley 715 de 2001, en la ejecución del contrato No. 02 de 2003, lo cual devino en el supuesto detrimento patrimonial, no obstante, como lo advierte la defensa, el señor CLODOMIRO RIVERA GARZÓN no fue contratante o contratista del convenio celebrado entre CAJASALUD ARS y su red prestadora de servicios.

Por tal motivo, expone el *a quo* al procesado le resultaba imposible intervenir en dichas actuaciones, no solo física sino jurídicamente, ya que como se indicó en precedencia, no era parte de las funciones del ente territorial intervenir en la ejecución de la prestación de tales servicios, razón por la que no estaba en posición de disponer de los recursos públicos, una vez los mismos eran ejecutados entre las administradoras del Régimen Subsidiado y las prestadoras de servicios; así lo indicó Jackeline Sierra Chávarro, quien manifestó que el contrato se hacía con la ARS que indicaba el Ministerio, sin que ellos pudieran intervenir sobre qué ARS era que se contrataba, ni con qué cantidad, ni con qué número de afiliados, y que de ahí en adelante el proceso se avanzaba de acuerdo con los términos que la ley indicaba.

Destaca al respecto, el único convenio suscrito por el señor RIVERA GARZÓN fue el contrato No. 02 de 2003 con CAJASALUD ARS, frente al cual no existe reproche alguno, puesto que nada se dijo en torno a que el ente territorial obstaculizara el flujo de recursos a la Administradora del Régimen Subsidiado o que incumpliera sus obligaciones contractuales como bien lo manifestó el procesado en su declaración, asertos que concuerdan con lo dicho por Liliana Manrique Ruiz, Personera Municipal de Garzón para la época de los hechos, quien manifestó que durante el tiempo objeto de la investigación, no recibió ningún tipo de queja o inconformidad por parte de usuarios o directivos de las IPS públicas municipales, frente a la contratación y/o prestación de servicios de salud del régimen subsidiado.

Que Doralí Garavito Arévalo, Secretaria de Salud Municipal de la época, refiere a los controles ejercidos por esa dependencia a la auditoria del contrato suscrito, al igual que Jackeline Sierra Chávarro, en ese entonces Secretaria de Hacienda Municipal, que alude a no recibir queja o reclamo de usuarios o entidades públicas sobre deficiencias en la prestación del servicio o administración de recurso, ya que por el contrario, se aprobó a favor del municipio la ampliación de cobertura por el incremento de los recursos recibidos para el Régimen Subsidiado en Salud.

Concluye el *a quo* resultar diáfana la ausencia de los elementos estructurales del tipo penal, pues no se acreditó por parte de la Fiscalía que CLODOMIRO RIVERA GARZÓN, en abuso del cargo o con ocasión de sus funciones, haya sacado provecho de bienes o recursos públicos a favor de un tercero, menos cuando no tuvo

oportunidad dispositiva en la ejecución de los dineros destinados al aseguramiento de la población subsidiada en salud, por cuanto de dicha etapa sobre la cual se pregona la presunta tercerización y detrimento patrimonial, el acusado no tuvo injerencia alguna, lo cual indica que no habrá lugar a endilgar responsabilidad al acusado por el delito de peculado por apropiación a favor de terceros, conforme a lo explicado.

Recalca que la Fiscalía en este caso no hizo un esfuerzo probatorio suficiente para demostrar la materialidad y responsabilidad de los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación a favor de terceros en cabeza de CLODOMIRO RIVERA GARZÓN, motivo por el que se impone decisión absolutoria, al amparo del principio *in dubio pro reo*, consagrado en los artículos 29 Constitucional y 7º de la Ley 600 de 2000, como en efecto así lo resuelve.

## **V. LOS MOTIVOS DE IMPUGNACIÓN<sup>4</sup>**

El delegado de la Fiscalía General de la Nación, al sustentar la alzada interpuesta contra la sentencia absolutoria descrita, precisa que el juzgado le atribuye centrar su argumento en la investigación realizada por la Contraloría, en el sentido de que los recursos fueron entregados al asegurador y éste no cumplió con las cuotas ordenadas por la ley respecto de contratar el 50% con la red pública, lo que es cierto y lo sostiene a pesar de señalar la defensa que ese valor solamente se puede constatar al final del ejercicio, momento en el cual es que se establece el monto definitivo de ese requisito.

---

<sup>4</sup> Fls. 363 fte. a 369 vto. Cuad. 13.

Expresa que efectivamente los resultados de toda administración se ven al final de la misma, pero tratándose de contratación, si bien ésta tiene un resultado al culminar el ejercicio, es al inicio de ésta que se van fijando los parámetros para determinar al finiquitar el mismo, según voces del artículo 51 de la Ley 715 de 2001, donde se ordena contratar un valor mínimo del presupuesto de los recursos de la salud con la red pública, lo que debe surtir desde el primer día; es decir, desde que inicia la contratación, se debe contratar con la red pública no inferior al 50%, si luego del ejercicio ese porcentaje supera o disminuye por razones no atribuibles a las partes, ello será el resultado definitivo, sin que permita dejar al azar, que contratando la mayor parte de protección con redes privadas por eventos extraordinarios se alcance la meta con la red pública.

Advierte así el ente Fiscal que tal caso es evidente en este proceso, puesto que al momento de contratar de entrada incumple con la ley, transgresión que al final del ejercicio obviamente se ratifica, sin que sea de recibo el argumento que el señor CLODOMIRO RIVERA GARZÓN no puede ser sujeto de señalamiento en razón a que su administración ya había finalizado al momento de terminar el contrato, motivo por el que considera absurdo derivarle el incumplimiento a la ley al nuevo burgomaestre, máxime cuando éste no realizó la contratación.

De tal manera estima quien contrató los servicios con la red prestadora fue el asegurador, y la administración es responsable por no efectuar los controles adecuados para que ello no sucediera, descargando ese compromiso en la consecución de un auditor externo, mismo que solamente hace observaciones respecto del

cumplimiento del contrato, pero sin verificar que el convenio no obedece con lo dispuesto en la ley.

En consecuencia, expresa el órgano Fiscal que la administración en este caso no se controla el cumplimiento de lo normado en la legislación mencionada, y además de ello, al momento de contratar los servicios de salud de las personas menos favorecidas y cobijadas con los recursos del Estado, debió observar que la aseguradora cumpliera con todos los requisitos legales, en especial con la capacidad de prestar el servicio para el cual estaba siendo contratada, exigencias que se pasó por alto a fin de favorecer a terceras personas, que sin cumplir tales requerimientos resultan beneficiadas con la contratación.

Destaca lo dispuesto en el artículo 13 del Decreto 2357 de 1995, citado por el juzgador y el que otorga la razón, puesto que enfatiza en disponer se deberá verificar y avaluar especialmente lo relacionado con la red de prestadores del servicio, toda vez que ordena que se haga de manera reiterativa, constante y por demás necesaria, la verificación de que el servicio ofertado se esté prestando a cabalidad, control que se observa desprotegido al no verificar la administración que los prestadores cumplieran a cabalidad con lo contratado.

En ese orden expresa las Fiscalía que la aseguradora tampoco contaba con una red de servicios debidamente avalada, siendo criticable que al no hacer ese seguimiento, se inobservaron los procesos adelantados por la Secretaría de Salud, en los cuales se cuestionaba la incapacidad de Medilaser para prestar el servicio, pese a ello contrató con la red pública municipal y departamental, pero pagando un menor valor, con lo que se apoderó de manera ilegal

de recursos de la salud; así mismo, los controles ejercidos por la administración, se limitaron a una auditoría externa, que si bien realizó algunas labores, pobres por demás, nunca verificó la capacidad instalada del prestador, y por el contrario, se limitó a verificar que la facturación fuera suficiente para dar el visto bueno y se procediera al pago.

En ese mismo sentido aduce, CLODOMIRO RIVERA GARZÓN en su calidad de alcalde, era la persona encargada de salvaguardar los intereses de su comunidad y que los mismos fueran utilizados de manera adecuada y justa, pero omitió ese deber de cuidado, permitiendo que los recursos fueran entregados a la IPS Medilaser, la cual no contaba con la capacidad instalada necesaria, como así lo expresó la Secretaría de Salud en los procesos que le adelantó y por los que fuera sancionado con posterioridad.

Insiste el ente Fiscal en evidenciar en los contratos celebrados entre la red pública, y Medilaser, de la cual se ha señalado incumplía con la capacidad, pero al final fue aquella quien prestó el servicio con pago por evento, cuando la IPS privada recibió el pago por capitación, quedándose con el valor superior al servir como intermediaria de la prestación, siendo por ello que se ha señalado que se “tercerizó” por parte de la IPS la labor encomendada y fungió ésta como si fuera ARS, lo cual está prohibido, máxime cuando no estaba capacitada y menos aún, certificada para ello.

De otra parte censura que a CLODOMIRO RIVERA GARZÓN se le endilga responsabilidad por realizar la contratación sin el lleno de los requisitos legales, pese a que en su exculpación señala se limitó a llenar los espacios dispuestos dentro del formato de contrato

estipulado para estos casos, pero el reproche va más allá, pues si evidentemente hay una proforma del contrato, ella debe satisfacer el propósito mismo para el cual fue creada y no debe firmarse si de antemano no se han verificado las calidades de los prestadores con los cuales se pretende contratar; es allí donde está el error de la administración, cuando deja de verificar los requisitos mínimos que debía cumplir la aseguradora CAJASALUD ARS, pues los prestadores del servicio con quienes pretendía satisfacer su obligación, no cumplían las expectativas que sobre ellos se tenía.

Concreta que la IPS Medilaser no contaba con la capacidad de prestar los servicios de II, III y IV nivel, razón por la que se ve avocada a subvencionarlos a través de la red pública, pero esa carencia no se presenta de manera eventual, como lo faculta la norma, cuando por caso fortuito o hecho inesperado, el prestador no puede cumplir y debe acudir a terceros para salvaguardar la salud del afiliado; para este caso específico, esa contratación de los servicios se da por la carencia de capacidad instalada, misma que se echa de menos desde antes de ser convocada a la prestación, pero aun así contrata, aspectos en los que radica la responsabilidad del procesado CLODOMIRO RIVERA GARZÓN.

Aduce por consiguiente la Fiscalía no tratarse de un hecho fortuito que le permita acudir a los eximentes legales y proceder a comprar esos servicios, pues por el contrario, era de pleno conocimiento tanto de la ARS como de la IPS que no contaba con esa capacidad y aun así fue contratada, conocimiento que además debió tener la administración, puesto que si realizó los controles previos a la firma del contrato, debió verificar las calidades de los operadores y evidenciar que la IPS Medilaser no tenía la capacidad instalada para

proveer servicios, por lo que finalmente se los compra a la misma red pública a la que se le negó la posibilidad arguyendo que ésta no tenía la capacidad.

Aclara que la contratación cuestionada incumple las normas fijadas en esos eventos, al no verificar el representante del ente territorial los requisitos que debía tener el prestador o que verificados los mismos, los pasó por alto para privilegiar económicamente con dicho contrato a un tercero, al que se le paga por capitación los servicios a prestar, es decir, que recibe el dinero aun cuando los afiliados no asistan a solicitarlo; pero además, aquellos que solicitan el servicio médico de esa complejidad, es remitido a la red pública de la que se había dicho no tenía la capacidad, para que allí les presten atención, cancelándole a la misma como eventualidad, obviamente con una ganancia para la IPS que subcontrató dicho servicio, siendo ahí donde surge el otro cargo en contra del enjuiciado, como quiera que los dineros de la salud fueron a parar a manos de un tercero que simplemente se limitó a intermediar los pacientes y cancelar un valor inferior por el servicio requerido, quedándose con el mayor valor sobre dicha prestación, situaciones que debió prever el procesado desde el momento mismo de iniciar el proceso y no descargar en una auditoría externa la supervisión de tales exigencias en el desarrollo del convenio.

Posteriormente y luego de traer a colación apartes de una decisión del Consejo de Estado<sup>5</sup>, en la que se realiza análisis sobre los compromisos de manejo de los recursos públicos, dentro de los cuales se enuncia el principio de transparencia, expresa que si bien

---

<sup>5</sup> Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C., Consejera Ponente Dra. Olga Mélida Valle de la Hoz, del 31 de enero de 2011, radicado 250000-23-26-000-1995-00867-01 (17767).

es cierto que la Ley 100 de 1993 señala un procedimiento diferente al reglado por la Ley 80 de ese mismo año, ello no obvia los procesos y principios ahí descritos y menos cuando los recursos son de la seguridad social.

Añade el órgano Fiscal que dentro de esos mismos principios se indica el de la igualdad entre los oferentes, el que para este caso no se observó, pues el hospital local San Vicente de Paúl es contratado por la ARS CAJASALUD para prestar los servicios de I nivel, es decir, atención básica de mayor ocurrencia, pero se le niega la prestación de servicios de II y III nivel, argumentando que no tiene la capacidad, no obstante le es entregada a la IPS Medilaser, de la cual existe constancia que no tiene capacidad, lo que se logra evidenciar fácilmente con los servicios contratados entre ésta y aquel nosocomio por la modalidad de evento, siendo por ello quien finalmente presta el servicio, resultando beneficiado un tercero que lo contrató.

Así se hizo notar en la sanción que impusiera la Superintendencia Nacional de Salud a través de la Resolución No. 0902 de 2005, confirmada por la Resolución No. 1345 del mismo año, que en su página 12 pronunció que la Clínica Medilaser Ltda, y/o clínica de Urología venía contratando con entidades públicas cuando ella misma no tenía la capacidad para ofrecer estos servicios ni en sus propias instalaciones y menos fuera de la ciudad de Neiva, lo cual denota que aceptó ser contratista para luego pasar a contratar servicios por encima de su capacidad científica para su control, además del rompimiento de la limitante excepcional con que de manera ocasional pudiera subcontratar tales servicios.

Resalta la Fiscalía lo expresado en la página 13 de la referida investigación disciplinaria, que ese contrato y todos los suscritos denotan que la Clínica Medilaser Ltda., establece su base de datos propia y pasa a organizar, contratar y controlar el manejo financiero de los recursos correspondientes a los afiliados a otras EPS para prestar los servicios de salud, como si fuera una de éstas, pero sin la acreditación de requisitos legales para serlo; luego, como es evidente, la IPS Medilaser carecía de la capacidad instalada para prestar los servicios requeridos por los afiliados a CAJASALUD; pero aun así, los contrata y cobra, apoderándose de los recursos de manera dolosa.

Expresa que otra de las bases de dicho principio presupone la escogencia objetiva del contratista idóneo que ofrezca la oferta más favorable para los intereses de la administración, presupuesto que salta a la vista no se puede considerar cumplido, pues dentro del ordenamiento legal previsto para la prestación del servicio de salud subsidiado, está implícita la protección de los entes públicos, siendo por ello que se exige que cuando menos el 40 o 50 por ciento de la contratación, según el caso, debe ser cubierta por la red pública, limitante que se genera de manera exclusiva, cuando no tengan la capacidad de cumplir la cobertura total de los servicios.

Para este caso, señala el órgano Fiscal, ha quedado claro que el hospital municipal, sí tenía la capacidad de cubrir el servicio, como en efecto lo hizo, pero contratado por un tercero, lo que encuentra respaldo con la sanción impuesta por la Superintendencia, puesto que allí se indica de manera clara la carencia de capacidad, no obstante, logró la consecución de contratos muy lucrativos por servicios que no podía prestar; por consiguiente, tampoco se cumplió

con este presupuesto al escoger a una IPS particular, desatendiendo la posibilidad de contratar a la entidad pública, cuando ésta reunía los requisitos y estándares para atender a los afiliados en los servicios de los niveles no contratados a ella, no siendo tampoco viable considerar a la IPS Medilaser como un contratista idóneo.

Discute igualmente el ente acusador que en la providencia atacada se señala que esos contratos fueron firmados entre la ARS y las IPS, sin que en manera alguna se encuentre siquiera mencionado CLODOMIRO RIVERA GARZÓN, y conforme a ello, su no participación que lo coloca al margen de la responsabilidad imputada, lo que de manera parcial considera cierto pues en efecto el acusado no aparece registrado en los aludidos contratos y los mismos son autónomos para la ARS; sin embargo, debe recordarse que se está hablando es el del manejo de recursos del Estado, y de manera especial de aquellos dispuestos para la prestación del servicio subsidiado de salud, vital e importante para cualquier sociedad, por tanto la responsabilidad del burgomaestre deriva desde ese convenio inicial celebrado con la ARS, permitiendo la administración de los recursos de la salud subsidiada por una entidad que no cuenta con la red de prestadores del servicio habilitados y con la capacidad de asumir el servicio objeto del contrato, como en este caso la Clínica Medilaser, quien para satisfacer el compromiso acude a la red pública.

