

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL**

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA 
Magistrado ponente

**SP 3963-2017
Radicación 40216
(Aprobado Acta No. 90)**

Bogotá D.C., marzo veintidós (22) de dos mil diecisiete (2017).

VISTOS:

Resuelve la Sala el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado MANUEL TRONCOSO ÁLVAREZ, contra la sentencia condenatoria proferida en su contra por el Tribunal Superior de Montería por el cargo de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

HECHOS:

MANUEL TRONCOSO ÁLVAREZ, en su condición de secretario seccional de salud de la Gobernación del departamento de Córdoba, suscribió los contratos 0107 del 31 de julio de 2006 por \$ 252.000.000 y 0113 del 22 de

agosto del mismo año por \$ 246.650.000. En el primero fungió como contratista Gonzalo Pérez Gaona y en el segundo Nelia Edelmira Sánchez Salgado. El objeto contractual, en los dos casos era “*contribuir en el fortalecimiento de las acciones para proteger la salud de la población y garantizar la continuidad del desarrollo de los planes de prevención y control de la rabia canina y felina, realizando labores de vacunación de perros y gatos de por lo menos 90 % de la población urbana y rural*”. El primer contrato abarcaba 14 municipios y el segundo 13. Se discute en este proceso si TRONCOSO ÁLVAREZ, al celebrar los contratos en cuestión, desconoció los requisitos legales exigidos.

ACTUACIÓN PROCESAL:

1. Por razón de los hechos precedentes, la Fiscalía profirió resolución de acusación el 6 de abril de 2009 en contra de MANUEL TRONCOSO ÁLVAREZ por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales al tiempo que le precluyó investigación por el punible de interés indebido en la celebración de contratos. La decisión cobró ejecutoria el 12 de mayo siguiente¹.

2. El Juzgado Segundo Penal del Circuito de Montería, mediante sentencia de 24 de noviembre de 2011, condenó al acusado a las penas de 72 meses de prisión, inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 6

¹ Cfr. constancia secretarial visible a fol. 34 del c. 2.

meses y multa por 50 s.m.l.v., como autor del punible objeto de acusación. No le concedió la suspensión condicional de la ejecución de la pena ni la prisión domiciliaria. Ordenó, así mismo, la captura del procesado, una vez “*en firme esta decisión*”.

3. La defensa apeló ese pronunciamiento y el Tribunal Superior de Montería, a través del fallo recurrido en casación, expedido el 28 de junio de 2012, decidió confirmarlo.

LA DEMANDA

Consta de tres cargos.

1. Primero. Nulidad por violación del derecho de defensa.

A juicio del defensor se concretó por el desconocimiento del principio de congruencia que debe existir entre la resolución de acusación y la sentencia de segunda instancia.

Explicó que en el presente caso no hubo correspondencia entre los hechos que sustentaron el pliego de cargos y los de la providencia impugnada en casación, como tampoco existió entre los de esta última decisión con los de la sentencia de primer grado.

Tal incongruencia fáctica se originó porque la sentencia de segunda instancia atribuyó responsabilidad penal a

MANUEL TRONCOSO ÁLVAREZ por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales a partir de la inobservancia del presupuesto de publicidad, aspecto que no determinó la acusación, cuyo eje fue el fraccionamiento de los contratos y donde tan solo se dedicó un renglón a la violación de ese presupuesto, tratándose, entonces, de una referencia “*precaria*”, a partir de la cual “*no quedó claridad sobre el hecho naturalísticamente comprendido en sus circunstancias de (tiempo, modo y lugar) y tampoco quedó claridad sobre cuál fue la normativa vulnerada para la fecha de los hechos con la omisión de tal comportamiento, por lo tanto, deducir tal hecho en la sentencia de segunda instancia resulta desafortunado*”.

En esas condiciones, concluyó, se imposibilitó el ejercicio del derecho de defensa, pues se sorprendió con una imputación fáctica no considerada en la acusación.

Al suprimir, entonces, el único sustento que tiene el fallo impugnado, quedaría inmotivado y, por lo mismo, sin resolución el recurso de apelación interpuesto por la defensa contra la sentencia de primer grado. La única solución viable frente a esa irregularidad es la de proferir una sentencia sustituta “*que se ajuste en debida forma al pliego acusatorio*”, finalizó el censor.

2. Segundo. Nulidad por violación del debido proceso y del derecho de defensa.

Conforme lo expuso el casacionista, se originó porque el Tribunal, al resolver el recurso de apelación que el mismo

sujeto procesal interpuso contra el fallo de primera instancia, desbordó su competencia funcional en cuanto aludió a hechos que no fueron materia de juzgamiento en esa sentencia y que, por lo mismo, tampoco fueron planteados por el apelante al sustentar la alzada. En ese mismo orden también se sustrajo a resolver los puntos expuestos por la defensa para sustentar dicho recurso.

Explicó el representante del procesado, en efecto, que el fundamento del fallo de primera instancia para deducir responsabilidad penal por el ilícito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales fue el fraccionamiento de los contratos y el recurso de apelación se dirigió a cuestionar ese específico aspecto. El Tribunal, sin embargo, violó el derecho de defensa porque omitió referirse a ese tema y extralimitó su competencia al centrar la condena en la transgresión por parte del acusado del presupuesto de publicidad, el cual no fue considerado por la primera instancia.

Para enmendar el yerro, puntualizó el casacionista, sería necesario retrotraer la actuación hasta el momento de la apelación con el objeto de que se profiera una nueva sentencia de segundo grado ajustada a la ley. No obstante, precisó, ello se puede omitir porque el artículo 217.1 de la Ley 600 de 2000 faculta a la Corte para dictar un fallo sustituto en casación sin que sea necesario, entonces, devolver la actuación al Tribunal de origen para que corrija el vicio.

3. Tercero. Violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 410 del C.P.

Sostuvo el demandante que la causal de casación invocada en esta censura se configuró porque el juzgador aplicó de forma genérica e incompleta el artículo 24 de la Ley 80 de 1993 para llenar los elementos del tipo de contrato sin cumplimiento de requisitos legales esenciales y al dejar de aplicar, con igual fin, el literal l) de la misma disposición, el artículo 4º de la Ley 10 de 1990 y el numeral 3 del 153 de la Ley 100 de 1993.

Al respecto señaló que no se discute la escogencia del tipo penal sino la de la norma de reenvío que obligatoriamente lo complementa, con lo cual se vulneró el principio de legalidad penal.

Recordó que, para ese efecto, el Tribunal acudió al artículo 3 de la Ley 80 de 1993, disposición que establece como fines de la contratación estatal la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados. La aplicación de esta norma, añadió, tampoco es objeto de controversia en tanto se trata de un principio orientador de la contratación estatal que no afecta en nada la construcción del tipo penal en la medida en que simplemente define una pauta obvia de conducta entre los contratantes que no sirve para llenar los elementos en blanco de la conducta punible.

Los juzgadores de instancia también encontraron aplicable el artículo 24 de la misma normatividad que recoge los principios de la contratación estatal de transparencia y selección objetiva, los cuales estiman desconocidos con la actuación del procesado MANUEL TRONCOSO ÁLVAREZ. Sin embargo, esa disposición tampoco tiene incidencia en la determinación de los requisitos legales esenciales para contratar.

En resumidas cuentas, para el censor no es objeto de discusión que cualquier tipo de contratación se ciñe por los principios referidos, mas lo que “*sí resulta desacertado por cuenta de la reflexión del Tribunal es la forma genérica en la que aplican las normas de contratación para llegar a la conclusión de que se vulneraron los principios de transparencia y selección objetiva en la contratación directa*”.

Por consiguiente, mal hizo esa Corporación Judicial al reprochar fraccionamiento en un trámite de contratación directa aplicando el mencionado artículo 24 de la Ley 80, pues con ello incurrió en “*reenvío desacertado al trasladar las normas propias de la licitación a una contratación directa*”. Además, si lo que enseña esa disposición en su numeral 8 es que está prohibido al servidor público eludir procedimientos de selección objetiva así como los requisitos previstos en el estatuto de contratación, sólo sería aplicable para el asunto concreto “*si se hubiesen vulnerado los requisitos para la contratación directa en los casos de salud pública, esto es, si se hubiese contratado omitiendo la presentación de por lo*

menos dos ofertas de personas naturales o jurídicas que presten dichos servicios y se encuentren inscritas en el registro especial nacional del Ministerio de Salud de conformidad con la Ley 10 de 1990”.

El fraccionamiento de los contratos, de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado y de esta Sala, implica violación de los principios de transparencia, economía y selección objetiva en la medida en que tenga por fin eludir la licitación. Así, incluso, se reconoció en la sentencia de segunda instancia al señalarse que aquí el problema no es de montos ni de topes sino “*de una contratación directa para la celebración de dos contratos*”, descartando la exigencia de licitación.

