



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA
Magistrado ponente

SP1909-2022
Radicación # 60571
Acta 119

Bogotá D.C., primero (1°) de junio de dos mil veintidós (2022).

VISTOS:

Resuelve la Sala la impugnación especial promovida por los defensores de ARMANDO ARIZA QUINTERO y MARÍA CRISTINA VARGAS URAZÁN, quienes luego de ser absueltos el 11 de diciembre de 2020 por el Juzgado 1 Penal del Circuito de Garzón como determinadores de los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación a favor de terceros, el Tribunal de Neiva los condenó el 28 de julio de 2021 por el primer punible y confirmó la absolución por el segundo.

HECHOS:

Según se puede colegir de la actuación, la Fiscalía acusó a ARMANDO ARIZA QUINTERO (Representante Legal de la Administradora del Régimen Subsidiado -ARS- CAJASALUD) y MARÍA CRISTINA VARGAS URAZÁN (Representante Legal de la Institución Prestadora de Servicio de Salud -IPS- Clínica Medilaser Ltda.), por determinar a Clodomiro Rivera Garzón (Alcalde del municipio de Garzón), a suscribir con el primero el contrato No. 02 del 1 de abril de 2003 para la administración de los recursos de transferencias de la nación al régimen subsidiado en salud y el aseguramiento de los beneficiarios del sistema, con vigencia inicial del 1 de abril al 30 de septiembre de 2003, por un valor de \$598.940.519.

Dicho contrato fue adicionado mediante *otro si* No. 01 del 1 de octubre de 2003, ampliando el plazo en 2 meses hasta el 30 de noviembre de tal anualidad, así como el valor en la suma de \$199.646.855.

Posteriormente se firmó entre las mismas partes el *otro si* No. 02 del 1 de diciembre del mismo año, el cual nuevamente aumentó el término, esta vez hasta el 31 de marzo de 2004 y el monto en la suma de \$399.293.771.

Culminada la ejecución del contrato, fue liquidado el 13 de mayo del 2004 por quienes en él intervinieron, esto es,

Clodomiro Rivera, Alcalde del municipio de Garzón y
ARMANDO ARIZA, representante de la ARS CAJASALUD.

Adujo la Fiscalía que la referida contratación, desarrollada durante el período comprendido entre el 1 de abril de 2003 y el 31 de marzo de 2004, fue realizada sin el lleno de los requisitos legales.

Así, la ARS CAJASALUD a su vez no contrató con las entidades prestadoras de los servicios de salud pública habilitadas del municipio de Garzón, sino con la IPS Clínica Medilaser, representada por MARÍA CRISTINA VARGAS (Contratos del 1 de noviembre de 2002 y del 1 de enero de 2003 por 2 años), la prestación de servicios de salud en el régimen subsidiado, con graves vicios de legalidad, máxime si no aparecía habilitada para asumir tales labores en el referido municipio y no contaba con la infraestructura para atender el objeto contratado, razón por la cual debió subcontratar con el Hospital Departamental San Vicente de Paul y se le pagó con el sistema de Unidad de Pago por Capitación¹ Subsidiada (UPCS).

Lo anterior, señaló el ente acusador, contrarió los incisos 3 y 4 del artículo 41 del Decreto 050 de 2003, al disponer que en la contratación se señalarán expresamente los servicios que serán prestados en forma directa por el

¹ Según la Superintendencia de Salud, en el **contrato por capitación** se presta la atención de servicios de salud a un grupo de afiliados y se cobra un valor único por persona durante un lapso determinado, sin importar si el usuario utiliza o no los servicios de los cuales es beneficiario.

contratista y aquellos que solo de manera excepcional se prestarán a través de terceros, todo lo cual generó un perjuicio económico para las arcas del municipio.

ACTUACIÓN PROCESAL:

A partir de un informe de la Contraloría Delegada Sector Social - Gerencia Departamental del Huila, la Fiscalía Seccional de Neiva declaró abierta la instrucción, en marco de la cual vinculó mediante indagatoria a ARMANDO ARIZA QUINTERO (Representante Legal de Administradora del Régimen Subsidiado -ARS- CAJASALUD), MARÍA CRISTINA VARGAS URAZÁN (Representante Legal de la -IPS- Clínica Medilaser Ltda) y Clodomiro Rivera Garzón (Alcalde del municipio de Garzón).

Cerrada la investigación, el sumario fue calificado el 26 de diciembre de 2013 con resolución de acusación en contra de ARIZA QUINTERO y VARGAS URAZÁN, como determinadores de los delitos de peculado por apropiación a favor de terceros y contrato sin cumplimiento de requisitos legales. Rivera Garzón fue acusado como autor de los mismos punibles.

Contra tal providencia la defensa del último interpuso recurso de reposición y subsidiario de apelación. Aquél fue resuelto mediante Resolución del 8 de mayo de 2014 de manera adversa, y se concedió el recurso de apelación interpuesto por la defensa de los otros acusados. La Unidad

de Fiscalía Delegada ante el Tribunal de Bogotá la confirmó el 20 de abril de 2015.

La fase del juicio correspondió adelantarla al Juzgado 2 Penal del Circuito de Neiva, despacho que luego de algunos intentos por realizar la audiencia preparatoria, en auto del 18 de febrero de 2016 decretó la nulidad parcial de la actuación desde cuando avocó conocimiento, con el propósito de surtir el recurso de apelación que como subsidiario había interpuesto la defensa de Rivera Garzón contra la acusación y no fue resuelto.

Entonces, el Tribunal de Neiva invalidó dicho auto, para lo cual adujo que tal decisión debió adoptarse en el marco de la vista preparatoria. Por ello, el 8 de julio de 2016, el juez de primer grado dispuso la referida nulidad en dicha audiencia y ordenó la ruptura de la unidad procesal, compulsando copias para que la actuación seguida contra Clodomiro Rivera se tramitara por aparte.

Ya avanzado el juicio, la Juez 2 Penal del Circuito de Garzón se declaró impedida el 30 de abril de 2019 por haber absuelto al Alcalde, manifestaciones consideradas razonables el 13 de mayo siguiente por el Juzgado 1 Penal del Circuito del mismo municipio, que avocó conocimiento de la actuación y luego de escuchar las alegaciones finales de los sujetos procesales, profirió fallo el 11 de diciembre de 2020 absolviendo a los acusados como determinadores de los

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

Impugnada la sentencia por la Fiscalía, el Tribunal de Neiva la revocó parcialmente mediante el fallo objeto de impugnación especial, proferido el 28 de julio de 2021, para condenar a ARMANDO ARIZA y MARÍA CRISTINA VARGAS a la pena de 48 meses de prisión, multa por 50 salarios mínimos legales mensuales e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 60 meses, como determinadores del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos. A su vez, confirmó la absolución por el peculado por apropiación a favor de terceros.

Les fue negada la condena de ejecución condicional, pero concedida la prisión domiciliaria y se advirtió que respecto de los acusados procedía la impugnación especial, la cual fue interpuesta por sus defensores. Se surtió el respectivo traslado a los no recurrentes, en el cual la Fiscalía presentó alegaciones.

SENTENCIA IMPUGNADA:

Luego de referir los elementos que según la ley y la jurisprudencia conforman los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación a favor de terceros, el Tribunal precisó que por tales comportamientos fueron acusados como determinadores ARMANDO ARIZA y MARÍA CRISTINA

VARGAS, quienes si bien *“eran particulares o representantes legales de empresas privadas, a través de la contratación que los mismos efectuaron con el municipio de Garzón, representado por su entonces alcalde Clodomiro Rivera Garzón, es claro que tenían de su cargo la administración y disposición de recursos públicos, concretamente los asignados a la salud de los beneficiarios del régimen subsidiado de dicho ente territorial, adquiriendo en consecuencia la condición de servidores públicos por extensión”*.

Adicionalmente citó un concepto del Departamento Administrativo de la Función Pública, en el cual se dijo:

“El contrato excepcionalmente puede constituir una forma, autorizada por la ley, de atribuir funciones públicas a un particular; ello acontece cuando la labor del contratista no se traduce y se agota con la simple ejecución material de una labor o prestación específicas, sino en el desarrollo de cometidos estatales que comportan la asunción de prerrogativas propias del poder público, como ocurre en los casos en que adquiere el carácter de concesionario, o administrador delegado o se le encomienda la prestación de un servicio público a cargo del Estado, o el recaudo de caudales o el manejo de bienes públicos, etc.”.

Se afirmó en el fallo de segundo grado:

“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%”.

También precisó:

“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 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".

Transcribió un fragmento de la sanción impuesta por la Superintendencia de Salud a la Alcaldía de Garzón, respecto de los mismos hechos:

“...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 usuarios y beneficiarios del sistema...”.

Añadió:

“De esta contratación se advierte, incurrirse 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. 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”.

(...).

“El órgano fiscal al formular la acusación, tras referir pronunciamiento del Consejo de Estado, aludió y explicó detalladamente, no solamente los principios que rigen la contratación enunciados en precedencia, sino también a la prohibición de fraccionar contratos, así como a los principios de economía, igualdad, planeación, selección objetiva y la obligatoriedad de cumplir con todos los demás principios de la contratación estatal, preceptos que tal y como lo alega, fueron inobservados por los acusados, toda vez que se demostró que éstos de manera fraudulenta contrataron servicios de salud, sin que la IPS cumpliera con las características y calidades necesarias, y aún con pleno conocimiento, acuerdan pagar los servicios ejecutados por un tercero mediante intermediación”.

“Tampoco resulta acogible el argumento, que 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 y responsabilidad 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”.

(...).

“Considera la Sala necesario rememorar el juicio de responsabilidad efectuado por estos mismos hechos enrostrados al co-procesado Clodomiro Rivera Garzón, en sentencia de condena impartida en Sala mayoritaria presidida por quien ahora cumple similar función, adiada el pasado 29 de abril dentro del radicado 41298-31-09-002-2017-00007-01, en la que se concluyó que el referido burgomaestre ‘...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”.

De igual manera puntualizó:

“Una vez la Clínica Medilaser Ltda. obtiene contratación con la ARS CAJASALUD, de inmediato subcontrata con

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 CAJASALUD, 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”.

(...).

“Contrario a lo aducido tanto por la defensa como por el Ministerio Público en el juicio y en el traslado del recurso, lo anteriormente expresado pone de relieve que la responsabilidad recae en los acusados ARIZA QUINTERO y VARGAS URAZÁN por razón de estos hechos, a título de determinadores como lo demanda el ente acusador, pues palmario resulta que desde el inicio de la contratación tanto el burgomaestre, como aquellos otros coacusados obviamente conocían que la ARS CAJASALUD y Medilaser Ltda., a quienes representaban legalmente, no podían ofrecer a plenitud y en los diferentes niveles de complejidad los servicios de salud

en el ente territorial, como en efecto sucedió pues debió acudir a otras instituciones para lograr copar ese aspecto a cargo del ente público. Luego, en tales condiciones, a Rivera Garzón no le asistía ningún interés para celebrar contratos de esta naturaleza y en las condiciones deficientes en que se acreditó haber llevado a cabo; por manera que observados criterios lógicos sobrepuestos a las reglas de la experiencia, cuando estos casos suceden la generalidad es que los administradores de recursos públicos obran de manera ligera y movidos por intereses personales no posibles de precisar”.