De tal manera el procesado es responsable por no mantener control y vigilancia sobre los recursos de la salud, al permitir que una IPS no habilitada y sin capacidad para asumir el compromiso, fuera favorecida con la adjudicación del contrato, puesto que es él quien debe velar porque tales recursos sean adjudicados a las entidades

que mayor beneficio pueden prestar y no impedir se contrate con una entidad que no puede cumplir la labor encomendada de manera eficiente y eficaz, escudándose en que los contratos son proforma y que había contratado una auditoría externa, que se limitó conferir autorizaciones para que el ente territorial cancelara el compromiso oportunamente, pero sin verificar o realizar control alguno a ese documento.

Que tampoco se puede escudar en que el cumplimiento de lo descrito en el artículo 51 de la Ley 715 de 2001, se limita al resultado final de los procesos, puesto que la teleología de la norma apunta a que de manera inicial se debe adjudicar cuando menos el 50% de los recursos del sistema público de salud y no que se realicen actividades para que posiblemente al final del ejercicio se llegue al porcentaje referido, lo que implica que desde el principio se cumpla con este presupuesto para que en lo posible, al final del mismo, siga siendo cuando menos ese valor.

Dice la Fiscalía que el principio de transparencia, según el criterio jurisprudencial que trae a referencia, impone al servidor público la rigurosa vigilancia de la ejecución del contrato, incluida la etapa precontractual, por cuanto atribuye la obligación de realizar evaluaciones objetivas sobre las propuestas presentadas, de acuerdo a los pliegos de condiciones efectuados con anterioridad, pautas que deben ser aplicadas al momento de la evaluación de las ofertas.

Concreta en consecuencia, que conforme a los postulados del artículo 397 del C. Penal, se tiene que CLODOMIRO RIVERA GARZÓN era servidor público, puesto que para el momento de los hechos se desempeñaba como alcalde del municipio de Garzón –H.-

, y como mandatario local contrató con la ARS CAJASALUD el suministro de servicios médicos subsidiados para los afiliados a ese régimen, es decir, decidió sobre el destino de los dineros del Estado; sin embargo, dichos dineros con un fin específico fueron a su vez contratados por modalidad de capitación con la IPS Medilaser, que no contaba con la capacidad física ni científica para atender la demanda que le estaba siendo encargada; no obstante, ésta a su vez subcontrata la atención con la red pública que no fue seleccionada inicialmente, mediante contratación por evento, lo que le permitió a la IPS apoderarse de dineros del servicio de salud subsidiado, incremento patrimonial doloso obtenido por la IPS, que es el hecho reprochado al burgomaestre como quiera que simplemente intermedió entre la ARS y la IPS municipal que finalmente prestó el servicio, obteniendo una ganancia sustancial por esa tercerización, como bien se indicó en la acusación.

Que tales hechos le permitió a la Fiscalía acusar a CLODOMIRO RIVERA GARZÓN, de ser autor de peculado por apropiación a favor de terceros, pues el incumplimiento del deber de cuidado y verificación de los requisitos, ya por acción o por omisión, son igualmente reprochables y sancionables por la legislación, toda vez que ese es del deber ser de aquella persona que accede a un cargo de tal magnitud como la alcaldía, que jura representar no solo a quienes lo apoyaron, sino velar porque tanto las acciones de la administración, como los recursos puestos a su cuidado, sean redimidos en beneficio de la comunidad, lo que no sucede en este caso, como ya lo explicó, razón para solicitar del Tribunal emita pronunciamiento revocando la sentencia atacada y en consecuencia, se le imponga sentencia condenatoria como responsable de los punibles de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y

peculado por apropiación a favor de terceros, de los cuales fue exonerado por la juez de instancia.

## VI. EL TRASLADO A LOS NO RECURRENTES

1. **El encargado de la defensa**<sup>6</sup> solicita del Superior confirme la sentencia absolutoria pues el apelante se limita a insistir en los argumentos esbozados en la resolución de acusación, manifestando opiniones particulares y subjetivas de su inconformidad, sin señalar los yerros en que presuntamente incurrió el fallador en su decisión, situación que deriva en que deba ser declarada desierta la alzada por indebida sustentación.

Relieva que la Fiscalía critica el hecho de desestimar en la sentencia absolutoria, un rico acervo probatorio testimonial y documental el cual da fe de la presunta responsabilidad del enjuiciado en los hechos puestos en conocimiento, sin embargo no precisa cuáles son las que a su juicio demostrarían la responsabilidad de su representado, o cual la valoración errada o sesgada del juez de instancia que hubiere cambiado el sentido de la determinación, lo que daría a declarar desierta la alzada por alta de sustentación jurídica atendible como lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia en precedente jurisprudencial que cita; por el contrario lo que se evidencia es el estudio juicioso de todo el material probatorio en conjunto por parte de la juez de instancia.

---

<sup>6</sup> Fls. 371 fte. a 378 vto. Cuad. 13

En caso que se estime debidamente sustentado el recurso, pide la defensa se mantenga incólume lo resuelto en la instancia, habida consideración que el impugnante admite centrar su argumento en la investigación realizada por la Contraloría, en el sentido que los recursos fueron entregados al asegurador y éste no cumplió con las cuotas ordenadas por la ley respecto de contratar el 50% con la red pública; así mismo, que efectivamente los resultados de toda administración se ven al final de la misma, empero tratándose de contratación, considera ese funcionario que la misma, si bien tiene un resultado al final del ejercicio, no es menos importante señalar que al inicio del mismo es que se van fijando los parámetros para determinar el monto final, según lo contemplado en el artículo 51 de la Ley 715 de 2001.

Dice la defensa que el órgano acusador nunca ha comprendido el presente asunto, por desconocimiento de la normatividad que lo regula, cuando la legislación tiene un destinatario específico que no es otro que las Administradoras del Régimen Subsidiado de Salud (ARS), no el ente territorial (municipio – alcaldía), como incluso lo admite y luego lo contradice, siendo lo cierto que en aquellas recae la responsabilidad única y exclusiva en el manejo de la contratación, y ninguna injerencia o competencia legal para el efecto se radica en éste último ente, es decir, el destinatario de la norma no era el alcalde municipal de la época, señor CLODOMIRO RIVERA GARZÓN, y por tanto, no era de su competencia intervenir en la contratación del porcentaje señalado, lo que ratifica el memorando del Ministerio de Salud del 23 de abril de 2002.

Que además desconoce el impugnante el Acuerdo 244 de 2003 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, por medio del

cual se definen las forma y las condiciones de operación del Régimen Subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud, que en su artículo 45 regula los contratos de aseguramiento y del que se puede observar, que es la misma ley y no el arbitrio de las partes la que determina cómo se debe hacer la contratación, con quién y el momento exacto de definir las obligaciones, siendo ésta la razón fundamental por la que se sostiene que CLODOMIRO RIVERA GARZÓN, en ningún momento transgredió el ordenamiento jurídico y que su conducta desde el primer momento fue ajustada a derecho.

Agrega que el impugnante pretende inducir en error al *ad quem* cuando manifiesta que la ley ordena contratar un valor mínimo del presupuesto de los recursos de la salud con la red pública, aspecto a observar desde el inicio de la contratación, es decir, se debe celebrar un contrato con la red pública no inferior al 50%, cuando la norma no hace precisión a futuro sino que ordena satisfacer los parámetros establecidos y la desobediencia deriva en sanción, aclarando que al finalizar cada anualidad se efectuarán balances para efectos de determinar el cumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de la ARS y la ejecución de los recursos, éste sí un imperativo legal impuesto al ente territorial, pero al finalizar cada anualidad, cuando deviene la liquidación del mismo, disposición que es clara y no admite interpretación diferente.

Repara que la liquidación del contrato suscrito por el municipio de Garzón con la ARS CAJASALUD para la atención de los afiliados del Régimen Subsidiado de Salud durante el período 1º de abril de 2003 a 31 de marzo de 2004, se realizó en el año 2004 cuando CLODOMIRO RIVERA ya no era alcalde de Garzón, puesto que su período constitucional llegó hasta el 31 de diciembre de 2003, etapa

que es posterior a la ejecución del contrato, donde las partes verifican en qué medida y de qué manera cumplieron las obligaciones recíprocas de él derivadas, con el fin de establecer si se encuentran o no a paz y salvo por todo concepto producto de su ejecución.

En atención a ello es que el fallador de instancia acierta en sostener que el acusado CLODOMIRO RIVERA no puede ser objeto de señalamiento irregular, máxime que no se evidencia alguna anomalía en esta etapa contractual, ni observaciones a la ejecución del contrato, pues su administración ya había finalizado al liquidar el mismo, o mejor, al finalizar la anualidad, cuando se debía hacer los balances para efectos de determinar el cumplimiento de las obligaciones o porcentajes contractuales por parte de la ARS y la ejecución de los recursos.

Dice la defensa evidenciar ambigüedad en cuanto confunde la Fiscalía los contratos objeto de investigación penal, al reprochar la contratación o cumplimiento de las obligaciones contractuales entre la ARS CAJASALUD con las instituciones prestadoras de servicios de salud públicas (IPS); el único contrato suscrito por CLODOMIRO RIVERA GARZÓN, es el firmado entre el municipio de Garzón y CAJASALUD ARS, por lo tanto, no se le puede endilgar responsabilidad por la actuaciones desplegada por la ARS, respecto al cumplimiento de los porcentajes con las IPS públicas, como lo señala el artículo 51 de la Ley 715 de 2001, en la que se indica que la contratación es potestad única y exclusiva de la ARS como destinataria del postulado normativo y para nada se extiende al ente territorial, estando vedado a éste cualquier injerencia conforme a lo estipulado en el parágrafo del artículo 52 del Acuerdo 244 de 2003, aspecto que fue ratificado por el especialista en gerencia en salud,

Edgar Augusto Tapicha Falla, exgerente de la ESE municipal María Auxiliadora para el 2003, IPS a la que supuestamente se la causó perjuicio.

Considera importante aclarar la defensa, no es el ente territorial el que para la época de los hechos se encargara de determinar la capacidad para prestar el servicio de las administradoras del Régimen Subsidiado, ni de hacer el registro y rehabilitación de las mismas según el Decreto 1804 de 1999, bastaba solo con la habilitación y autorización de la Superintendencia Nacional de Salud para operar el Régimen Subsidiado, requisito que ya se encontraba satisfecho pero la Fiscalía maliciosamente echa de menos.

Ahora, el impugnante con base en lo establecido en el artículo 13 del Decreto 2357 de 1995, derogado por el artículo 1º del Decreto 574 de 2003, señala debía el representante del ente territorial verificar y avaluar especialmente lo relacionado con la red de prestadores, cumplieran el servicio a cabalidad, aseveración que según el defensor no existe base probatoria pues como lo mencionara Doralí Garavito Arévalo, Secretaria de Salud Municipal y Supervisora del Contrato de Interventoría de Régimen Subsidiado, además especialista en gerencia de salud y seguridad social, la ARS CAJASALUD se encontraba habilitada y había garantizado la red de prestadores de servicios en los diferentes grados de complejidad, afirmación corroborada con el testimonio de Alberto Segura Garzón, representante legal de UNISALUD, quien señala que al momento de la contratación sí se presentó la red de prestadores de servicios de salud, lo cual hace que la Dirección Local de Salud y todos los prestadores estaban debidamente habilitados por la Secretaría de Salud Departamental.

Insiste carece de base probatoria ese aserto más cuando el peritaje realizado por los funcionarios del CTI de la Fiscalía del 14 de febrero de 2017, señala respecto a la Clínica Medilaser se debe tener en cuenta que al momento de suscribir el contrato de prestación de servicios de salud para el régimen subsidiado por capitación con la ARS, se encontraba habilitada para la prestación de los servicio contratados, ya que según el Decreto 2309 de 2002, vigente para la fecha, la IPS realizó el procedimiento de inscripción en el registro especial de prestadores de servicios de salud, por lo que en ese sentido también resultan desatinadas las manifestaciones de la Fiscalía, como lo fue igualmente la inhabilitación por parte de la Secretaría de Salud Departamental del Huila, ya que la Resolución No. 0902 expedida por la Superintendencia Nacional de Salud en el año 2005, se conoció dos años después de terminado el mandato del señor CLODOMIRO RIVERA GARZÓN y de los hechos materia de investigación, como lo declaró Alberto Segura Garzón, interventor externo del contrato y representante legal de UNISALUD, entidad encargada de vigilar el cumplimiento del contrato suscrito.

Sobre la incapacidad de la IPS Medilaser de prestar servicios de II, III y IV nivel, por lo que se ve avocada a comprarlos a la red pública, conocimiento que debió tener la administración, ello tampoco es cierto pues es responsabilidad de las ARS seleccionar los prestadores con los cuales deban celebrar el contrato, lo único que debe hacer el alcalde es constatar se encuentran habilitadas todas las instituciones de la red; ya la forma en que se desarrolle o ejecute el contrato por parte de la ARS con la IPS de su red, por mandato legal escapa de su competencia y se limita a verificar que el servicio

de salud se esté prestando adecuadamente a través de la auditoría externa contratada.

Frente al caso de la entidad pública, Hospital San Vicente de Paúl, advierte la defensa sobre las afirmaciones de la Fiscalía resultan temerarias, contradictorias y lejanas a la realidad, ya que de acuerdo con lo manifestado por su representado en indagatoria, para la época de los hechos ésta no tenía la prestación del servicio de salud en el nivel de complejidad III, lo cual es corroborado por la Secretaría de Salud Departamental a través del oficio No. 2362 del 12 de julio de 2012, en cuanto señala que para la fecha de los hechos (1º de abril de 2003 al 31 de marzo de 2004), tenía nivel de complejidad II, en la cual solo se podía hacer las actividades de los grupos 04, 05, 06, 07 y 08.

Según la inspección judicial practicada por los funcionarios del CTI a aquella entidad el 13 de junio de 2017, se corrobora que no tenía todos los servicios y que los mismos sí eran prestados por la Clínica Medilaser, por lo que como se puede ver, para la fecha de los hechos el mencionado hospital tenía un nivel de complejidad II, como también lo reitera la Secretaría de Salud Departamental del Huila en oficio 4919 del 22 de junio de 2012, haciéndose necesaria la contratación del nivel III de complejidad con otra entidad prestadora de salud, lo podría explicar la reducción del porcentaje de esta IPS pública, en aras de una prestación óptima del servicio de salud.

Para la defensa no es de recibo la argumentación que trae el impugnante sobre los principios de contratación estatal supuestamente vulnerados, pues conforme lo establece el numeral 2º del artículo 26 de la Ley 100 de 1993, el contrato celebrado ente

territorial y la ARS se registrará por el derecho privado, siendo de resaltar que conforme al desarrollo jurisprudencial sobre la materia, para constatar si se ha configurado el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, debe considerarse el tipo de contratación y el régimen jurídico a que ésta sometido.

Por ello, considera importante recordar, (i) que son los beneficiarios del régimen subsidiado los que escogen la ARS de su preferencia, la cual debe ser habilitada y autorizada por la Superintendencia Nacional de Salud, por lo que no existe selección por parte del ente territorial ni pliego de condiciones; (ii) el contrato se firma entre el municipio y la ARS escogida por los beneficiarios es una plataforma enviada directamente por el Ministerio de Salud, que determina el clausulado y no la voluntad de las partes; (iii) el valor del contrato corresponde al número de afiliados que dicha época habían escogido a CAJASALUD como su ARS, multiplicado por el valor de la UPCS reconocida por el Gobierno Nacional, por lo que la disposición de los recursos tampoco competía al alcalde; y (iv) la contratación y las obligaciones impuestas a la ARS para la ejecución del contrato, se enmarcan dentro del régimen exclusivamente privado.

De otra parte, discrepa la defensa asegure el impugnante que mediante la contratación irregular de la alcaldía con la ARS y de ésta con la IPS Medilaser, igualmente irregular, es lo que permite a la Fiscalía acusar al señor CLODOMIRO RIVERA GARZÓN de ser autor de peculado por apropiación a favor de terceros, puesto que al suscribir el convenio no contaba con las IPS calificadas y cualificadas que prestaran el servicio, lo que llevó al detrimento patrimonial del Estado respecto de los recursos de la salud del municipio de Garzón, pues está entendido que dicha contratación ni fue irregular y se ajustó

en su totalidad a la normatividad vigente para la época de los hechos, pues tanto la ARS como la IPS contratadas, estaban habilitadas y autorizadas para prestar el servicio.