Lo importante a evaluar, entonces, es que el delito atribuido en este caso es un tipo penal en blanco cuyos elementos de reenvío “*deben tener referencia estricta en las categorías del derecho administrativo para generar interpretaciones restrictivas que respeten el principio de legalidad*” como así también lo ha entendido la Corte Constitucional².

Acorde con los pasos establecidos por el máximo Tribunal Constitucional era necesario, a juicio del recurrente, para integrar correctamente el tipo penal y no desbordar el principio de legalidad, la determinación en cada

² Aunque el casacionista transcribió un aparte de la que parece una decisión de la Corte Constitucional, no refirió elementos que permitan su identificación.

caso concreto de la norma legal vigente y la definición de sus requisitos esenciales.

La norma vigente al momento de la celebración de los contratos objeto de cuestionamiento, era para el abogado el literal l) del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 que trata de los contratos relacionados con la prestación del servicio de salud, como así lo reconoció el sentenciador de segunda instancia y se pudo establecer en el expediente, a partir, fundamentalmente, de las misiones de trabajo realizadas por el Cuerpo Técnico de Investigación. Además, porque de conformidad con el artículo 4 de la Ley 10 de 1990 “*el sistema de salud comprende los procesos de fomento, prevención, tratamiento y rehabilitación*”, lo que igual se desprende del numeral 3 del artículo 153 de la Ley 100 de 1993.

De esa forma se extrae que los contratos de prestación de servicios de salud, como los que son objeto de estudio, no requieren licitación, ni concurso público de méritos, por estar en el marco de una excepción. Su trámite y celebración, por consiguiente, se rigen por los términos de la contratación directa.

Acto seguido desarrolló la temática referida a los requisitos esenciales de los contratos suscritos por su defendido para lo cual acudió al artículo 20 del Decreto 2170 de 2002. Según esa disposición, se necesitaba la obtención de dos ofertas de personas naturales o jurídicas que

pudieran prestar el servicio y estuvieran inscritas en el Ministerio de Salud.

Si estos eran los presupuestos legales existentes para el momento de la celebración de los contratos “sería contrario al artículo 84 de la Constitución Nacional que los administradores públicos exigieran más a los oferentes como pretende el Tribunal, aclarando que los principios de selección objetiva y transparencia se cumplen justamente con lo exigido por la ley. En consecuencia, si los señores oferentes eran los idóneos debido a que cumplían con el requisito de ser personas jurídicas o naturales aptas para el procedimiento de vacunación de la población felina y canina y se encontraban inscritas en el Ministerio de Salud para dichos efectos, la función de quien suscribe el contrato se agota en la verificación de estos requisitos, así como los que definió el comité técnico de evaluación para disponer la participación de oferentes”.

Para el caso concreto, precisó, la misma Fiscalía demostró que MANUEL TRONCOSO ÁLVAREZ no participó del procedimiento de selección y, en segundo lugar, tampoco encontró reproche penal en el trámite en cuanto los contratistas fueron invitados, subcontrataron con personal idóneo y no tuvieron ninguna influencia en el comité conformado para su escogencia, como así se planteó en la resolución de acusación al descartarse la tipificación de la conducta ilícita de interés indebido en la celebración de contratos.



Con respecto a la imputación basada en el fraccionamiento del contrato, reiteró el demandante que este fenómeno entraña “*una burla del administrador a las formas propias de la licitación en atención al factor de la cuantía, lo que de contera vulnera el principio de transparencia y el deber de selección objetiva*”. En tal caso, el intérprete debe corroborar que los contratos de menor cuantía con idéntico objeto suman lo suficiente para alcanzar un valor igual o superior al que se exige para la licitación. Así incluso lo aceptaron el ente acusador y los juzgadores de instancia cuando expresaron que no era procedente realizar un análisis de topes o montos.

Y aun cuando los contratos tenían el mismo objeto, existía una justificación para fraccionarlos “*ya que se dividió por razones de acceso, distancias, economía presupuestal y administrativa, el departamento en dos zonas*”.

Agregó el profesional que no comprende las razones expuestas por el Tribunal para sustentar la violación de los requisitos esenciales en la falta de publicidad de las ofertas, pues estando delimitados los presupuestos legales para contratar, acorde con el procedimiento administrativo especial, “*resulta carente de lógica y de base legal que se exija una publicidad especial como lo pretende la sentencia de segunda instancia. Por tal razón aquí existe otro yerro de aplicación indebida de las normas relacionadas con la licitación o concurso público para el caso de la contratación directa en materias relacionadas con la salud*”.

La anterior conclusión se fortalece por el hecho de que las normas relacionadas con formalidades específicas de publicidad de la Ley 80 de 1993, esto es, los artículos 24 y 30, están asociadas a los procesos licitatorios y no a los de contratación directa y, en este último caso, “*el requisito esencial se agota con la invitación a contratar que por lo demás resulta consustancial al tipo de labor que se debe desempeñar por las calidades del sujeto contratista que requiere la administración. Así, por ejemplo, sería contrario a la naturaleza del contrato estatal que la administración debiera hacer publicaciones en periódicos de amplia circulación con intervalos semanales para contratar servicios personales de un profesional por el término de un mes*

”.

Fue de esa forma como, a juicio del censor, desde la misma acusación se estructuró el yerro denunciado al concebirse que el delito imputado tuvo su génesis en el fraccionamiento, cuando está ampliamente demostrado por la jurisprudencia penal y administrativa que este fenómeno resulta lesivo del principio de transparencia en procedimientos de contratación reglados a través de la licitación y no de contratación directa.

El error se repitió en la sentencia de primera instancia bajo el argumento de que el fraccionamiento permitió favorecer a dos contratistas y no a uno. Sin embargo, sostuvo, esa figura es inaplicable en los contratos de salud cuando el funcionario, como en este caso, procedió de esa

forma para garantizar mayor eficiencia en la prestación del servicio demandado.

Finalmente, reiteró que la publicidad del proceso contractual al que debe ceñirse la licitación pública es distinta de la de aquellos contratos que se rigen por la modalidad de contratación directa, por lo que es incorrecto, como lo concluyó el Tribunal, trasladar ese requerimiento indistintamente de una a otra, máxime cuando se aceptó tanto por la Fiscalía como por los juzgadores de primera y segunda instancia que efectivamente éste era un proceso de contratación directa.

Por lo expuesto, el casacionista pidió —de no prosperar los reproches de nulidad— casar la sentencia recurrida y absolver al acusado.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO:

En relación con el planteamiento contenido en el **primer cargo** acerca de la incongruencia fáctica entre la resolución de acusación y la sentencia de segunda instancia, indicó que, aun cuando la primera providencia es confusa, cuando menciona en sus fundamentos el desconocimiento del principio de publicidad, garantizó el derecho de defensa, lo cual determina su inviabilidad.

Esa conclusión se ratifica con la auscultación de otros momentos de la actuación procesal. Con lo sucedido, por

ejemplo, durante la audiencia pública de juzgamiento celebrada el 20 de octubre de 2011, en cuyo desarrollo la defensa entendió y comprendió los hechos objeto de la acusación, particularmente cuando afirmó que en la contratación se había cumplido con el principio de transparencia ya que se realizó una invitación general a través de la cartelera y de la página *web* de la gobernación dirigida a las personas interesadas en contratar acciones y recursos para la salud.

Lo cierto, en todo caso, es que el cotejo de la acusación con la sentencia de segunda instancia no revela que haya existido la alegada incongruencia fáctica entre ellas, pues en la última no se incluyó como hecho nuevo, y por lo mismo sorpresivo, la falta de publicidad de los contratos, ya que fue un aspecto considerado en la primera.

Y si bien, opinó el Procurador Delegado, en la sentencia de primer grado no obra motivación alguna sobre ese particular “*esto no es óbice para inferir que dentro del proceso no se debatió acerca de las publicaciones a los oferentes en la base de datos, el Juez Aquo en su autonomía, incentivó su decisión bajo los parámetros que él consideró necesarios para dictar sentencia, lo cual tampoco iba en detrimento del núcleo fáctico expuesto por la Fiscalía*”.

Con fundamento en lo expuesto, solicitó la improsperidad del cargo.

En lo atinente al **segundo reparo** de la demanda, el representante de la sociedad estimó que tiene vocación de prosperidad.

A su juicio, tiene razón el casacionista cuando señala que el Tribunal, al resolver el recurso de apelación que la defensa interpuso contra el fallo condenatorio de primera instancia, desbordó su competencia funcional, circunscrita a los aspectos allí controvertidos, relacionados con los fundamentos expresados por el juez de conocimiento.

En efecto, como este último funcionario sustentó el juicio de reproche exclusivamente en el fraccionamiento contractual, los argumentos de la defensa se orientaron a rebatir ese aspecto en concreto. Cuando el Tribunal, entonces, se apartó de esos motivos que sustentaron la apelación y también el fallo de responsabilidad y a cambio sentó la responsabilidad en el desconocimiento de la publicidad que debe darse a todo tipo de contratos, incluyendo los del régimen de contratación directa, violó, en primer lugar, el derecho de defensa, porque no resolvió los planteamientos de la apelación y, en segundo orden, el debido proceso, en tanto soslayó los límites de su competencia funcional centrada en los asuntos impugnados y en los inescindiblemente vinculados a ellos, conforme lo señala el artículo 204 de la Ley 600 de 2000.