Finalmente concluyó el Tribunal:

“Esto es, existe inferencia razonable para concluir en ARIZA QUINTERO y RIVERA VARGAS ese modo de participación en la conducta enrostrada, pues para que pudieran acceder al tipo de contratación llevada a cabo con la Alcaldía de Garzón, sin duda alguna determinaron de alguna manera para que su titular, como ordenador del gasto público de dicho ente territorial, contratara inicialmente sin el cumplimiento de requisitos legales con ARS CAJASALUD, para que a partir de ahí se realizaran contratos sobrevinientes a ese primero, es decir, también viciados de ilegalidad, entre la administradora y la institución, luego ésta última, con las restantes organizaciones públicas y privadas que ofrecieron los servicios de salud que la mentada Clínica no estaba en capacidad de ofrecer, pagándoles a éstas por evento,

cuando la condición era su pago por capitación, generándose con ello detrimento para las arcas del erario público, pero a favor de Medilaser, deducción que encuentra soporte probatorio en el plenario.

“Sin embargo, respecto del 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 a ARMANDO ARIZA QUINTERO y MARÍA CRISTINA VARGAS URAZÁN, 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, impone a favor de los acusados la aplicación del principio in dubio pro reo”.

A partir de lo anterior, la Corporación de segundo grado decidió:

“La prueba testimonial y documental aportada respecto del hecho punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales permite deducir responsabilidad en contra de ARMANDO ARIZA QUINTERO y MARÍA CRISTINA VARGAS URAZÁN, como determinadores de este ilícito, razón por la cual es procedente revocar una parte de lo resuelto en la sentencia de primer grado, manteniendo la decisión de absolverlos por el punible de peculado por apropiación a favor de terceros”.

(...).

“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.), de conformidad con lo establecido en el inciso 2º del artículo 61 del C. Penal, la Sala ubica para cada uno de los sentenciados, 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”, les fue negada la condena de ejecución condicional, pero concedida la prisión domiciliaria.

LA IMPUGNACIÓN ESPECIAL:

1. En nombre de ARMANDO ARIZA QUINTERO.

El defensor manifestó que el Tribunal de Neiva no tuvo en cuenta la prueba documental que acredita los servicios habilitados por el Hospital Departamental San Vicente de Paul de Garzón, con lo cual se demuestra que no estaba en condiciones de asumir toda la atención en salud del nivel de complejidad II, razón suficiente para afirmar que bastaba con acreditar la contratación del régimen de salud subsidiada en un 40% y así se cumpliría lo dispuesto en el artículo 51 de la Ley 715 de 2001.

Si las empresas públicas municipales de Garzón no tenían habilitados todos los servicios del II nivel y carecían también de los servicios del III y IV nivel de complejidad, no garantizaban a los usuarios la prestación de esos servicios de salud, era necesaria la contratación con la IPS Clínica Medilaser, que sí los tenía habilitados en el departamento del Huila.

En el juicio se demostró que sí se contrató más del 50% y a partir de ello se profirió la sentencia absolutoria de primer grado.

El 31 de julio de 2015 presentó la prueba documental denominada "*DOCUMENTO GUÍA PARA INTERPRETAR LOS LIBROS AUXILIARES DE CONTABILIDAD Y LOS CALCULOS SOBRE CONTRATACIÓN RED PUBLICA EPS COMFAMILIAR HUILA CONTRATO MUNICIPIO DE GARZON REGIMEN SUBSIDIADO PERIODO ABRIL 01 DE 2003 A MARZO 31 DE 2004*", la cual no fue refutada por la Fiscalía.

Cuando la EPS COMFAMILIAR HUILA contrató la misma población asegurada con varias IPS o ESE, su única finalidad fue garantizar la totalidad de los servicios, pues no todas las instituciones vinculadas a la red prestadora de salud los ofrecían integralmente en los niveles I, II y III de complejidad.

La experta Contadora Pública Mary Luz Mahecha, le indicó al juzgado, tanto mediante documento como en

declaración en juicio, que sí se había contratado más del 50% con la red pública de Garzón en el periodo comprendido entre el 1 de abril de 2003 y el 31 de marzo de 2004, sin que fuera controvertida por la Fiscalía.

En dicho documento se da cuenta del total ejecutado por la IPS Clínica Medilaser en Garzón durante el mismo periodo del 2003 al 2004, demostrando con soportes contables que los contratos por capitación en el Huila del régimen subsidiado ascendieron a la suma de \$2.834'889.276 en los 33 municipios del departamento. Y respecto del municipio de Garzón se ejecutaron \$214'525.784.

Además, hechos impredecibles como nacimientos, muertes, traslados y/o renunciaciones de usuarios de la ARS (como en CAJASALUD) indican en qué fase de la contratación de los servicios de salud subsidiada se debe calcular lo efectivamente contratado, esto es, en la etapa de ejecución del contrato y no antes, dada la : *“imposibilidad de prestidigitar”* quién se traslada, renuncia o nace como usuario de las ARS al momento de suscribir el contrato, como equivocadamente lo sostuvo el Tribunal.

El perito nunca dijo que el porcentaje del 10% de administración alude a la *“prestación efectiva de los servicios de salud, razón para no incluirlo en el peritazgo”*, pues siempre manifestó bajo juramento que no tuvo en cuenta el 10% del valor de los contratos para descontarlos por servicios

administrativos de la ARS CAJASALUD, porque no sabía que la ley le ordenaba hacer ese descuento, como tampoco hizo el descuento del 4.01% por concepto de promoción y prevención.

El Tribunal afirmó reiteradamente que con la Resolución 0902 del 8 de julio de 2005, expedida por el Ministerio de la Protección Social, Superintendencia Nacional de Salud, y ratificada mediante la Resolución 1345 del mismo año, se sancionó a la Alcaldía o al alcalde de Garzón, cuando lo cierto fue que la sanción se impuso a la Clínica Medilaser Ltda.

Aunque la Corporación de segundo grado adujo que la contratación entre el municipio de Garzón y la ARS CAJASALUD correspondía a una *“práctica insegura”* porque según cita de la Contraloría, se habría permitido a una IPS (Clínica Medilaser) coordinar la red de prestadores de servicios, la verdad es que en la Resolución del 20 de junio de 2003 expedida por la Secretaría de Salud Departamental del Huila, se concluyó que no se demostró la práctica insegura respecto del contrato de prestación de servicios por capitación con la Clínica Medilaser Ltda., de manera que fue revocada la Resolución 0380/03 y se dispuso archivar la actuación administrativa.

Además, la Superintendencia de Salud en su Resolución 0902 de 2005, confirmada mediante Resolución 1345 de 2005, no sancionó ni inhabilitó a la ARS

CAJASALUD en el periodo comprendido entre el 1 de abril de 2003 al 31 de marzo de 2004, ni nunca, mientras estuvo como Representante Legal ARMANDO ARIZA QUINTERO, esto es, hasta junio de 2015.

En suma, no hubo tercerización o subcontratación y tampoco se difirió la administración de los recursos de la salud subsidiada por parte de la ARS CAJASALUD a la IPS Clínica Medilaser. Es decir, no existió alguna práctica o intermediación insegura en la referida contratación.

Si bien el Tribunal dijo en el fallo que la Clínica Medilaser no estaba habilitada para prestar servicios de salud en el municipio de Garzón, porque así lo certificó Carlos Daniel Mazabel Córdoba, Secretario de Salud Departamental del Huila, y que por tal razón no se podía seleccionar a esa IPS para celebrar contratos con la ARS CAJASALUD, lo cierto es que la defensa de MARÍA CRISTINA VARGAS URAZÁN allegó al proceso la certificación de la Secretaria de Salud Departamental del Huila del 3 de marzo de 2003 y corroborada el 2 de diciembre de 2004, sobre la habilitación de la Clínica Medilaser para prestar sus servicios en aquel departamento.

Si lo que se habilita son los servicios, no las unidades locativas, eso fue lo que hizo la IPS Clínica Medilaser para obtener la habilitación de sus servicios a nivel departamental o regional.

Afirmó el Tribunal, cómo la Fiscalía demostró la violación de todos los principios de la contratación oficial (artículo 209 de la Constitución y los reglados en la Ley 80 de 1993), para luego proceder en la sentencia a hacer el trabajo que la Fiscalía no hizo, señalando los principios de transparencia, responsabilidad, buena fe y selección objetiva, pese a que la Corte Suprema (providencia del 24 de mayo de 2017. Rad. 49819) expresó que una enunciación genérica de violación de principios de la contratación estatal afecta el principio de congruencia entre acusación y fallo.

La defensa técnica se atuvo a la mala elaboración de la resolución de acusación, pues nunca el Fiscal aludió en ella a uno o algunos de los principios para darlos por demostrados, además de así acreditarlo probatoriamente, luego el Tribunal, en clara extralimitación de sus facultades, seleccionó algunos de los principios y procedió a hacer el ejercicio que la Fiscalía no realizó para decir equivocadamente que fueron desconocidos dolosamente por ARIZA QUINTERO, sin indicar las pruebas que así lo demuestran, todo lo cual quebrantó los principios de confrontación y contradicción probatoria en igualdad de armas.

Adicionalmente, el Tribunal no dijo en cuáles contratos se incumplieron tales requisitos legales esenciales, pues no sería procedente respecto del contrato entre el municipio de Garzón y la ARS CAJASALUD. Pero si ello ocurrió en la contratación entre la ARS CAJASALUD y la IPS Clínica

Medilaser, debe recordarse que se trata de dos entidades privadas regidas por la Ley 100 de 1993 y no por la Ley 80 de 1993, esto es, por expresa disposición legal se aplica el derecho privado, en cuanto se trata de dos empresas distintas, sin que medie entre ellas alguna relación de superioridad o de subordinación.

De otra parte, pese a que la Corporación de segundo grado aseveró que la ARS CAJASALUD no contrató con las empresas habilitadas en el municipio de Garzón, esto es, el Hospital departamental San Vicente de Paul y la Clínica María Auxiliadora, tanto la prueba documental como pericial acreditan lo contrario, pues sí se contrató con esas dos entidades por el 50.09% del valor total contratado, cumpliendo con lo señalado en el artículo 51 de la Ley 715 de 2001.

Aunque el Tribunal aseveró que la ARS CAJASALUD escogió a la IPS Clínica Medilaser para contratar los servicios de salud del régimen subsidiado y no lo hizo directamente con las IPS públicas, lo cierto es que ARMANDO ARIZA QUINTERO en representación legal de la ARS CAJASALUD y como Director y representante legal de la Caja de Compensación Familiar del Huila, tenía autorización del Consejo Directivo de Comfamiliar, previo estudio y análisis de diferentes propuestas de las IPS del Huila, para celebrar contratos de salud con la prestadora que mejor opción ofreciera a los usuarios y a la ARS.

Entonces, hubo motivos fundados y razonables para que se contratara con la IPS Medilaser porque no había otra entidad que tuviera en el Huila integralmente habilitados todos los servicios de salud de mediana y alta complejidad, además del respaldo económico y experiencia para atender los usuarios de la salud de la ARS CAJASALUD, luego resultó acertado que ARMANDO ARIZA acogiera la recomendación del Comité en orden a contratar con esa empresa y no con otra.