A ese respecto es de tener en cuenta que el delito de peculado exige que el servidor público se apropie de dinero o bienes del Estado, los que en el caso concreto fueron girados con una finalidad específica, cuál era la prestación de los servicios de salud del régimen subsidiado, éste que se prestó en debida forma como lo demuestra el acopio probatorio; a su vez el cumplimiento de los mencionados porcentajes corresponde a la contratación o ejecución de los contratos celebrados por la ARS CAJASALUD y su red de IPS, lo que solamente se podrá verificar por el ente territorial al finalizar la anualidad y liquidar el contrato; sin embargo, éste no correspondió a CLODOMIRO RIVERA, luego ningún detrimento de estos recursos puede predicarse cuando se cumplió a cabalidad la prestación del servicio contratado, razón por la que la Auditoría Gubernamental de la Contraloría Departamental, sumado a la declaración rendida por la funcionaria Yaneth Hurtas Lozano, se advierte no hubo hallazgo fiscal, ni se evidenció un detrimento patrimonial del erario público, como quiera que los servicios de salud se prestaron a los usuarios.

Destaca la defensa el peritaje o informe de policía judicial 41-103601 – 41103602 del 14 de febrero de 2017, producto del estudio efectuado a las facturas aportadas, en la que no se advierte algún valor relacionado por concepto de administración y el monto girado a CAJASALUD corresponde al mismo valor facturado a Medilaser sin ningún tipo de descuento, a lo que se suma el acta de liquidación suscrita el 13 de mayo de 2004, que tiene como anexo la información contractual, firmada por el alcalde del momento distinto al procesado,

el interventor del contrato del Régimen Subsidiado del municipio de Garzón de la época, María del Carmen Patarroyo, y por el representante legal de CAJASALUD ARS, donde se resalta que el saldo a pagar por parte del municipio de Garzón y la ARS CAJASALUD es la suma de \$24.113.695,86 y por CAJASALUD ARS al municipio de Garzón, es de 0 pesos.

Corolario de lo expuesto, señala la defensa que de la celebración del contrato suscrito por CLODOMIRO RIVERA como alcalde del municipio de Garzón, los recursos girados por el Gobierno Nacional se destinaron en su totalidad a la prestación del servicio de salud del Régimen Subsidiado, como efectivamente ocurrió, sin estar demostrado dentro de plenario que el erario público haya sufrido menoscabo, y por consiguiente, una apropiación indebida de los mismos, razón para peticionar se mantenga incólume la sentencia absolutoria pues los delitos a él enrostrados jamás fueron cometidos por su representado, no probándose siquiera la materialidad de las conductas y menos su participación en las mismas, puesto que su comportamiento siempre estuvo ajustado a la ley y los reglamentos.

**2. El representante del Ministerio Público<sup>7</sup>** por su parte, insiste en los hechos materia de acusación y la sentencia absolutoria de primera instancia, en el sentido que el ente territorial en cabeza de CLODOMIRO RIVERA GARZÓN cumplió con las exigencias previstas en el Decreto 2357 de 1995 y la Circular 04 del 11 de marzo de 1996 de la Superintendencia Nacional de Salud, durante la tramitación y celebración del Contrato No. 02 del 1º de abril de 2003, pues no solamente constató que la ARS contara con la respectiva autorización de funcionamiento y con una red prestadora de servicios

---

<sup>7</sup> Fls. 379 a 391 Cuad. No. 13.

en los distintos niveles de complejidad, sino también que en cumplimiento del Acuerdo No. 49 del Acuerdo No. 244 de 2003 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, conformó una auditoría externa con la cooperativa de salud UNISALUD, la cual se encargó de la inspección y vigilancia de las obligaciones contractuales, con supervisión de la Secretaría de Salud Municipal, siendo claro que los precitados porcentajes de contratación en la prestación de los servicios de salud es un requisito inherente a la fase de ejecución contractual, etapa desprovista de tipicidad frente al delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, pues de acuerdo al pensamiento jurisprudencial colegido, dicha conducta solamente es predicable de la etapa precontractual de celebración o perfeccionamiento.

Relieva que el ente acusador expone sus motivos de disenso carente de cualquier análisis de tipicidad frente al delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y ajeno a la realidad procesal, lo que no ocurre con el despacho de instancia que parte de la suscripción del Contrato 02 de 2003, entre CLODOMIRO RIVERA GARZÓN como alcalde municipal, y la ARS, para cuyo efecto tuvo en cuenta las exigencias de la legislación que regulaba ese tipo de convenios -Decreto 2357 de 1995-, como encontrarse debidamente autorizadas por la Superintendencia Nacional de Salud con resolución vigente, y que posean una red de servicios, requisitos reiterados en la circular No. 014 del 11 de marzo de 1996 de la Superintendencia Nacional de Salud, que no contiene el deber de determinar los valores contratados entre la ARS y la IPS, ni los porcentajes entre la red pública y la privada, como se desprende los apartes que translitera.

Expresa también, que el juzgado de instancia con total apego a las pruebas recaudadas, arribó a la conclusión de que CAJASALUD ARS, para la fecha de los hechos, el decir, para el 1º de abril de 2003, contaba con autorización para su funcionamiento como Entidad Administradora de los Recursos del régimen Subsidiado de Salud, según oficio 8003-1-96406 de la Superintendencia Nacional de Salud y que contaba con una red prestadora de servicios en los distintos niveles de complejidad, concretamente, con la ESE María Auxiliadora de Garzón, la ESE Departamental San Vicente de Paúl de Garzón y Medilaser Ltda., ésta última debidamente habilitada, procediendo a relacionar cada uno de los convenios, las fechas de suscripción al igual que el cubrimiento en los niveles de complejidad.

Así mismo, enfatiza el representante del Ministerio Público que conforme al formulario de inscripción de servicios en el registro especial de prestadores de servicios de salud correspondiente al Hospital San Vicente de Paúl de Garzón, solamente se ofrecía el servicio hospitalario general pediátrico y consulta externa pediátrica, pero no registra los servicios de cuidado intermedio y cuidado intensivo neonatal, ni pediátrico, ni cirugía pediátrica, es decir, que no registra la totalidad de servicios de segundo nivel de atención, razón por la cual, conforme a la Circular No. 04 del 11 de marzo de 1996 de la Superintendencia Nacional de Salud, debía acreditar la ARS su remisión por el sistema de referencia y contra referencia, por lo que hizo necesario contratar ese clase de servicios con la Clínica Medilaser Ltda. el 1º de noviembre de 2002, incluso atención médico quirúrgica en casos de patologías relacionadas con embarazo, parto y puerperio, casos de apendicetomía, colecistectomía, histerectomía.

Igual acontece del contenido de la cláusula primera del contrato suscrito también con MEDILASER LTDA. y CAJASALUD de fecha 1º de enero de 2003, donde se especifica que incluye atención de internación, cirugía, consulta especializada para la atención integral del neonato; incluso, ya para el mes de diciembre de 2003, la ARS CAJASALUD garantizó la atención por patología de alto costo con el Hospital Hernando Moncaleano de Neiva, según contrato No. 2003-10 del 1º de diciembre de 2003; obra también dentro del expediente la certificación expedida por la Secretaría de Salud Departamental del Huila, del 2 de diciembre de 2004, la cual puede ser corroborada con la certificación del 3 de marzo de 2003, que establece los servicios de salud referidos.

Realiza el agente del Ministerio Público un estudio comparativo del objeto del contrato del 1º de enero de 2003, suscrito entre CAJASALUD ARS y MEDILASER LTDA., con la habilitación anterior, concluyendo que en ninguno de estos dos contratos se hace referencia a la totalidad de los servicios conforme se puede verificar de la Resolución 5261 de 1994 del Ministerio de Salud, lo que hizo necesario certificara el 12 de julio de 2012 la Secretaría de Salud Departamental del Huila, acerca de los servicios habilitados por el Hospital San Vicente de Paúl de Garzón, para el período comprendido entre el 1º de abril de 2003 y el 31 de marzo de 2004.

Y en lo que tiene que ver con la celebración de los contratos entre Medilaser Ltda. y el Hospital San Vicente de Paúl, que según la Fiscalía constituye una práctica de tercerización prohibida por el ordenamiento jurídico, o inclusive el reproche que se les hace a los contratos del 1º de noviembre de 2002 y el 1º de enero de 2003 celebrados entre CAJASALUD y Medilaser Ltda., los cuales conforme

a lo acreditado, escapa a la responsabilidad del procesado pues debe recordarse que según la Fiscalía, en la resolución de acusación, la subcontratación efectuada por Medilaser se ejecutó y liquidó con el silencio cómplice del alcalde de turno, como ordenador del gasto, por tanto, a la luz del artículo 29 del C. Penal, implicaba acreditar que el señor RIVERA GARZÓN realizó la conducta punible por sí mismo o utilizando a otro como instrumento, es decir, que tramitó, celebró o liquidó los contratos del 1º de noviembre de 2002 y el 1º de enero de 2003 realizados entre CAJASALUD y Medilaser Ltda., y el contrato No. 06 del 1º de noviembre de 2002, celebrado entre Medilaser Ltda. y el Hospital San Vicente de Paúl, máxime que existió una auditoría interna contratada para dicho fin, a través de la suscripción del contrato de interventoría SS 02 del 23 de enero de 2003.

En cuanto al reproche penal dirigido al presunto incumplimiento a lo previsto por el artículo 51 de la Ley 715 de 2001, así como del contenido de la cláusula quinta del contrato 02 del 1º de abril de 2003, dice el representante del Ministerio Público que es dable concluir, los porcentajes mínimos de contratación con la red pública constituyen una obligación para la ARS en la ejecución y liquidación del contrato, más no como lo considera el recurrente, como requisito esencial para el momento de suscribirlo.

Considera entonces acertado lo expuesto por el juzgado de primera instancia, en el sentido de que los montos o porcentajes de ejecución con IPS públicas, corresponden a la etapa de ejecución del contrato, deviniendo en atípica la conducta desplegada y que dicha verificación sólo es posible realizarla en el momento de su liquidación, etapa ésta última en la que no participó el señor RIVERA GARZÓN, ante la finalización de su período como alcalde municipal.

Para el agente del Ministerio Público igual acontece con el reparo formulado frente al delito de peculado por apropiación, puesto que el recurrente lo plantea de manera genérica, como una consecuencia del cumplimiento de los requisitos legales en la celebración del contrato No. 02 de 2003, al no haber verificado la capacidad de la ARS y su red de prestadores de servicios, lo que derivó en un detrimento patrimonial del Estado; sin embargo, el actuar delictivo previsto en el artículo 397 del C. Penal, se configura cuando el servidor público se apropia en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se la haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones.

Luego de explicar el verbo rector apropiar que comprende dicha ilicitud, advierte que los dineros destinados al aseguramiento de la población afiliada al Régimen Subsidiado de Salud del municipio de Garzón, fueron en su mayor proporción cancelados a CAJASALUD en la administración de CLODOMIRO RIVERA GARZÓN, pero dicha transferencia no se realizó de manera ilícita, sino en cumplimiento de una obligación legal contemplada en el artículo 2º del Decreto 050 de 2003, que establece que los actores que intervienen en la generación, presupuesto, recaudo, giro, administración, custodia o protección y aplicación de los recursos del Régimen Subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud, tienen la obligación de garantizar el flujo de los mismos a través del cumplimiento de lo dispuesto en el mismo decreto y demás normas que regulan la materia; además responderán por su acción u omisión, según el caso,

cuando su conducta entorpezca el flujo o genere la aplicación indebida de tales recursos.

Pasa enseguida a analizar el representante del órgano de control lo concerniente al destino, debida aplicación o apropiación indebida de los recursos considerados por el juzgado de primera instancia, que concluyó sobre la imposibilidad de determinar con certeza racional que dicha diferencia entre lo pagado y lo efectivamente ejecutado, haya entrado a la órbita de disposición del procesado en razón o con ocasión de sus funciones como representante del ente territorial con el fin de beneficiar las arcas de un tercero, para cuyo efecto consideró el informe de fecha 14 de febrero de 2017, suscrito por Víctor Manuel Beltrán López, en el cual se concluyó que en los documentos que componen el acervo probatorio, no se encontró información sobre facturación realizada por la Clínica Medilaser y/o Clínica de Urología, como tampoco pagos realizados por Cajasalud ARS-UT; imposibilitándole determinar con certeza la presunta apropiación irregular de recursos por las entidades contratadas, pese a constatar que el valor de \$712.157.258,95 corresponde al valor que esta entidad efectivamente destinó o ejecutó para garantizar los servicios de salud de los afiliados del régimen subsidiado del municipio de Garzón, los cuales incluye los contratos celebrados con la red pública y privada.

En tales condiciones y ante la inexistencia de elementos de convicción que permitan establecer que efectivamente el acusado se apropió en su favor o de un tercero de la suma de \$4.571.000.000, según lo endilgado por la Fiscalía en la resolución de acusación, o de los \$1.221.991.872,96 que el municipio de Garzón transfirió a favor de CAJASALUD ARS en virtud del contrato No. 02 de 2003 o por lo

menos de los \$509.834.614.01, resultantes de la diferencia entre el valor contratado y efectivamente ejecutado por la aludida ARS, una vez concluido el debate probatorio no ha sido posible derruir la presunción de inocencia que ampara al acusado en los términos del artículo 7º de la Ley 600 de 2000, por lo que pide se confirme la decisión de instancia.

## VII. CONSIDERACIONES

Al apartarse la Sala mayoritaria de la ponencia inicialmente presentada, conforme a la competencia otorgada por el legislador en el numeral 1º del artículo 77 del Código de Procedimiento Penal –Ley 600 de 2000-, que faculta al Tribunal para revisar las sentencias dictadas por los Juzgados Penales del Circuito del mismo Distrito, procede a analizar de manera concienzuda los requisitos exigidos para impartir condena, como lo son la certeza de la conducta punible y de la responsabilidad penal del acusado en los ilícitos materia de acusación, fundadas en las pruebas obrantes en el proceso, según extremos establecidos en el artículo 232 ibídem<sup>8</sup>.

Y para esos efectos se deben confrontar las pruebas debatidas en el juicio frente a la inconformidad del delegado de la Fiscalía General de la Nación, quien controvierte el fallo de instancia pues en su criterio están reunidos los extremos mencionados en la disposición antes aludida, ya que los contratos objeto de controversia se tramitaron, celebraron y liquidaron con desapego a la ley, explicando las razones por las que considera que algunos aspectos

---

<sup>8</sup> Art. 381 Ley 906 de 2004.

de la decisión riñen con la prueba aportada, aspectos a ser analizados bajo el tamiz de la sana crítica en orden a tomar la determinación que hubiere de adoptarse por esta instancia.

Al abordar la Sala mayoritaria el estudio de los temas de disenso, sea lo primero relacionar uno de los delitos imputados al acusado, como es el consagrado en el artículo 410 del Código Penal –Ley 599 de 2000-, vigente para la época de los hechos, conducta delictiva denominada *Contrato sin cumplimiento de requisitos legales*, cuya descripción normativa es la siguiente:

*“El servidor público que por razón del ejercicio de sus funciones tramite contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos, incurrirá en prisión...”*

De acuerdo con la anterior descripción normativa, el tipo penal exige (i) *la realización del proceder activo por parte de un sujeto activo calificado, esto es, ostentar la calidad de servidor público y ser el titular de la competencia funcional para la tramitación, celebración o liquidación del contrato estatal y; (ii) desarrollar la conducta prohibida concretada en la intervención en una de las mencionadas fases sin acatamiento de los requisitos legales esenciales para su validez*<sup>9</sup>.

La tipificación de esa clase de conductas realizadas por los servidores públicos en ejercicio del cargo, tiene un fundamento constitucional que debe observar quien tienen dentro de sus funciones la facultad de contratar, como es el consagrado en el artículo 209 de la Carta Política, que preceptúa: *“La función*

---

<sup>9</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 7 de julio de 2010 (Radicado 28508).

*administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (...)*”.

El máximo órgano de la Jurisdicción ordinaria ha sostenido de manera uniforme, que existen tres formas alternativas de desatender esos principios consagrados por la norma superior; a saber: (i) el incumplimiento de los requisitos legales sustanciales en la tramitación de los contratos, que cubija todos los pasos que la administración debe observar hasta su celebración; (ii) la falta de verificación de la presencia de los presupuestos previstos en la ley de contratación estatal para su perfeccionamiento, que incluye constatar los atinentes a la fase precontractual, y (iii) la inobservancia de los presupuestos relacionados con la liquidación<sup>10</sup>.