En consecuencia, encontró que este cargo está llamado a prosperar.

En relación con la propuesta contenida en el **tercer cargo** el Procurador también concluyó su procedencia.

Para sustentar su criterio adujo que el tipo penal atribuido al procesado es de los llamados en blanco, por lo que para su complementación es preciso acudir a la Ley 80 de 1993, en cuyo artículo 24 se consagra el principio de transparencia. Esa misma disposición establece excepciones a la obligación de contratar a través de licitación o de concurso público permitiendo la contratación directa, entre ellas la del literal l), referente a los contratos que celebren las entidades estatales para la prestación de servicios de salud.

Bajo el entendido, entonces, de que el tipo de contrato celebrado por MANUEL TRONCOSO ÁLVAREZ fue de prestación de servicios de salud remite, a efectos de determinar sus requisitos, al Decreto 2170 de 2002. En su artículo 20 establece esa normatividad que deberán obtenerse por lo menos dos ofertas de personas naturales o jurídicas que presten dichos servicios y se encuentren inscritas en el registro especial nacional del Ministerio de Salud de conformidad con la Ley 10 de 1990.

Es esas condiciones, aseguró el Delegado, tuvo razón el procesado cuando desde su indagatoria indicó que su proceder estuvo amparado por la excepción prevista en el literal l) del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 para contratar directamente por tratarse de contratos para la prestación de

servicios de salud, pues “*tenían como objeto la vacunación de la población canina y felina del Departamento de Córdoba, por ser de tal naturaleza, sus requisitos se basaban en obtener dos ofertas de personas naturales o jurídicas que prestaran dichos servicios y se encontraran inscritas en el registro nacional del Ministerio de Salud, requisitos que se efectuaron acorde a la ley, ya que fueron seleccionados los contratistas de acuerdo a la invitación que se les hizo*”.

Así las cosas, para el Agente del Ministerio Público está demostrado que TRONCOSO ÁLVAREZ, al celebrar los contratos objeto del proceso, cumplió los requisitos establecidos según la excepción que contempla la ley en lo que respecta a la contratación directa. Igualmente, no incurrió en irregularidad alguna al haber celebrado dos contratos con el mismo objeto, pues no tiene sentido hacerlo si no es para evadir el proceso licitatorio, especialmente en el caso del procesado, “*quien teniendo en cuenta la excepción legal en la que se encontraba, la aprovechó para ejecutar en menos tiempo la vacunación de la rabia en los felinos y caninos, salvaguardando así la celeridad en la contratación referida, sin detrimento del bien jurídico tutelado que para el caso concreto es la Administración Pública*”.

Pidió, por lo expuesto, casar la sentencia con fundamento en este reproche y absolver al procesado.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

La prosperidad del último cargo propuesto en la demanda presentada por el defensor de MANUEL TRONCOSO ÁLVAREZ, cuyo efecto concreto es el proferimiento de un fallo de reemplazo de carácter absolutorio, releva a la Corte de pronunciarse sobre los demás, que comportarían la nulidad de la sentencia impugnada de tener éxito. Esto en desarrollo del principio de prioridad, según el cual la absolución prevalece sobre la nulidad, criterio adoptado por la Corte, entre otras, en la sentencia CSJ SP, oct. 21 de 2013, rad. 32983.

Procederá la Sala, en consecuencia, a exponer los argumentos que la llevan a encontrar fundado el tercer cargo sustentado en la causal 1^a de casación del artículo 207 de la Ley 600 de 2000, por violación directa de la ley sustancial, derivada de la aplicación indebida del artículo 410 del C.P. que tipifica el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales atribuido al acusado.

Con ese propósito lo primero que se determinará es la naturaleza de los contratos 0107 del 31 de julio de 2006 y 0113 del 22 de agosto del mismo año, suscritos por el procesado en su condición de secretario seccional de salud de la Gobernación del departamento de Córdoba, a fin de establecer si en realidad resultaron desconocidos sus requisitos legales esenciales, conforme se sostuvo en las



sentencias de instancia luego de darse por estructurada la conducta punible mencionada.

En sentido contrario a lo plasmado en las sentencias, el casacionista planteó que la violación de la ley se configuró en la selección de las normas de reenvío utilizadas por los sentenciadores para llenar el tipo penal en blanco imputado, cuando aplicaron de forma genérica e incompleta principios de la contratación pública contenidos en algunas disposiciones de la Ley 80 de 1993 y dejaron de aplicar el literal l) del artículo 24 que, a su vez, se complementa con el 20 del Decreto 2170 de 2002. Acorde con esta última disposición, bastaba para celebrar dichos contratos con la obtención de dos ofertas de personas naturales o jurídicas que pudieran prestar el servicio requerido y estuvieran inscritas en el Ministerio de Salud, presupuestos que, a juicio del actor y del Procurador Delegado ante esta Sala, se cumplieron satisfactoriamente por lo que los hechos atribuidos al procesado son atípicos.

Pues bien, desde la resolución de acusación y luego en las sentencias de primera y segunda instancia se ha admitido que los contratos objeto de estudio son de prestación de servicios de salud, como así también lo sostuvo el acusado MANUEL TRONCOSO ÁLVAREZ en su indagatoria, y que, por lo mismo, están cobijados por el ya comentado régimen excepcional previsto en el artículo 24, literal l) de la Ley 80 de 1993, vigente para el momento de su celebración. Indica esta norma:

“La escogencia del contratista se efectuará siempre a través de licitación o concurso público, salvo en los siguientes casos en los que se podrá contratar directamente: (...)

l) Los contratos que celebren las entidades estatales para la prestación de servicios de salud. El reglamento interno correspondiente fijará las garantías a cargo de los contratistas. Los pagos correspondientes se podrán hacer mediante encargos fiduciarios”.

Para la Corte las autoridades judiciales mencionadas acertaron al clasificar los contratos aludidos como de prestación de servicios de salud, como así también lo expuso el demandante en casación y lo admitió el Procurador Delegado. Ello, no obstante que no se menciona en su nominación tal naturaleza, por lo que podría pensarse que obedecieron a otra modalidad de contratación, sometida, por ende, a un régimen legal distinto.

El contrato 0107 del 31 de julio de 2006 por \$ 252.000.000, en efecto, donde figura como contratista Gonzalo Pérez Gaona se denominó como “*contrato de prestación de servicios*”³, mientras que el 0113 del 22 de agosto del mismo año por \$ 246.650.000, suscrito por el procesado con Nelia Edelmira Sánchez Salgado, se llamó “*orden de prestación de servicios*”⁴. La forma utilizada para

³ Fol. 32 del c. anexo 1.

⁴ Fol. 76 del c. anexo 2.

identificar los contratos, eso es claro, puede prestarse para confusiones incidentes en su tratamiento legal, pues podrían caber en la también excepción al régimen de contratación mediante licitación pública del literal d) del mismo artículo 24 de la Ley 80, referido a la prestación de servicios profesionales, cuyos requisitos legales —se insiste— son distintos.

Pero el factor más determinante para establecer la naturaleza de los presentes contratos está en su propio texto, surge de la revisión de sus cláusulas, pues, como lo precisó la Corte en la providencia *AP, oct. 10 de 2010, rad. 29726*, “*lo que define la modalidad contractual, si es o no contratación directa, es el ‘PROPÓSITO’ o las ‘ACTIVIDADES’ para las cuales se contrata, tal y como expresamente lo indican los artículos 2º de la Ley 393 de 1991 y 2º del D.L. 591 de 1991*”.

El objeto de los contratos a que se refiere la actuación, según las dos primeras cláusulas de los mismos, fue “*contribuir en el fortalecimiento de las acciones para proteger la salud de la población y garantizar la continuidad del desarrollo de los planes de prevención y control de la rabia canina y felina, realizando labores de vacunación de perros y gatos de por lo menos 90 % de la población urbana y rural*”. El contrato 0107, como ya se precisó, abarcaba 14 municipios del departamento de Córdoba y el 0113, por su parte, cubría 13.