Como el Tribunal finalizó el fallo citando la sentencia de condena proferida contra el Alcalde Clodomiro Rivera Garzón, en su condición de determinado a cometer el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales esenciales, porque ARMANDO ARIZA y MARÍA CRISTINA VARGAS le habrían hecho generar, suscitar, crear o infundir la idea criminal, lo cierto es que no se citó ni una sola prueba acerca de la participación delictual de su asistido en calidad de determinador, pues solamente se refirió una jurisprudencia de la Corte sobre el concepto de la determinación como modalidad de participación delictual, pero eso no prueba tal carácter en este asunto.

El defensor indicó que en la sentencia dictada contra el Alcalde, salvó el voto el Magistrado Hernando Quintero Delgado, señalando 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 (CSJ.

sentencia del 23 de abril de 2016. Rad 46037), pues el negocio jurídico no solo se ejecutó, sino que se liquidó y pagó sin que alguien alegara su ineficacia, inexistencia o nulidad.

También dijo el Magistrado disidente que, si la ARS CAJASALUD cumplió los requisitos exigidos por la ley, no se ocasionó infracción a la norma, máxime si la no vigilancia o falta de control sobre el desarrollo del contrato entre el municipio de Garzón y la ARS CAJASALUD, fue debidamente auditado con un externo, según facultad legal, y esa interventoría se realizó precisamente en la fase de ejecución, razón suficiente para corroborar el sometimiento a la ley.

Por las mismas consideraciones del Magistrado disidente, debe concluirse que ARMANDO ARIZA QUINTERO, como representante legal de la ARS CAJASALUD, cumplió estrictamente con lo ordenado en la ley para suscribir los contratos con el municipio de Garzón, sin infringir norma alguna.

Con base en lo expuesto, el impugnante solicitó a la Corte, revocar la primera condena proferida por el Tribunal de Neiva en contra de ARIZA QUINTERO como determinador del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, pues la conducta atribuida es objetivamente atípica.

2. En nombre de MARÍA CRISTINA VARGAS URAZÁN.

Al exponer los “ARGUMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO DE LA IMPUGNACIÓN ESPECIAL” el defensor planteó inicialmente que se quebrantó el *principio de congruencia*, en cuanto la Fiscalía no fue clara acerca de los cargos por los cuales acusó a MARÍA CRISTINA VARGAS URAZÁN, específicamente en cuanto se refiere al grado de participación ni sobre la adecuación típica.

En tal sentido, en la parte considerativa de la acusación se le imputaron los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación a favor de terceros como “coautora interviniente”, pero ya en la parte resolutive se dijo que era “determinadora”, oportunidad en la cual citó la norma correspondiente al “cómplice”, máxime si no fueron precisadas de manera alguna las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que tuvo lugar tal determinación, a quién determinó y cómo lo hizo.

Si MARÍA CRISTINA VARGAS fue quien suscribió el contrato entre la Administradora del Régimen Subsidiado –ARS– CAJASALUD y la Institución Prestadora de Servicios de Salud –IPS– Clínica Medilaser que representaba, es claro que tendría la condición de autora, con mayor razón si la Fiscalía le reprochó la falta de habilitación de la mencionada clínica y la intermediación o tercerización que realizó al subcontratar con el Hospital Departamental San Vicente de Paul del Municipio de Garzón.

En el fallo de primer grado fue absuelta, al establecerse que la IPS Clínica Medilaser sí estaba habilitada para prestar servicios de salud en todo el departamento del Huila, no hubo intermediación y, lo más importante, no existió contrato estatal, requerido en el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos, pues las dos mencionadas entidades eran de naturaleza privada.

Confusamente, el Tribunal de Neiva la condenó por dicho punible, al considerar que *"determinó de alguna manera"* a Clodomiro Rivera, Alcalde de Garzón, para que suscribiera el contrato de administración de los recursos del Régimen Subsidiado con la ARS CAJASALUD. Es decir, ya no se le condenó por la suscripción de los contratos suscritos entre Medilaser que representaba legalmente y la ARS CAJASALUD.

Luego de ocuparse de las razones por las cuales se creó el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos, el recurrente precisó que si MARÍA CRISTINA VARGAS no era servidora pública, no estaba en condiciones de celebrar un contrato estatal.

Al ser condenada como determinadora por haber inducido al Alcalde de Garzón para firmar el contrato con CAJASALUD ARS se advierte que sí tiene el carácter de estatal, puesto que uno de los extremos contractuales fue una alcaldía municipal.

Como el Tribunal consideró que en dicho contrato no se cumplió con el porcentaje de contratación obligatorio con la red pública del municipio, el cual debió ser del 50%, incurrió en varios errores al asumir que se violó el *principio de planeación* porque el Alcalde no incluyó una cláusula exigiendo tal porcentaje, razón por la cual fue condenado en segunda instancia, pero lo cierto es que en la cláusula quinta del acuerdo sí fue incluida la contratación con la red prestadora.

Entonces, si el reproche del Tribunal radica en que se omitió incluir tal cláusula, al acreditarse que allí fue establecida, la adecuación típica del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos no se configura y tampoco la determinación imputada a MARÍA CRISTINA VARGAS.

De otra parte, como el Tribunal consideró que para el cálculo del porcentaje mínimo de contratación con la red pública, se debe tener en cuenta el valor de los recursos destinados a la prestación efectiva de servicios de salud, pero *“sin que sea posible adicionar gastos de administración en un 10% para llegar a dicho tope”*, tal aserto contradice lo expuesto por la Sala de Casación Penal al señalar que *“la expresión ‘recursos para la atención en salud’ hace referencia a aquellos dineros dirigidos específicamente a la prestación de servicios de salud, una vez excluidos los gastos de administración, los cuales comprenden la utilidad razonable a la que tienen derecho los particulares que participan”*.

En el mismo sentido se pronunció la Sala en el auto inhibitorio dictado a favor del ex Gobernador Martín Emilio Morales (AP8048 del 29 noviembre del 2017).

Lo que se advierte es que la Fiscalía no desplegó ningún esfuerzo argumentativo tendiente a demostrar la forma como llegó MARÍA CRISTINA VARGAS URAZÁN a determinar al Alcalde del Municipio de Garzón para que celebrara el contrato 02 de 2003 con la ARS CAJASALUD, como tampoco lo hizo el Tribunal, que se limitó a afirmar:

“Existe inferencia razonable para concluir en ARIZA QUINTERO y RIVERA VARGAS ese modo de participación en la conducta enrostrada, pues para que pudieran acceder al tipo de contratación llevada a cabo en la alcaldía de Garzón, sin duda alguna determinaron de alguna manera para que su titular como ordenador del gasto público de dicho ente territorial, contratara inicialmente sin el cumplimiento de los requisitos legales con la ARS CAJASALUD, para que a partir de ahí se realizaran contratos sobrevinientes a ese primero, es decir, también viciados de ilegalidad entre la administradora y la institución, luego esta última con las restantes organizaciones públicas y privadas que ofrecieron los servicios de salud que la mentada Clínica no estaba en capacidad de ofrecer, pagándoles a estas por evento, cuando la condición era su pago por capitación, generándose con ello detrimento para las arcas del erario público pero a favor de Medilaser,

deducción que encuentra soporte probatorio en el plenario y que lleva al traste con lo esbozado por el Ministerio Público”.

Si conforme a la jurisprudencia de la Corte (sentencia SP-3011 del 2 de marzo de 2016. Rad. 46483) el determinador hace nacer en otro la decisión de llevar a cabo un hecho delictivo, en cuya ejecución posee alguna clase de interés, en la sentencia de condena impugnada no hay argumentos acerca de que MARÍA CRISTINA VARGAS haya actuado como determinadora de la firma de los contratos que se dicen estatales, luego tal fallo debe ser revocado.

Adicional a lo expuesto, la mencionada acusada no tiene la calidad de servidora pública en el contrato entre el municipio de Garzón y la ARS CAJASALUD, pues si bien la Fiscalía dijo que tenía esa condición por tratarse de recursos públicos, posición avalada por el Tribunal, lo cierto es que ella jamás suscribió contrato alguno con la alcaldía municipal.

En efecto, el Tribunal dijo:

“Frente al sujeto activo calificado –servidor público– que exigen los mencionados tipos penales para su estructuración debe precisarse que dicho presupuesto igualmente se encuentra presente en este caso, como quiera que los acusados, si bien eran particulares o representantes legales de empresas privadas, a través

de la contratación que los mismos efectuaron con el municipio de Garzón, representado por su entonces alcalde Clodomiro Rivera Garzón, es claro que tenían de su cargo la administración y disposición de recursos públicos, concretamente los asignados a la salud de los beneficiarios del régimen subsidiado de dicho ente territorial, adquiriendo en consecuencia la condición de servidores públicos por extensión...”.

Sin embargo, no precisó ¿De qué contratos habla el fallo? ¿Dónde están esos contratos? ¿Por qué vigencia se firmaron y cuál era su objeto? Si hubieran sido firmados por MARIA CRISTINA VARGAS sería autora, no determinadora, pues tendría el dominio del hecho.

Ahora, si ella era la representante de una entidad privada, la forma de participación en el presunto delito hubiese sido como interviniente, no como coautora, pues estaría participando de la comisión de un delito contra la administración pública, sin tener la condición especial exigida por el tipo.

En cuanto atañe al supuesto incumplimiento de los porcentajes mínimos de contratación, lo cierto es que tal exigencia no constituye un requisito esencial del contrato de administración de recursos del régimen subsidiado y tampoco se podría verificar su incumplimiento en la fase precontractual, sino en la de ejecución, etapa en la que su incumplimiento puede acarrear algún reproche

administrativo, pero no la comisión del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos.

Para que exista un contrato estatal basta con que al menos una de las partes sea una entidad del Estado. No obstante, es posible que en algunas contrataciones se inviertan o manejen recursos públicos y no se trate de un contrato estatal. Es el caso, por ejemplo, de la subcontratación o la ejecución de subsidios o beneficios.

Conforme a lo expuesto, erró la Fiscalía y el Tribunal al manifestar que con la firma de los contratos entre CAJASALUD ARS y la IPS Clínica Medilaser se incurrió en el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, pues si los contratantes eran dos entidades eminentemente privadas, no nace allí la figura de un contrato estatal y tampoco MARÍA CRISTINA VARGAS adquiere de manera alguna el carácter de servidora pública, de modo que la conducta resulta atípica.

En suma, si se demostró que no existió ninguna de las características que configuran intermediación, como erradamente lo afirmaron la Fiscalía y el Tribunal, además de que la IPS Clínica Medilaser sí estaba habilitada ante la Secretaría de Salud Departamental del Huila, se impone absolverla por el cargo formulado.

A partir de lo expuesto, el defensor de MARÍA CRISTINA VARGAS solicitó a la Corte disponer la nulidad del fallo de

segundo grado por violación del debido proceso derivado del quebranto del *principio de congruencia*, pero que, en atención a la prevalencia de la absolución, se revoque la condena dictada por el Tribunal para, en su lugar, mantener el fallo absolutorio adoptado en primera instancia.

3. Alegato de la Fiscalía no recurrente.

El Fiscal 22 adscrito a la Dirección Especializada contra la Corrupción solicitó a la Sala confirmar la primera sentencia de condena, en cuanto se demostró la responsabilidad de los acusados, *“frente a la contratación de la salud que se entregó por parte de la ARS CAJASALUD a la Clínica Medilaser y que esta a su vez subcontrató con la red pública a la cual se le había negado dicho contrato de manera directa como lo ordena la ley”*.