De igual manera, dentro de la clasificación normativa por razón de su estructura, se tiene que la conducta investigada se considera como un tipo penal en blanco, debiendo para su análisis acudir a las disposiciones legales vigentes a la época de los hechos, en la cual se establezcan los requisitos legales para la celebración de esta clase de contrato; en este caso los relacionados en el artículo 185 de la ley 100 de 1993; los numerales 2, 3, 4 y 5 del artículo 6º y párrafo 2º del artículo 15 del Decreto 2309 de 2002; los artículos 51 y 107 de la Ley 715 de 2001; el artículo 41 del Decreto 050 de 2003; los artículos 24, 25 y 26 de la Ley 80 de 2003, vigentes para la época de los hechos, al igual que la normatividad especial reguladora del caso concreto.

Ahora, el segundo tipo penal imputado al acusado, como es el consagrado en el artículo 397 del Código Penal –Ley 599 de 2000–,

---

<sup>10</sup> Sentencia del 18 de diciembre de 2006 (radicado 19.392).

vigente para la época de los hechos, conducta delictiva denominada peculado por apropiación –*en favor de terceros*–, cuya descripción normativa es la siguiente:

*“... El servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones incurrirá en prisión...”*

Conforme a lo delineado la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, son elementos estructurales de este tipo penal: a) la calidad de servidores público de este sujeto activo del delito; b) tener potestad en la administración, tenencia o custodia de los bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o fondos parafiscales, o de particulares, por razón o con ocasión de sus funciones; y c) el acto de apropiación en favor propio o de un tercero en perjuicio del patrimonio del Estado<sup>11</sup>.

Dichos comportamientos le fueron atribuido al acusado RIVERA GARZÓN a título de autor, acorde con lo preceptuado en el artículo 29 ibídem, que a su literalidad preceptúa:

*“... Es autor quien realice la conducta punible por sí mismo o utilizando a otro como instrumento.*

*Son coautores los que, mediando un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte.*

*También es autor quien actúa como miembro u órgano de representación autorizado o de hecho de una persona jurídica,*

---

<sup>11</sup> Sentencia del 4 de febrero de 2015, radicación 39.417, M.P. Dr. Eugenio Fernández Carlier.

*de un ente colectivo sin tal atributo, o de una persona natural cuya representación voluntaria se detente, y realiza la conducta punible, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de la figura punible respectiva no concurren en él, pero sí en la persona o ente colectivo representado.*

*El autor en sus diversas modalidades incurrirá en la pena prevista para la conducta punible.”*

En el presente evento, el *a quo* concluyó en la absolución por el primer delito imputado –*contrato sin cumplimiento de requisitos legales*-, en razón a que, de una parte, el ente territorial en cabeza de CLODOMIRO RIVERA GARZÓN, cumplió con las exigencias previstas en el Decreto 2357 de 1995 y la Circular No. 04 del 11 de marzo de 1996 de la Superintendencia Nacional de Salud, durante la tramitación y celebración del Contrato No. 02 del 1º de abril de 2003, puesto que no solo corroboró que ARS contratista contara con la respectiva autorización de funcionamiento y con su respectiva red prestadora de servicios en sus distintos niveles de complejidad, sino que además, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 49 del Acuerdo 244 de 2003 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, conformó una auditoría externa con la Cooperativa de Salud “UNISALUD”, la cual se encargó de la vigilancia de las obligaciones contractuales, con supervisión de la Secretaría de Salud Municipal.

Y de otro lado, por cuanto considera que las presuntas irregularidades derivadas de los contratos del 1º de noviembre de 2002 y 1º de enero de 2003, celebrados entre CAJASALUD ARS y Medilaser Ltda., así como la posible tercerización en la administración de recursos públicos en el contrato entre Medilaser Ltda. y el Hospital San Vicente de Paúl de Garzón, que llevaron al incumplimiento del requisito exigido por el artículo 51 de la ley 715 de 2001, son circunstancia ajenas a la responsabilidad del procesado, pues

además de que éste no fungió en dichos convenios como contratante o contratista, no corresponden a las puntuales exigencias endilgadas al ente territorial, según las disposiciones normativas y reglamentarias que trae a referencia.

Además, que conforme a la literalidad de la mencionada disposición, la orden allí prevista tiene un destinatario específico, cuales son las Administradoras del Régimen Subsidiado en Salud – ARS-, puesto que solamente a éstas les compete contratar y ejecutar con las IPS públicas del orden municipal o distrital no menos del 40% del valor de la Unidad de Pago por Capitación Subsidiada, efectivamente contratada por la respectiva ARS, o no menos del 50% cuando en la localidad o distrito existan hospitales públicos de mediana y alta complejidad del orden territorial, empero sin que en momento alguno dicha atribución corresponda al ente territorial.

Y para concluir la ausencia de total compromiso del representante del ente territorial en los hechos investigados, considera el *a quo* que el cumplimiento de los precitados porcentajes de contratación en la prestación de los servicios de salud, es un requisito inherente a la fase de ejecución contractual, etapa desprovista de tipicidad frente al delito imputado de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, puesto que conforme a la jurisprudencia dicha conducta solamente es predicable en la etapa precontractual, de celebración o perfeccionamiento del contrato y de su liquidación, esto último que en este caso tampoco ocurre, como quiera que ésta se dio el 13 de mayo de 2004, cuando ya era alcalde de Garzón el señor Álvaro Cuéllar Botello, en tanto que el período ejercido por CLODOMIRO RIVERA GARZÓN feneció el 31 de diciembre de 2003, motivo por el cual éste se encontraba física y

jurídicamente imposibilitado para intervenir en esa fase poscontractual.

Sin embargo, dicha tesis que tiene como fundamento lo planteado por la defensa y el Ministerio Público, planteamientos que a su vez recoge la ponencia derrotada, no resultan de recibo para esta Sala mayoritaria por las siguientes razones:

No obstante que este tipo de prestaciones se rigen bajo los principios del Sistema General de Seguridad Social en Salud, estipulados en el artículo 153 de la Ley 100 de 1993, para los efectos de la contratación con el Estado de estos servicios de salud, se deben tener en cuenta los procedimientos y principios establecidos en la Ley 80 de la misma anualidad, en su artículo 24 y ss., esto es, que al momento de contratar, los organismos gubernamentales están en la obligación de definir los fundamentos de la participación de los oferentes y los criterios de evaluación con rigurosa aplicación de los principios de transparencia, economía, responsabilidad, selección objetiva, buena fe, planeación, publicidad e igualdad, entre otros, con el objeto de cumplir los fines propios de la contratación estatal, a fin de evitar la nulidad absoluta de los contratos que sean suscritos sin el cumplimiento de los requisitos necesarios para su validez, preceptos que son de forzoso cumplimiento no solo cuando la selección del contratista se adelante mediante el procedimiento de licitación o concurso público, sino también cuando se efectúa mediante el procedimiento de contratación directa.<sup>12</sup>

---

<sup>12</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, decisión del 31 de enero de 2011, radicación 25000-23-26-000-1995-00867-01 (17767), C.P. Dra. Olga Mérida Valle de la Hoz.

En esa dirección, el artículo 51 de la Ley 715 de 2001<sup>13</sup>, frente a la contratación de la prestación de servicios en el Régimen Subsidiado, establece que:

*“Las entidades que administran los recursos del Régimen Subsidiado de Salud contratarán y ejecutarán con las instituciones prestadoras de servicios de salud públicas del orden municipal o distrital de la entidad territorial sede del contrato no menos del 40% del valor de la Unidad de Pago por Capitación subsidiada efectivamente contratadas por la respectiva entidad administradora del régimen subsidiado. En el caso de existir en el municipio o distrito respectivo hospitales públicos de mediana o alta complejidad del orden territorial dicha proporción no será menor al 50%. Todo lo anterior siempre y cuando la entidad territorial cuente con la oferta pública que le permita prestar los servicios a financiar con dichos porcentajes.”*

A su vez el artículo 41 del Decreto 050 de 2003, regula lo concerniente a los contratos de capitación y la correcta aplicación de los recursos de la seguridad social, para lo cual preceptúa lo siguiente:

*“... Los contratos por capitación que celebren las entidades promotoras de salud o Administradoras del Régimen Subsidiado (ARS) y las Entidades Promotoras de Salud (EPS) con las instituciones prestadoras de servicios de salud, no las relevan de la responsabilidad de garantizar la adecuada prestación del servicio en su función de aseguramiento, frente al usuario y frente al Sistema General de Seguridad Social en Salud.*

*Los terceros contratados para la prestación de servicios deberán ser entidades o personas debidamente habilitadas para cumplir estas funciones conforme al Decreto 2309 de 2002 y demás*

---

<sup>13</sup> Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros.

***normas vigentes. En la contratación se señalarán expresamente los servicios que serán prestados en forma directa por el contratista y aquellos que de manera excepcional se prestarán por remisión a terceros.***

***Se considera práctica insegura, la contratación que realice una Administradora del Régimen Subsidiado (ARS) o una Entidad Promotora de Salud (EPS) con una institución o persona natural o jurídica para que ésta se encargue a su vez de coordinar la red de prestadores de servicios.***

*Será solidariamente responsable la Administradora del Régimen Subsidiado (ARS) y la Entidad Promotora de Salud (EPS) de los incumplimientos en que incurra la entidad que adelantó la subcontratación, cuando haya sido autorizada para el efecto.*

*PARÁGRAFO 1. Las entidades Administradoras del Régimen Subsidiado (ARS) y las Entidades Promotoras de Salud (EPS) y las entidades promotoras de salud que realicen contratos de capitación deberán requerir, con la periodicidad que determine el Ministerio de Salud, la información sobre los servicios prestados en cuanto a patologías y frecuencias. En todo caso, deberán requerirla con la misma periodicidad con la que procesa su información cuando contrata por servicio prestado. Las Entidades Administradoras del Régimen Subsidiado (ARS) y las Entidades Promotoras de Salud (EPS) y las entidades promotoras de salud, se abstendrán de celebrar o renovar contratos con las entidades que no cumplan lo previsto en materia de información.”*

*PARAGRAFO 2.- Ninguna Entidad Promotora de Salud (EPS) ni Administradora del Régimen Subsidiado (ARS) podrá contratar por capitación la totalidad de los servicios de más de dos niveles de atención con una misma institución prestadora de servicios de salud.”*

En el presente evento se endilga al acusado CLODOMIRO RIVERA GARZÓN, de quien se estableció que por la época fungía como alcalde municipal de Garzón –H.-, la existencia de un informe

de auditoría rendido en el mes de mayo de 2005 por la Contraloría Departamental del Huila, a través del cual pone en conocimiento un hallazgo penal relacionado con las transferencias de la nación al régimen subsidiado en salud del citado ente territorial, del cual se evidencian presuntas irregularidades observadas en la contratación que en cuantía de \$1.221.991.872, fuera celebrada entre el municipio y la ARS CAJASALUD, para el período comprendido entre el 1º de abril de 2003 y el 31 de marzo de 2004.

Que, en esas condiciones, entre las entidades CAJASALUD ARS y la Clínica Medilaser Ltda., se suscribieron contratos de fechas 1º de noviembre de 2002 y 1º de enero de 2003, cuyo objeto era la prestación de servicios de salud en el régimen subsidiado, para los niveles de complejidad III y IV.

Así mismo, que la ARS CAJASALUD, contrató con el Hospital San Vicente de Paúl y la ESE María Auxiliadora de Garzón, entidades de orden público, solamente el 41.02% de la prestación de los servicios de salud en los niveles I, II y III de complejidad, incumpléndose así lo establecido en el artículo 51 de la Ley 715 de 2001, referente a que la contratación de dichos servicios en ese orden debe ascender al 50%.

Igualmente, que durante la misma vigencia la ARS CAJASALUD, contrató con la Clínica Medilaser, por modalidad de capitación el valor de \$2.742.000.000 y por la modalidad de evento la suma de \$608.000.000, para la prestación de servicios de salud en el régimen subsidiado en el II y III nivel.

Ello, considerado por la Contraloría como una intermediación insegura por la normatividad reguladora de la materia, puesto que a ese respecto obra concepto emitido por la Superintendencia Nacional de Salud, datado del 31 de enero de 2005, que anuncia que sobre estos hechos se adelantaba investigación en contra de la ARS CAJASALUD y Medilaser Ltda., al evidenciarse incumplimiento en la contratación por parte de la precitada ARS para la vigencia 2003, debido a que realiza una intermediación prolongada en el tiempo hasta el 31 de marzo de 2004, con la Clínica Medilaser en detrimento del hospital.

Tales circunstancias así formuladas, fueron ratificadas mediante declaración juramentada rendida el 17 de octubre de 2006 por Janeth Huertas Lozano, funcionaria de la Gerencia Departamental de la Contraloría del Huila, quien refirió a esos hallazgos encontrados por medio de la premencionada auditoría realizada al municipio de Garzón, con relación a la contratación efectuada con la ARS CAJASALUD.

Al expediente se trajo certificación de fecha 9 de julio de 2013 de la Secretaría de Salud Departamental del Huila, signada por su titular Carlos Daniel Masabel Córdoba, en la que se indica que revisado el registro histórico de la Red Especial de Prestadores de Servicios de Salud –REPS- del Ministerio de Salud y Protección Social para los años 2003 y 2004, así como los archivos de esa Secretaría de Salud Departamental, *“la IPS Medilaser no aparece habilitada para prestar servicios de salud en el municipio de Garzón...”*; la misma certificación señala que, revisado el REPS del municipio de Garzón, la IPS (Institución Prestadora de Servicios de Salud ESE San Vicente de Paúl de ese municipio), *“aparece habilitada en donde presta servicios de salud nivel bajo, medio y alto...”*

Así mismo, se allegó copia de la Resolución No. 0902 de 2005 de la Superintendencia Nacional de Salud que impuso sanción a la alcaldía de Garzón en cabeza de CLODOMIRO RIVERA, que fuera confirmada por la Resolución 1345 de ese mismo año, en la cual se emiten las siguientes consideraciones relevantes:

*“De lo anterior se desprende que la Clínica Medilaser Ltda y/o Clínica de Urología venía contratando con entidades públicas cuando ella misma no tenía la capacidad para ofrecer estos servicios ni en sus propias instalaciones y menos fuera de su sede en la ciudad de Neiva..., lo cual denota que aceptó ser contratista para luego pasar a contratar servicios por encima de su capacidad científica para su control, además del rompimiento de la limitante “excepcional” con que de manera ocasional pudiera subcontratar tales servicios...”*

*“...Este contrato y todos los demás suscritos denotan que la Clínica Medilaser Ltda establece su base de datos propia y pasa a organizar, contratar y controlar el manejo financiero de los recursos correspondientes a los afiliados a otras EPS para la prestación de los servicios de salud, como si fuera una de éstas, pero sin la acreditación de requisitos legales para hacerlo...”*

Luego, al referirse a la prohibición legal respecto al tope para contratar por capitación, señala que: *“Lo anterior es violatorio, en caso de EPS o administradoras del régimen subsidiado del parágrafo 2º, del artículo 41 del Decreto 050 de 2001 que dice: “Ninguna entidad promotora de Salud (EPS) ni Administradora del Régimen Subsidiado (ARS) podrá contratar por capitación la totalidad de los servicios de salud”. Y si lo es con las administradoras, con mayor razón será para la IPS que en este caso estaba subcontratando los servicios mencionados...”*

Agrega más adelante que: *“Según el Ministerio de Protección Social en el Concepto 110191 de enero 27 de 1993, expedido por la Oficina Jurídica y Apoyo Legislativo, la única razón jurídica de la subcontratación de servicios por parte de la institución prestadora de los servicios de salud, es precisamente optimizar los recursos para que vayan directamente a la salud y no a una IPS –la contratista-, cobre por la administración de estos subcontratos, porque en estos casos no tendría razón de ser la autorización del subcontrato. La única fórmula que se vislumbra para subcontratar es la excepcionalidad, esto es que la IPS no cuente en un momento dado con un servicio de salud en un asunto especial y que se le debe prestar al usuario en un tiempo y en un lugar determinado.”*

Sobre este tema destaca la resolución sancionatoria, que *“... el Decreto 050 de 2003, en su artículo 41, incisos tercero y cuarto, aclara que en la contratación se señalarán expresamente los servicios que serán prestados en forma directa por el contratista y aquellos que de manera excepcional se prestarán por emisión a terceros. Así mismo se considera práctica insegura contratar a una IPS o persona natural o jurídica, para que ésta a su vez coordine la red prestadora de servicios...”*

Señala además la Superintendencia, *“...es claro que la intermediación se encuentra prohibida tanto para el régimen contributivo como para el régimen subsidiado y esta intermediación no tiene otra fórmula que ser contratista de una Empresa Prestadora de Servicios de Salud o Administradora del Régimen Subsidiado para luego subcontratar en los términos que se desborda el objetivo de ésta para convertirse en verdadero intermediador de los recursos con menoscabo del servicio que se presta a los usuario y beneficiarios del sistema...”*

Concluye diciendo la entidad que “...con fundamento en las anteriores situaciones de hecho conforme al acervo probatorio recaudado en el expediente se extrae que efectivamente la CLÍNICA MEDILASER LTDA Y/O CLÍNICA DE UROLOGÍA LTDA, viene realizando una será de negocios jurídicos que van más allá de lo permitido de la autonomía de su voluntad cuyo eje central es la prestación de servicios de salud, en los términos de la Ley 100 de 2001, artículos 155 numeral 3, literal i) y 185. Por el contrario se denota que sus actividades desbordan esta órbita, confundiéndose con otro de los integrantes del sistema, en cuanto a la administración de la prestación de los servicios a los beneficiarios del sistema, propio de las entidades promotoras de salud y que se prevé en los artículo 155, numeral 2, litera al), 156, literal e) y 177, sin perjuicio de la prestación de servicios directamente por parte de la involucrada, se han destacado en esta resolución contratos celebrados por la CLÍNICA MEDILASER LTDA Y/O CLÍNICA DE UROLOGÍA LTDA, en los cuales ha actuado como contratista con diversas administradoras de régimen contributivo y subsidiado en las cuales actúa como contratista, para luego suscribir contratos con instituciones prestadoras de servicios de salud tanto de naturaleza pública como privada, con el agravante de no tener capacidad administrativa para hacerlo, pero menos aun cuando la ley no les autorizaba para efectuar esa clase de operaciones...”