Como obligaciones de los contratistas, también de forma idéntica en los dos contratos, salvo en lo relacionado con el número estimado de caninos y felinos a vacunar, se establecieron:

"1- El contratista debe reunirse con el secretario local de salud y miembros de la comunidad de cada municipio asignado para dar a conocer el proyecto y presentar un cronograma de trabajo de las actividades a realizar en cada uno de los corregimientos y veredas de cada municipio asignado, este cronograma de trabajo debe dársele a conocer al coordinador del programa de zoonosis de la Secretaría de Salud. 2- realizar la vacunación puerta a puerta a por lo menos... (en el contrato 0107, 41.173 caninos y 8.827 felinos; en el 0113, a su turno, 31.082 caninos y 12.918 felinos) de la zona urbana y rural distribuidos en los municipios objeto (sic). El vacunador deberá diligenciar el carné individual de vacunación, los formatos de registros y control de vacunación (el carné es institucional y será suministrado por la Secretaría de Desarrollo de la Salud). El número de caninos y felinos se determinó con base en el censo realizado en los mismos municipios durante el año anterior por la Secretaría de Desarrollo de la Salud el cual se anexa y hace parte constitutiva de este contrato. 3- velar por el adecuado manejo y conservación de los biológicos y materiales suministrados por el departamento para ejecutar la labor. 4- brindar la asesoría técnica en el desarrollo de

la vacunación, mediante la capacitación sobre el manejo adecuado del biológico, diligenciamiento del carné y formato de vacunación, manejo de residuos hospitalarios (jeringas, agujas, y envases de vacunas) y aplicación de vacunas. 5- realizar el monitoreo y supervisión de vacunación en la zona urbana y rural de los municipios asignados. 6- elaborar y emitir doce cuñas radiales a nivel local con una duración de 30 segundos, cada cuña, sobre rabia urbana y rabia silvestre en cada uno de los municipios objeto durante la ejecución del mismo. 7- transportar y garantizar al personal en la realización de labores de vacunación de manera oportuna, puntual, en condiciones de seguridad en un vehículo que cumpla con los requisitos legales y técnicos para ello. 8- presentar un informe final a la oficina coordinadora de zoonosis de la seccional de salud el cual debe traer en sus anexos actas de concertación con el secretario de salud y miembros de la comunidad, la certificación del secretario de salud, formato diligenciado de vacunación con sus respectivas firmas y números de cédulas de los propietarios de los animales y fotografías de las actividades realizadas".

A partir de lo anterior surge diáfano que los contratos tenían por objeto emprender una campaña masiva de vacunación a la población canina y felina de los municipios escogidos para evitar la propagación de la enfermedad de la rabia transmisible a los seres humanos, pues se estaba ante

una “zoonosis”⁵ que, conforme lo señala el artículo 2 del Decreto 2257 de 1986, es una “enfermedad que en condiciones naturales, se transmite de los animales vertebrados al hombre o viceversa”. Y, en el caso de la rabia, puede llegar a ser, incluso, de carácter mortal⁶.

En consecuencia, es viable colegir que los contratos suscritos por MANUEL TRONCOSO ÁLVAREZ eran de salud, con connotación preventiva o protectora, toda vez que una forma de impedir la propagación de la rabia en humanos es, precisamente, a través de la vacunación de animales potencialmente portadores y transmisores de la enfermedad, como así se indicaba en el artículo 591 de la derogada Ley 9 de 1979, en vigor para la época de los contratos, del siguiente tenor:

“Para los efectos del Título VII de esta Ley son medidas preventivas sanitarias las siguientes: ...c) Vacunación de personas y animales...”.

Por lo mismo, el artículo siguiente de la referida ley, establecía que:

⁵ Así, en los “estudios previos de conveniencia y oportunidad” de los contratos, a fols. 1 y ss. del c. anexo 1 y fols. 84 y ss. del c. anexo 2.

⁶ Organización Mundial de la Salud (OMS). Nota descriptiva N° 99 de marzo de 2016. “La rabia es una enfermedad vírica casi siempre mortal una vez que han aparecido los síntomas clínicos. En hasta el 99% de los casos humanos, el virus de la rabia es transmitido por perros domésticos. La rabia afecta a animales domésticos y salvajes y se propaga a las personas normalmente por la saliva a través de mordeduras o arañazos”.



"Artículo 592.- En caso de sospecha de zoonosis, la autoridad sanitaria competente, podrá ordenar capturas individuales o masivas de animales sospechosos, para someterlos a observación en sitio adecuado, para su eliminación sanitaria o para su tratamiento, lo mismo que podrá ordenar y efectuar vacunaciones de animales cuando lo estime necesario".

Ello va de la mano con el carácter preventivo o de protección integral del servicio de salud, como se reconoce en el artículo 153 de la Ley 100 de 1993, citado por el censor, cuyo texto es el siguiente:

"Fundamentos del servicio público. Además de los principios generales consagrados en la Constitución política, son reglas del servicio público de salud, rectoras del sistema general de seguridad social en salud las siguientes: (...)

3. Protección integral. El sistema general de seguridad social en salud brindará atención en salud integral a la población en sus fases de educación, información y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación, en cantidad, oportunidad, calidad y eficiencia de conformidad con lo previsto en el artículo 162 respecto del plan obligatorio de salud...".

También, en armonía con el artículo 4 de la Ley 10 de 1990, al señalar que *"el sistema de salud comprende los*

procesos de fomento, prevención, tratamiento y rehabilitación”.

Otros argumentos permiten arribar a la misma conclusión: (i) la entidad contratante era la Secretaría de Salud del departamento de Córdoba, a través de su secretario, cuya gestión primordial, obviamente, es atender la política de salud a ese nivel; (ii) en los “*estudios previos de conveniencia y oportunidad*” que antecedieron a la celebración de los contratos, se precisó que las actividades contratadas tenían por fin “*proteger la salud de la población y garantizar la continuidad del desarrollo de los planes de prevención y control de la rabia canina y felina realizando labores de vacunación*”⁷y (iii) el rubro del presupuesto de la Gobernación afectado fue el de “*salud pública*”, según se observa en el certificado de disponibilidad presupuestal 05-3-24242-32⁸ y en los informes de interventoría de los contratos⁹.

Si ello es así, para la Sala es evidente que los contratos por cuya celebración se ha atribuido responsabilidad penal a MANUEL TRONCOSO ÁLVAREZ no estaban sujetos al régimen de contratación pública a través de la licitación, sino al régimen excepcional de contratación directa (artículo 24, literal 1, de la Ley 80 de 1993), por corresponder su objeto a la prestación de servicios de salud.

⁷ Folio 2 del c. anexo 1, en cuanto al contrato 0107 y 82 del c. anexo 2 respecto del contrato 0113.

⁸ Fols. 8 y 91 de los c. de anexos 1 y 2, respectivamente.

⁹ Fols. 40 y 69 de los c. de anexos 1 y 2, respectivamente.

Dilucidado, entonces, que el procedimiento que debía regir la contratación en los eventos analizados era el de contratación directa y no el licitatorio o de concurso público, se pasa a determinar cuáles eran los requisitos legales esenciales que debían cumplirse en ese caso, en el cual el servidor público contratante no goza de discrecionalidad absoluta para la selección del contratista.

Precisó la Corte en la providencia AP, oct. 10 de 2012, rad. 29726, en efecto, que “*si bien la administración tiene la posibilidad de celebrar este tipo de contratos, sin acudir a licitación o concurso público, tal libertad no es absoluta, toda vez que en la selección del contratista se ‘deberá garantizar el cumplimiento de los principios de economía, transparencia y en especial el deber de selección objetiva, establecidos en la Ley 80 de 1993’...*”. (En el mismo sentido, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Secc. 3^a, sent. 29 ago. 2007, exp. 15.324; sent. 03 dic. 2007, exp. 24.715 y sent. 04 jun. 2008, exp. 17.783. Así también se recalcó, entre otras, en CSJ. SP, jul. 8 de 2015, rad. 38464 y SP, nov. 23 de 2016, rad. 46037).

En ese orden, es necesario, como lo expuso el casacionista, llenar el tipo penal en blanco de contrato sin cumplimiento de requisitos legales con las normas que contienen las exigencias aplicables para el momento de la contratación. Sobre ese particular ha existido coincidencia entre el acusador, los juzgadores de instancia, el defensor y ahora el Procurador Delegado, al señalar que los requisitos

aquí demandados, por tratarse de un contrato de salud y por la época de su celebración, estaban contemplados en el artículo 20 del Decreto 2170 de 2002, reglamentario de la Ley 80 de 1993, el cual decía:

“De los contratos de prestación de servicios de salud. Las entidades estatales que requieran la prestación de servicios de salud, deberán obtener por lo menos dos ofertas de personas naturales o jurídicas que presten dichos servicios y se encuentren inscritas en el registro especial nacional del Ministerio de Salud de conformidad con la Ley 10 de 1990”.

Antes de verificar si en el caso sometido a consideración de la Corte se cumplieron tales presupuestos, es preciso abordar la discusión que planteó el actor en el cargo estudiado relativa a que el Tribunal aplicó de forma genérica e incompleta los artículos 24 y 25 de la Ley 80 de 1993 para colmar los elementos del tipo de contrato sin cumplimiento de requisitos legales esenciales y al dejar de aplicar, con igual fin, el literal l) de la misma disposición, el artículo 4º de la Ley 10 de 1990 y el numeral 3 del 153 de la Ley 100 de 1993.