En efecto, los procesados tienen la calidad de servidores públicos por extensión, pues si bien eran particulares o representantes legales de empresas privadas, a través de la contratación que efectuaron con el municipio de Garzón, representado por su Alcalde Clodomiro Rivera, es claro que tenían a su cargo la administración y disposición de recursos públicos, concretamente los asignados a la salud de los beneficiarios del régimen subsidiado de dicho ente territorial, adquiriendo la referida condición pública.

Aunque la defensa de ARMANDO ARIZA QUINTERO pretende desestimar el fallo condenatorio, para lo cual adujo

que la contratación con la IPS Clínica Medilaser tuvo lugar durante la ejecución del contrato suscrito entre la Municipalidad y la ARS, lo cual escapa a los presupuestos descritos en el artículo 410 del Código Penal, lo cierto es que se desarrolló en otras etapas de la contratación, en especial, en la celebración y de manera alguna en la ejecución.

El Tribunal señaló que la violación de los principios tuvo lugar en la etapa previa y contractual, no en la de ejecución, pese a que al momento de ejecutarlo es donde se evidencian con mayor rigor todas aquellas violaciones al régimen de contratación y sus principios.

En el juicio se probó que se contrató por menos del 50% del valor de la UPC, y que no se puede aplicar el valor de la administración y los gastos de promoción y prevención, como lo señala la misma defensa en la demanda.

Respecto de los gastos de promoción y prevención se aplica lo dispuesto en el artículo 43 del Decreto 050 del 14 de enero de 2003 que dispone: *“Los montos mínimos de contratación con la red pública, resultante de la aplicación de los porcentajes establecidos en el artículo 51 de la Ley 715 de 2001, se calcularán con base en el porcentaje destinado a prestación de servicios de salud de la Unidad de Pago por Capitación Subsidiada, efectivamente recibida por las Administradoras del Régimen Subsidiado (ARS). Para estos efectos, no se contabilizará el porcentaje de promoción y*

prevención cuya ejecución estará a cargo de las entidades territoriales”.

Entonces, dicha norma indica que el valor mínimo a contratar se establece a partir del porcentaje destinado a la prestación del servicio, sin tener en cuenta los valores destinados a las otras actividades como promoción y prevención que son propias de la administración, luego no se cumplió lo dispuesto en el artículo 51 de la ley 715 de 2001.

Como también la defensa aseveró que con Resolución del 20 de junio de 2003, la Secretaría de Salud departamental del Huila archivó las diligencias adelantadas contra la ARS CAJASALUD por la práctica insegura y que por ello es un yerro del Tribunal apoyarse en la Resolución 092 del 8 de julio de 2005, *“debe verificarse bien que la Secretaría envió a la Superintendencia para su estudio y es allí donde se emitió la Resolución 092”*.

Así, en la Resolución del 20 de junio de 2003 expedida por la Secretaria de Salud Departamental del Huila, firmada por el Dr. Jesús Méndez Artunduaga, se expresó:

“Que por lo anteriormente expuesto, se concluye que no existen los suficientes argumentos para determinar que CAJASALUD ARS UT ha incurrido en una práctica insegura, ni se ha constituido un nuevo eslabón de aseguramiento, al suscribir el contrato de prestación de servicios por la modalidad de capitación con la Clínica

Medilaser Ltda., razón suficiente para acceder a lo solicitado por el recurrente en relación con la revocatoria de la Resolución 0380/03 y el archive de la actuación administrativa, sin perjuicio del envío de lo actuado a la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, máximo organismo de vigilancia y control dentro del SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD, para lo que considere pertinente”.

Sin embargo, nótese como la IPS Clínica Medilaser, luego de contratar los servicios con la ARS CAJASALUD, acudió a subcontratar con la red pública del municipio servicios para sus usuarios en clara labor de intermediación, pues asumió la posición de asegurador contratando servicios para sus asegurados, lo cual le está prohibido pues solamente las ARS o EPS, son las autorizadas para dicha subrogación, quedando demostrada esa práctica insegura.

Aunque el investigador del CTI concluyó en su informe del 14 de febrero de 2017 que no hubo tercerización, o subcontratación y menos se difirió la administración de los recursos de la salud subsidiada por parte de la ARS CAJASALUD a la IPS Clínica Medilaser, el Fiscal aseveró que lo ocurrido fue que esta entidad no enviaba la factura del cobro de administración de recursos a la ARS, pues en el mismo informe del investigador se afirma que no se evidencia facturación alguna por la intermediación, pero tampoco se hacen los descuentos, aunque lo que si se cobra a la aseguradora es el valor por Unidad de Pago por Capitación

Subsidiada (UPCS) y se cancela solo por evento con un menor gasto, quedándose con el excedente del valor pagado por la ARS.

Entonces, *“recibe los dineros y subcontrata, clara intermediación, pues ese contrato lo debió realizar directamente la ARS con la red pública, misma que descartó al inicio del contrato al señalar que no contaba con los servicios y es por ello que se adjudica a Clínica Medilaser, quien al no contar con la capacidad científica, acude nuevamente a la red pública y contrata esos mismos servicios no contratados por la ARS, por lo que se evidencia la intermediación enunciada por la Fiscalía y que señaló el Tribunal de manera acertada en su pronunciamiento”*.

La defensa de MARÍA CRISTINA VARGAS refirió que los contratos entre la ARS CAJASALUD y la IPS Clínica Medilaser, se ocuparon de prestar un servicio a los afiliados, quienes al acudir a las IPS de la región y que no contaban con los servicios de mayor complejidad, eran remitidos a la IPS que sí los tenía, y que allí al prestar dicho servicio se materializa el contrato con el beneficio directo a los usuarios.

Sin embargo, dice el Fiscal Delegado, se probó en el proceso que los pacientes, aun cuando eran remitidos a la IPS Clínica Medilaser, resultaban atendidos por los mismos servicios de los prestadores locales a los que se les negó el contrato por parte de la ARS CAJASALUD. Es decir, cuando un usuario necesita atención de mayor complejidad, es la IPS

contratada para este evento la que debe atenderlo, pero en este caso, esa obligación era subcontratada con la misma red pública a la que se le negó dicho contrato, en clara intermediación.

La IPS Clínica Medilaser contrataba los servicios que había asumido en el contrato, con las IPS de la red pública por un menor valor al recibido y ello, como lo señaló el Tribunal en el fallo, denota claramente la intermediación reprochada en este proceso, además de la utilidad económica que por diferencia le quedaba a Medilaser.

Desde luego, todas estas actividades de intermediación no le eran permitidas normativamente a la IPS Clínica Medilaser y es por ello que en la etapa precontractual se debieron adelantar todas las revisiones necesarias para establecer si el contrato cumplía con las necesidades y habilitaciones que le permitieran desarrollarlo, pero es evidente en este proceso que no se llevó a cabo por parte de la administración municipal, ni por la ARS CAJASALUD.

Como el defensor manifestó que para el año 2003, la ARS CAJASALUD venía operando en el municipio de Garzón y por la norma vigente, el municipio estaba obligado a contratar con aquella, de manera que no se configura la determinación, es claro para la Fiscalía, como lo fue para el Tribunal en el fallo de condena, que el Alcalde debía contratar con esa ARS, de modo que el reproche no radica en esa obligación, sino en las condiciones de la contratación y las

verificaciones necesarias o precontractuales a las cuales están obligados tanto el municipio, como dicha entidad y la red de prestadores que van a ejecutarla. Es allí donde se incumplieron los porcentajes establecidos en la norma, fueron inaplicados los principios y finalmente se favoreció a un tercero.

Frente a las deducciones que por administración y prevención deben tenerse en cuenta, las mismas se hacen previo al pago de la UPCS a los prestadores, de modo que el contrato ya incluye esos valores por lo cual no es procedente apreciarlos al momento de determinar los porcentajes de contratación con la red pública, y entonces, acertó el Tribunal al señalar que se violó ese régimen de contratación en cuanto atañe a los porcentajes y que de ello se benefició un tercero, esto es, la IPS Clínica Medilaser, la cual, además de no tener presencia en el municipio para prestar los servicios señalados en el contrato, acudió a quienes fueron descartados por no contar con la capacidad, es decir, si fueron contratados por la IPS Clínica Medilaser, pagándoles por evento, aunque se cobró por capitación.

En clara intermediación la IPS Clínica Medilaser subcontrató servicios, desconociendo los principios de la contratación y las exigencias normativas frente a la prestación de los servicios, pues si bien la ley y el mismo contrato señalan que se debe cumplir con el artículo 51 de la Ley 715 de 2001, no se procedió de conformidad en todos los contratos, teniendo en cuenta que ello debe ser consultado,

verificado y sustentado en la etapa precontractual, pues como vemos, los defensores pretenden señalar que dicha vulneración tuvo lugar en la ejecución del contrato en orden a descartar la responsabilidad penal de los acusados.

No obstante, como lo ha sostenido la Fiscalía y así lo reconoció el Tribunal, en la etapa precontractual debe ser verificada y consolidada, prevenida y controlada tal circunstancia a fin de evitar precisamente que se llegue así a la etapa de ejecución.

A partir de lo anterior, la Fiscalía concluyó que ARMANDO ARIZA QUINTERO y MARÍA CRISTINA VARGAS URAZÁN, son responsables del “*punible de contratos sin cumplimiento de requisitos*”, motivo por el cual debe confirmarse la sentencia de condena.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

Precisión inicial.

En virtud del *principio de limitación* que rige el recurso de apelación y, por supuesto, la impugnación especial, en este fallo se abordará únicamente el tema referido a establecer si debe ser confirmada o revocada la primera sentencia de condena proferida por el Tribunal de Neiva contra ARMANDO ARIZA QUINTERO y MARÍA CRISTINA VARGAS URAZÁN

como determinadores del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

Lo anterior, en cuanto fueron absueltos en primera y segunda instancia por el delito de peculado por apropiación a favor de terceros, sin que tal determinación fuera impugnada en casación por la Fiscalía u otro sujeto procesal o interviniente.

Examen de fondo de las impugnaciones especiales.

La Sala es competente para resolver las impugnaciones especiales promovidas por los defensores, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 906 de 2004, por tratarse de la primera sentencia de condena proferida contra los mencionados ciudadanos por el Tribunal Superior de Neiva.

1. La imputación fáctica y la jurídica.

Para una mejor comprensión de la decisión que aquí se adopta, es pertinente señalar que en la resolución de acusación la Fiscalía expuso:

“No hay duda que con las conductas de MARÍA CRISTINA VARGAS URAZÁN, ARMANDO ARIZA QUINTERO y CLODOMIRO RIVERA GARZÓN, actualizaron el tipo penal de CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES, en calidad de autor para

CLODOMIRO RIVERA GARZÓN, y de determinadores MARÍA CRISTINA VARGAS URAZÁN y ARMANDO ARIZA QUINTERO, pues si bien no tienen la calidad de servidores públicos, los elementos probatorios los ubican en el inciso 2 del art. 30 del C.P. (Ley 599 de 2000)".