Contrastados dichos elementos y normas que regulan la materia, con los demás medios de prueba traídos por la Fiscalía General de la Nación frente a los contratos mencionados, al igual que con las pruebas practicadas en el juicio y solicitadas en audiencia preparatoria, a cargo del Ministerio Público, la defensa y el mismo despacho de conocimiento de manera oficiosa, se tiene en primer lugar, que efectivamente el señor CLODOMIRO RIVERA, en su calidad de alcalde del municipio de Garzón, suscribió con CAJASALUD ARS, el contrato No. 02 de 2003, junto con OTRO SÍ de fechas 1º de octubre y 1º de diciembre de 2003,

cuyo objeto era la administración de los recursos del régimen subsidiado en salud y el aseguramiento de los beneficiarios del sistema, en cuantía de \$1.221.991.872.

En relación con esta contratación, se acreditó que se dio cumplimiento a los requisitos que para ello establecía el artículo 13 del Decreto 2357 de 1995 del Ministerio de Salud Nacional y la Circular 04 del 11 de marzo de 1996 de la Superintendencia Nacional de Salud, pues a través del oficio No. 8003-1-96406 la mencionada entidad comunicó que CAJASALUD ARS cuenta con autorización para su funcionamiento como Administradora de los Recursos del Régimen subsidiado, entidad ésta que además, a través de multiplicidad de contratos allegados, demostró que cuenta con una red prestadora de servicios en distintos niveles de complejidad, como las IPS públicas ESE María Auxiliadora de Garzón y la ESE Hospital Departamental San Vicente de Paúl del mismo municipio; además de la IPS privada Medilaser Ltda., con sede en la ciudad de Neiva.

Así mismo y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 49 del Acuerdo 244 de 2003 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, se comprobó que el citado ente territorial contrató una interventoría externa con la Cooperativa de Salud –UNISALUD-, encargada de la vigilancia e inspección de las obligaciones contractuales con supervisión de la Secretaría de Salud Municipal, como lo confirma con su testimonio la funcionaria titular de esta cartera Doralí Garavito Arévalo, quien afirmó que dicha función no era exclusiva del alcalde, motivo por el cual se contrataba la auditoría externa, e igualmente lo dice el propio acusado RIVERA GARZÓN, quien al indagársele por la fiscalía sobre los responsables dentro de la administración municipal sobre el cumplimiento de las obligaciones

legales del contrato, manifestó que era el interventor quien tenía a cargo la vigilancia, control e inspección de cada una de esas obligaciones contractuales y que lógicamente él *“como alcalde tenía que estar pendiente de todas las tareas.”*

De igual manera se estableció, que efectivamente en desarrollo de aquella contratación, el 1º de abril de 2003, la ARS CAJASALUD contrató con el Hospital San Vicente de Paúl y la ESE María Auxiliadora de Garzón, IPS adscritas a la red pública, la prestación de los servicios de salud a los beneficiarios del régimen subsidiado en el I y II nivel de complejidad, por la suma de \$501.375.191, correspondiente a tan solo el 41.02% de aquel valor total de la contratación inicial, con lo cual de manera diáfana se observa el incumplimiento con lo señalado en el artículo 51 de la Ley 715 de 2001, que establece la contratación con la red pública un valor no menor del 50%, requisito este de carácter obligatorio; es decir CAJASALUD ARS no contrató con la red pública ese valor mínimo establecido en la ley, puesto que según certificado emitido el 9 de julio de 2013 por la Secretaría de Salud Departamental, para la época de suscripción de los convenios una de las entidades inicialmente mencionadas ofrecía los servicios de salud de nivel, bajo, medio y alto.

Es decir, claro se observa, que dicha contratación tampoco cumple con los requisitos legales, pues con fundamento en el principio de **transparencia, responsabilidad y buena fe** establecidos en la Ley 80 de 1993 que rigen los fines propios de la contratación estatal, dicha obligación para las partes ha debido establecerse en esa fase precontractual y desde la suscripción misma del contrato 02-2003 suscrito entre la alcaldía municipal de Garzón y la ARS CAJASALUD, a fin de no dejar al garete o arbitrio del contratista los recursos de la

salud subsidiada que le fueron transferidos para garantizar a los beneficiarios la prestación de dicho servicio esencial.

Por este motivo, no resulta de recibo para la Sala mayoritaria, el argumento defensivo y adoptado por el *a quo*, en cuanto se aduce la atipicidad de la conducta, toda vez que a su criterio el incumplimiento a los porcentajes establecidos para la contratación con la red pública en el artículo 51 de la Ley 715 de 2001, era una obligación exclusiva de la ARS a la que la norma está dirigida, cuya observancia se advierte solamente ya en fase de ejecución contractual cuando se determina el cubrimiento del servicio, tesis que es inatendible ya que por el principio de transparencia que rige el tema de la contratación estatal, desde un comienzo se debe hacer claridad sobre los valores asignados de cara a la atención en salud de un sector de la población.

En este sentido se deja de lado por el despacho, que en virtud de lo estrictamente señalado en el numeral 5º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, que regula la observancia del principio de transparencia en los procesos contractuales con el Estado, se debe además tener en cuenta las siguientes condiciones:

*“b) Se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta de la licitación...”*

*c) Se definirán con precisión las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato.*

*d) No se incluirán condiciones de imposible cumplimiento, ni exenciones de responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que se suministren.*

*e) Se definirán reglas que no induzcan a error a los proponentes y contratistas que impidan la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad...”*

Así mismo, el artículo 26 ibídem, por razón del principio de responsabilidad, señala que:

*“1º. Los servidores públicos están obligados a buscar los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados con la ejecución del contrato.”*

Por manera que, claro resulta que la observancia del requisito que contiene en el artículo 51 de la Ley 715 de 2001, se sucede inclusive desde la etapa precontractual, momento en el cual el mismo debe ser plena y claramente definido, motivo por el que su incumplimiento se estructura en un comportamiento típico, toda vez que, se reitera, no resulta certero que se corresponda en sede de la ejecución del contrato.

Es decir, que le correspondía al funcionario público, en este caso al alcalde municipal de Garzón RIVERA GARZÓN, no obstante la plataforma existente para la suscripción de este tipo de contratación, en la que pretende excusarse el procesado, establecer dentro de las cláusulas del contrato 02-2003 que suscribió con la ARS, el compromiso por parte de ésta de dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 51 de la Ley 715 de 2001, esto es, la

obligación de contratar con la red pública, al menos el 50% de la prestación de los servicios.

Pero además de lo anterior, igualmente se estableció que entre la ARS CAJASALUD y la Clínica Medilaser Ltda., suscribieron dos contratos en fechas 1º de noviembre de 2002 y 1º de enero de 2003, para la prestación de los servicios de salud en el régimen subsidiado para los niveles III y IV, la suma de \$2.742.000.000 en modalidad de capitación<sup>14</sup> y el valor de \$608.000.000 en modalidad de evento<sup>15</sup>, contratación de la cual justifican el procesado y la defensa, se realizó en razón a que en el municipio de Garzón, en instituciones prestadoras de esos servicios (IPS) no contaban con la capacidad e idoneidad, entre ellas, el Hospital Departamental San Vicente de Paúl y la ESE María Auxiliadora, motivo por el que fueron descartadas, invocando una normativa que supuestamente facultaba para contratar con aquella IPS del sector privado.

De esta contratación se advierte, que se incurrió por los contratantes en anomalías dolosas, pues además de que se desatendió la anterior norma vigente que ordenaba contratar como mínimo el 50% de los servicios de salud subsidiada con la red pública, se realizó aun conociéndose que la IPS Clínica Medilaser, no estaba habilitada para prestar servicios de salud en el municipio de Garzón, conforme, se reitera, lo certificara el 9 de julio de 2013, la Secretaría de Salud Departamental del Huila; tampoco contaba con la capacidad, ni la infraestructura de calidad técnica y científica para ofrecer tales servicios de niveles III y IV, conforme se desprende de la Resolución No. 0902 de 2005, confirmada mediante resolución No.

---

<sup>14</sup> Lo que quiere decir que así se atiende o no a los usuarios, se le paga a la entidad contratista – Medilaser Ltda.- el valor total del contrato.

<sup>15</sup> Atención al usuario cuando éste la requiera.

1345 del mismo año, por medio de la cual en razón de estos mismos hechos la Superintendencia Nacional de Salud impone sanción al alcalde municipal de Garzón, en cabeza de CLODOMIRO RIVERA.

Y, más grave aún, de igual manera se estableció que con posterioridad a la suscripción del contrato entre la ARS CAJASALUD y la Clínica Medilaser Ltda., ésta IPS, a su vez subcontrató, entre otras entidades del orden público, con el Hospital Vicente de Paúl de Garzón, por evento a menores valores a los pactados con la ARS, los servicios de salud correspondientes a las actividades de mediana y alta complejidad (niveles III y IV), contenidas en los acuerdos 72 y 74 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud (CNSSS), conforme se desprende del contrato No. 6 del 1º de noviembre de 2002, quedándose Medilaser Ltda, con los dineros restantes de la contratación que pertenecen a las arcas estatales y que son destinados para la atención en salud a las personas más vulnerables de nuestro país, estos es, los favorecidos con el régimen subsidiado; no obstante ello, el contrato se ejecuta y liquida, sin que los responsables encargados de la vigilancia y control de dicha contratación efectuaran a ese respecto ningún tipo de observación, en este caso el alcalde de Garzón y la entidad interventora que para ese efecto fue contratada.

En este sentido, el artículo 45 de la Ley 050 de 2003, establece lo siguiente:

***“Operaciones con entidades subordinadas.** Las entidades que administren el régimen subsidiado, conforme a las disposiciones legales, se deberán abstener de realizar operaciones que deriven en una desviación de recursos de la seguridad social.*

*Se entiende como desviación de recursos de la seguridad social, la celebración de un contrato en condiciones de pérdida para las*

*entidades que administren el régimen subsidiado con una entidad subordinada, tales como, la entrega por capitación de usuarios a la red de prestadoras, en condiciones de desventaja frente al mercado, llevando a la entidad administradora del régimen subsidiado a una situación de pérdida en la operación al no permitir un margen positivo. Las entidades que realicen esta clase de conductas serán intervenidas para su correspondiente liquidación.*

**PARÁGRAFO.** *Para efectos del presente decreto se entiende que la Entidad Administradora del Régimen Subsidiado (ARS) tiene una relación de subordinación, cuando se cumplan cualquiera de las hipótesis previstas en el artículo 261 del Código de Comercio bien frente a la entidad administradora o bien frente a la red de instituciones prestadoras de servicios y demás personas con las cuales se celebren otro tipo de contratos.*

De lo anterior se evidencia igualmente y sin hesitación alguna, la existencia de una flagrante violación al principio de transparencia que regula la contratación estatal a través del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, como quiera que la ARS CAJA SALUD, no contrata con las entidades prestadoras de los servicios de salud públicas habilitadas del municipio de Garzón, tales como la ESE María Auxiliadora o el Hospital San Vicente de Paúl, en razón a que presuntamente éstas no cumplen con las condiciones para ello, pero si lo hace de manera directa con la IPS Medilaser Ltda., entidad no habilitada y sin capacidad para prestar los servicios de salud convenidos.

De igual manera, que una vez la Clínica Medilaser Ltda., obtiene contratación con la ARS CAJASALUD, de inmediato subcontrata tales como la ESE María Auxiliadora y/o el Hospital San Vicente de Paúl, que supuestamente no reunían las condiciones prestadoras de salud de los niveles convenidos, con el fin de cumplir el objeto contractual con la Administradora de los recursos de la salud, incurriéndose así

en una intermediación o tercerización en la manera de contratar no permitida por la ley.

Ello, como quiera que la ARS CAJA SALUD, en lugar de contratar de manera directa con las IPS públicas de la región habilitadas para tal fin, en procura de salvaguardar la sostenibilidad del sistema de salud subsidiada, de manera habilidosa escoge contratar con la IPS Medilaser, que como ya se dijo, no se encontraba habilitada para prestar servicios en Garzón y que tampoco contaba con la capacidad necesaria, ésta que a su vez subcontrata la realización de esos mismos servicios con la ESE María Auxiliadora y/o el Hospital San Vicente de Paúl de la localidad, cuando solamente podía hacerlo en casos excepcionales, valga decir, eventos de fuerza mayor.

En consecuencia, como lo alega la Fiscalía y lo expresa así en la resolución de acusación, la ARS CAJASALUD permite que la IPS Medilaser Ltda., asuma la administración de los dineros destinados a la salud subsidiada ejerciendo funciones de ARS o EPS, al subcontratar con otras IPS públicas y privadas del municipio de Garzón la prestación de esos servicios, algunas de éstas que en principio se desestimaron para su contratación de manera directa, incumpléndose con todo lo anterior las disposiciones contenidas en el precitado artículo 41 de la Ley 50 de 2003, que a su literalidad dicho comportamiento lo preceptúa como una práctica insegura.

Por manera que, palmario resulta en este caso la estructuración del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, pretendiendo con ese proceder ilegal lograr beneficios de tipo económico en favor de terceros – peculado- como más adelante se

analizará, pues es claro que desde el inicio de la contratación entre el municipio de Garzón y la ARS CAJASALUD para el aseguramiento de la población beneficiaria del sistema de seguridad social en salud del régimen subsidiado, surgieron las irregularidades ya expuestas no solamente en el trámite y celebración de la misma, sino también en los contratos posteriores surgidos entre la ARS CAJASALUD y la IPS Clínica Medilaser, así como entre ésta y las IPS subcontratadas, por tanto se observa el incumplimiento del requisito establecido en el artículo 51 de la Ley 715 de 2001, al igual que advierte la IPS contratada no estaba habilitada para prestar los servicios pactados en Garzón, al carecer de la capacidad para ello.

Por ese motivo acudió igualmente de manera irregular a contratar servicios de otras IPS de públicas y privadas de Garzón, para que éstas prestaran los servicios contratados inicialmente por la Clínica Medilaser y la ARS CAJASALUD, con lo cual procedió a ejercer funciones que solamente le eran propias a dicha ARS e incurrió en la tercerización de los servicios, para de esa forma querer beneficiar a terceros con los dineros públicos de la salud subsidiada, comportamiento que se subsume en la consagración típica del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

Frente a la responsabilidad enrostrada al acusado CLODOMIRO RIVERA GARZÓN, debe precisarse que de conformidad con lo establecido en el artículo 26 de la Ley 80 de 1993, éste en su calidad de alcalde municipal de Garzón, estaba obligado no solamente a buscar los fines de la contratación tanto en la observación del trámite como en la celebración de los contratos surgidos, sino también a vigilar el correcto cumplimiento del objeto contratado y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y

de los terceros que pudieran verse afectados con la ejecución del contrato.

No resultan de recibo las razones dadas por el acusado para colocarse al margen de toda responsabilidad en el proceso de contratación, al suscribir el convenio inicial sobre una protoforma ya existente que le fue suministrada, pues a pesar que ello se constituye en certeza, ha debido observar y prever que dicho esquema satisfacía no solo el fin de la contratación, sino también que la ARS contratista cumpliera con los requisitos mínimos de habilitación y capacidad para la prestación de los servicios, omisión que recae en su cabeza en calidad de titular del ente municipal contratante.