Para la Corte, a diferencia de como piensa el demandante, no es cierto que los juzgadores hayan dejado de aplicar el literal l) del artículo 24 de la Ley 80 ni las demás normas que lo complementan. En ese sentido, se recuerda que el acusador y los juzgadores consideraron que los

contratos celebrados eran de prestación de servicios de salud y, por tal razón, estaban cobijados por el régimen excepcional de contratación directa contemplado en los preceptos acabados de mencionar. Ese fue un tema que no suscitó discusión.

Así, en la resolución de acusación expresó la Fiscalía:

“...[s]e reprochó el hecho que se hubiere celebrado dos contratos con el mismo objeto contractual presuntamente para evadir la licitación pública, sin embargo tanto el procesado en su diligencia de indagatoria, como la defensa del mismo atudén que para la época en que se suscribieron los mencionados contratos, la contratación directa se hizo como era permitida por el parágrafo 1º Literal L del Art. 24 de la Ley 80 de 1.993, al efecto la norma citada disponía: (...)”

“De la transcripción de la norma tenemos que para celebrar contratos para la prestación de servicios de salud se podía realizar en forma directa; la cuestión es que aquí no se habla de un tope o monto, pudiendo la Secretaría de Salud haber celebrado en forma directa el objeto de los contratos mediante uno solo.”¹⁰.

Más adelante, tras citar el artículo 20 del Decreto 2170 de 2002, concluyó el acusador:

¹⁰ Págs. 11 a13 de la resolución de acusación.

“El mencionado Art. 13 [del decreto en cita, se aclara] trata sobre contratación a personas naturales o jurídicas para el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, que no tienen nada que ver con los contratos celebrados nos. 107 y 113 de 2.006 cuyo componente es sobre la prevención en materia de salud; el Art. 20 sí refiere sobre la presentación de dos propuestas para el tipo de contratos que se han investigado”¹¹.

Lo mismo se constata de la sentencia de primera instancia:

“[q]uiere decir con ello —señaló el juez— que las actuaciones para esta clase de eventos deben ser legales, eficaces y transparentes y con vigilancia directa en cada una de sus actuaciones, como ya se expresó que no se puede presentar la justificación de ignorancia de la ley o de la confianza depositada en cualquiera de sus subalternos.

“El Artículo 20 del Decreto 2170 del 2002 Dice: (...)

“Es claro para este Despacho y de acuerdo al material probatorio obrante en foliatura que el Secretario de Salud Dr. MANUEL TRONCOSO ALVAREZ, debió haber realizado un solo contrato, y esto de acuerdo al soporte que nos presentan los funcionarios del Cuerpo Técnico de

¹¹ Págs. 16 y 17 *ibidem*.

Investigaciones, en donde se observa que existieron dos contratos, los Nos 107 y 113 de 2006 por valor de \$252.000.000.oo y \$246.650.000.oo, y que estos contratos tenían como fin un solo objeto lo cual deviene claramente en un fraccionamiento favoreciendo con esta actividad a cada una de los dos contratistas y en menoscabo de los intereses propios del Estado Colombiano”¹².

Significa lo anterior que el sentenciador de primer grado no controvirtió ni la naturaleza del contrato ni su sometimiento al régimen de contratación directa, puesto que el juicio de reproche contra el procesado se sustentó en su fraccionamiento.

Otro tanto ocurrió con el fallo recurrido en casación.
Véase:

“Expuesto lo referente a la licitación pública, esta Sala debe afirmar, que la contratación directa -que regula el caso sometido a estudio- también está sujeta al cumplimiento de requisitos y procedimientos específicos, y es permitida, entre otros casos, cuando se trate de contratos que tengan que ver con la prestación de servicios de salud, literal l) del numeral primero del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 vigente en la época de suscripción de los contratos bajo estudio...”¹³.

¹² Págs. 21 y 22 del fallo de primera instancia.

¹³ Pág. 13 del fallo de segunda instancia.

Por lo expuesto, la Sala insiste en que es incorrecta la formulación del cargo al señalarse que se dejó de aplicar el literal l) del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 y demás normas complementarias, pues ello supondría que en el fallo se desconoció que los contratos celebrados por TRONCOSO ÁLVAREZ se regían por el procedimiento de contratación directa debido a que eran de prestación de servicios de salud, lo cual, según se acaba de explicar, no es cierto.

Sin embargo, en lo que sí asiste razón al casacionista es en pregonar que el Tribunal aplicó de forma genérica e incompleta los artículos 24 y 25 de la Ley 80 de 1993 —que consagran los principios de la contratación pública estatal de transparencia y selección objetiva— y el 3º de la misma normatividad —que establece como sus fines la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados—, con el objeto de sustentar la responsabilidad penal del procesado en el desconocimiento del presupuesto de publicidad.

Entiende la Corte, no obstante, que lo enunciado por el casacionista como aplicación genérica e incompleta de las normas indicadas, es en realidad un ataque de interpretación errónea, pues si bien eran las disposiciones legales llamadas a regular el asunto, el cuestionamiento tiene que ver con que no se les otorgó su alcance correcto.

El Tribunal, conforme se ha reseñado, fundamentó la tipicidad de la conducta de contrato sin cumplimiento de

requisitos legales atribuida a MANUEL TRONCOSO ÁLVAREZ en el desconocimiento de la publicidad durante el procedimiento previo a celebrar el contrato, para lo cual realizó una labor de integración de algunos principios que rigen la contratación pública. Argumentó lo siguiente:

"En el evento sometido a estudio, fácil es percatarse que existió una actitud deliberada por parte del procesado dirigida a desconocer las normas de derecho público que regulan este tipo de contratos, pues tal como lo señala en su injurada él sabía que los podía celebrar de forma directa, luego debió respetar las reglas de ese tipo de contratos, para garantizar la selección objetiva de los contratistas.

"En efecto, mírese cómo al realizar el señor Secretario de Salud del Departamento, una especie de contratación en privado, pues nunca se publicaron las ofertas de dichos contratos, se violaron principios como el de economía con el que se pretende que la actividad contractual 'no sea el resultado de la improvisación y el desorden, sino que obedezca a una verdadera planeación para satisfacer necesidades de la comunidad'. Este principio exige al Administrador Público el cumplimiento de 'procedimientos y etapas estrictamente necesarios para asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable'. Además, el artículo 25 de la Ley 80 de 1993 especifica que dichos requisitos deben cumplirse con anterioridad a la apertura de los procesos licitatorios o

invitaciones a proponer, y en todo caso, nunca después de la suscripción de los contratos. También se violentó el principio de selección objetiva en virtud del cual ‘la oferta que sea seleccionada deberá ser aquella que haya obtenido la más alta calificación como resultado de ponderar los factores o criterios de selección establecidos en los documentos de la contratación directa’.

“La pregunta que se hace la Sala de inmediato –agregó el Tribunal— es, como se garantizaban estos principios en la forma en que se realizó la contratación aquí estudiada, si ni siquiera las condiciones en que se iba a contratar fueron publicadas. Se itera lo dicho anteriormente, esto es, que el procedimiento se realizó como si se tratara de una empresa privada, olvidándose que la cosa pública se maneja como su nombre lo indica públicamente. Aunque se tratara de un proceso contractual ajeno a la licitación pública, no podía dejarse de lado la publicación de la invitación a participar en la contratación, así como las condiciones o reglas a las que se sujetaba la misma, pues solo así se garantizaba el cumplimiento de los principios de transparencia y selección objetiva, de donde surgía de bulto el actuar de buena fe.

“Para esta Sala es incuestionable que al encontrarse ausentes los principios anteriormente mencionados, se impidió a todos los interesados la participación en el proceso contractual. No se puede olvidar que en la

contratación pública esos principios deben brillar como garantía para todos los ciudadanos. El permitir que brillen esos principios, permite dar un trato igualitario a todos los ciudadanos en el acceso a lo público... ”¹⁴.

La Corte no comparte el anterior criterio y estima que le asiste razón al libelista en el planteamiento de la censura. En efecto, si bien es cierto, como atrás se precisó, que los principios de la contratación pública rigen para todo tipo de contratos independientemente de su naturaleza (licitación o contratación directa), ello no quiere decir que baste con predicar su desconocimiento para tener por estructurado el tipo penal de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

Una hermenéutica adecuada y respetuosa de las garantías de los ciudadanos debe indicar que el servidor público, al contratar, ha de ceñirse a los requisitos legales vigentes y velar porque en la celebración, tramitación y liquidación del contrato se cumplan los principios que inspiran la contratación pública. Para la de tipo directa, en particular, conforme lo establecía el artículo 2º del Decreto 855 de 1994, en vigor para el momento de los hechos, los de transparencia, economía y selección objetiva. Lo inaceptable es que a través de una ponderación *ex post* y expansiva de tales principios se agreguen presupuestos no previstos claramente en las normas aplicables, pues ello, como ya se dijo, resulta violatorio de la legalidad, por indeterminación de los elementos del tipo penal.

¹⁴ Págs. 13-15 *ibidem*.