Ahora, al definir la situación jurídica de los procesados dentro de la misma acusación, la Fiscalía manifestó:

"En este orden de ideas, NO se impondrá Medida de Aseguramiento a MARÍA CRISTINA VARGAS URAZÁN, ARMANDO ARIZA QUINTERO y CLODOMIRO RIVERA GARZÓN, como presuntos responsables en calidad de coautores a título de intervinientes de los delitos de PECULADO POR APROPIACIÓN EN FAVOR DE TERCEROS, y de CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES, en calidad de interviniente y de FRAUDE PROCESAL, normados en los Arts. 397 410 del C.P. (Ley 599 de 2000), en calidad de (inciso 2 del Art. 30 del C.P.) y en la modalidad concursal".

Finalmente decidió:

"PROFERIR RESOLUCIÓN DE ACUSACIÓN en contra de MARÍA CRISTINA VARGAS URAZÁN y ARMANDO ARIZA QUINTERO por los delitos de PECULADO POR APROPIACIÓN EN FAVOR DE TERCEROS, normado en el Art. 397 del C.P. (Ley 599 de 2000) y el delito de CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS

LEGALES, tipificado en el Art. 410 del C.P. (Ley 599 de 2000), en calidad de DETERMINADORES, conforme al artículo 30 inciso segundo de la ley de penas”.

Como viene de verse y respecto del punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales del cual, como ya se advirtió, se ocupa este fallo, la imputación jurídica únicamente aludió a uno solo de tales comportamientos, pues no fue imputado un concurso homogéneo de delitos, pese a que fácticamente se aludió a varios contratos y, en consecuencia, también por uno el Tribunal Superior de Neiva profirió la primera sentencia de condena y así fue tasada la pena².

En efecto, fácticamente se refirió a lo largo del proceso a un contrato firmado el 1 de abril de 2003, con dos *otro sí*, celebrado entre ARMANDO ARIZA QUINTERO (Representante Legal de la Administradora del Régimen Subsidiado –ARS– CAJASALUD) y Clodomiro Rivera (Alcalde del municipio de Garzón) para la administración de los recursos de transferencias de la nación al régimen subsidiado en salud y el aseguramiento de los beneficiarios del sistema.

A su vez, se aludió a los contratos entre ARMANDO ARIZA QUINTERO (Representante Legal de la Administradora del Régimen Subsidiado –ARS– CAJASALUD) y MARÍA CRISTINA VARGAS URAZÁN (Representante Legal de la –

² Cfr. En este sentido CSJ SP, 17 oct. 2018. Rad. 51965.

IPS— Clínica Medilaser Ltda.) suscritos el 1 de noviembre de 2002 y el 1 de enero de 2003 con duración de 2 años, para la prestación de servicios de salud en el régimen subsidiado.

2. El delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

Ha precisado la Sala³ que para la configuración del mencionado punible, es preciso constatar la fase en la cual se encuentre el contrato, en cuanto la sanción para el servidor público que actúa como autor no es procedente respecto de cualquiera de tales estancos, pues tienen lugar diferentes escenarios⁴. En uno, se reprocha tramitar el contrato sin observar sus requisitos legales esenciales; en otro, el proceder de quien lo celebra o liquida, pues en estos casos la prohibición consiste en no verificar el cumplimiento de los requisitos legales inherentes a cada fase.

Así, entonces, la inobservancia de formalidades en la ejecución del contrato no comporta reproche penal⁵, de modo que por expresa disposición legal, la mencionada conducta punible se limita a las etapas de tramitación, celebración o liquidación, sin que todo lo relacionado con la contratación administrativa pertenezca necesariamente al trámite del contrato.

³ Cfr. CSJ SP, 25 ene. 2017. Rad. 48250.

⁴ Cfr. CSJ SP, 9 feb. 2005. Rad. 21547 y CSJ SP, 23 mar. 2006. Rad. 21780.

⁵ Cfr. CSJ SP, 20 may. 2003. Rad. 14669 y CSJ SP, 23 nov. 2016. Rad. 46037.

La tramitación corresponde a la fase precontractual, que comprende los pasos adelantados por la administración desde el inicio del proceso hasta la celebración del contrato.

Celebrarlo significa formalizar el convenio para darle nacimiento a la vida jurídica, a través de las ritualidades legales esenciales.

La liquidación es una actuación administrativa posterior a la terminación del contrato, por medio de la cual las partes constatan en qué medida y de qué manera cumplieron las obligaciones recíprocas derivadas de él, con el propósito de establecer si se encuentran o no a paz y salvo por todo concepto derivado de su ejecución.

La comprensión limitada y estricta del ámbito de aplicación del artículo 410 de la Ley 599 de 2000, según las aludidas fases de la contratación, descartando su ampliación a otras etapas contractuales, materializa el principio de legalidad, en su componente de estricta tipicidad (artículo 10, inciso 1 *idem*).

La Sala ha hecho énfasis en la obligación de precisar la naturaleza del contrato cuestionado, como requisito indispensable para establecer la reglamentación aplicable, lo que a su vez se erige en presupuesto ineludible para constatar la materialización del mencionado delito⁶.

⁶ Cfr. CSJ SP, 23 nov. 2016, Rad. 46037.

Desde luego, como lo ha dilucidado la Corte⁷, en orden a constatar el incumplimiento de los principios que gobiernan la función pública y, más precisamente la contratación estatal, es preciso identificar en concreto los principios quebrantados, sin que valga su alusión genérica para tener como acreditada la comisión del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos, todo ello para materializar el referido principio de tipicidad estricta.

Por tratarse de un tipo penal en blanco, el ámbito de aplicación de la norma y el alcance de los ingredientes normativos deben precisarse a partir de los preceptos aplicables de la contratación estatal, los principios constitucionales que gobiernan la función administrativa (artículo 209 Constitución), el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993) y demás normas especiales que lo complementen, siempre que sean preexistentes a la realización de la conducta.

En cuanto atañe al ingrediente normativo "*requisitos legales esenciales*", no cualquier inobservancia o informalidad aplicable a la contratación estatal materializa el tipo objetivo del mencionado punible, pues debe tratarse de aspectos sustanciales, cuya desatención conlleve la ilicitud del proceso contractual⁸.

⁷ Cfr. CSJ. SP, 20 may. 2009. Rad. 31654.

⁸ Cfr. CSJ. SP, 23 abr. 2016. Rad. 46037.

3. La calidad de servidores públicos de los acusados.

Específicamente acerca de quienes manejan, controlan y administran el régimen subsidiado en salud, ha puntualizado la Sala⁹, que no obstante el carácter privado de las ARS, por disposición legal les corresponde la prestación del servicio público de salud y están encargadas de administrar dineros públicos para el cumplimiento de su misión.

Al pronunciarse sobre la exequibilidad del artículo 51 de la Ley 715 de 2001, la Corte Constitucional¹⁰ expresó:

“Los recursos a que se refiere la norma cuestionada, composición de la unidad de pago por capitación subsidiada UPC-S. Como se advierte de manera clara del examen de las normas pertinentes de la Ley 100 de 1993 y de la propia Ley 715 de 2001, los recursos del régimen subsidiado de salud son de origen netamente público, pues ellos provienen del denominado Sistema General de Participaciones, (antiguamente transferencias y participación en los ingresos corrientes de la Nación), de los recursos de cofinanciación derivados de la segunda subcuenta del fondo de solidaridad y garantía, así como aquellos que provengan de la Ley 715 de 2001”.

⁹ Cfr. CSJ SP, 10 sep. 2014. Rad. 43849.

¹⁰ CC C-915/02.

Por lo anterior, la función de quien representa una ARS o una IPS permite adecuarla al concepto de servidor público previsto en el artículo 20 de la Ley 599 de 2000 por tratarse de *“particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria”*, norma que se articula con el artículo 123 de la Constitución Política al disponer que la ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.

Entonces, quienes representen legalmente a las Administradoras de Régimen Subsidiado o a las Instituciones Prestadoras de Salud, pese a su naturaleza privada, como ocurre en este caso con la ARS CAJASALUD representada por ARMANDO ARIZA y con la IPS Clínica Medilaser representada por MARÍA CRISTINA VARGAS, tienen la condición de servidores públicos, no solo por la función que desempeñan dichas empresas, sino también por el carácter y origen de los recursos que administran.

En tal sentido, el artículo 49 de la Constitución establece una garantía para todos, al señalar que el Estado se encuentra obligado a garantizar el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, de manera que le corresponde organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Obliga al Estado a establecer las políticas para la

prestación de servicios de salud por entidades privadas, así como ejercer su vigilancia y control.

Así las cosas, si el legislador define en qué casos pueden los particulares desempeñar funciones públicas, es claro que una de esas potestades corresponde a la prestación del servicio público de salud, cuya organización, dirección y reglamentación corresponden al Estado.

No en vano el artículo 2-1 de la Ley 80 de 1993 señala:

“Se denominan servicios públicos los que están destinados a satisfacer necesidades colectivas en forma general, permanente y continua, bajo la dirección, regulación y control del Estado, así como aquellos mediante los cuales el Estado busca preservar el orden y asegurar el cumplimiento de sus fines”.

En desarrollo de ese mandato constitucional se expidió la Ley 100 de 1993, mediante la cual fue creado el Sistema de Seguridad Social Integral, entendido como una serie de instituciones, normas y procedimientos dispuestos para hacer efectivos, entre otros, el derecho a la salud. De igual modo, creó el régimen subsidiado, regulando normativamente la vinculación de los individuos al sistema general de seguridad social en salud, a través del pago de una cotización subsidiada, total o parcialmente, con recursos fiscales o de solidaridad, en orden a favorecer a las personas más vulnerables, razón adicional para considerar que los acusados

tienen el carácter de servidores públicos, pues a pesar del origen privado de las entidades representadas, cumplían una función pública al administrar el régimen subsidiado en salud, máxime si se trata de recursos oficiales, en su mayoría provenientes del Fondo de Solidaridad y Garantías – FOSYGA—, dependencia que, entre otros ingresos, se nutre en gran medida del Presupuesto Nacional¹¹.

De manera similar, la jurisprudencia de esta Corporación¹² y de la Corte Constitucional¹³, ha reconocido que los agentes retenedores, pese a ser particulares, por ejercer funciones públicas de manera transitoria, en cuanto recaudan impuestos directos que luego deben entregar a la administración estatal, tienen el carácter de servidores públicos respecto de tal gestión.

Conforme a lo expuesto, considera la Corte que los acusados ARMANDO ARIZA QUINTERO y MARÍA CRISTINA VARGAS URAZÁN tenían la condición de servidores públicos, pues representaban entidades privadas encargadas de prestar el servicio público de salud, con ocasión de lo cual les correspondía el manejo de dineros oficiales.

4. El delito y grado de participación.

Dilucidado lo anterior, es necesario constatar si en los contratos que se dice actuaron como determinadores los

¹¹ Cfr. CC C-1165/2000, CC C-898/2003 y CC T-302/2007.

¹² Cfr. CSJ AP, 5 ago. 2019. Rad. 53823 y CSJ SP, 14 ene. 2015. Rad. 37938, entre otras.

¹³ Cfr. CC C-009/03.

acusados, se incurrió en incumplimiento de requisitos esenciales en las fases de tramitación, celebración o liquidación, en las cuales, como ya fue advertido, se puede configurar el punible objeto de condena por primera vez por parte del Tribunal de Neiva.

En tal cometido se tiene que la Fiscalía aludió a los siguientes contratos:

(i) No. 2 de 2003, suscrito por ARMANDO ARIZA QUINTERO como representante legal de la ARS CAJASALUD y Clodomiro Rivera, Alcalde del municipio de Garzón el 1 de abril de 2003, para la administración de los recursos de transferencias de la nación al régimen subsidiado en salud y el aseguramiento de los beneficiarios del sistema, en el lapso comprendido entre el 1 de abril y el 30 de septiembre de 2003, por \$598.940.519.

Tal acuerdo fue adicionado con *otro si* No. 01 del 1 de octubre de 2003, para ampliar el plazo hasta el 30 de noviembre del mismo año e incrementar el valor en \$199.646.855.

A su vez, el 1 de diciembre del mismo año se suscribió el *otro si* No. 02, para ampliarlo hasta el 31 de marzo de 2004, con un incremento de \$399.293.771.

Al terminar la ejecución de este contrato, fue liquidado el 13 de mayo del 2004 por quienes lo suscribieron en nombre de la Alcaldía de Garzón y CAJASALUD.

(ii) Los firmados entre ARMANDO ARIZA QUINTERO como representante legal de la ARS CAJASALUD y MARÍA CRISTINA VARGAS URAZÁN, en calidad de representante de la IPS Clínica Medilaser, suscritos el 1 de noviembre de 2002 y el 1 de enero de 2003, para la prestación de servicios de salud en el régimen subsidiado.

Respecto del **primer contrato** referido por la Fiscalía, si bien el Tribunal dijo que la ARS CAJASALUD no contrató con las empresas habilitadas en el municipio de Garzón, es decir, con el Hospital departamental San Vicente de Paul y la Clínica María Auxiliadora, lo cierto es que a partir del informe de policía judicial 41-103601 y 41-103602 se constata que sí se contrató con aquellas, así: \$282'589.521 con el hospital y \$235'736.126 con la clínica, lo cual suma \$518'325.647 que porcentualmente integra el 52,372% de \$989'691.217 como valor total efectivamente contratado en salud.

Para arribar a dicha suma es necesario tener en cuenta el 85% del valor bruto contratado \$1.221'991.872, como valor mínimo destinado a la prestación de salud por Unidad de Pago por Capitación Subsidiada, según lo indica la Corte Constitucional¹⁴:

“El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, conforme al literal f) del artículo 156, el numeral 2 del artículo 172 y el artículo 212 de la Ley 100 de 1993,

¹⁴ CC C-915/02.

define de manera periódica el valor de la UPC-S, valga decir, el costo por cada persona afiliada y beneficiaria del régimen subsidiado. En ejercicio de dicha competencia, mediante los acuerdos respectivos establece cuál será el gasto que obligatoriamente deben ejecutar las ARS para el cubrimiento del POS-S. Así las cosas, conforme al Acuerdo No. 158 del CNSSS, no menos del 85% será destinado a la prestación de los servicios de salud”.

También a ese valor bruto de \$1.221'991.872 se debe descontar el 4.01% (\$49'001.874) por concepto de promoción y prevención, establecido en el artículo 43 del Acuerdo 244 de 2003, en desarrollo del artículo 43 del Decreto 050 de 2003 que dispone:

“Los montos mínimos de contratación con la red pública, resultantes de la aplicación de los porcentajes establecidos en el artículo 51 de la Ley 715 de 2001, se calcularán con base en el porcentaje destinado a prestación de servicios de salud de la Unidad de Pago por Capitación Subsidiada, efectivamente recibida por las Administradoras del Régimen Subsidiado (ARS). Para estos efectos, no se contabilizará el porcentaje de promoción y prevención cuya ejecución estará a cargo de las entidades territoriales”.

Conforme a lo expuesto, se concluye que sí se contrató con la red del municipio de Garzón en más del 50% el servicio

de salud, es decir, se cumplió lo dispuesto en el artículo 51 de la Ley 715 de 2001, el cual establece:

“Artículo 51. Contratación de la prestación de servicios en el régimen subsidiado. 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”.

Aún más, pese a que el Tribunal consideró violado el *principio de planeación* en el referido contrato porque no fue incluida una disposición expresa para hacer valer el ya mencionado porcentaje dispuesto en la ley, constata la Sala que en la cláusula quinta del acuerdo se dispuso:

“EL CONTRATISTA en cumplimiento del artículo 51 de la Ley 715 de 2001 y el Artículo 9 del Decreto 046 de 2000 y el Artículo 43 del Decreto 050 de 2003 deberá contratar

en primera instancia los servicios que ofrezca la red pública del Municipio. Entendiéndose que, si ella no satisface la demanda total de los afiliados del municipio, la ARS puede acudir a la red existente debidamente acreditada, de tal manera que garantice parámetros de calidad a los afiliados, como la accesibilidad oportunidad y eficiencia.

“PARAGRAFO 1. En todo caso del total de los contratos de aseguramiento suscritos entre la ARS y el municipio y una vez descontado el porcentaje definido por el CNSSS para las acciones de promoción y prevención que se trasladan a las entidades territoriales, como mínimo el 40% debe contratarse y ejecutarse con la red pública del municipio sede del contrato, y el 50% en el caso de existir en el municipio respectivo red pública de mediana o alta complejidad del orden territorial, calculado con base en el porcentaje destinado a prestación de servicios de salud de la Unidad de Pago por Capitación Subsidiada, efectivamente recibida por EL CONTRATISTA, excepto cuando la contratista sea una ARS o EPS INDIGENA, evento en el cual el porcentaje mínimo de contratación y ejecución se calculará con base en el porcentaje destinado a prestación de servicios de salud de las UPC-S efectivamente recibidas por EL CONTRATISTA sin descontar el porcentaje definido por el CNSSS para la acciones de promoción y prevención que se trasladan a los entes territoriales, 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.

“PARAGRAFO 2. EL CONTRATANTE se abstendrá de imponer a EL CONTRATISTA, cláusulas gravosas para seleccionar los prestadores con los cuales deban celebrar contratos de prestación de servicios de salud”.

A su vez, dicha cláusula fue transcrita en la página 3 del informe de policía judicial del 12 de julio de 2017, rendido por los investigadores Martha Zuñiga Cedeño y Víctor Beltrán López.

Como el contrato analizado fue suscrito por ARMANDO ARIZA QUINTERO en calidad de representante legal de la ARS CAJASALUD y Clodomiro Rivera, Alcalde del municipio de Garzón, la Corte no constata en las fases de tramitación, celebración o liquidación, inobservancia de alguno de sus requisitos esenciales.

Ahora, ha señalado la Sala¹⁵ que adquiere la calidad de determinador quien: (i) Acudiendo a medios de relación intersubjetiva idóneos y eficaces, tales como ofrecimiento, promesa remuneratoria, acuerdo, consejo, amenazas, violencia, autoridad de ascendiente, convenio, asociación, coacción superable, orden no vinculante, etc., hace nacer en otro la decisión de llevar a cabo un hecho delictivo, en cuya

¹⁵ Cfr. CSJ SP, 2 mar. 2016, Rad. 46483, CSJ SP, 26 jun. 2013, Rad. 36102 y CSJ SP, 9 may. 2018, Rad. 46263, entre otras.

ejecución posee algún interés; (ii) El determinado (autor material) debe conseguir la consumación del comportamiento o, por lo menos, su tentativa; (iii) Debe existir nexo entre la acción del determinador y el hecho principal; (iv) El determinador actúa con conciencia y voluntad inequívocamente dirigida a producir en el instigado la resolución de cometer el hecho y la ejecución del mismo, sin que sea preciso que le señale el cómo y el cuándo de la realización típica; (v) El determinador carece del dominio del hecho, el cual radica en cabeza del autor material.

Advertido lo anterior se tiene, que si en este asunto no consiguió siquiera acreditarse la estructura típica del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos en el acuerdo suscrito entre ARIZA QUINTERO y el Alcalde, deviene inconsistente verificar si los acusados actuaron como determinadores de dicho convenio, pues no sobra precisar que la autoría, determinación o complicidad relevantes al derecho penal son aquellas enmarcadas en la comisión de una conducta por lo menos típica, así inclusive resulte carente de antijuridicidad o de culpabilidad.

Sin embargo, encuentra la Sala que tampoco la Fiscalía fue clara en la acusación al estar obligada a realizar *“La narración sucinta de la conducta investigada, con todas las circunstancias de modo, tiempo y lugar que la especifiquen”* (artículo 398 de la Ley 600 de 2000)¹⁶, pues si ARMANDO ARIZA como servidor público por extensión –según fue

¹⁶ Cfr. CSJ SP, 17 sep. 2019. Rad. 47671, entre otras.

dilucidado en esta providencia— suscribió el contrato que el ente acusador consideró faltó al cumplimiento de requisitos esenciales, no podía tener la condición de determinador, sino de autor material, con mayor razón si la Fiscalía no atinó a precisar, de una parte, de qué manera tuvo injerencia (orden, mandato, acuerdo de voluntades, consejo, etc.) sobre el alcalde para la firma del contrato y, de otra, no señaló en concreto cuáles fueron los principios de la administración pública o de la contratación administrativa que consideró quebrantados como era su deber, según lo ha indicado la Corte¹⁷.

Ahora, respecto de MARÍA CRISTINA VARGAS —dando por descartada la omisión de exigencias sustantivas en el referido contrato—, la Fiscalía no precisó en la acusación o en los alegatos finales del juicio, de qué manera se demostró su condición de determinadora respecto de quienes firmaron el acuerdo, con mayor razón si en la línea de tiempo, primero ella y ARMANDO ARIZA suscribieron los contratos del 1 de noviembre de 2002 y del 1 de enero de 2003, y fue posteriormente que ARIZA QUINTERO y el Alcalde de Garzón firmaron el contrato del 1 de abril de 2003 para la prestación de servicios de salud en el régimen subsidiado.

En tal sentido, el Tribunal de Neiva expuso de forma imprecisa:

¹⁷ Cfr. CSJ SP 24 may. 2017. Rad. 49819.

“Por manera que, palmario resulta en este caso la estructuración del delito de contrato sin cumplimiento de los requisitos legales, pretendiendo con este 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 solo en el trámite y celebración de la misma, sino también en los contratos posteriores surgidos entre la administradora de los recursos de la salud y la institución prestadora del servicio, así como entre esta y las IPS subcontratadas, por tanto se observa el incumplimiento del requisito establecido en el artículo 51 de la Ley 715 de 2001”.

(...).

Los acusados *“sin duda alguna determinaron de alguna manera para que su titular (el Alcalde Clodomiro Rivera, se precisa), como ordenador del gasto público de dicho ente territorial, contratara inicialmente sin el cumplimiento de requisitos legales con ARS CAJASALUD, para que a partir de ahí se realizaran contratos sobrevenientes a ese primero, es decir, también viciados de ilegalidad, entre la administradora y la institución, luego ésta última, con las restantes organizaciones públicas y privadas que ofrecieron los servicios de salud*

que la mentada Clínica no estaba en capacidad de ofrecer”.

Sobre el particular advierte la Sala la confusión del Tribunal al no percatarse, como atrás se dijo, que en la línea de tiempo, el 1 de noviembre de 2002 y el 1 de enero de 2003, ARMANDO ARIZA y MARÍA CRISTINA VARGAS firmaron la contratación como representantes de la ARS y la IPS, respectivamente, de modo que fue tiempo después, el 1 de abril de 2003, que el Alcalde Rivera suscribió el contrato con ARIZA QUINTERO para la prestación de servicios de salud en el régimen subsidiado, razón adicional para descartar el entramado criminal sucesivo planteado por la Fiscalía y aceptado por el Tribunal de Neiva.

A su vez, la misma Corporación concluyó:

“Esto es, existe inferencia razonable para concluir en ARIZA QUINTERO y RIVERA VARGAS ese modo de participación en la conducta enrostrada, pues para que pudieran acceder al tipo de contratación llevada a cabo con la Alcaldía de Garzón, sin duda alguna determinaron de alguna manera para que su titular como ordenador del gasto público de dicho ente territorial, contratara inicialmente sin el cumplimiento de requisitos legales con ARS CAJASALUD, para que a partir de ahí se realizaran contratos sobrevinientes a ese primero, es decir, también viciados de ilegalidad, entre la administradora y la institución, luego ésta última, con las restantes organizaciones públicas y privadas que ofrecieron los

servicios de salud que la mentada Clínica no estaba en capacidad de ofrecer, pagándoles a éstas por evento, cuando la condición era su pago por capitación, generándose con ello detrimento para las arcas del erario público, pero a favor de Medilaser, deducción que encuentra soporte probatorio en el plenario”.

No se aviene con el rigor propio de un primer fallo de condena que el Tribunal adujera una “inferencia razonable”, para colegir que los acusados “determinaron de alguna manera” al Alcalde de Garzón, sin precisar cómo se arribó a ella, en cuanto es claro que a partir de la vía indiciaria los funcionarios pueden llegar a conclusiones, siempre que para ello acudan a las reglas de la sana crítica, por ejemplo, a los principios lógicos, los postulados científicos o las reglas de la experiencia, todo lo cual exige de ellos exponer en detalle su razonamiento y argumentación.

Resta señalar que en la deducción del indicio es imprescindible que el hecho indicante se encuentre suficientemente acreditado con pruebas, pues carece de sentido realizar deducciones e inferencias sin bases demostrativas ciertas, válidas y legales, las cuales se echan de menos en el aserto del Tribunal, máxime si pese a aseverar en el fallo que con el proceder de los acusados se generó un “detrimento para las arcas del erario público, pero a favor de Medilaser”, en la misma decisión confirmó la absolución por el delito de peculado por apropiación dispuesta en la sentencia de primer grado.

En el traslado de las demandas de casación, la Fiscalía manifestó que los procesados tenían la calidad de servidores públicos por extensión, pues *“si bien eran particulares o representantes legales de empresas privadas, a través de la contratación que efectuaron con el Municipio de Garzón, representado por su entonces Alcalde Clodomiro Rivera Garzón, es claro que tenían a su cargo la administración y disposición de recursos públicos, concretamente los asignados a la salud de los beneficiarios del régimen subsidiado de dicho ente territorial, adquiriendo la referida condición pública”*.

Aunque lo expuesto es atinado, encuentra la Corte que, dada por establecida la condición de servidores públicos de ARMANDO ARIZA y MARÍA CRISTINA VARGAS, resulta inconsistente que el ente acusador insista en que tenían el carácter de determinadores, cuando lo cierto es que, en primer lugar, ARIZA QUINTERO firmó el contrato con el Alcalde de Garzón, luego si tal instrumento carecía de requisitos legales esenciales el procesado tendría el carácter de autor y, en segundo término, si bien MARÍA CRISTINA VARGAS no suscribió convenio alguno con el burgomaestre, la Fiscalía no señaló, tampoco lo hizo el Tribunal de Neiva, ni la Sala advierte, a través de qué medio ella hizo nacer en ARMANDO ARIZA o en el Alcalde de Garzón la idea de suscribir un contrato sin el cumplimiento de requisitos como para tener el carácter de determinadora, máxime si este acuerdo fue posterior a los que ella suscribió con ARIZA QUINTERO.

Conforme a lo expuesto, concluye la Corte que respecto del contrato No. 02 de 2003 suscrito entre ARMANDO ARIZA QUINTERO como representante Legal de la Administradora del Régimen Subsidiado –ARS— CAJASALUD y Clodomiro Rivera Garzón en su carácter de Alcalde del municipio de Garzón, para la administración de los recursos de transferencias de la nación al régimen subsidiado en salud y el aseguramiento de los beneficiarios del sistema no se acreditó la omisión de requisitos legales y tanto menos, que los acusados ARMANDO ARIZA y MARÍA CRISTINA VARGAS, además de ser servidores públicos por extensión, tuvieran la condición de determinadores, es decir, la conducta es atípica por no adecuarse a todos y cada uno de los elementos del delito objeto de acusación y primera condena.

No en vano, el fallador de primer grado manifestó al respecto en la absolución de los acusados:

“Y además de la lectura de las indagatorias rendidas por MARIA CRISTINA VARGAS URAZAN, ARMANDO ARIZA QUINTERO y Clodomiro Rivera Garzón, no se revela algún comportamiento anómalo en relación con la suscripción y ejecución de los contratos, ni la fiscalía presentó algún otro medio de prueba con los cuales se pueda determinar que entre estos existió un contubernio para encausar los mismos a unos fines y propósitos dirigidos a favorecer la contratación con la Clínica Medilaser en desmedro de las oportunidades que otras empresas de la salud pudieran ofertar. Por consiguiente,

la conclusión a la que llega este despacho es que la Fiscalía General de la Nación en este caso no logró acreditar la existencia del tipo penal de contrato sin cumplimiento de los requisitos legales, motivo por el cual los acusados serán relevados de este cargo”.

Con relación al **segundo contrato** señalado por el ente acusador, que en realidad corresponde a dos acuerdos del 1 de noviembre de 2002 y del 1 de enero de 2003 con duración de 2 años, suscritos entre ARMANDO ARIZA como representante de CAJASALUD y MARÍA CRISTINA VARGAS en calidad de representante de la IPS Clínica Medilaser, para la prestación de servicios de salud en el régimen subsidiado, considera la Sala que tampoco se encuentra acreditada en las fases de tramitación, celebración o liquidación, omisión de alguna de sus exigencias esenciales.

En la acusación se dijo:

“Dos razones fundamentales y que sirven para realizar el juicio de reproche y de paso demostrar un dolo malo, en el actuar de los contratantes, son: La primera es que IPS MEDILASER LTDA, NO estaba habilitada para prestar servicios de salud en el Municipio de Garzón, y NO contaba con 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 LTDA, con posterioridad a la suscripción del

contrato con la ARS CAJASALUD para los niveles III y IV, subcontrata con aquellas IPS públicas y privadas que la ARS CAJASALUD precisamente no había querido contratar directamente argumentando que no reunían los requisitos para ello”.

Sobre el particular constata la Sala que a través de oficio del 12 de julio de 2012, expedido por la Secretaría de Salud Departamental del Huila, se precisó que el Hospital Departamental San Vicente de Paul de Garzón para la época de los hechos (1 de abril de 2003 al 31 de marzo de 2004) solo estaba habilitado para atender los servicios de salud en nivel de complejidad II, pero no de todos sino de algunos, circunstancia por la cual fue necesario contratar con Medilaser Ltda.

Desde luego, si las empresas municipales de Garzón no estaban en capacidad de asumir los servicios de salud correspondientes a los niveles de complejidad II, III y IV, era pertinente contratar con la IPS Clínica Medilaser, que si los tenía habilitados en el departamento del Huila.

Además, la defensa de MARÍA CRISTINA VARGAS allegó una certificación de la Secretaría de Salud Departamental del Huila del 3 de marzo de 2003 y reiterada el 2 de diciembre de 2004, acerca de que la Clínica Medilaser sí estaba habilitada para prestar sus servicios en ese departamento y fue por ello que el juez de primer grado la absolvió. Aquí es preciso señalar que la habilitación es de índole departamental y por

ello se encuentra registrada en la Secretaría del Departamento del Huila, no así en la Secretaría de Salud Municipal de Garzón.

Pero, además, si con posterioridad a la firma del contrato con la ARS CAJASALUD, MARÍA CRISTINA VARGAS como representante de la IPS Medilaser Ltda. suscribió convenios con otras IPS públicas y privadas, se advierte que tal proceder no se realizó en el marco de las etapas de tramitación, celebración o liquidación de aquellos contratos, sino en su ejecución que, como ya fue dilucidado en esta providencia, desborda la tipicidad del delito por el cual el Tribunal condenó.

Ahora, pese a que la Fiscalía refirió que la Clínica Medilaser subcontrató con varias IPS de naturaleza pública y privada, lo cierto es que únicamente se acreditó que pactó con el Hospital San Vicente de Paul.

De otra parte se tiene, que a instancia de la defensa, la Contadora Mary Luz Mahecha Sánchez, informó a través de documento y con su declaración en el debate oral, que en el lapso comprendido entre el 1 de abril de 2003 y el 31 de marzo de 2004 sí se establecieron relaciones contractuales con las empresas de la red pública del municipio de Garzón por más del 50%, de manera que con base en soportes contables fue acreditado que la IPS Clínica Medilaser ejecutó en dicho periodo por contratos de capitación en el marco del régimen subsidiado en salud en 33 municipios del

departamento del Huila \$2.834'889.276, de los cuales, \$214'525.784 correspondieron al municipio de Garzón.

Aunque el Tribunal manifestó que el contrato entre el Alcalde Rivera y la ARS CAJASALUD correspondía a una “práctica insegura” en cuanto se permitió a la IPS Clínica Medilaser coordinar la red de prestadores de servicios, lo cierto es que en la Resolución del 20 de junio de 2003 expedida por la Secretaria de Salud Departamental del Huila, se afirmó:

“Que por lo anteriormente expuesto, se concluye que no existen los suficientes argumentos para determinar que CAJASALUD ARS ha incurrido en una práctica insegura, ni se ha constituido un nuevo eslabón de aseguramiento, al suscribir el contrato de prestación de servicios por la modalidad de capitación con la Clínica Medilaser Ltda., razón suficiente para acceder a lo solicitado por el recurrente en relación con la revocatoria de la Resolución 0380/03 y el archive de la actuación administrativa”.

A su vez, en el informe del investigador del CTI del 14 de febrero de 2017, dirigido al Juez 2 Penal del Circuito de Garzón, se expresó:

“En conclusión no hubo tercerización, o subcontratación y menos se difirió la administración de los recursos de la salud subsidiada por parte de la ARS CAJASALUD a la IPS Clínica Medilaser; es decir, que no existió ninguna

práctica ni intermediación insegura en la contratación aludida”.

Como en su escrito del traslado de las demandas, la Fiscalía señaló que si bien el investigador del CTI concluyó en su informe del 14 de febrero de 2017 que no hubo tercerización o intermediación y menos se difirió la administración de los recursos de la salud subsidiada por parte de la ARS CAJASALUD a la IPS Clínica Medilaser, lo que en verdad ocurrió fue que la IPS no enviaba la factura del cobro de administración de recursos a la ARS, pues en el mismo informe del investigador se afirma que no se evidencia facturación alguna por la intermediación, pero tampoco se hacen los descuentos, en cuanto lo que si se cobra a la aseguradora es el valor por UPC y se cancela solo por evento con un menor gasto, quedándose con el excedente del valor pagado por la ARS, baste indicar al respecto lo siguiente:

El Ministerio de la Protección Social definió en su Circular del 19 de abril de 2001 y en el Decreto 050 de 2003 que la intermediación corresponde a una operación contractual en la que una IPS contratada por una ARS, la desplaza para convertirse en coordinadora de la red y cobra en virtud de tal gestión un valor por administración de los subcontratos, de manera que reduce con ese proceder el monto de los recursos destinados a la prestación de servicios de salud.

En el informe pericial rendido por la policía técnica de la Fiscalía se afirma:

“Observadas las facturas presentadas por la Clínica Medilaser a CAJASALUD ARS, no se aprecia en su contenido que se esté relacionando valor alguno por administración, igualmente el valor girado por CAJASALUD ARS corresponde al mismo valor facturado por la Clínica y no realiza ningún tipo de descuento (...). Dentro de la información que compone el acervo probatorio no se observan documentos que determinen que a la Clínica Medilaser le quedó algún remanente en virtud de la ejecución del contrato de capitación suscrito con CAJASALUD ARS, además no se cuenta con información financiera suficiente de la Clínica donde permita determinar un porcentaje o beneficios no repartidos ni aplicados específicamente a ninguna otra cuenta y de la distribución de resultados”.

Entonces, si hechas las correspondientes verificaciones, no apareció un cobro por tal administración de los subcontratos, es claro que no tuvo lugar la intermediación aducida por la Fiscalía, máxime si pese a decir que la IPS se quedaba con el excedente del valor pagado por la ARS, no lo cuantificó ni siquiera aproximadamente; todo lo cual permite colegir que se trata de una simple especulación indemostrada que a la final determinó la absolución en primera y segunda instancia por el delito de peculado por apropiación que se dijo favoreció a la Clínica Medilaser.

Lo anterior resulta consonante con lo declarado en la investigación por Janneth Huertas Lozano, funcionaria de la Contraloría, respecto de los resultados de sus pesquisas sobre los hechos aquí abordados: *“La Contraloría no adelantó investigación fiscal, porque no se evidenció un detrimento patrimonial del erario público, y como fuera, los servicios de salud se prestaron a los usuarios...”*.

Además, en la Resolución 488 del 20 de junio de 2003, la Secretaría de Salud Departamental del Huila concluyó al auditar los contratos entre la ARS CAJASALUD y los hospitales departamentales de segundo nivel de La Plata y Pitalito en comparación con estos y la Clínica Medilaser, que se aplicaron las mismas tarifas, con descuentos similares por pronto pago, a partir de lo cual concluyó que no se redujeron los recursos que debían ir a la salud por concepto de la administración de estos contratos.

De la misma manera, si la Fiscalía adujo que la Clínica Medilaser recibió dinero sin prestar los servicios de salud, lo cierto es que en la actuación aparecen las historias clínicas de los pacientes que allí fueron atendidos en virtud del contrato con la ARS CAJASALUD, con mayor razón si el ente acusador no desplegó alguna actividad probatoria en orden a acreditar el referido aserto.

El artículo 51 de la Ley 715 de 2001 fue modificado por el artículo 44 de la Ley 812 de 2003, el cual dispuso:

“CONTRATACIÓN DE ENTIDADES DEL ORDEN TERRITORIAL. Las entidades que administran los recursos del régimen subsidiado de salud contratarán los servicios que requiera su población afiliada, de acuerdo con lo establecido en el artículo 51 de La ley 715 de 2001, con la red hospitalaria pública de la zona de operación regional en la cual se encuentra autorizada para operar el régimen subsidiado”.

Con el texto transcrito, la constatación del porcentaje mínimo de contratación con la red pública no se predica exclusivamente de los hospitales del municipio en el cual se contrató, sino de la región donde funciona la ARS, que en este asunto corresponde al departamento del Huila, no únicamente al municipio de Garzón.

Como la Fiscalía y el Tribunal insistieron en que para la fecha en que fueron suscritos los contratos entre la ARS CAJASALUD y la IPS Clínica Medilaser (1 de noviembre de 2002 y 1 de enero de 2003), no se encontraba vigente la Ley 812 del 26 de junio de 2003, es pertinente destacar, tal como lo señaló el juez de primer grado en la absolución, que en virtud del artículo 44 de tal legislación posterior, aplicable con efectos retroactivos al caso conforme al *principio de favorabilidad* de la norma de reenvío que completa el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos, dicha clínica sí estaba facultada para brindar la atención en todo el departamento del Huila, incluido el municipio de Garzón, garantizada con la oferta de servicios de niveles III y IV en su

propia sede, pues la norma citada establece que las ARS contratarán los servicios que requiera su población afiliada, con la *“red hospitalaria pública de la zona de operación regional”*.

Con mayor razón, si luego el contrato primigenio entre la alcaldía de Garzón y la ARS CAJASALUD data del 1 de abril de 2003, pero los *otro sí* posteriores son del 1 de octubre y 1 de diciembre de la misma anualidad, esto es, ulteriores a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.

Ahora, si la Secretaría de Salud del Huila certificó que Medilaser sí estaba habilitada para la prestación de tales servicios, es claro que la ARS los contrató para sus usuarios en los diferentes niveles de complejidad, de una parte, con la oferta de la red pública en el municipio de Garzón y el Hospital de Neiva. Y de otra, con la red privada, esto es, con la Clínica Medilaser, circunstancia que descarta el planteamiento de la Fiscalía acerca de una indebida gestión de intermediación o tercerización, con mayor razón si la ARS CAJASALUD no requirió de otra administradora del régimen subsidiado para cumplir sus cometidos, pues, se reitera, acudió a la oferta de servicios de la red pública y privada.

No sobra destacar que el artículo 41 del Decreto 050 de 2003, dispone que los contratos por capitación celebrados por las Administradoras del Régimen Subsidiado (ARS) y las Entidades Promotoras de Salud (EPS) con las instituciones prestadoras de servicios de salud (IPS), 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 normas vigentes.

Adicionalmente, la Superintendencia de Salud al expedir la Resolución 0902 de 2005, la cual fue confirmada mediante Resolución 1345 del mismo año, no sancionó de manera alguna a la ARS CAJASALUD por sucesos ocurridos entre el 1 de abril de 2003 al 31 de marzo de 2004, tiempo durante el cual fue representada legalmente por ARMANDO ARIZA QUINTERO.

Resta señalar sobre el real o presunto incumplimiento de los porcentajes mínimos de contratación, de una parte, que en el contrato entre ARS CAJASALUD y la IPS Clínica Medilaser fue incluida una cláusula al respecto, y de otra, que tal exigencia no está ubicada en la etapa precontractual, sino que corresponde a la ejecución del contrato, fase ajena al ámbito del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, objeto de la acusación y del primer fallo de condena.

De acuerdo a lo anterior, no será confirmada la primera sentencia de condena dictada contra los procesados y, por el contrario, la atipicidad de las conductas por las cuales fueron

acusados impone su revocatoria para, en su lugar, absolverlos como determinadores del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, según fue dispuesto por el juez de primera instancia.

Contra esta decisión —dictada por la máxima Corporación de la jurisdicción ordinaria— no procede recurso alguno.

Observación final.

La Corte ha insistido en que corresponde a la Fiscalía el deber legal de realizar *“La narración sucinta de la conducta investigada, con todas las circunstancias de modo, tiempo y lugar que la especifiquen”* (artículo 398 de la Ley 600 de 2000), en procura de dotar de claridad los cargos y con ello, garantizar no solo los derechos al debido proceso y a la defensa del acusado, sino también de organizar el tema de la prueba, pues sin tal precisión el curso del proceso resulta tortuoso e indefinido.

En este caso, la vaguedad en los hechos jurídicamente relevantes, al imputar de manera confusa un solo delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, pero aludir indistintamente a la firma de un convenio entre la alcaldía de Garzón y la ARS CAJASALUD, o a la suscripción de un acuerdo entre dicha ARS y la IPC Clínica Medilaser, para sin más, afirmar que los acusados actuaron como determinadores, omitiendo señalar respecto de qué actuación y cómo se produjo tal determinación, dificultó en grado sumo el entendimiento de la actuación, tanto para los funcionarios

como para los sujetos procesales, culminando en la absolución ahora adoptada.

Por lo expuesto, la SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

REVOCAR la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Neiva el 28 de julio de 2021, mediante la cual condenó por primera vez a ARMANDO ARIZA QUINTERO y MARÍA CRISTINA VARGAS URAZÁN, como determinadores del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales para, en su lugar, confirmar la absolución dictada por el juzgado de primera instancia.

Contra esta providencia no proceden recursos.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



FABIO OSPITIA GARZÓN

Presidente



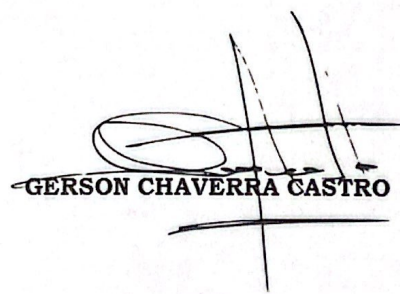
JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA



MYRIAM ÁVILA ROLDÁN



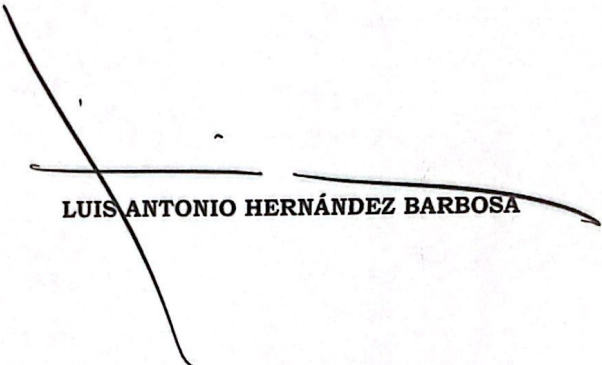
FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS



GERSON CHAVERRA CASTRO



DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN



LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA



HUGO QUINTERO BERNATE

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal
Secretaría

CASACIÓN NÚMERO INTERNO 60751
(CUI 41298310900120150001603)
MARIA CRISTINA VARGAS URAZAN

ACTA DE NOTIFICACIÓN PERSONAL

Bogotá D.C., 07 de Junio de 2022

En la fecha le notifico que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del Señor Magistrado **LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA**, en providencia del 01 de junio de 2022, resolvió **REVOCAR** la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Neiva el 28 de julio de 2021, mediante la cual condenó por primera vez a **ARMANDO ARIZA QUINTERO y MARÍA CRISTINA VARGAS URAZÁN**, como determinadores del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales para, en su lugar, confirmar la absolución dictada por el juzgado de primera instancia. Contra esta providencia no proceden recursos.

El notificado:

Doctor **JESUS ANTONIO MARÍN RAMÍREZ**
C.C. No. 19278734 TPNº. 32166 CSJ
Apoderado Señor **ARMANDO ARIZA QUINTERO**
Procesado Recurrente

cel. 300 301 888X
ce: jesusantonio.mr@hotmair.com

Gloria Jarava

Calle 12 No. 7 - 65 Palacio de Justicia - Bogotá, Colombia.
PBX: (571) 562 20 00 Exts. 1126 - 1142 - 1143 - 1144 - 1145 Fax: 1125 - 1428
www.cortesuprema.gov.co