De igual manera le correspondía vigilar la correcta ejecución del objeto contratado, como lo reconoce el mismo acusado RIVERA GARZÓN, cuando señala que *“como alcalde... tenía que ser pendiente de todas las tareas...”*, pues si bien se acreditó haber contratado una firma interventora externa, Cooperativa de Salud UNISALUD, para la supervisión y seguimiento del contrato, así como el cumplimiento de las obligaciones contractuales, tal y como lo permite el artículo 49 del Acuerdo 244 de 2003 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, era al alcalde municipal en quien recaía de manera directa dicha vigilancia del adecuado manejo de los recursos públicos de la salud, actividad que no desplegó omitiendo sus obligaciones legales, pues además tenía la calidad directa de interventor del contrato No. 02 de 2003, por ser el ordenador del gasto y quien lo suscribió, siendo su deber legal y constitucional velar porque los recursos que estaban destinados a la salud de los afiliados al régimen subsidiado se administraran en la debida forma.

Se atuvo el funcionario público exclusivamente a dicha interventoría, entidad que entre otras cosas, nada reportó en torno de las claras irregularidades en la contratación que en el presente asunto se observan, contrario a lo aseverado por la señora Doralí Garavito Arévalo, por entonces Secretaria de Salud Municipal y el señor Alberto Segura Garzón, representante legal de UNISALUD, quienes en suma y de manera por demás extraña, manifestaron que durante la interventoría de la contratación no se advirtieron situaciones que ameritaran ponerlas en conocimiento de la Superintendencia Nacional de Salud.

En ese orden, se reitera, era al alcalde del municipio de Garzón, señor CLODOMIRO RIVERA GARZÓN, al que le correspondía, en aras de ser garante de la correcta administración de los dineros públicos de la salud, observar que la contratación suscrita a través de sus correspondientes representantes legales, en primer lugar, entre CAJA SALUD ARS y las ESE María Auxiliadora y Hospital San Antonio de Padua de Garzón, cumpliera todos los requisitos legales, como los analizados en precedencia, al igual que en la que se suscribió entre CAJASALUD ARS y la IPS Clínica Medilaser.

Así mismo, en la contratación que posteriormente suscribieron la Clínica Medilaser y las IPS del sector público, ESE María Auxiliadora y Hospital San Antonio de Padua de Garzón, a efectos de evitar la tercerización o intermediación de la contratación, con lo cual se apropió de recursos de la salud, como quiera al no tener capacidad para prestar de manera directa los servicios, subcontrató con aquellas IPS por modalidad de evento, cuando inicialmente convino de manera directa y por modalidad de capitación, aprovechándose para su lucro de los dineros excedentes de la contratación en estas

condiciones, como así lo advirtió la Superintendencia Nacional de Salud en aquella resolución sancionatoria.

Resalta la citada autoridad administrativa en dicha oportunidad que: *“Así mismo, se ha tenido en cuenta el desarrollo financiero y crecimiento económico que ha tenido la CLÍNICA MEDILASER LTDA Y/O CLÍNICA DE UROLOGÍA LTDA en los últimos 5 años, como lo significó en su patrimonio en los años 2003 a 2004, que pasó en sus activos de 6.361.072 a 13.181.001 miles en un año, cuando han sido sus mayores ingresos las ventas de servicios por hospitalización, internación y parto, en 2.447.698 miles, con una capacidad instalada insuficiente para atender directamente el servicio y que los que su vez fue cuestionada por los profesionales de la Secretaría de Salud Departamental de la Gobernación del Huila...”*

Aquella situación, confluye en un detrimento patrimonial que favorecía a Medilaser –peculado en favor de terceros-, cuya responsabilidad recae así mismo en el acusado, puesto que faltó a su deber de vigilar el proceso de contratación y de esa manera posibilitó presentarse dichas irregularidades, situación de la cual tenía pleno conocimiento pues sabía que como alcalde debía estar pendiente de todas esas tareas, máxime cuando su es excelsa capacitación como magister en derecho así le permitía comprenderlo.

Sin embargo, respecto de este comportamiento de peculado por apropiación a favor de terceros, como lo concluye el *a quo* y lo alegan la defensa y el Ministerio Público, habrá de absolverse al señor CLODOMIRO RIVERA GARZÓN, toda vez que el ente acusador no cumplió con la carga de acreditar el monto de los dineros de la salud apropiados, situación que en efecto conlleva a una duda insalvable que al tenor de lo establecido en los artículos 29 de la Carta Política

y 7º de la Ley 600 de 2000, imponen a favor del acusado la aplicación del principio *in dubio pro reo*.

Dicha circunstancia, sin más miramientos, efectivamente se desprende del informe de policía judicial rendido el 14 de febrero de 2017, suscrito por los investigadores Manuel Beltrán López y Martha Cecilia Zúñiga Cedeño, a través del cual se concluye que con la información expuesta y analizada con los documentos que reposan en el expediente *“no es posible entrar a analizar con certeza la presunta apropiación irregular de recursos por parte de la Clínica Medilaser, ya que no se cuenta con la información financiera suficiente para establecer un monto definitivo.”*

Así mismo, en informe del 15 de septiembre de 2017, también rendido por el investigador Víctor Manuel López Beltrán, establece que el valor de \$712.157.258,95 corresponde al valor que CAJASALUD efectivamente destinó o ejecutó para garantizar los servicios de salud de los afiliados del régimen subsidiado del municipio de Garzón, los cuales incluye los contratos celebrados por la ARS con la red pública como privada.

En este sentido, como lo señala el representante de la sociedad, surge el interrogante sobre si la diferencia existente entre el valor pagado y el referido en precedencia, es posible atribuirlo como el valor del detrimento a los recursos de la salud en virtud del cuestionado contrato, máxime cuando el informe del 12 de julio de 2017 concluye que se presenta una diferencia de \$509.834.614,01 entre el precio contratado por el municipio de Garzón con Caja Salud ARS UT y los valores ejecutados por Caja Salud ARS UT relacionados con los contratos suscritos y efectivamente pagados con

el Hospital San Vicente de Paúl de Garzón, ESE María Auxiliadora de Garzón y Clínica Medilaser Ltda., por lo que en virtud de ello no se puede precisar *“si ésta diferencia corresponde o no a un detrimento patrimonial de recursos públicos destinados al programa del Régimen Subsidiado de Seguridad Social en Salud del municipio de Garzón, por cuanto el cálculo realizado se hizo con fundamento a los documentos soportes que obran en el proceso.”*

Es por lo anterior que, la Sala mayoritaria se aparta parcialmente de la ponencia derrotada por cuanto acoge en un todo lo expuesto por la defensa y el agente del Ministerio Público, tesis de dicha parte e interviniente especial atendida integralmente en la instancia, pues por el contrario evidencia con total certeza de estar presentes en este caso los elementos del hecho punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y de la responsabilidad del inculcado en el mismo, por lo que estima procedente revocar en parte la sentencia de primer grado, para en su lugar condenar a CLODOMIRO RIVERA GARZÓN como autor de este delito, manteniendo la determinación de absolverlo por el punible de peculado por apropiación a favor de terceros, ante la duda que se suscita respecto al monto que ascendió la apropiación irregular de recursos de la salud subsidiada objeto de la contratación que aquí se ventila y que igualmente es atribuida al acusado.

De anterior la jurisprudencia ha expresado al respecto que *“Ante la falta de certeza probatoria en el momento de proferir sentencia, ha de acudir al amparo del apotegma in dubio pro reo expresamente consagrado en nuestro ordenamiento procesal por el Art. 216 (hoy art. 7º) para soslayar el peligroso riesgo de condenar a un inocente, extremo de la disyuntiva responsable; la justicia es humana y, por lo mismo falible; por eso el acto*

*soberano y trascendente de emitir sentencia de condena ha de estar anclado firmemente en prueba de irrefutable solidez; cuando ello no ocurre, se impone en nombre de la misma justicia, decisión absolutoria”<sup>16</sup>*

## DOSIFICACIÓN PUNITIVA

Con este propósito debe tener en cuenta que CLODOMIRO RIVERA GARZÓN, fue encontrado autor responsable de la conducta ilícita de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, prevista en el artículo 410 del C. Penal, por lo que la pena será de cuatro (4)<sup>17</sup> a doce (12) años<sup>18</sup> de prisión, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5)<sup>19</sup> a doce (12) años<sup>20</sup>, penalidad prevista para esa clase de conductas cometidas antes de la vigencia de la Ley 890 de 2005, que en su artículo 14 la incrementó para la conductas desviadas e investigadas conforme a la nueva sistemática penal actualmente imperante.

En consecuencia, con base en los anteriores extremos y de conformidad con lo establecido en el artículo 61 del C. Penal, se determinará el ámbito de punibilidad restando el mínimo del máximo, resultando un guarismo de 96 meses de prisión. Ahora para determinar el ámbito de movilidad dicha cifra se divide entre 4, arrojando como resultado 24 meses.

---

<sup>16</sup> C.S.J. Sala de Casación Penal. Sentencia de mayo 15 de 1984. M.P: Alfonso Reyes Echandía.

<sup>17</sup> 48 meses.

<sup>18</sup> 144 meses.

<sup>19</sup> 60 meses.

<sup>20</sup> 144 meses.

Respecto de la multa se aplica el mismo procedimiento, el mínimo se resta del máximo, resultando un guarismo de 150 s.m.l.m.v. Para determinar el ámbito de movilidad se divide este dígito entre 4, arrojando como resultado 37.5 s.m.l.m.v.

Respecto de la pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, realizando la misma operación matemática, el ámbito de punibilidad se determina en 7 años o lo que lo mismo 84 meses, en tanto que el ámbito de movilidad se establece en 21 meses.

En este orden, del ámbito de movilidad de las penas se establecen los siguientes cuartos:

| <div><div>Pena</div><div>Cuartos</div></div> |  | Primero     | Segundo          | Tercero            | Cuarto             |
|----------------------------------------------|--|-------------|------------------|--------------------|--------------------|
|                                              |  |             |                  |                    |                    |
| Prisión (meses)                              |  | 48 m a 72m  | 72 m 1 d. a 96 m | 96 m 1 d a 120m    | 120 m 1 d. a 144 m |
| Multa (s.m.l.m.v.)                           |  | 50 a 87.5   | 87.6 a 125       | 125. 1 a 162.5     | 162.6 a 200        |
| Inh. Derech. Func. Públic. (meses)           |  | 60 m a 81 m | 81m 1 d a 102 m  | 102 m 1 d. a 123 m | 123 m 1 d a 144 m  |

Para efectos de la punición y teniendo en cuenta que no se establecieron circunstancias de mayor punibilidad (art. 58 C.P.), ni de menor punibilidad (art. 55 C.P.), la Sala mayoritaria de conformidad con lo establecido en el inciso 2º del artículo 61 del C. Penal, se ubica en el cuarto mínimo y dentro de éste se concreta la pena definitiva en CUARENTA Y OCHO (48) MESES DE PRISIÓN y multa de cincuenta

(50) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de los hechos, acompañadas de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de sesenta (60) meses, considerando para ello que la gravedad de la infracción no desbordó los límites propios de una conducta de la misma especie, junto a los criterios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad de la pena.

Se otorgará al señor CLODOMIRO RIVERA GARZÓN, un plazo de seis (6) meses a partir de la ejecutoria de la presente sentencia, para que en cuotas iguales cancele la pena de multa impuesta a favor del Tesoro Nacional, a través de la correspondiente oficina de ejecución coactiva, acorde con lo regulado en los artículos 41 y 42 del C. Penal.

### **INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS**

No se emitirá sanción alguna por este concepto, en razón a que no fueron probados dentro del proceso; además la parte presuntamente ofendida no se constituyó en parte civil.

### **MECANISMOS SUSTITUTIVOS DE LA PENA**

No resulta procedente el otorgamiento al sentenciado CLODOMIRO RIVERA GARZÓN el beneficio de la suspensión condicional de la ejecución de la pena contenido en el original artículo 63 del C. Penal, en razón a que la pena de prisión a imponer supera los tres (3) años, puesto que en este preciso caso dicha sanción

asciende a cuatro (4) años, o lo que es lo mismo cuarenta y ocho (48) meses, no cumpliéndose en consecuencia con ese primer requisito de carácter objetivo que impone la normativa en cita, motivo por el cual en razón a tratarse de presupuestos concurrentes como así lo han reiterado la jurisprudencia, no se analizará el segundo de requisito de carácter subjetivo relacionado con que los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, así como la modalidad y la gravedad de la conducta punible sean indicativo de que no existe necesidad de ejecución de la pena.

Al amparo del principio de favorabilidad, tampoco resulta procedente el otorgamiento al procesado de este mismo mecanismo sustitutivo de la pena conforme a la modificación normativa traída por el artículo 29 de la ley 1709 de 2014, por las siguientes razones:

La disposición en comento señala que “La ejecución de la pena privativa de la libertad impuesta en sentencia de primera, segunda o única instancia, se suspenderá por un período de dos (2) a cinco (5) años, de oficio o a petición del interesado, siempre que concurren los siguientes requisitos:

*“1. Que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de cuatro (4) años.*

*2. Si la persona condenada carece de antecedentes penales y no se trata de uno de los delitos contenidos el inciso 2o del artículo 68A de la Ley 599 de 2000, el juez de conocimiento concederá la medida con base solamente en el requisito objetivo señalado en el numeral 1 de este artículo.*

*3. Si la persona condenada tiene antecedentes penales por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores, el juez podrá conceder la medida cuando los antecedentes personales, sociales*

*y familiares del sentenciado sean indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena.”*

En el presente evento, se cumple con el primer requisito objetivo señalado, toda vez que la pena a imponer no supera los cuatro (4) años de prisión, toda vez que precisamente la sanción se encuadra dentro de ese mismo tope, esto es, cuarenta y ocho (48) meses de prisión.

Sin embargo, en relación con el segundo presupuesto, si bien no se ha acreditado que el sentenciado posea antecedentes penales dentro de los cinco (5) años anteriores, la conducta por la cual fue hallado penalmente responsable, esto es, contrato sin cumplimiento de requisitos legales, se trata de un delito doloso “*contra la administración pública*”, excluido de este tipo de beneficios al tenor literal del inciso 2º del artículo 68A del C. Penal, modificado por el artículo 32 de la Ley 1709 de 2014, al igual que en sus modificaciones posteriores<sup>21</sup>.

En torno a la prisión domiciliaria como sustitutiva de la pena privativa de la libertad, se establece que el originario artículo 38 de la Ley 599 de 2000, vigente por la época de los hechos, esto es, sin las modificaciones introducidas por la Ley 1142 de 2007, resulta legalmente aplicable al caso del sentenciado RIVERA GARZÓN, puesto que preceptuaba lo siguiente:

*“ARTÍCULO 38. La ejecución de la pena privativa de la libertad se cumplirá en el lugar de residencia o morada del sentenciado, o en su defecto en el que el Juez determine, excepto en los casos*

---

<sup>21</sup> Modificado por el artículo 4º de la Ley 1773 de 2016, modificado por el artículo 6º de la Ley 1944 de 2018.

*en que el sentenciado pertenezca al grupo familiar de la víctima, siempre que concurren los siguientes presupuestos:*

*1. Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de cinco (5) años de prisión o menos.*

*2. Que el desempeño personal, laboral, familiar o social del sentenciado permita al Juez deducir seria, fundada y motivadamente que no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena.*

*3. Que se garantice mediante caución el cumplimiento de las siguientes obligaciones:*

*1) Cuando sea del caso, solicitar al funcionario judicial autorización para cambiar de residencia.*

*2) Observar buena conducta.*

*3) Reparar los daños ocasionados con el delito, salvo cuando se demuestre que está en incapacidad material de hacerlo.*

*4) Comparecer personalmente ante la autoridad judicial que vigile el cumplimiento de la pena cuando fuere requerido para ello.*

*5) Permitir la entrada a la residencia a los servidores públicos encargados de realizar la vigilancia del cumplimiento de la reclusión y cumplir las demás condiciones de seguridad impuestas en la sentencia, por el funcionario judicial encargado de la vigilancia de la pena y la reglamentación del INPEC.*

*El control sobre esta medida sustitutiva será ejercido por el Juez o Tribunal que conozca del asunto o vigile la ejecución de la sentencia, con apoyo en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, organismo que adoptará, entre otros, un sistema de*

*visitas periódicas a la residencia del penado para verificar el cumplimiento de la pena, de lo cual informará al despacho judicial respectivo.*

*Cuando se incumplan las obligaciones contraídas, se evada o incumpla la reclusión, o fundadamente aparezca que continúa desarrollando actividades delictivas, se hará efectiva la pena de prisión.*

*Transcurrido el término privativo de la libertad contemplado en la sentencia, se declarará extinguida la sanción.”*

Es claro entonces que para acceder a la sustitutiva penal referida, se deben cumplir dos requisitos, el primero de carácter objetivo que se relaciona con que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de cinco (5) años de prisión o menos, que en el presente evento se cumple a cabalidad, como quiera que la pena mínima establecida para el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, tipificado en el original artículo 410 del C. Penal y por el que se procede, se determina en la disposición sustantiva en cuatro (4) años de prisión.