En la sentencia CSJ. SP, may. 20 de 2009, rad. 31654, ante un asunto similar, la Corte razonó de igual manera al señalar:

"El incumplimiento de los principios que informan la función pública y, más específicamente, la contratación estatal puede, entonces, configurar el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales. Esta afirmación, sin embargo, amerita una precisión. No basta afirmar el abstracto desacatamiento de uno de esos principios para predicar la existencia del delito, sino que es necesario que el axioma desconocido esté ligado a un requisito de carácter esencial propio del respectivo contrato y definido como tal previamente por el legislador.

"Lo anterior porque si no fuera así el tipo penal previsto en el artículo 410 devendría inconstitucional ante la indeterminación de sus elementos descriptivos, es decir, se apartaría del principio de tipicidad estricta que constituye componente del principio de legalidad, a su vez, integrante de la garantía del debido proceso consagrada en el artículo 29 de la Constitución Política...".

La Sala arribó a esa conclusión de la mano con lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-917 de 2001 cuando declaró exequible el artículo 410 del Código Penal, contentivo del tipo penal de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, frente al reparo de que se trataba de una norma penal en blanco cuyo reenvío no aparecía de forma clara e inequívoca. Sobre el particular, en esencia ese Tribunal adujo:



“El artículo 410 de la Ley 599 de 2000, al igual que el artículo 146 del Código Penal anteriormente vigente, describe como conducta delictual el tramitar contratos sin observación de los requisitos legales esenciales, o la celebración o liquidación sin verificar el cumplimiento de los mismos, razón ésta por la cual habrá de acudirse, en cada caso, a la norma legal vigente, en cuanto al establecimiento de tales requisitos en cada uno de los distintos tipos de contrato. De esta forma se integra la normatividad vigente para la aplicación de la conducta considerada por la ley como delito, con lo cual, el procesado tiene conocimiento de cuáles son los requisitos legales esenciales de tales contratos, sabe que su inobservancia constituye una conducta punible, ya sea al tramitarlos o en la celebración o al liquidarlos, y puede ejercer a plenitud su derecho de defensa, con lo que se da estricto cumplimiento a los artículos 28 y 29 de la Constitución”.

Esta posición reafirma la que ya había expuesto el mismo Tribunal en la sentencia C-739 de 2000, cuando refirió que la existencia de los tipos penales en blanco tiene validez constitucional “siempre y cuando sus contenidos se puedan complementar, de manera clara e inequívoca, con normas legales precedentes que permitan la correspondiente integración normativa...”.

Queda claro, en consecuencia, que MANUEL TRONCOSO ÁLVAREZ, en su condición de secretario seccional de salud de la Gobernación del departamento de Córdoba, al celebrar los contratos 0107 del 31 de julio de 2006 y 0113 del 22 de agosto del mismo año sólo estaba

obligado, como única forma de garantizar el aludido principio de tipicidad estricta, a cumplir los presupuestos establecidos diáfanaamente en la normatividad legal vigente.

Además, porque aun cuando es innegable, conforme lo ha sentado la Sala, que en la actividad contractual del Estado deben estar presentes, en todo momento, los principios de la contratación administrativa, también lo es que en los regidos bajo la modalidad de contratación directa las exigencias legales se flexibilizan de forma importante, como así se infiere del siguiente pronunciamiento reciente de la Sala:

"En esta dirección puede decirse que, entre menos discrecionalidad tenga el servidor público, mayores serán los mandatos formales establecidos por la ley y, entre otras consecuencias, más altas serán las exigencias regladas de previsión y planeación. Por el contrario, entre más amplio sea el margen de apreciación conferido a la administración, las previsiones normativas que determinan el curso del proceso contractual habrán de ser menos rígidas. Esta lógica subyace a la tipificación legal de las diversas modalidades de selección que, en desarrollo del principio de transparencia, hace el art. 24 de la Ley 80 de 1993..."

(CSJ. SP, nov. 23 de 2016, rad. 46037).

El Tribunal de segunda instancia en el presente caso, echó de menos dos exigencias relacionadas con la publicidad del trámite precontractual, lo cual vulneró, a su juicio, los principios de economía, transparencia y selección objetiva, pero le bastó con referir genéricamente las disposiciones que consagran los principios de la contratación aludidos, lo cual

se torna insuficiente para garantizar, como ya se dijo, el principio de tipicidad estricta, máxime cuando se trata —el imputado— de un tipo penal en blanco, en cuya labor de complementación se debe obrar con suma exigencia a fin de evitar la afectación del derecho de defensa.

En primer lugar, mencionó la falta de publicación de las ofertas de los contratos con anterioridad a la apertura de las invitaciones, y no después de su suscripción, lo mismo que de las invitaciones que se cursaron para participar. También aludió el *ad quem* a la violación del principio de selección objetiva porque no se escogió la propuesta de mayor calificación en concordancia con los factores o criterios de selección establecidos.

Sin embargo, como lo señalaron el Contralor Municipal de Montería en su oficio CMM 080 del 19 de mayo de 2003 y el abogado Rafael Páez Paéz, profesional especializado de la Secretaría de Salud de Montería, en el 0038 del 24 de abril del mismo año¹⁵, frente a la solicitud que a cada uno de ellos elevó el procesado con miras a determinar los requisitos exigibles para la celebración de contratos de prestación de servicios de salud para esa época, sólo lo eran aquellos previstos en el artículo 20 del Decreto 2170 de 2002.

Así, en el primer concepto se informó al secretario de salud que “cuando se trate de prestación de servicios de salud, las entidades estatales deberán obtener por lo menos dos ofertas de personas naturales o jurídicas que presten dichos servicios y se encuentren inscritas en el registro

¹⁵ Fols. 226 y 228 del c. 1.

especial nacional del Ministerio de Salud (art. 20 Decreto 2170 de 2002, Ley 10 de 1990)".

En el segundo, mucho más enfático, se indicó al solicitante que “*en cuanto a la contratación para prestar servicios de salud pública, independientemente de su cuantía, es necesario darle aplicación al artículo 20 del Decreto 2170 de 2002, relacionado con contratos de prestación de servicios de salud. En todo caso, ninguna de esta clase de contratos requiere del procedimiento establecido en los artículos 1° y 2° del Decreto 2170 de 2002, es decir, tanto los contratos de prestación de servicios profesionales como los de prestación de servicios de salud se celebran directamente con la persona jurídica que esté en capacidad de ejecutar el objeto el contrato y que haya demostrado la idoneidad y experiencia directamente relacionada con el área de que se trate. Para el caso de los contratos de prestación de servicios de salud, se deberán obtener por lo menos dos ofertas de personas naturales o jurídicas que presten dichos servicios y se encuentren inscritas en el registro especial nacional que para tal efecto se lleva a cabo en esta secretaría”.*

Valga aclarar que los aludidos artículos 1° y 2° del Decreto 2170 tienen que ver con la publicidad de los proyectos de pliegos de condiciones y de los términos de referencia, respectivamente, los cuales no se relacionan o tienen que ver con las ofertas de los contratos o las invitaciones a participar en ellos que echó de menos el Tribunal, cuyo fundamento normativo no precisó esa Corporación ni advierte la Corte en el decreto reglamentario respecto de los contratos de prestación de servicios de salud.

Pero aún si se hubiere faltado a ese condicionamiento, en el sentido de que ha debido hacerse la publicación en la página *web* de la entidad y, subsidiariamente, mediante aviso en un diario de amplia circulación nacional, como se señalaba en el decreto en cuanto a los proyectos y pliegos de condiciones y de términos de referencia, lo cierto es que su desconocimiento carecía de relevancia penal porque el mismo decreto preveía en su artículo 26 que “*[el incumplimiento a lo previsto en este decreto en relación con las publicaciones en la página web de las entidades compromete exclusivamente la responsabilidad disciplinaria del servidor público*”.

De cualquier forma, tampoco obra en la actuación elemento de juicio alguno que controveja lo dicho por el procesado MANUEL TRONCOSO ÁLVAREZ en su indagatoria del 3 de septiembre de 2008, acerca de que “*el proceso de contratación se realizaba primero a finales del año anterior a la vigencia del año fiscal, se hacía una invitación general a través de la cartelera y de la página web de la gobernación sobre las personas interesadas a contratar acciones y recursos para la salud en el departamento de Córdoba*”¹⁶.

Por otro lado, a efectos de ilustrar sobre el cumplimiento de los presupuestos legales en la celebración de los contratos objeto de estudio, teniendo como referente la argumentación del Tribunal, baste señalar que ambos contratos estuvieron precedidos de estudios de conveniencia y oportunidad, con lo cual se observó el presupuesto general que para todo tipo de contratos contemplaba el artículo 8 del citado decreto¹⁷. En la fase precontractual, adicionalmente, intervino la

¹⁶ Fols. 220 y 221 del c. 1.

¹⁷ Fols. 1 y ss. del c. anexo 1 y fols. 84 y ss. del c. anexo 2.

Oficina Asesora Jurídica de la Gobernación, integrada por el jefe de esa unidad y profesionales del área, encargándose de evaluar las propuestas y determinar las que ofrecían mejores condiciones. Sus conclusiones, acatadas por el procesado, se las informaron a éste como consta en los documentos correspondientes allegados a la actuación¹⁸. Con las personas favorecidas en la evaluación de los asesores, en efecto, celebró los contratos el servidor público acusado.

En lo atinente al cumplimiento de los presupuestos previstos para los contratos de prestación de servicios de salud en el artículo 20 del Decreto 2170, se debe precisar que no fue tema de discusión en el trámite procesal, incluidas las sentencias de instancia.

Lo anterior, porque la documentación obtenida en el proceso evidenciaba que el secretario de salud de la Gobernación de Córdoba cursó dos invitaciones con el fin de que se presentaran propuestas tendientes a desarrollar el objeto contractual, previamente definido en los estudios de conveniencia y oportunidad, a oferentes con idoneidad acreditada, en tanto se trataba de médicos veterinarios que contaban con experiencia en vacunación animal.

Ahora bien, conforme lo establece el Ministerio de Salud en su página oficial¹⁹, el Registro Especial Nacional del Ministerio de Salud (REPS) “*es la base de datos de las entidades departamentales y distritales de salud, en la cual se efectúa el registro de los Prestadores de Servicios de Salud*

¹⁸ Así, para el contrato 0107 del 31 de julio de 2006, informe de evaluación de propuestas visible a fol. 30 y ss. del c. anexo 1 y para el contrato 0113 del 22 de agosto siguiente, informe de evaluación de propuestas visible a fol. 80 y ss. del c. anexo 2.

¹⁹ www.minsalud.gov.co

que se encuentren habilitados. Es consolidada por el Ministerio de Salud y Protección Social". Es decir que se corresponde plenamente con el banco de datos de proponentes a disposición de la Secretaría de Salud de la Gobernación de Córdoba a que refirió el procesado en su injurada, al señalar que "*al momento de requerir la contratación, se solicitaban los perfiles necesarios al banco de oferentes y, de acuerdo a la información que arrojaba, se iniciaba el proceso de invitación a presentar propuestas previo estudio de necesidad y conveniencia y solicitud de disponibilidad presupuestal*"²⁰. En el mismo sentido se expresó Rafael Páez Páez, abogado asesor de la entidad territorial, en el concepto 0038 del 24 de abril de 2003.

Así las cosas, no cabe duda que la celebración de los contratos objeto de estudio cumplió los presupuestos legales existentes. Y no cambia la conclusión tras el análisis de los presupuestos que desde la sentencia SP, oct. 6 de 2004, rad. 16066, la Sala determinó como de carácter esencial para cualquier contrato estatal. Es decir:

- a. Competencia del funcionario para contratar.
- b. Autorización para que el funcionario competente pueda contratar.
- c. Existencia del rubro y registro presupuestal correspondiente (aunque este condicionamiento ya no tiene tal connotación, conforme más adelante se ahondará, por la variación de la jurisprudencia del Consejo de Estado) y,

²⁰ Fols. 221 del c. 1.

d. La licitación o el concurso previo.

En relación con el primero cabe señalar que el departamento de Córdoba era el ente territorial competente para contratar en materia de salud, conforme se establece en el numeral 3 del artículo 43 de la Ley 715 de 2001, vigente para el momento de los hechos:

"Artículo 43. Competencias de los departamentos en salud. Sin perjuicio de las competencias establecidas en otras disposiciones legales, corresponde a los departamentos, dirigir, coordinar y vigilar el sector salud y el Sistema General de Seguridad Social en Salud en el territorio de su jurisdicción, atendiendo las disposiciones nacionales sobre la materia. Para tal efecto, se le asignan las siguientes funciones: (...)"

43.3. *De Salud Pública (...)*

43.3.8. Ejecutar las acciones de inspección, vigilancia y control de los factores de riesgo del ambiente que afectan la salud humana, y de control de vectores y zoonosis de competencia del sector salud, en coordinación con las autoridades ambientales, en los corregimientos departamentales y en los municipios de categorías 4^a, 5^a y 6^a de su jurisdicción".

Frente al segundo, se tiene que el departamento de Córdoba, mediante Decreto 000023 de 26 de enero de 2006, cuya copia obra en el expediente²¹, delegó "en los secretarios del despacho con excepción de la Secretaría de Hacienda, la realización del trámite requerido para el desarrollo de los

²¹ Fols. 74 y ss. *ibidem*.

procesos de contratación en las etapas previa, precontractual, contractual y poscontractual relacionadas con las competencias de cada una de las secretarías”, y, a los mismos funcionarios, “la adjudicación de licitaciones o concursos e invitaciones; la celebración, suscripción, adición, modificación, terminación y liquidación y prórroga de contratos y los demás actos inherentes a la actividad contractual sin consideración a la naturaleza o cuantía de los mismos, con cargo al presupuesto aprobado a cada Secretaría”.

El tercer condicionamiento indicado también está presente puesto que previamente a la celebración de los contratos se contó con el certificado de disponibilidad presupuestal por la cuantía global comprometida²². Sin embargo, como se anunció, a partir de la variación de la jurisprudencia del Consejo de Estado no se lo considera ahora como requisito esencial de la contratación pública. Este criterio fue acogido por la Sala en la citada sentencia SP, nov. 23 de 2016, rad. 46037 y, más recientemente, en la sentencia SP, ene. 25 de 2017, rad. 48250, en la cual se dijo:

“[C]omo lo clarifica la jurisprudencia del Consejo de Estado (cfr., entre otras, CE Secc. 3^a, sents. 28. sept. 2006, exp. 15.307 y sent. 23 jun. 2010, exp. 34.324), el registro presupuestal no es un presupuesto de tramitación ni celebración del contrato, sino de ejecución del mismo. Sobre el particular, en reciente decisión (CE Secc. 3^º, sent. 13 abr. 2016, rad. 42.565), textualmente expuso dicha Corporación:

‘Es importante precisar que el artículo 41 de la Ley 80 de 1993 se refiere a los requisitos de perfeccionamiento del contrato estatal,

²² Visible a fols. 8 del c. anexo 1 y 91 del c. anexo 2.

en orden a requerir el acuerdo escrito acerca del "objeto y contraprestación", a la vez que establece la existencia de disponibilidades presupuestales, como requisito de ejecución del contrato, tal como lo ha reiterado la jurisprudencia de esta Corporación en los últimos años, una vez que se rectificó la postura inicial sobre el registro presupuestal.

'Con fundamento en el análisis del precitado artículo, se ha determinado que, como regla general, el desconocimiento de las normas presupuestales establecidas para la disponibilidad de los recursos requeridos para el pago del contrato estatal, no constituye causa de nulidad absoluta del mismo. Lo anterior se entiende con independencia de que la transgresión de los requisitos pueda configurar actos disciplinables y sancionables para aquellos que los ejecutan, con eventuales efectos presupuestales adversos para el ente territorial, amén de que podría configurarse la responsabilidad frente al contratista, si la transgresión a las normas presupuestales desemboca en el incumplimiento del contrato, en forma imputable al Estado contratante'.

"A ese respecto ha de aclararse que si bien la Sala comprendió, de antaño, que el registro presupuestal constituía un requisito de carácter esencial para la celebración de los contratos estatales (CSJSP 14 dic. 2011, rad. 32.679), tal postura ha de modificarse, pues se apoyó en una visión de la jurisprudencia administrativa que fue rectificada desde el año 2006.

"La comprensión vigente y más actual de la jurisprudencia administrativa (CE Secc. 3^a Sub. A, sent. 24 feb. 2016, rad. 46.185), con la que ha de sintonizarse esta Sala, con toda claridad cataloga al registro presupuestal como una formalidad perteneciente a la ejecución de los contratos estatales, que de ninguna manera condiciona el perfeccionamiento del acuerdo de voluntades:



'En virtud de la expedición del certificado de disponibilidad presupuestal la entidad imprime fe de que existen los fondos necesarios para contraer determinadas obligaciones. Sin embargo, en virtud del certificado no se afecta de manera inmediata la respectiva apropiación, simplemente la aparta de forma transitoria mientras se lleva a cabo el perfeccionamiento del compromiso presupuestal, lo cual se logra a través del registro presupuestal. En otras palabras, el registro presupuestal es el mecanismo mediante el cual se afecta la apropiación de forma definitiva, acto que si bien a su turno se traduce en el perfeccionamiento del compromiso presupuestal no es lo mismo que el perfeccionamiento del contrato, en tanto el registro se obtiene luego de que el contrato nace a la vida jurídica y no antes, y además no consulta un consenso entre las partes.'

[...] Lo mismo puede decirse del registro presupuestal en el ámbito de cobertura del Estatuto de Contratación Estatal, habida consideración de que su implementación constituye una exigencia para la ejecución del contrato y no para su existencia.