Y, un segundo presupuesto, éste sí de carácter subjetivo, que se relaciona con que el desempeño personal, laboral, familiar o social del sentenciado permita al Juez deducir seria, fundada y motivadamente que no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena, requisito que en el presente caso igualmente se cumple, si en cuenta que tiene que el procesado CLODOMIRO RIVERA GARZÓN, se trata de una persona que para la época de comisión del atentado a la administración pública su edad frisaba por los 50 años, estado civil soltero, con grado de instrucción

profesional y magister en derecho, que se ha desempeñado en cargos públicos, entre ellos los de alcalde del municipio de Garzón –H.- de donde es oriundo, asesor de despacho del Procurador General de la Nación, con domicilio actual en la ciudad de Bogotá.

Además, esta persona ha participado activamente dentro del proceso penal adelantado en su contra para la resolución de su caso, ha estado atento a los llamados de la justicia, sujetándose voluntariamente tanto a la investigación como a la persecución penal, no cuenta con antecedentes penales vigentes, pues de ello no existe acreditación alguna, y tampoco representa peligro para la víctima, puesto que no ostenta vínculo laboral con la misma y menos de familiaridad.

Tampoco representa peligro para la seguridad de la comunidad, como quiera que si bien el delito por el cual resulta condenado es de gravedad por la connotación que el comportamiento causa en la sociedad, la pena imponible no resulta ser sustancialmente alta que amerita el internamiento carcelario, amén de que no se tiene por establecido que continúe con actividades delictivas o que esté vinculado con organizaciones criminales, se encuentra disfrutando de su libertad, como quiera que la Fiscalía al momento de proferir resolución de acusación se abstuvo de imponer medida de aseguramiento en su contra, circunstancias que analizadas en su conjunto, permiten a la judicatura concluir seria, fundada y motivadamente que en disfrute del beneficio de prisión domiciliaria, no pondrá en peligro a la comunidad, ni tampoco evadirá el cumplimiento de la pena.

Es de aclarar que en la exclusión de beneficios y subrogados que se contiene en el artículo 68A de la Ley 599 de 2000, adicionado por el artículo 32 de la Ley 1142 de 2007, no resulta aplicable al caso concreto del aquí sentenciado, como quiera que la normativa no se encontraba vigente al momento de la realización de los hechos, como sí sucede actualmente a partir de sus modificaciones posteriores.

Por manera que, al colmarse los requisitos objetivo y subjetivo de que trata el precitado artículo 38 del C. Penal, se concederá al sentenciado RIVERA GARZÓN la prisión domiciliaria en el lugar de su residencia que para el efecto determine, beneficio que garantizará mediante caución por valor de cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes o en su defecto constituirá una póliza judicial que respalde el equivalente a dicha cantidad dineraria, para lo cual, además, suscribirá un acta de compromisos en que se impondrá el cumplimiento de las obligaciones contenidas en el numeral 3º ibídem., advirtiéndosele que en caso de incumplir con las obligaciones contraídas, se evada o incumpla la reclusión, o fundadamente aparezca que continúa desarrollando actividades delictivas, se hará efectiva la pena de prisión; así mismo, que transcurrido el término privativo de la libertad contemplado en la sentencia, se declarará extinguida la sanción, por parte del funcionario judicial que esté vigilando y ejecutando la pena.

Para los fines del beneficio de la prisión domiciliaria concedida al sentenciado CLODOMIRO RIVERA GARZÓN, se ordenará que una vez ejecutoriada la presente sentencia, se expida en su contra orden de captura ante las autoridades

competentes y una vez efectivizada, se ubicará a disposición del juez de ejecución de penas y medidas de seguridad que corresponda asumir la vigilancia de la sanción, situación de la cual se comunicará a la autoridad carcelaria –INPEC- para la legalización de su internamiento domiciliario, organismo al que se le solicitará adopte entre otros, un sistema de visitas periódicas a la residencia del penado para verificar el cumplimiento de la pena, de lo cual informará al despacho judicial respectivo.

A mérito de lo expuesto, la Sala mayoritaria Cuarta de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, administrando justifica en nombre de la República y por autoridad de la ley,

#### **VIII. RESUELVE**

**Primero.- REVOCAR PARCIALMENTE** el ordinal primero de la sentencia absolutoria impartida a favor del señor CLODOMIRO RIVERA GARZÓN, de fecha y procedencia inicialmente anotadas, y como consecuencia de ello,

**Segundo.- CONDENAR** a CLODOMIRO RIVERA GARZÓN a la pena principal de CUARENTA Y OCHO (48) MESES DE PRISIÓN, multa cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un período de sesenta (60) meses, al haber sido hallado responsable

como autor del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, tipificado en el artículo 410 de la Ley 599 de 2000.

**Tercero.- CONFIRMAR** la absolución impartida a favor de CLODOMIRO RIVERA GARZÓN por el punible de peculado por apropiación a favor de terceros por el que igualmente fue acusado, por las razones expuestas en la motivación de este fallo

**Cuarto.- OTORGAR** al señor CLODOMIRO RIVERA GARZÓN, un plazo de seis (6) meses a partir de la ejecutoria de la presente sentencia, para que en cuotas iguales cancele la pena de multa impuesta a favor del Tesoro Nacional, a través de la correspondiente oficina de ejecución coactiva, acorde con lo regulado en los artículos 41 y 42 del C. Penal.

**Quinto.- DISPONER** que no se condenará en perjuicios por las razones expuestas en este fallo.

**Sexto.- CONCEDER** al sentenciado CLODOMIRO RIVERA GARZÓN la prisión domiciliaria de que trata el original artículo 38 del C. Penal, para lo cual suscribirá diligencia de compromiso con prestación de caución pecuniaria, en los términos, forma y condiciones establecidas en el numeral 38 ibídem, advirtiéndosele que el incumplimiento a las obligaciones contraídas dará lugar a la revocatoria del beneficio concedido y se efectivizará la totalidad de la pena impuesta.

Para el goce de la sustitución de la prisión intramural por la domiciliaria, una vez en firme la presente decisión, se expedirá la correspondiente orden de captura en contra del sentenciado y se dará

cumplimiento a lo señalado en las motivaciones de este fallo.

**Séptimo.- DECLARAR** que contra este fallo procede el recurso de casación que podrá interponerse en los términos establecidos para el efecto en el artículo 210 de la Ley 600 de 2000, modificado por la Ley 1395 de 2010, artículo 101.

**Octavo.- ADVERTIR** a las partes de la procedencia de la impugnación especial para garantizar la doble conformidad en los términos consagrados en el acto Legislativo 01 de 2018 y conforme a las reglas trazadas por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en auto AP1263-2019, rad. 54.215, como quiera que se trata de primera condena.

**Noveno.-** Ejecutoriada la sentencia se expedirá copias de la misma con destino a las autoridades judiciales y administrativas que la ley dispone.

Cópiese, notifíquese y si no fuere recurrida la decisión, devuélvase al Juzgado de origen.



**HERNANDO QUINTERO DELGADO**

**(Salvamento de voto)**

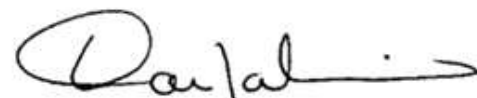
Providencia virtual <sup>22</sup>

---

<sup>22</sup> Se implantan firmas digitalizadas o escaneadas. Consejo Superior de la Judicatura. ACUERDO PCSJA20-11567 del cinco de junio de 2020. “**Artículo 22.** *Aplicativos de recepción de tutelas y hábeas corpus y de firma electrónica. Mientras dure la suspensión de términos, así como cuando ésta se levante, el envío de acciones de tutela y hábeas corpus seguirá haciéndose de manera electrónica. Para las firmas de los actos, providencias y decisiones se atenderá lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 491 de 2020 o las demás disposiciones que regulen el particular. Los servidores judiciales con condición de firmante institucional en la Rama Judicial harán uso de los mecanismos y herramientas de firma disponibles.*”



ÁLVARO ARCE TOVAR



INGRID KAROLA PALACIOS ORTEGA



LUISA FERNANDA TOVAR HERNANDEZ  
Secretaria

COPIADO AL TOMO: \_\_\_\_\_ FOLIO: \_\_\_\_\_ de sentencias penales.



## **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE NEIVA, HUILA**

### **SALVAMENTO DE VOTO A LA SENTENCIA PROFERIDA EN EL PROCESO PENAL CON RADICADO n.º 2017-00007-01, SEGUIDO CONTRA CLODOMIRO RIVERA GARZON, POR LA CONDUCTA PUNIBLE DE CELEBRACION INDEBIDA DE CONTRATOS Y PECULADO.**

1. De manera respetuosa con los magistrados que componen la Salamayoritaria, expongo las razones por las que salvo el voto en la providencia que revoca la decisión del *a quo* y dispone condenar al señor **CLODOMIRO RIVERA GARZON**, en el radicado de la referencia.

2. Antes de iniciar, destáquese que la sustentación de la Fiscalía se presenta genérica, farragosa y repetitiva de lo expuesto ante el *a quo*, aunque contiene algunas razones de desacuerdo con los argumentos que ofrece la providencia emitida.

3. Cuestiona el apelante que el burgomaestre, en el momento de contratar con la ARS, debió asegurar que la contratista cumpliera con algunos requisitos exigibles al celebrarse el negocio jurídico y no a futuro, en la liquidación, como la capacidad operativa de las IPS y EPS, la exigencia de selección a los prestadores de salud y el monto que rigurosamente debía comprometer con las empresas de salud pública, etc.

3.1. Afirma que, contrario a lo decidido, acreditó que **Clodomiro Rivera Garzón** suscribió con la ARS CAJASALUD un

contrato para la prestación del servicio médico a las personas afiliadas sin cumplir los requisitos exigidos por la ley, permitiendo la administración de los recursos de la salud subsidiada a una entidad que carecía de red de prestadores del servicio. Para este caso se llegó al punto que la IPS Clínica Medilaser debió acudir a la red pública para cumplir de manera indirecta con dicho compromiso.

4. De acuerdo con la resolución de acusación<sup>1</sup>, la imputación fáctica que fundamenta el llamamiento a juicio de **Clodomiro Rivera Garzón** consiste en que este, como alcalde del municipio de Garzón, soslayó preservar y salvaguardar *“un efectivo control y eficaz de revisión del contrato suscrito por el ente municipal con la entidad CAJASALUD ARS, todo para que los recursos de la salud no tomaran rumbos diferentes”*.

4.1. Señala la resolución que aquella entidad privada (CAJASALUD ARS) *“contrató para el año 2003 la prestación de los servicios de salud del Régimen Subsidiado por capitación y evento con la IPS Medilasser LTDA., de manera directa y exclusiva, para los niveles III y IV de atención, indicando que las IPS públicas y privadas del municipio de Garzón no contaban con capacidad e idoneidad para la prestación de los mismos. Vale la pena recordar que la IPS eran el Hospital San Vicente de Paul, la E.S.S. María Auxiliadora, entre otros.”*

4.1.1. Con lo anterior soslaya la norma *“que ordenaba contratar como mínimo el cincuenta por ciento (50%) de dichos servicios*

---

<sup>1</sup> Folio 112 a 156- cuaderno 3

*con las IPS del sector público". Subraya que "las justificaciones que se ofrecen es que en la región de Garzón Huila no contaba con IPS del sector público que atendieran los niveles III y IV y que por ello una norma los amparaba y facultaba para poder contratar los demás servicios con IPS del sector privado".*

4.2. Sin embargo, existen dos razones fundamentales que refutan el actuar de los contratantes como son: **La primera** es que la IPS MEDILASER LTDA, **NO** estaba habilitada para prestar servicios de salud en el municipio de Garzón", carecía de "la infraestructura, personal idóneo, medios técnicos y científicos para ofrecer la prestación de servicios de niveles III y IV para el régimen subsidiado en salud; **y la segunda y más grave** es que la IPS MEDILASER, con posterioridad (...)subcontrata con aquellas IPS públicas y privadas que la ARS CAJASALUD precisamente no había querido contratar directamente", por falta de requisitos para ello.

4.3. Indicó que CAJASALUDA ARS tuvo "conocimiento de esa subcontratación y la prestación de los servicios por parte de las IPS diferentes a la **CLINICA MEDILASER LTDA**, pero procede a ejecutar el contrato y liquidarlo con el silencio cómplice del alcalde de turno, como ordenador del gasto público".

5. Destáquese que la contratación administrativa<sup>2</sup> corresponde a una actividad reglada a partir de principios y valores constitucionales y legales, transversales en todas sus etapas, por ende, su vulneración, además de comprometer la existencia

---

<sup>2</sup> función pública al servicio del interés común, sujeta a los fines esenciales del Estado

y validez de los actos contractuales, da lugar a la configuración de responsabilidad en el campo sancionatorio fiscal, disciplinario y penal de los servidores públicos y particulares que en ella intervienen<sup>3</sup>.

6. Según el art. 410 del CP, el servidor público que por razón del ejercicio de sus funciones tramite contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos, incurrirá en pena de prisión. Por ser un tipo penal en blanco impropio<sup>4</sup>, **la delimitación del ámbito de aplicación de la norma**, así como la definición de los respectivos ingredientes normativos de la descripción típica han **de precisarse a la luz de la normatividad aplicable a la contratación estatal**<sup>5</sup>.

6.1. La fractura de la legalidad en las fases de tramitación, celebración o liquidación del contrato **ha de recaer sobre aspectos sustanciales**, cuya desatención comporta la ilicitud del proceso negocial, basada en la vulneración de alguna o varias máximas que deben regirla, en tanto concreción de la función administrativa. Por expresa disposición legal, la inobservancia de formalidades **inherentes a su ejecución no comporta reproche penal**, según indica el tribunal de cierre<sup>6</sup>:

*"...pues "de la celebración del contrato hace un salto a la fase de liquidación, y deja la materia propia de la ejecución a la descripción del delito de interés indebido en la contratación, o a cualquier otro delito que pueda*

---

<sup>3</sup> artículos 50 y siguientes de la Ley 80 de 1993.

<sup>4</sup> Entre muchos otros, CSJ SP16539–2017, 11 oct. 2017, rad. 49448; CSJ SP18532–2017, 8 nov. 2017, rad. 43263; CSJ SP2160–2018, 13 jun. 2018, rad. 45228 y CSJ AP2682–2018, 27 jun. 2018, rad. 48509

<sup>5</sup> para su aplicación requiere que el supuesto de hecho sea complementado con normas constitucionales, las consagradas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y demás disposiciones que lo desarrollan, dado que, solo así se precisa el alcance del concepto “*requisitos legales esenciales*”

<sup>6</sup> CSJ AP, 12 jun. 2013, rad. 41172.

*tipificarse durante ella, por ejemplo falsedad, concusión, cohecho, peculado, etc....<sup>7</sup>"*

7. Contrastados los anteriores referentes normativos y jurisprudenciales, definatorios del ámbito de aplicación del tipo de contrato sin cumplimiento de requisitos legales consagrado en el artículo 410 del CP, con los medios de conocimiento incorporados al juicio, se advierte que la Fiscalía incurrió en el yerro indicado en el fallo apelado, en virtud al equívoco entendimiento respecto de la tipicidad objetiva del citado punible por el que acusó a **Clodomiro Rivera Garzón**.

8. Para determinar los requisitos que corresponden a la esencia del contrato estatal la Sala Penal de la Corte<sup>8</sup> destacó que "*no cualquier inobservancia o falta de verificación en el cumplimiento de las formalidades de ley aplicables a la contratación estatal realiza el tipo objetivo de contrato sin cumplimiento de requisitos legales. Así mismo, para identificarlos señala **tres criterios**, complementarios entre sí, que se extraen tanto de la teoría general del negocio jurídico como de los postulados rectores del Estatuto de Contratación Estatal.*

*"El primero de ellos se basa en los arts. 1501 y 1741 del C.C. Conforme a la primera de estas normas, son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno o degenera en otro contrato diferente.*

*"Son de su naturaleza las que, no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales aquellas que ni*

---

<sup>7</sup> Sentencia del 20 de mayo de 2003, radicado N° 14.699.

<sup>8</sup> Sentencia del 23 de abril de 2016, Radicado 46037

*esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales.*

*"Por su parte, el art. 1741 inc. 1º ídem señala que la nulidad absoluta de un contrato deriva de un objeto o causa ilícita o la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos contratos, en consideración a su naturaleza.*

*"El segundo criterio se fundamenta en las causales de nulidad absoluta del contrato estatal, previstas en el art. 44 de la Ley 80 de 1993. De acuerdo con esta norma, será esencial la formalidad cuyo incumplimiento comporta ineficacia absoluta del contrato cuando, entre otras razones, éste se celebre:*

- (i).- con personas incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley;*
- (ii).- contra expresa prohibición constitucional o legal y*
- (iii).- con abuso o desviación de poder.*

8.1. Para la identificación de éstos el operador judicial debe atender dos aspectos:

*"De una parte, acudir a la teoría general de los negocios jurídicos para aplicar los criterios que determinan la ineficacia, la inexistencia y la nulidad del acto, ya que con estos se sanciona la pretermisión de una exigencia trascendental dispuesta por el legislador para el respectivo negocio;*

*"Y de otro, complementario del anterior, aplicar a cada uno de los momentos contractuales (tramitación, celebración, ejecución y liquidación) los principios tutelares vinculantes, inderogables e improrrogables de la contratación Estatal.*

8.1.1. Son motivos de invalidación absoluta, celebrar contratos contra expresa prohibición constitucional y legal<sup>9</sup>, también obrar

---

<sup>9</sup> artículo 44-2 de la Ley 80 de 1993

con desviación o abuso de poder y eludir los procedimientos de selección objetiva y demás requisitos previstos en ese Estatuto<sup>10</sup>. Como complemento de las anteriores pautas, un requisito contractual puede catalogarse como esencial a partir de la valoración sobre el impacto que su inobservancia pueda tener en la materialización de los principios rectores de la contratación estatal.

8.2. Junto a las formalidades esenciales del contrato estatal, determinadas a partir de la teoría general del negocio jurídico y las causales de nulidad absoluta de los contratos con la administración, el acatamiento de los principios rectores de esta faceta de la función pública constituye un requisito esencial aplicable, sin excepción, a los contratos estatales<sup>11</sup>.

9. Se reitera que las formas de comisión de este delito se refieren a comportamientos distintos; así, una es la conducta aludida en la primera modalidad, donde se reprocha el hecho de tramitar el contrato sin observar sus requisitos legales esenciales; y otra, la de quien lo celebra o liquida, pues en estos casos la prohibición se hace consistir en no verificar el cumplimiento de los requisitos legales inherentes a cada fase<sup>12</sup>.

10. Se dice entonces que las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las

---

<sup>10</sup> artículo 24-8 de la Ley 80 de 1993

<sup>11</sup> CSJ SP 25 sept. 2013, rad. 35.344

<sup>12</sup> CSJ SP 9 feb. 2005, rad. 21.547 y CSJ SP, 23 mar. 2006, rad. 21.780

mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.

10. Indíquese que el Régimen Subsidiado es el mecanismo mediante el cual la población más pobre del país, sin capacidad de pago, tiene acceso a los servicios de salud a través de un subsidio que ofrece el Estado. Para lograr la afiliación de esta población al SGSSS, el Estado colombiano definió al Régimen Subsidiado en Salud como su vía de acceso efectiva al ejercicio del Derecho fundamental de la Salud.

10.1. De otro lado, es responsabilidad de los Entes Territoriales la operación adecuada de sus procesos, en virtud de su competencia descentralizada frente al bienestar de la población de su jurisdicción. De esa forma, los Municipios, Distritos y Departamentos tienen funciones específicas frente a la identificación y afiliación de la población objeto, así como sobre la inversión, contratación y seguimiento de la ejecución de los recursos que financian el Régimen (recursos de Esfuerzo Propio, de la Nación (SGP) y del FOSYGA). Así mismo, es deber de los Entes Territoriales el seguimiento y vigilancia al acceso efectivo a los servicios contratados por las EPS-S, por parte de la población beneficiaria, es decir, sobre la ejecución misma de los contratos suscritos con las EPS-S.

11. En el recurso de apelación, la Fiscalía cuestiona que **Clodomiro Garzón Rivera** suscribiera el contrato 02 de 2003

con CAJASLUD ARS, y los otros íes del 1 de octubre y 1 de diciembre de esa anualidad, en el que le entregaba la administración de los recursos del Régimen Subsidiado en Salud y aseguramiento de los beneficiarios del municipio de Garzón. Sin embargo, esa competencia comercial la tienen los entes territoriales y; en ese sentido, el acusado como representante de la administración actuó conforme a esa atribución, lo que descarta incumplimiento sustancial contractual.

12. También critica que soslayara cumplir el requisito previsto en el artículo 51 de la ley 715 de 2001<sup>13</sup>. Este dispone que *“las entidades que administran los recursos del Régimen Subsidiado de Salud contratarán y ejecutarán con las instituciones prestadoras de servicios de salud públicas del orden municipal o distrital de la entidad territorial sede del contrato no menos del 40% del valor de la Unidad de Pago por Capitación subsidiada efectivamente contratadas por la respectiva entidad administradora del régimen subsidiado. En el caso de existir en el municipio o distrito respectivo hospitales públicos de mediana o alta complejidad del orden territorial dicha proporción no será menor al 50%. Todo lo anterior siempre y cuando la entidad territorial cuente con la oferta pública que le permita prestar los servicios a financiar con dichos porcentajes”*.

12.1. Es evidente que los hechos jurídicamente relevantes están referidos a los contratos de la ARS con el hospital San

---

<sup>13</sup> por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros.

Vicente de Paúl y la ESE<sup>14</sup> María Auxiliadora de Garzón, que alcanzó un 41.02 % de la prestación de servicios de salud en los niveles de complejidad<sup>15</sup> I, II y III cuando debía realizarlos en un 50%. Frente a esa acusación, la defensa resalta como verdad de Perogrullo que el relato de entrada descarta la intervención del burgomaestre como contratista o contratante las aludidas IPS o EPS.

12.1.1. Es evidente que el sujeto de la oración contenida en la referida norma en forma expresa se identifica como “*las entidades que administran los recursos del Régimen Subsidiado de Salud*”, que en este caso sería CAJASALUD ARS, no el municipio de Garzón. Como se sabe, las Administradoras de Riesgos de Salud (ARS) son entidades públicas, privadas o mixtas y descentralizadas, con patrimonio propio y personería jurídica, autorizadas por la Superintendencia de Salud y Riesgos Laborales a asumir y administrar el riesgo de la provisión del Plan Básico de Salud a una determinada cantidad de beneficiarios, mediante un pago per cápita previamente establecido por el Consejo Nacional de Seguridad Social<sup>16</sup>. Es decir son entidades de intermediación entre los recursos

---

<sup>14</sup> La figura legal en Colombia de las **Empresas Sociales del Estado** Prestadoras de Servicios de Salud (**ESE**) fue creada mediante la Ley 100 de 1993, con el propósito de convertir los hospitales públicos en entes administrativos descentralizados con autonomía financiera y patrimonio propio.

<sup>15</sup> La denominación de **Niveles de Complejidad y Niveles de Atención**, viene siendo desarrollada desde antes de la Ley 100/93, con un antecedente inicial en la Ley 10 de 1990 y en el Decreto 1760 de 1990. Estas definiciones se ajustan luego del año 1993 y la Resolución 5261 de 1994 hace la precisión sobre los Niveles de Complejidad, estableciendo los siguientes:

**NIVEL I:** Médico general y/o personal auxiliar y/o paramédico y/o de otros profesionales de la salud no especializados.

**NIVEL II:** Médico general y/o profesional paramédico con interconsulta, remisión y/o asesoría de personal o recursos especializados.

**NIVEL III y IV:** Médico especialista con la participación del médico general y/o profesional paramédico.

<sup>16</sup> <https://adars.org.do/index.php/rol-de-las-ars-en-el-sfs>

financieros, las instituciones que prestan los servicios (IPS), las autoridades públicas locales y los usuarios, y desempeñan en el régimen subsidiado una función análoga a la que tienen las EPS en el régimen contributivo.

12.2. Precisamente, esa administradora se encargó de “contratar y ejecutar” los fondos entregados por el Ente Territorial. De ese modo resulta palpable que la norma que fija la proporción para contratar la prestación de servicios de salud en los niveles de cierta complejidad, tenía como destinataria a la ARS, entidad que en ejercicio o desarrollo de ese objeto contractual hizo las negociaciones que se reprochan. Hasta allí, desde el punto de vista naturalístico, ninguna intervención directa del burgomaestre puede observarse a simple vista.

13. Ahora bien, el ente acusador nunca desglosó los requisitos sustanciales incumplidos en cada contrato celebrado con *las instituciones prestadoras de servicios de salud públicas del orden municipal de la entidad territorial*”. Es en forma genérica que atina a decir que debía ser mayor “*al 50% del valor de la Unidad de Pago por Capitación subsidiada efectivamente contratadas por la respectiva entidad administradora del régimen subsidiado*”.

13.1. Pese a lo anterior, en la ponencia que sale avante, la Sala mayoría afirma que “*le correspondía al funcionario público, en este caso al alcalde municipal de Garzón RIVERA GARZÓN, no obstante la plataforma existente para la suscripción de este tipo de*

*contratación, en la que pretende excusarse el procesado, establecer dentro de las cláusulas del contrato 02-2003 que suscribió con la ARS, el compromiso por parte de ésta de dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 51 de la Ley 715 de 2001, esto es, la obligación de contratar con la red pública, al menos el 50% de la prestación de los servicios”.*

13.1.1. Es evidente que en esos términos nunca se formuló la acusación, la de repetir o reiterar en el contrato que suscribió el acusado con la ARS lo que dispone el artículo 51 de la aludida normatividad.

13.1.1.1. La novel exigencia indicaría que sin aquel agregado el contrato “*no produce efecto alguno o degenera en otro contrato diferente*”; empero, aquí el negocio jurídico no solo se ejecutó sino que se liquidó y pagó sin que nadie alegara su ineficacia, inexistencia o nulidad. En verdad, se trata de un requisito “*de su naturaleza*” porque no siendo esencial se entiende pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; dado que está consagrado en la ley.

13.2. Sin embargo, como ya se expresó, no cualquier inobservancia o falta de verificación en el cumplimiento de las formalidades de ley aplicables a la contratación estatal realiza el tipo objetivo. Nada explicó el ente acusador respecto de la manera como aquella diferencia del 8.8% (50-41.02) afectara que el aludido contrato con la ARS con algún efecto indeseado

como nulidad absoluta, ineficacia, inexistencia o que se degrada en otro tipo contractual.

14. De otro lado, tales negociaciones se concretan después que el municipio suscribiera el contrato con la ARS, y antes de su liquidación, entre el 1 de abril de 2003 y el 31 de marzo de 2004, espacio o fase que corresponde a su ejecución. Atrás se clarificó que a la luz del artículo 410 del Código Penal, las anormalidades que se cometen en la ejecución del contrato estatal escapan al ámbito punible. Por supuesto, dichos requerimientos nunca pueden confundirse con las formalidades pertenecientes a la tramitación, celebración ni a la liquidación, aspectos que no controvierte el recurrente.

15. Bajo tales premisas, salta a la vista que el fiscal incurrió en un yerro *in iudicando*, por cuanto además de censurar la desatención de exigencias propias de la fase de tramitación, afirmó la tipicidad de la conducta punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales con base en la inobservancia de formalidades concernientes a la ejecución del convenio. Y ello implica una ostensible violación del principio de legalidad, por desconocimiento de la exigencia de estricta tipicidad<sup>17</sup>

16. La Fiscalía también dedujo autoría de ilicitud en **Rivera Garzón** en la liquidación bilateral del contrato 02 de 2003. Empero, como se sabe, aquel se finiquitó el 13 de mayo de 2004 en la administración de **Álvaro Cuéllar Botello**, alcalde

---

<sup>17</sup> arts. 6º inc. 1º y 10º inc. 1 del C.P.

de la época, pues el periodo de **Clodomiرو Rivera Garzón** culminó el 31 de diciembre de 2003. De esta suerte él jamás podría ser, en estricto sentido, autor de la supuesta inobservancia de requisitos legales en el finiquito negocial.

16.1. La liquidación del contrato se define<sup>18</sup> como un corte de cuentas, es decir, fase final del negocio jurídico donde hacen un balance económico, jurídico y técnico de lo ejecutado. En virtud de ello el contratante y el empresario definen el estado en que queda el negocio después de su ejecución o terminación, o mejor, fijan la situación en que las partes están dispuestas a recibir y asumir el resultado de su ejecución. Así, se tiene que en el documento suscrito por el alcalde la época, el interventor del contrato del Régimen Subsidiado del municipio de Garzón y el representante legal de CAJASALUD ARS, consignaron *“estar de acuerdo con la presente liquidación”* y quedar a paz y salvo por todo concepto.

17. El artículo 13 del Decreto 2357 de 1995<sup>19</sup> dispone que las entidades que se inscriban en la respectiva Dirección de Salud para administrar el Régimen Subsidiado de Salud en su territorio deben acreditar: *“1) Que estén debidamente autorizadas por la Superintendencia Nacional de Salud, con Resolución vigente; 2) Que poseen una red de servicios que les permite prestar los servicios definidos en el POS-S.”* Asimismo, en ningún caso puede exigir, para efectos de selección,

---

<sup>18</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia 1998-00038 de octubre 20 de 2014, rad. 05001-23-31-000-1998-00038-01 (27777).

<sup>19</sup> por medio del cual se reglamentan algunos aspectos del régimen subsidiado del Sistema de Seguridad Social en Salud.

requisitos adicionales a los enumerados por la aludida norma y debe verificar y avaluar lo relacionado con la Red de prestadores de servicios en el municipio o área específica que garantice la adecuada atención de los afiliados.

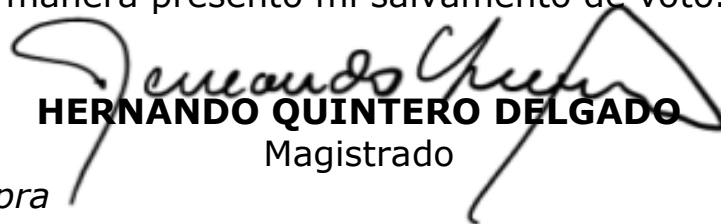
17.1. En el presente caso, el *A quo* encontró acreditado que CAJASALUD ARS, entidad con la que el burgomaestre acusado suscribió el contrato 02 de 2003, junto a los otrosí de octubre y diciembre de esa anualidad, administraba recursos del régimen subsidiado y aseguraba los beneficiarios del sistema, además tenía autorización para su funcionamiento conforme indica el oficio # 8003-1-96406 de la Superintendencia Nacional de Salud. También contaba con una red prestadora de servicios en los distintos niveles de complejidad, como se infiere del " i) Contrato n.º 003-2003 del 1 de abril de 2003 con la ESE María Auxiliadora de Garzón-IPS Pública-, por capitación, junto con OTRO SI del 1 de diciembre de 2003, para la prestación de servicios del I nivel de complejidad; ii) Contrato n.º 004-2003 del 1 de octubre de 2002 suscrito con la ES Hospital Departamental San Vicente de Paul de Garzón, por capitación, para la atención del I nivel de complejidad; iii) Contrato n.º 2003-07 entre Cajasalud ARS y Medilaser Ltda. del 1 de enero de 2003, por evento, para la prestación de servicios de salud del IV nivel de complejidad; iv) Contrato de prestación de servicios de salud por capitación entre Cajasalud ARS y Medilaser Ltda. para el Régimen Subsidiado de Salud niveles II y III."

17.2. En ese sentido, encontró probado que el municipio cumplió las exigencias previstas en el Decreto 2357 y la Circular 4 de 1996 de la Superintendencia Nacional de Salud, durante la tramitación y celebración del contrato de marras. Además, cumplió con lo previsto en el artículo 49 del Acuerdo 244 de 2003 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud y conformó una interventoría externa con la Cooperativa de Salud "UNISALUD", para la inspección y vigilancia de las obligaciones contractuales, con la supervisión de la Secretaría de Salud Municipal.

18. El impugnante insiste en que burgomaestres jamás realizó los controles que le correspondía porque descargó su responsabilidad en la "*consecución de una auditoría externa*", que solo efectuó observaciones sobre el cumplimiento del contrato sin determinar si satisfacían lo dispuesto por la ley. Empero, de nuevo, el reproche endilgado a **Rivera Garzón** no se ubica en la etapa de tramitación o celebración del contrato, sino en su vigilancia y/o interventoría, es decir, en la ejecución del mismo.

19. Así las cosas, considero que lo jurídicamente procedente era confirmar la sentencia de primera instancia.

20. De esta manera presento mi salvamento de voto.

  
**HERNANDO QUINTERO DELGADO**  
Magistrado

Fecha *ut supra*