"Según clarifica la jurisprudencia del Consejo de Estado, los requisitos de la ejecución del contrato -como la aprobación de la garantía de cumplimiento y el certificado de disponibilidad presupuestal- no constituyen condiciones de perfeccionamiento ni de validez. Por ende, su inobservancia no genera inexistencia ni nulidad del mismo, sino una irregularidad administrativa que deriva en responsabilidad personal y patrimonial del servidor público a cuyo cargo se encuentra el contrato...".

El último requisito señalado en la jurisprudencia es inaplicable aquí, por tratarse de contratos regidos por el sistema de contratación directa.

Resta ocuparse del fraccionamiento contractual que constituyó fundamento basilar en la acusación y para inferir

la responsabilidad penal de MANUEL TRONCOSO ÁLVAREZ en la sentencia de primera instancia por el delito atribuido, pero que apenas se mencionó en los siguientes términos en la parte final de las consideraciones del fallo impugnado en casación:

"El togado olvida, —dijo el Tribunal— que aunque se trate de un proceso contractual de contratación directa, el mismo está sometido a unas reglas claras, las que fueron violadas flagrantemente para favorecer a las personas que realizaron los contratos, llegando al extremo de fraccionar un contrato que se pudo realizar por una sola persona, en dos"²³.

La sustentación del reproche criminal basada en este aspecto, a juicio de la Corte, no deja de ser un contrasentido cuando en todas las decisiones referidas se aceptó pacíficamente, como atrás se vio, que la modalidad que presidía los contratos celebrados era la de contratación directa en virtud de su naturaleza, esto es, por ser de prestación de servicios de salud.

Acerca de la figura del fraccionamiento contractual como mecanismo encaminado a evadir el cumplimiento de los requisitos legales establecidos para los contratos estatales, sostuvo esta Sala en la sentencia CSJ. SP, dic. 2 de 2008, rad. 29285, que *"se verifica cuando la administración de manera artificiosa deshace la unidad natural del objeto con miras a sustraerse del procedimiento contractual que debía llevar a cabo, adelantando en cambio dos o más contratos a través de trámites menos estrictos, práctica que indudablemente riñe con las normas que*

²³ Págs. 17 y 18.

gobiernan la contratación estatal, particularmente con los principios de transparencia y selección objetiva".

De la misma forma, en la sentencia SP, nov. 28 de 2007, rad. 26857 estimó la Corte que el fraccionamiento se configura cuando “*la administración para eludir el procedimiento de licitación pública, divide disimuladamente el objeto del contrato con el ánimo de favorecer a los contratistas*”. En esa misma providencia se determinaron, a su vez, los presupuestos que caracterizan esa práctica, señalando que “[E]n su demostración, deben confluir las circunstancias siguientes: i) Que sea posible pregonar la unidad de objeto en relación con el contrato cuya legalidad se cuestiona y, de ser así, ii) determinar cuáles fueron las circunstancias que condujeron a la administración a celebrar varios contratos, pues sólo de esta manera se puede inferir si el actuar se cimentó en criterios razonables de interés público, o si por contraste, los motivos fueron simulados y orientados a soslayar las normas de la contratación pública”.

Es indudable que en los dos contratos suscritos por TRONCOSO ÁLVAREZ existió un mismo objeto contractual (la vacunación de la población canina y felina de los municipios comprendidos). Sin embargo, no era preciso el fraccionamiento para eludir el régimen licitatorio o de concurso público porque, como ya se ha reiterado, los contratos admitían la contratación directa dada la naturaleza del objeto a contratar. En consecuencia, la única razón que podría justificar el reproche aludido sería, como lo sostuvo el sentenciador de primera instancia y lo enunció el Tribunal, que se hizo el fraccionamiento para favorecer a dos contratistas y no a uno solo.

No obstante, para el asunto objeto de estudio ese argumento no es consistente. En primer lugar, porque se construye el reproche sobre un presupuesto inherente al fraccionamiento, como lo es que siempre que se acude a esa figura objetivamente se favorece a más de un contratista, de modo que ese aspecto por sí solo no es suficiente para inferir que la celebración de los contratos incumplió requisitos legales.

En segundo término, en cuanto deja de lado que, como lo sostuvo la Corte en la última providencia referida, el fraccionamiento puede ser viable frente a razonables motivos de interés público.

Y precisamente en este caso se encuentra que fueron plausibles las motivaciones que condujeron al fraccionamiento del contrato, a partir de lo expuesto por el procesado en su indagatoria, en tanto revela motivos de interés público que justificaron la división.

Relató allí TRONCOSO ÁLVAREZ que antes de ser parte de la administración, el departamento realizaba un sinnúmero de contratos y de órdenes de prestación de servicios, de entre 5 y 7 millones de pesos, para llevar a cabo actividades de control de zoonosis. A partir del inicio de su gestión en 2004 –es lo que dijo— “*nos pareció un desgaste administrativo innecesario que hacía urgente la optimización de los recursos y tratar de concentrar las acciones, las responsabilidades en la menor cantidad de personas de naturaleza jurídica o natural, por esta razón y atendiendo a la distribución geográfica del departamento, a la distancia entre municipios y de la capital de Montería con los municipios se*

distribuyó el departamento en dos zonas y por eso se realizaron dos contratos... ”²⁴.

Más adelante complementó su respuesta indicando que “*la intención de la administración departamental 2004-2007 fue disminuir el número de más de 50 contratistas a través de órdenes de servicio de salud de cinco y siete millones de pesos a un número de dos contratos, el cual fue definido teniendo en cuenta el número de municipios, la distribución geográfica, la dispersión de la población, la extensión en kilómetros cuadrados del municipio, las distancias entre municipios, la distancia entre la capital del departamento y los diferentes municipios, situaciones de orden público, entre otros factores, los cuales motivaron a la división del departamento en dos zonas para la adjudicación de estos contratos. Con esto se optimizó el uso de los recursos, se disminuyeron los gastos administrativos, se hizo una mejor relación costo-beneficio y nunca se pensó ni se tuvo en cuenta la posibilidad de un fraccionamiento ni celebración indebida de contratos... ”.* Así también lo ratificó en su ampliación de indagatoria rendida durante la audiencia pública de juzgamiento²⁵.

Similar versión presentó, en desarrollo de la misma vista pública, el testigo Juan Carlos Lengua Reyes, interventor en los dos contratos. Sostuvo sobre el particular que “*los contratos son específicamente caninas y felinas de vacunación (sic) para la rabia, técnicamente decidimos dividir el departamento en dos zonas, cogimos la parte de San Jorge y dos municipios del Alto Sinú, y en la otra cogimos Medio Sinú, Bajo Sinú y Sabana y parte de los costaneros, esto porque se hizo para agilizar y tener un mayor control en las*

²⁴ Fol. 220 del c. 1.

²⁵ Fol. 147 del c. 3.

vacunaciones ya que éstas se estaban realizando en zona urbana y rural puerta a puerta en cada uno de los municipios, y al tener dividido el departamento en dos tendríamos mayor control ya que habrían dos coordinadores y ocho supervisores y esto nos arrojaría un mayor control... PREGUNTADO: posterior a la suscripción de los contratos 107 y 113 del 2006 de qué forma se han venido realizando las nuevas contrataciones con este mismo rubro, se ha ejecutado un solo contrato o varios. CONTESTÓ. 2007 dos contratos, 2008 y 2009 se realizaron nuevamente contratos individuales aproximadamente 60 contratos, 2010 y 2011 se contrata con las ESE de los municipios dentro del paquete PIC... ”²⁶.

Las razones expuestas por el procesado y ratificadas por el interventor de los dos contratos objeto de análisis, son compatibles, ciertamente, con una motivación guiada por el interés público de ejercer un eficiente control a la actividad de vacunación y de optimizar recursos administrativos y logísticos del departamento, modificando el modelo anterior consistente en suscribir un contrato por cada municipio del departamento para, en vez de ello, dividir su territorio en dos zonas, siguiendo unos criterios de orden geográfico y demográfico razonables. Tales explicaciones, por demás, no se ven rebatidas en el proceso, por lo que les asiste total credibilidad.

En conclusión, estima la Sala que la conducta realizada por el procesado MANUEL TRONCOSO ÁLVAREZ no encaja en el delito atribuido de contrato sin cumplimiento de requisitos legales sancionado en el artículo 410 del C.P., verificándose el fenómeno de la atipicidad que planteó su defensor en el tercer cargo de la demanda de casación.

²⁶ Fol. 152 *ibidem*.

Consecuente con ello, se casará el fallo condenatorio impugnado y, en su lugar, se absolverá a MANUEL TRONCOSO ÁLVAREZ del cargo por el que fue acusado.

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

RESUELVE:

CASAR la sentencia de segundo grado y, en su lugar, **ABSOLVER** a MANUEL TRONCOSO ÁLVAREZ del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales por el que fue acusado.

Contra esta decisión no proceden recursos.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.



EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER



JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

23 MAR 2011

CASACIÓN 40216
MANUEL TRONCOSO ÁLVAREZ

Jr.

Barceló

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EXCUZA JUSTIFICADA

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria