



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Magistrada ponente

SP7322-2017

Radicación n° 49819

(Aprobado Acta n° 171)

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de mayo de dos mil diecisiete

VISTOS

Se resuelve el recurso de casación interpuesto por los defensores de GUSTAVO ADOLFO ROMERO HANY, AARON DAYAN AARON DE LA HOZ, OSWALDO ENRIQUE DEDE MENDOZA y RICARDO ENRIQUE CANTILLO CARRILLO en contra del fallo emitido el cinco de agosto de 2016 por el Tribunal Superior de Barranquilla, que revocó la sentencia absolutoria proferida el seis de mayo de 2015 por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Descongestión de esa ciudad, y, en consecuencia condenó a los procesados en los términos que serán indicados más adelante.

HECHOS

En el fallo condenatorio se declaró probado que para el año 2007 la Superintendencia Nacional de Salud le hizo

varias recomendaciones a la empresa social del Estado RedeHospital de la ciudad de Barranquilla, entre ellas la de implementar las herramientas necesarias para la adecuada sistematización de la información, habida cuenta de que el software que venía siendo utilizado para tales efectos desde el año 2004 ("Triada"), operado por la empresa Gestión y Tecnología Ltda., era notoriamente deficiente.

A pesar de dicha recomendación, el gerente de la ESE, GUSTAVO ADOLFO ROMERO HANY, actuó en "contubernio" con OSWALDO ENRIQUE DEDE MENDOZA y AARON DAYÁN AARON DE LA HOZ, ingenieros adscritos a la referida entidad hospitalaria, y con el contratista RICARDO ENRIQUE CANTILLO CARRILLO, representante legal de la empresa Gestión y Tecnología Ltda., para apoderarse de los dineros públicos asignados para mejorar el manejo de la información.

Para tales efectos, celebraron un contrato sin que se hubieran realizado los respectivos estudios de factibilidad, en contravía del principio de planeación, y adelantaron un proceso de selección del contratista contrario a los principios de transparencia y selección objetiva. Durante la fase de ejecución, y cuando solo habían transcurrido cinco días desde la celebración del contrato número 018 del primero de agosto de 2007, DEDE MENDOZA y AARON DE LA HOZ, quienes fueron designados interventores, acordaron con el contratista la suspensión de la ejecución del contrato, sin motivar adecuadamente la decisión y sin considerar que esa determinación era de competencia



exclusiva del gerente de la ESE. Además, suscribieron un acta de terminación, en lo que también “*usurparon*” las funciones del gerente, lo que impidió constatar si el contrato fue ejecutado o no.

Lo anterior permitió que CANTILLO CARRILLO accediera al dinero correspondiente al anticipo (\$652.000.000), equivalente al 50% del valor total del contrato, sin que los funcionarios adscritos a la ESE hayan controlado y constatado que la referida suma se utilizó para la materialización de las obligaciones contraídas por el contratista.

Finalmente, el contrato 018 de 2007 no se ejecutó, lo que se tradujo en el ilícito apoderamiento del dinero cancelado a título de anticipo.

ACTUACIÓN RELEVANTE

La investigación se inició a raíz de un informe presentado por el Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía, donde se hace alusión a presuntos actos de corrupción ocurridos al interior de la empresa social del Estado RedeHospital de la ciudad de Barranquilla, relacionados con el contrato número 018, suscrito el primero de agosto de 2007 entre el gerente de dicha entidad, GUSTAVO ROMERO HANY, y la empresa Gestión y Tecnología Ltda., representada legalmente por RICARDO ENRIQUE CANTILLO CARRILLO.

Una vez agotados los trámites previstos en la Ley 600 de 2000, el 25 de febrero de 2011 la Fiscalía profirió resolución de acusación en contra de los procesados, por los delitos de peculado por apropiación y contrato sin cumplimiento de requisitos legales, previstos en los artículos 397 y 410 del Código Penal, respectivamente. RESTREPO HANY, DEDE MENDOZA y AARON DE LA HOZ fueron acusados a título de autores, y CANTILLO CARRILLO lo fue en calidad de interviniente.

La resolución de acusación fue confirmada por la Fiscalía Cuarenta Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá, mediante proveído del 19 de octubre del mismo año, a través del cual resolvió el recurso de apelación interpuesto por los defensores de los procesados.

Dentro del trámite regular establecido en el referido sistema de enjuiciamiento, el 19 de julio de 2013 el Juzgado Sexto Penal del Circuito Adjunto de Barranquilla profirió sentencia absolutoria a favor de todos los acusados.

Al resolver el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía, el 2 de abril de 2014 el Tribunal Superior de Barranquilla decidió anular la sentencia absolutoria, por falta de motivación.

Ante la supresión del juzgado que tuvo a cargo la primera instancia, el asunto le fue asignado al Juzgado Primero Penal del Circuito de Descongestión de esa ciudad.

El seis de mayo de 2015 este despacho absolvió a los procesados por los dos delitos incluidos en la acusación.

Al resolver el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía, el Tribunal Superior de Barranquilla, en la sentencia de 5 de agosto de 2016, revocó el fallo absolutorio y en su lugar condenó a los procesados, así: (i) a GUSTAVO ADOLFO ROMERO HANY, OSWALDO ENRIQUE DEDE MENDOZA y AARON DAYAN AARON DE LA HOZ les impuso las penas de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de 120 meses, así como multa equivalente a 765 salarios mínimos mensuales vigentes, tras hallarlos penalmente responsables de los delitos de peculado por apropiación y contrato sin cumplimiento de requisitos legales; y (ii) a RICARDO ENRIQUE CANTILLO CARRILLO le impuso las penas de prisión y de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de 90 meses, y multa equivalente a 574 salarios mínimos legales mensuales, por encontrarlo penalmente responsable de los mismos delitos, pero a título de interviniente. A todos los procesados se les negó la suspensión condicional de la pena y la prisión domiciliaria, por lo que se dispuso su captura.

LAS DEMANDAS DE CASACIÓN

1. Demanda presentada por el defensor de GUSTAVO ADOLFO ROMERO HANY

Incluyó dos cargos.

1.1. Violación indirecta de la ley sustancial (principal)

Al amparo de la causal de casación prevista en el artículo 207, numeral primero, de la Ley 600 de 2000, plantea que el Tribunal incurrió en un error de hecho, en la modalidad de falso juicio de existencia por omisión, que determinó la emisión de la condena.

En su sentir, el fallador de segundo grado no valoró los testimonios de Juan Carlos Sánchez Hoyos, Gregorio Antonio Rico Guette, Bonthy Esther Bonfante Ledesma, José Yeimi Santamaría Molina, Guillermo Enrique Hoenigsberg Bornacelly, Víctor Manuel Guerrero Taján, Héctor Enrique Thorne Brown y Ángel Alberto Salas Fajardo.

Plantea que estas pruebas demuestran que:

- A. *Antes del 2007, la situación de la E.S.E. era caótica, totalmente desordenada, casi al punto de la desaparición.*
- B. *Consecuencia de las visitas de la Superintendencia Nacional de Salud, de sus hallazgos, recomendaciones y de la necesidad del Plan de Mejoramiento, unieron esfuerzos la Superintendencia, la Alcaldía de Barranquilla, la E.S.E., y la Junta Directiva de ésta, en pro de mejorar sustancialmente la situación de la empresa.*
- C. *Se consideró importante la celebración del contrato 018 de 2007. Hubo estudios previos, de prefactibilidad y factibilidad, se tuvieron en cuenta varias ofertas o propuestas –que no eran necesarios pues era perfectamente posible la contratación*

directa-, que fueron examinadas abiertamente sobre todo en la Alcaldía, pasó el asunto por la Junta Directiva de la E.S.E., por la Alcaldía, se recomendó su proyecto a un asesor jurídico externo y el convenio se firmó el 1° de agosto de 2007.

- D. Era claro que se imponía actualizar todo lo referente a la comunicación, información y actualización del software TRIADA.*
- E. El valor del contrato fue estimado como correcto y mucho más importante económicamente hablando que seguir pagando por mensualidades el arrendamiento de un software.*
- F. La Junta Directiva de la E.S.E. siempre estuvo enterada de todo lo que iba ocurriendo pues informaba la gerencia de la E.S.E., que se apoyaba en la subgerencia de la misma.*
- G. Siempre hubo ayuda, apoyo y capacitación del personal encargado de toda la Red, incluidas encuestas y presentación de manuales.*
- H. En la práctica jamás hubo suspensión de la ejecución del contrato.*
- I. Al contratista se le pagó el anticipo, previo el cubrimiento de muchos requisitos, incluidos los pasos de la cantidad por la Secretaría de Hacienda de la Alcaldía, la Alcaldía y la Fiduprevisora.*

De otro lado, plantea que su representado no pudo incurrir en el delito consagrado en el artículo 410 del Código Penal, porque: (i) el subgerente Salas Fajardo aclaró que era él quien “*coordinaba todo lo que era la parte administrativa de la E.S.E.*”; (ii) cuando se realizó o debió realizar la liquidación del contrato, ROMERO HANY no

hacia parte de la referida entidad pública, y (iii) los errores que se pudieron cometer en lo que atañe al anticipo no pueden subsumirse en el delito en mención.

Frente al delito de peculado, considera que no se configuró, toda vez que: (i) *“la firma Gestión y Tecnología Ltda., desplegó todas las tareas a las que se había comprometido. Por consiguiente, el avance o anticipo fue correcto”*; (ii) *“en razón del contrato 018 de 2007 jamás ingresaron dineros a las arcas de la E.S.E.”*, por lo que *“el doctor ROMERO no podía apropiarse de aquello que no tenía en sus manos”*; y (iii) *“el pago del anticipo estuvo revestido de varias formalidades y pasos todos dados a partir de la Alcaldía de Barranquilla y de una fiducia, en razón del convenio interadministrativo entre el burgomaestre y la E.S.E.”*.

Añadió que los testimonios de la contadora Popo Murillo, la técnica contable Isidora Barreto Villanueva y el ingeniero Ramírez Hamburger son insuficientes para concluir que existió falta de planeación. Los pormenores de este alegato serán retomados cuando se analicen los cargos en su fondo.

Basado en lo anterior, solicita a la Corte casar el fallo impugnado y emitir uno de reemplazo, de carácter absolutorio.

1.2. Segundo cargo (subsidiario): nulidad.



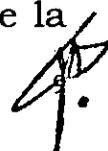
Bajo la égida de la causal de casación consagrada en el artículo 207, numeral 3°, de la Ley 600 de 2000, plantea que el Tribunal carecía de competencia para emitir el fallo cuestionado, como quiera que la Fiscalía sustentó el recurso de apelación extemporáneamente.

Al efecto, reseña el trámite de notificación de la sentencia de primera instancia (absolutoria), y concluye que como **todos los sujetos procesales se notificaron personalmente**, el edicto que se fijó por parte del Juzgado varios meses después de surtida la referida forma de notificación era improcedente y, por tanto, a través de ese mecanismo no se podía habilitar a la Fiscalía para corregir la omisión consistente en no sustentar la impugnación dentro del término legal. Los aspectos puntuales de su disertación serán analizados en detalle más adelante.

Basado en estos argumentos, solicita a la Sala *“casar la sentencia recurrida con base en la declaración de nulidad del fallo impugnado por incompetencia del Tribunal Superior de Barranquilla, y proferir decisión de fondo que declare desierto el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía contra la sentencia de primera instancia”*.

2. Demanda presentada por el defensor de AARON DAYAN AARON DE LA HOZ

Amparado en la causal de casación consagrada en el artículo 207, numeral 3°, de la Ley 600 de 2000, plantea que el proceso está viciado de nulidad, como quiera que la



Fiscalía sustentó el recurso de apelación extemporáneamente.

En esencia, plantea las mismas razones expuestas por el defensor de ROMERO HANY en el segundo cargo, y bajo esos presupuestos solicita a la Corte “*decretar la nulidad a partir de la fijación del edicto y dejar en firme la sentencia de primera instancia*”.

3. La demanda presentada por el defensor de RICARDO ENRIQUE CANTILLO CARRILLO.

Incluyó nueve cargos.

3.1. “Nulidad (contra la primera sentencia del Tribunal Superior de Barranquilla del 2 de abril de 2014) por irregularidades que afectan el debido proceso y la violación al derecho a la defensa al omitirse el principio de prioridad”.

En un discurso de difícil intelección, plantea que cuando el Tribunal anuló por falta de motivación la sentencia absolutoria proferida el **19 de julio de 2013** por el Juzgado Sexto Penal del Circuito Adjunto de Barranquilla, violó el “principio de prioridad”, en virtud del cual la absolución debe primar sobre la anulación del trámite. Para tales efectos, hace una citación descontextualizada de la jurisprudencia de esta Corporación atinente al aludido principio.



Por tanto, solicita a la Corte *“declarar la nulidad de la sentencia del 2 de abril de 2014, proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla”* y declarar que *“se deja en firme la sentencia absolutoria de primer grado proferida a favor de todos los acusados el 19 de julio de 2013”*.

3.2. *“Nulidad por irregularidades que afectan el debido proceso de la sentencia del Tribunal Superior de Barranquilla del 5 de agosto de 2016 por habilitarse una competencia funcional al admitir la sustentación extemporánea de la impugnación de la Fiscalía contra el fallo de primera instancia proferido el día 6 de mayo de 2015”*.

Frente a este aspecto, su argumentación y petición coincide, en lo fundamental, con el cargo que en el mismo sentido presentaron los defensores de ROMERO HANY y AARON DE LA HOZ.

3.3. *“Nulidad por irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso al desconocerse las normas sobre competencia en la sentencia del Tribunal Superior de Barranquilla del 5 de agosto de 2016”*.

Como el Tribunal en su momento anuló el fallo absolutorio proferido por el juzgador de primer grado, por falta de motivación, los mismos magistrados *“no podían conocer por segunda ocasión de la actuación procesal porque estaban incurso en la causal 4 del artículo 99 de la Ley 600 de 2000, al momento de proferir la sentencia del día 5 de agosto de 2016 y donde resolvieron por segunda ocasión revocar las absoluciones y en reemplazo condenar”*.

Por tanto, solicita *“casar la sentencia del 5 de agosto de 2016, dictada por la Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla, y declarar la nulidad de la actuación, de manera que el juicio en su integridad se tramite ante unos magistrados (conjuces) que no hayan intervenido en la actuación procesal”*.

3.4. “Nulidad por irregularidades que afectan el debido proceso y la violación del derecho a la defensa al omitirse el principio de limitación en la sentencia del Tribunal Superior de Barranquilla del 5 de agosto de 2016”.

Lo anterior por cuanto el Tribunal, al resolver el recurso de apelación, abordó temas que no fueron objeto de impugnación por parte de la Fiscalía, especialmente en lo que concierne al delito de peculado.

A la luz de estos argumentos, solicita *“declarar la nulidad de la sentencia del Tribunal Superior de Barranquilla”, y “dejar en firme la sentencia proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Descongestión de Barranquilla el día 6 de mayo de 2015”*.

3.5. “Incongruencia entre la acusación y la sentencia del Tribunal Superior de Barranquilla del 5 de agosto de 2016”.

Considera que el Tribunal, al concluir que la apropiación del dinero *“fue a favor de terceros”*, y al plantear una hipótesis de coautoría, desbordó los términos de la



acusación, pues allí no se indicó lo primero, y, frente a lo segundo, se dijo que los procesados deben responder como autores –y el contratista como interviniente-.

En consecuencia, considera que la Corte debe casar el fallo impugnado y declarar la nulidad del mismo, para que se profiera uno nuevo en el que se respete el principio de congruencia.

3.6. “Violación indirecta de la ley sustantiva por error de hecho por falso juicio de convicción al darle carácter de prueba a los informes de policía judicial”.

El artículo 314 de la Ley 600 de 2000 dispone que estos medios de información pueden ser utilizados para orientar la investigación, pero no son admisibles como prueba.

Como el Tribunal basó la condena en los informes presentados por el Cuerpo Técnico de Investigación, trasgredió la referida norma, razón suficiente para que la Corte deba casar el fallo impugnado, *“dejando sin validez el carácter probatorio del informe judicial No. 247 de 2010, y en consecuencia se proceda a absolver a los condenados”*.

3.7. “Violación indirecta de la ley sustantiva, por falso juicio de existencia por omisión (estudios previos)”.

Para sustentar este aserto, planteó lo siguiente:

Los honorables magistrados del Tribunal Superior de Barranquilla, revocaron las 2 absoluciones falladas por los jueces de primera instancia y a pesar de que los magistrados penetraron al fondo del expediente desde el primer fallo y haberlo conocido exhaustivamente, no se percataron que estaban incurriendo en un error constitutivo de un falso juicio de existencia por omisión al desconocer el estudio de conveniencia y oportunidad arrimado al expediente en juicio.

En la ampliación de indagatoria efectuada al ingeniero OSWALDO DEDE, el 13 de septiembre de 2010, en la página Nro. 8 a la 15, hace entrega a la Fiscalía como pruebas varios documentos que pasaron a constituir el anexo Nro. 1, 2, 3, 4 y 5 del expediente.

El anexo Nro. 2, prueba que en el mes de marzo se había efectuado una evaluación del sistema de información de los distintos centros hospitalarios del Distrito de Barranquilla y lo cual fue compilado en un informe que conforma este anexo.

A raíz del plan de mejoramiento y seguimiento planteado por la Superintendencia de Salud, se hacían evaluaciones permanentes por todas las áreas administrativas de salud y esto quedaba plasmado en unas actas de compromisos como consta en el anexo Nro. 3.

El anexo 2 y 3 prueban que, sí hubo con antelación a la suscripción del contrato con la empresa Gestión y Tecnología, el 1 de agosto de 2007 un estudio de conveniencia y oportunidad (sic).

El fiscal tenía razón cuando decía que los informes de los anexos mencionados entregados por el ingeniero DEDE, a los cuales se hace referencia en la ampliación de indagatoria del 8 de junio de 2010, en ningún momento estos informes se pueden considerar como estudios previos o estudios de factibilidad o pre-factibilidad



ni mucho menos y esto es cierto; estos documentos no son un estudio, son la base que sirvió de fuente para la elaboración del estudio de conveniencia y oportunidad que reposa en los folios 221 y siguientes, del cuaderno Nro. 1 del juicio en el Juzgado Primero Penal del Circuito de descongestión de Barranquilla y lo cual ha sido ostensiblemente omitido por los falladores de segunda instancia.

Basado en lo anterior, solicita casar el fallo impugnado y emitir uno de reemplazo, de carácter absolutorio.

3.8. “Violación indirecta de la ley sustantiva por falso juicio de existencia por omisión (selección objetiva).”

En el mismo sentido del cargo anterior, plantea que el Tribunal omitió considerar los documentos visibles a folios 264 a 279 del cuaderno principal, atinentes a las propuestas que fueron presentadas por varias empresas interesadas en contratar con la ESE lo que a la postre fue el objeto del contrato 018 de 2007. Resaltó que “del total de las empresas invitadas, hubo 7 que presentaron sus propuestas de software para la ESE RED HOSPITALARIA”.

Agregó lo siguiente:

Al final de la evaluación la doctora BETTY RODRÍGUEZ PIMIENTA, como jefe de sistema de la Alcaldía de Barranquilla, es la que determina recomendar la solución del software TRIADA que ya tenía operación en la Red Hospital de Barranquilla.

Todo esto fue ratificado y probado por la ingeniera BETTY RODRÍGUEZ, en sus declaraciones juramentadas entregadas a la

Fiscalía en la instrucción, así como las manifestaciones del gerente de la Red Pública Hospitalaria (folios 252 a 255 del cuaderno original número 5) y donde expresó tajantemente que ante la inminencia de la liquidación de los hospitales se vio en la necesidad de suscribir un convenio de apoyo con la Alcaldía y con lo cual logró impedir el cierre y la liquidación de los hospitales de la ciudad de Barranquilla.

En el cuaderno de juicio Nro. 2, folios 37 al 44, está la declaración juramentada del señor Juan Carlos Sánchez Hoyos, director nacional del área financiera de la Superintendencia Nacional de Salud y donde expresa que la REDEHOSPITALES requería la adquisición y el licenciamiento de un sistema de información.

(...)

El estudio de conveniencia y oportunidad, suscrito por el ingeniero DEDE, reposa en el folio Nro. 144 de cuaderno original, anexo Nro. 4. Las distintas propuestas recibidas, están en el folio 72 al 143 del C.O. Nro. 2.

(...)

A partir de la recomendación sobre la mejor propuesta de software se procedió a solicitar las disponibilidades y registros presupuestales como consta en los folios 37 y 39 del C.O Nro. 1.

Que el contrato se desarrolló y ha venido funcionando hasta que la Fiscalía procedió a abrir la investigación por el uso sin autorización del software como consta en el folio 243 del C.O. Nro. 5.

Concluye que de haber valorado el Tribunal estas pruebas, necesariamente hubiera concluido que “sí hubo planeación y en especial una selección objetiva”.

Sobre esta base argumentativa, presenta una solicitud semejante a la expresada en el cargo anterior.

3.9. “Violación directa de la norma sustancial, derivada de la indebida aplicación de los artículos 6, 9, 10, 11, 31, 270, 271 y 397 del Código Penal, relacionados con los artículos 29, 93 y 228 de la Constitución Política de Colombia, así como también las normas de la Convención de Berna, la decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena y la Ley 23 de 1982”.

En su opinión, el Tribunal *“incurre en un yerro al establecer que todo delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales deriva en el de peculado, porque toda actuación posterior es ilícita, luego entonces, si ilícito es el contrato, ilícitos son los pagos y por ende se configura automáticamente la apropiación”.*

Añade que *“si uno de los elementos estructurales del tipo penal de peculado, está en el acto de apropiación en favor propio o de un tercero, entonces para determinar la existencia del peculado, dentro de la actuación debe contarse con la prueba necesaria que conduzca a la certeza a voces del artículo 232 de la Ley 600 de 2000”.*

Aunque orientó la censura por la senda de la violación directa de la ley sustancial, destina buena parte de este acápite a analizar las pruebas, con el propósito de resaltar lo siguiente: (i) en todas las ofertas presentadas por quienes aspiraban a contratar con la ESE *“existe un componente denominado licencia”*; (ii) *“en pleno juicio el juez ordenó la realización de una inspección judicial”* y gracias a ello se

pudo constatar que *“el software TRIADA se encuentra bajo custodia en la oficina de la gerencia de sistemas”* –folios 298 a 303 del cuaderno número 1-; (iii) *“en los folios 38 al 155, está el manual TRIADA, recibido por la Red Hospitalaria y todos los soportes de instalación están en los folios 1 al 123 del cuaderno uno de juicio”*; (iv) *“en el folio 24 de cuaderno 3 del juicio está una declaración juramentada donde se reconoce y prueba que el autor del software Triada es la empresa Gestión y Tecnología Ltda.”*; (v) *“a folio 106 del cuaderno 6 está el acta de capacitación, así como en los folios 158 a 162 del cuaderno 8, así como en los folios 165 y 166 del cuaderno 10”*.

En el mismo sentido, señaló que *“en los folios 1 y 2 del cuaderno 3 del juicio, está el informe de los peritos ante las pruebas requeridas por el señor juez y donde ellos expresan que es difícil determinar una estimación sobre el valor del software y expresan que este debe actualizarse y esto es normal y es lo que pasa con el sistema Word de Microsoft que hay que actualizarse permanentemente”*.

Luego de referirse a las normas locales e internacionales que protegen los derechos de autor, resalta que CANTILLO CARRILLO era el propietario del software TRIADA, que lo transfirió a la ESE RedeHospital y que en este caso solo podría hablarse de peculado si ese traspaso no se hubiera realizado.



Por tanto, solicita a la Corte casar el fallo impugnado, para que en su lugar se emita uno de carácter absolutorio a favor de su representado.

4. Demanda presentada por el defensor de OSWALDO DEDE MENDOZA

Incluyo dos cargos.

4.1. Primer cargo (principal) *“nulidad por violación del debido proceso, en tanto que la sentencia de segunda instancia no cuenta con una adecuada motivación de la sanción penal”.*

Sus argumentos, en cuanto resulte necesario según la decisión que tomará la Sala, serán relacionados más adelante.

Basado en estos planteamientos, solicita a la Corte decretar la nulidad del fallo impugnado, y remitir el expediente al Tribunal *“para que profiera un nuevo fallo que se corresponda con las exigencias mínimas en materia de debido proceso”.*

4.2. Segundo cargo (Subsidiario): *“violación directa de la ley sustancial por indebida aplicación del artículo 410 del Código Penal y falta de aplicación del artículo 195.6 de la Ley 100 de 1993 y del artículo 16 del Decreto 1876 de 1994”.*

Luego de explicar por qué los contratos celebrados por las empresas sociales del Estado están regidos por el derecho privado, principalmente porque así lo dispone el artículo 195, numeral 6°, de la Ley 100 de 1993, plantea que para la solución de este caso no podían considerarse los principios que rigen la contratación administrativa. Dijo:

Por supuesto, que al estar vinculadas las ESE a la Administración Pública deben verificar porque se cumplan los principios contenidos en el artículo 29 superior, y ello no se discute, pero esta situación no puede interpretarse, como lo hace el Tribunal, como que estos principios se incluyen en la normatividad contractual de estas entidades, que, conforme se ha indicado de manera exhaustiva se rigen por el derecho privado en su actividad contractual.

De manera que el reproche que hace el Tribunal, consistente en no haber atendido los principios de planeación, selección objetiva, transparencia y responsabilidad simplemente no aplica, al estar contenidos en un estatuto que no rige para este tipo de contratos en particular.

(...)

Respecto de los demás principios, particularmente los de transparencia, planeación y responsabilidad sucede lo mismo, en tanto que, al ser principios que están contenidos en un estatuto particular, esto es, la Ley 80 d 1993, no resultan aplicables a una actividad que se rige no solo por otro estatuto, la Ley 100 de 1993, sino que se encuentra en otra esfera jurídica, como lo es la de la autonomía de la voluntad.

Por tanto, solicita a la Corte casar el fallo impugnado, “y en su lugar se absuelva a mi prohijado del cargo de



celebración de contrato sin cumplimiento de los requisitos legales esenciales por el que fue condenado”.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Considera la Delegada del Ministerio Público, que previo a decidir sobre el recurso de casación, corresponde a la Corte declarar oficiosamente la prescripción de la acción tipificada en el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, por el cual se acusó como interviniente a RICARDO ENRIQUE CANTILLO CARRILLO, toda vez que transcurrieron cinco años desde el momento en el cual cobró ejecutoria la resolución de acusación (19 de octubre de 2011), hasta cuando el proceso se hallaba en trámite para sustentar el recurso extraordinario de casación, perdiendo así el Estado la potestad sancionatoria.

En punto de las demandas, señaló:

**La propuesta por la defensa de AARON DAYÁN
AARON DE LA HOZ:**

Considera que el cargo de nulidad planteado para que se invalide lo actuado a partir del auto que dispuso el envío de la actuación al Tribunal para resolver el recurso de apelación interpuesto por la fiscalía contra la sentencia de primer grado, pese a que la sustentación se presentó en forma extemporánea, no está llamado a prosperar.



Aunque encuentra que la secretaría del despacho judicial notificó por edicto el fallo absolutorio, pese a que ya se había notificado personalmente a todos los sujetos procesales, el demandante no cumplió con la carga de acreditar la existencia de los principios que orientan las nulidades, especialmente, el de no convalidación de la actuación irregular, puesto que la defensa de este procesado guardó silencio durante el trámite del recurso de apelación.

Agrega, que las Cortes Constitucional y Suprema de Justicia, han sido prolijas en sus pronunciamientos sobre el principio de confianza legítima en las autoridades judiciales, concluyendo que no es viable deducir cargas adversas para los sujetos procesales, del error de la secretaría del despacho judicial.

Acorde con lo anterior, solicita desestimar el cargo.

Demanda presentada por el defensor de GUSTAVO ADOLFO ROMERO HANY:

Ante el cargo por violación indirecta de la ley como consecuencia del error de hecho por falso juicio de existencia por omisión en la valoración de ocho testimonios, que, según el recurrente demuestran la inocencia del acusado ROMERO HANY, encuentra que a pesar de que el Tribunal no los mencionó, su contenido es intrascendente para derruir las consideraciones de la sentencia condenatoria.



22

Difiere de la percepción del recurrente, en relación con el hecho de que lo declarado por los ocho testigos tuviera suficiente peso probatorio como para ser el sustento de una decisión absolutoria, pues todos coinciden en deponer que la ejecución del contrato nunca se presentó, más en contra de sus dichos, obra el acta de suspensión suscrita por los interventores DEDE MENDOZA, AARON DE LA HOZ y el contratista CANTILLO CARRILLO.

Solicita la desestimación del cargo.

Demanda presentada por la defensa de OSWALDO ENRIQUE DEDE MENDOZA:

Por la vía de la nulidad, el recurrente ataca la sentencia de segunda instancia, la que acusa de carecer de motivación de la sanción penal.

Solicita la Procuradora Delegada, la desestimación del cargo principal, toda vez que el demandante no dio a conocer la manera como esa falencia afectó las mínimas garantías procesales fundamentales del acusado.

De la misma manera conceptuó sobre el cargo subsidiario de violación directa de la ley sustancial, por la indebida aplicación del artículo 410 del Código Penal, frente al cual entiende que así la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1876 de 1994 establezcan que la contratación de las ESE se rige por el derecho privado, ello no exime a los servidores

públicos de respetar los principios generales de la contratación estatal.

Demanda presentada por la defensa de RICARDO ENRIQUE CANTILLO CARRILLO:

Sobre el cargo primero de la demanda, referido a la supuesta nulidad que cobija la sentencia de segunda instancia de fecha 2 de abril de 2014, mediante la cual el Tribunal declaró la nulidad de la de primer grado por ausencia de motivación, solicita la representante del ministerio público la desestimación, por no avenirse a ninguna de las causales que taxativamente prevé el artículo 306 de la Ley 600 de 2000.

Los cargos subsidiarios (3º, 4º y 5º) referidos a los vicios de la sentencia de segundo grado, por haber sido proferida por (i) magistrados sin “competencia”; (ii) con violación del principio de limitación en cuanto la Fiscalía solo sustentó el recurso de apelación frente al tipo penal de peculado por apropiación, y (iii) afectación al principio de congruencia, son igualmente considerados por la delegada como improcedentes, debido a que tales afectaciones no se presentaron.

Los cargos (6º, 7º y 8º) relacionados con la violación indirecta de la ley sustancial por errores de derecho y de hecho, fueron objeto de análisis, arribando a las siguientes conclusiones: no es cierto que la sentencia condenatoria se haya edificado únicamente en los informes de policía


24

judicial. Tampoco probó el recurrente que el fallador hubiera omitido la valoración de los estudios previos y de las pruebas que dan cuenta que hubo selección objetiva del contratista; adicionalmente, nada dijo acerca de la manera como, de haber sido analizadas, habría cambiado el sentido de la decisión.

Sobre el último cargo subsidiario postulado al amparo de la violación directa de la ley por indebida aplicación de los artículos 6, 9, 10, 11, 31, 270, 271 y 397 del Código Penal; artículos 29, 93 y 228 de la Constitución Política, la Convención de Berna y la Ley 23 de 1982, indicó la Procuradora que debe ser desestimado, dado que no es cierto que el Tribunal hubiera estructurado el delito de peculado, con fundamento en la configuración del punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

CONSIDERACIONES

Para resolver el presente asunto, la Sala seguirá el siguiente derrotero:

En primer término, estudiará los cargos orientados a cuestionar la competencia del Tribunal para resolver el recurso de apelación, que, según los impugnantes, fue sustentado extemporáneamente por la Fiscalía.

Este estudio es obligatorio porque atañe a la competencia que tiene esta Corporación para pronunciarse



de fondo sobre las demandas de casación atrás relacionadas.

En el mismo sentido, analizará el cargo orientado a demostrar que la Fiscalía apeló el fallo absolutorio solo en lo que se refiere al delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, por lo que el Tribunal, y en consecuencia la Corte, no tendrían competencia para analizar lo concerniente al delito de peculado.

Luego, estudiará los cargos por violación directa e indirecta de la ley sustancial, orientados a que la Sala case el fallo impugnado y emita uno de reemplazo, de carácter absolutorio. Se anticipa que la forma como se resolverán estas censuras hace innecesario el estudio de las restantes causales de nulidad invocadas por los demandantes, en virtud del "*principio de prioridad*".

En este ámbito, se analizarán los siguientes temas: (i) el desarrollo jurisprudencial del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales; (ii) la obligación de precisar, en la acusación y la sentencia, los hechos jurídicamente relevantes que estructuran la premisa fáctica; (iii) el caso puesto a consideración de la Sala.

1. Los cargos que atañen a la competencia del Tribunal para resolver el recurso de apelación



1.1. La sustentación extemporánea del recurso de apelación que interpuso la Fiscalía en contra de la sentencia absolutoria

Tres de los impugnantes plantean que el Tribunal no era competente para proferir el fallo de segunda instancia, porque la Fiscalía sustentó el recurso de apelación extemporáneamente.

Para sustentar este aserto, los tres impugnantes asumen que todos los sujetos procesales se notificaron personalmente, por lo que el edicto, además de innecesario, no puede ser el instrumento para extender los términos de sustentación de la alzada más allá de lo establecido en la ley. Sobre la misma premisa se edifica la argumentación del Tribunal y la del delegado de la Procuraduría para el trámite de casación.

La Sala encuentra que las anteriores argumentaciones parten de un presupuesto equivocado, porque la sentencia proferida el seis de mayo de 2015 por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Barranquilla no le fue notificada personalmente a todos los sujetos procesales. En efecto, en el cuaderno original número 4 consta lo siguiente:

A folios 1 a 119 reposa la sentencia de primera instancia.

En el dorso del folio 198 aparecen las siguientes notificaciones: (i) en la primera parte, la realizada al

abogado Klever Barrios, en calidad de defensor de GUSTAVO ROMERO HANY; (ii) luego, figura la notificación del defensor de RICARDO CANTILLO CARRILLO; (iii) a continuación, la efectuada al representante de la parte civil; y (iv) seguidamente, la notificación del delegado del Ministerio Público.

En el dorso del folio 199 aparecen las siguientes notificaciones: (i) en la primera parte, la realizada al apoderado judicial de AARON DAYAN AARON DE LA HOZ; (ii) luego, la practicada a este procesado; (iii) a continuación, suscribe el acta de notificación el procesado RICARDO CANTILLO CARRILLO; (iv) seguidamente se observa el acta suscrita por el defensor de DEDE MENDOZA; y (v) en la última parte aparece la notificación de este procesado.

A folios 200 y 212 se observan los oficios emitidos por el Juzgado, dirigidos a los sujetos procesales para que comparezcan a notificarse personalmente del fallo absolutorio. El dorso de esos documentos está en blanco.

En el folio 213 aparece el despacho comisorio 001, dirigido por el Juzgado al “Coordinador de Fiscalías Unidad Nacional Anticorrupción de Bogotá”, con la finalidad de que se le notifique personalmente la sentencia al fiscal del caso. El dorso de este documento está en blanco. En el folio 214 se aprecia el sobre utilizado para remitir el despacho comisorio.



El folio 215 corresponde a la misiva remitida por una asistente de la Fiscalía, quien solicita se expida un despacho comisorio para que el fiscal sea notificado de la sentencia.

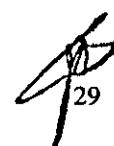
En los folios 216 a 226 se observa el trámite impartido al despacho comisorio y la notificación personal del fiscal. El dorso de estos documentos está en blanco.

A folios 227 y 228 se aprecia el informe secretarial atinente a la recepción del proceso (ante la extinción del Juzgado que lo venía impulsando) y el auto emitido por el Juez para “avocar conocimiento”. No existen anotaciones en la parte trasera de estos folios.

En los folios 229 a 235 aparecen las comunicaciones enviadas por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Descongestión de Barranquilla, orientadas a enterar a los sujetos procesales de la decisión de “avocar conocimiento”. Nada se anotó en el dorso de estos documentos.

En el folio 236 se observa el edicto fijado por la Secretaria del Juzgado, a través del cual

HACE SABER que dentro del proceso adelantado en contra de GUSTAVO ADOLFO ROMERO HANY, OSWALDO ENRIQUE DEDE MENDOZA, AARON DAYÁN DE LA HOZ (sic) y RICARDO ENRIQUE CANTILLO CARRILLO (...) se dictó sentencia absolutoria el 06 de mayo de 2015. Para la notificación de las partes se fija este EDICTO en lugar visible de la Secretaría el 31



29

de agosto de 2015. Vence el término el dos de septiembre de 2015.

Los folios siguientes (237 a 257) corresponden a la sustentación del recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía, que, según consta en el folio 237, fue recibida por el Juzgado el tres de septiembre de 2015, a las 2:43 de la tarde.

Así, es claro que el procesado GUSTAVO ADOLFO ROMERO HANY no fue notificado personalmente de la sentencia absolutoria emitida por el funcionario de primera instancia, lo que deja sin fundamento los argumentos de los impugnantes y del delegado del Ministerio Público, pues, se insiste, los mismos se edificaron sobre la idea que todos los sujetos procesales se notificaron personalmente del proveído en mención.

Lo anterior bajo el entendido de que a falta de notificación personal, procede la notificación por edicto, según lo ordena el artículo 180 de la Ley 600 de 2000.

Por lo expuesto, este cargo será desestimado.

1.2. La Fiscalía no apeló el fallo absolutorio en lo que concierne al delito de peculado

Este cargo no está llamado a prosperar, porque la trasgresión al principio de corrección material en la que incurre el impugnante es manifiesta.



Como bien lo anota el delegado del Ministerio Público, en el escrito de sustentación del recurso de apelación la Fiscalía¹ destinó un acápite para expresar su inconformidad frente a la absolución por el delito de peculado (folios 252 y siguientes), donde, entre otras cosas, planteó lo siguiente:

La Fiscalía en sus intervenciones ha dejado sentado que el peculado que se reprocha a los acusados tiene relación con el elemento normativo “se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o empresas o instituciones en que este tenga parte”, como puede apreciarse en la intervención en la audiencia preparatoria por parte de la Fiscalía y traído textualmente en la sentencia recurrida. Resulta entonces evidente que el ad-quo no hizo análisis de los elementos que integran el tipo penal y por consiguiente dejó de lado cualquier valoración de los mismos y el acervo probatorio...

(...)

En razón a que el tipo penal de contrato sin requisitos legales no comporta la etapa de ejecución del contrato, se deriva la existencia autónoma del delito de peculado por apropiación, en razón a que debido al no cumplimiento del contrato se generó un detrimento patrimonial...

El hecho de que la Fiscalía no incluyera en su argumentación todos los elementos estructurales de la conducta punible no implica, como parece entenderlo el demandante, que haya expresado su conformidad frente a

¹ Folios 237 a 258 del cuaderno original número 4.



la absolución por este delito o incumplido la carga de sustentar el recurso.

En consecuencia, este cargo será desestimado.

2. Los cargos por violación directa e indirecta de la ley sustancial

Según se indicó en precedencia, en este acápite se analizarán los siguientes temas: (i) el desarrollo jurisprudencial del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales; (ii) la obligación de precisar, en la acusación y la sentencia, los hechos jurídicamente relevantes que estructuran la premisa fáctica; (iii) el caso puesto a consideración de la Sala.

2.1. Desarrollo jurisprudencial del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales

El artículo 410 dispone:

*El servidor público que por razón del ejercicio de sus funciones **tramite** contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o lo **celebre** o **liquide** sin verificar el cumplimiento de los mismos, incurrirá en prisión de 64 a 216 meses (...).*

La jurisprudencia ha establecido tres parámetros frente al delito consagrado en el artículo 410 del Código Penal, determinantes para resolver el asunto que ocupa la atención de la Sala: (i) el delito de contrato ~~sin~~

cumplimiento de requisitos legales solo es predicable de las fases de trámite, celebración y liquidación; (ii) aunque los principios consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política y los que rigen la contratación administrativa en general son aplicables a todos los contratos celebrados por servidores públicos en ejercicio de sus funciones, la alusión genérica a la trasgresión de dichos principios no puede aceptarse como referente suficiente para tener por estructurado el delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*; y (iii) para constatar si se ha configurado el delito en mención, debe considerarse el tipo de contratación y el régimen jurídico a que está sometido.

La Sala hará un recuento de los referidos aspectos jurisprudenciales, y luego se ocupará del régimen jurídico vigente para cuando la Empresa Social del Estado RedeHospital de Barranquilla celebró el contrato número 018 de 2007.

2.1.1. Las fases del proceso de contratación en que puede materializarse el delito consagrado en el artículo 410 del Código Penal

Recientemente (CSJ SP, 24 Nov. 2016, Rad. 46037), esta Corporación, basada en sus propios precedentes, reiteró que el delito consagrado en el artículo 410 del Código Penal solo es predicable de las fases de trámite, celebración y liquidación. Por tanto, las actuaciones

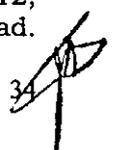
realizadas durante la fase de ejecución no pueden subsumirse en este tipo penal. Dijo:

Por otra parte, en lo que atañe al ámbito de aplicación del art. 410 del CP, según la fase en que se encuentre el contrato, ha de clarificarse que la punibilidad de la conducta del servidor público no se predica de la totalidad de las etapas contractuales. Tal como lo ha precisado la Corte (CSJ SP, 9 feb. 2005, rad. 21.547 y CSJ SP, 23 mar. 2006, rad. 21.780), las formas de comisión de este delito se refieren a comportamientos distintos; así, una es la conducta aludida en la primera modalidad, donde se reprocha el hecho de tramitar el contrato sin observar sus requisitos legales esenciales; y otra, la de quien lo celebra o liquida, pues en estos casos la prohibición se hace consistir en no verificar el cumplimiento de los requisitos legales inherentes a cada fase.

Es decir, en el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, la inobservancia de formalidades inherentes a la ejecución del contrato no comporta reproche penal. Esta tesis fue acogida por la jurisprudencia de la Sala (CSJ SP, 20 may. 2003, rad. 14.669) y, desde entonces, ha venido siendo reiterada.² Por expresa disposición legal, la mencionada conducta punible se limita a las etapas de tramitación, celebración o liquidación, sin que pueda entenderse que todo lo que tenga que ver con la contratación administrativa pertenece al trámite del contrato.

La tramitación, en sentido estricto, corresponde a la fase precontractual, comprensiva de los pasos que la administración debe seguir 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. Mientras la liquidación es una actuación

² Cfr., entre otras, CSJ SP 09 feb. 2005, rad. 21.547; SP 16 feb. 2005, rad. 15.212; SP 08 nov. 2007, rad. 26.450; SP 13 may. 2009, rad. 30.512; SP 16 nov. 2009, rad. 25.650; AP 10 may. 2011, rad. 34.282 y SP 11 jul. 2012, rad. 37.691.

34 

administrativa posterior a la terminación de contrato, por cuyo medio las partes verifican en qué medida y de qué manera cumplieron las obligaciones recíprocas de él derivadas, con el fin de establecer si se encuentran o no a paz y salvo por todo concepto derivado de su ejecución³.

Esa comprensión del limitado ámbito de aplicación de la conducta punible descrita en el art. 410 del CP, según las aludidas fases de la contratación, descartando su ampliación a otras etapas contractuales, es corolario de la vigencia del principio de legalidad, en su componente de estricta tipicidad (art. 10 inc. 1º ídem). Al respecto, la Sala (CSJ SP 11 jul. 2012, rad. 37.691) puso de presente:

“Ninguna explicación razonable tendría que el legislador, al tipificar el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, hubiese empleado los términos “tramitar”, “celebrar” y “liquidar” para definir las fases en cuyo ámbito se estructura la conducta punible, indicando así que el primero de ellos no se refiere a todo el proceso contractual sino solamente a una parte de él, no otro que el correspondiente a la etapa precontractual, porque de ahí en adelante solamente decidió tipificar el ciclo propiamente contractual y el atinente a la liquidación.

Digase, adicionalmente, que si bien el principio de legalidad que gobierna la contratación impone predicar la configuración del mencionado ilícito cuando se desconocen los axiomas tutelares de esa clase de actuaciones estatales, como planeación, economía, responsabilidad, transparencia y selección objetiva, lo cierto es que el mismo principio de legalidad únicamente tolera la imposición de sanciones penales cuando el comportamiento del agente se enmarca estrictamente en una descripción típica previamente establecida por la ley. Si tal situación no acontece,

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sec. 3ª, Sub. B, sent. 29.02.2012, exp. 19.371.

la conducta devendrá atípica por la no realización de todos sus elementos descriptivos”.

2.1.2. La imposibilidad de tener por materializado el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales a partir de la alusión genérica a la violación de los principios que rigen la contratación pública

De otro lado, la Sala ha establecido parámetros para delimitar la normatividad que puede tenerse como referente para completar el contenido del artículo 410 en cada caso en particular, en orden a salvaguardar el principio de legalidad, habida cuenta de que se trata de un “*tipo penal en blanco*”.

En tal sentido, en la decisión CSJ SP 3963, 22 mar. 2017, Rad. 40216, la Sala, basada en sus propios precedentes y en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, reiteró que aunque es cierto que los principios consagrados en el artículo 209 de la Carta Política y los que rigen la actividad contractual estatal en general son aplicables a cualquier tipo de contrato celebrado por los servidores públicos en ejercicio de sus funciones, ello no implica que la alusión genérica a la trasgresión de dichos principios pueda aceptarse como referente suficiente para tener por estructurado el delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*. Aclaró:



36

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 2° 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.

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...⁴.”

Cuando ese complemento está constituido por principios, debe tenerse en cuenta que estos se caracterizan por tener “*textura abierta*”, lo que puede limitar su eficacia directa, o, visto de otro modo, es posible que requieran de un desarrollo normativo puntual en cada ámbito del tráfico jurídico, lo que adquiere mayor relevancia cuando se trata de establecer la ley penal aplicable a un determinado caso, que debe reunir los requisitos referidos en los precedentes jurisprudenciales atrás relacionados. Al respecto, es ilustrativo lo expuesto por la Corte Constitucional en torno a los principios consagrados en la Constitución Política:

Los principios fundamentales del Estado son una pauta de interpretación ineludible por la simple razón de que son parte de la Constitución misma y están dotados de toda la fuerza normativa que les otorga el artículo cuarto del texto fundamental. Sin embargo, no siempre son suficientes por sí solos para determinar la solución necesaria en un caso concreto. No obstante el hecho de poseer valor normativo, siguen teniendo un carácter general y por lo tanto una textura abierta, lo cual, en ocasiones, limita la eficacia directa de los mismos. En estos casos se trata de un problema relativo a la eficacia más o menos directa de los principios y no a un asunto relacionado con su falta de fuerza normativa. En síntesis, un principio constitucional jamás puede ser desconocido en beneficio de otra norma legal o constitucional o de otro principio no expresamente señalado en la

⁴ Negrillas fuera del texto original.

Constitución, pero puede, en ciertos casos, necesitar de otras normas constitucionales para poder fundamentar la decisión judicial⁵.

2.1.3. La obligación de considerar el tipo de contrato y el régimen jurídico al que está sometido

Acorde con lo anterior, esta Corporación ha hecho énfasis en la obligación de precisar la naturaleza del contrato cuestionado, como requisito elemental para establecer la reglamentación aplicable, lo que a su vez se erige en presupuesto ineludible para constatar la materialización del delito regulado en el artículo 410 del Código Penal (CSJ SP, 23 Nov. 2016, Rad. 46037). En la misma decisión se resaltó que

[e]ntre 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.

2.1.4. Los principios que rigen la contratación pública son protegidos de

⁵ T-406 de 1992.

diversas formas en el ordenamiento penal

Acorde con lo expuesto en precedencia, sin mayor esfuerzo puede concluirse que la determinación de la premisa jurídica en las hipótesis delictivas correspondientes al artículo 410 del Código Penal (“tipo penal en blanco”) suele ser más sencilla cuando la actividad contractual está más regulada, simple y llanamente porque los requisitos supuestamente inobservados por el funcionario pueden identificarse con mayor facilidad.

En todo caso, debe tenerse en cuenta que los principios referidos a lo largo de este proveído son protegidos de formas diversas en el ordenamiento penal, como sucede con la consagración de los delitos de violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades (Art. 408), interés indebido en la celebración de contratos (Art. 409), etcétera.

Por tanto, cuando la Fiscalía considere que han ocurrido irregularidades atentatorias contra la administración pública, debe revisar con cuidado sus hipótesis fácticas y jurídicas, de lo que depende la determinación de la trascendencia penal de los hechos, porque, a manera de ejemplo, es posible que no pueda establecerse la inobservancia de alguno de los requisitos que deben cumplirse en las fases de trámite, celebración y liquidación del contrato, pero se pueda acreditar que el funcionario se interesó indebidamente en el contrato, en los términos del



artículo 409. Lo anterior sin perjuicio de que una correcta investigación permita establecer que no se ha trasgredido la ley penal.

2.1.5. El régimen jurídico vigente para cuando la ESE REDEHOSPITAL de Barranquilla celebró el contrato 018 de 2007

Según se indicó en el numeral anterior, los contratos estatales están sometidos a regímenes reglados, lo que tiene correlación con el margen de discrecionalidad de los funcionarios competentes para celebrarlos.

En el caso de las Empresas Sociales del Estado, el legislador dispuso expresamente que *“en materia contractual se regirá por el derecho privado, pero podrá discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública”* (Art. 195, numeral 6º, de la Ley 100 de 1993).

Las razones que ameritan un tratamiento normativo especial pueden ser de diverso orden, bien que se trate de poner a la respectiva entidad pública en un plano de igualdad frente al sector privado con el que debe competir, porque el objeto del contrato requiera de procesos céleres, etcétera.

No obstante, debe tenerse presente que todas las formas de contratación estatal, incluso las regidas por el derecho privado, están sometidas a los principios consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política y a los que rigen la contratación administrativa, como lo ha señalado de tiempo atrás esta Corporación (CSJ SP, 5 Nov. 2008, Rad. 25104; CSJ SP 3963, 22 Mar. 2017, Rad. 40216; entre otras). En el mismo sentido, desde tiempos inmemoriales el Consejo de Estado ha precisado que la reglamentación especial a que están sometidas las empresas sociales del Estado contiene

[u]na rica gama de potestades especiales, que tienen por virtud sustraer del régimen común de la contratación entre particulares a los contratos celebrados por las empresas sociales del Estado y le permiten un manejo adecuado de las circunstancias en que se desenvuelve la ejecución de los mismos. Ahora bien, que no sea aplicable la ley 80 sino en las condiciones anotadas, no implica que sus representantes o quienes tengan las funciones de adelantar los procedimientos de contratación, puedan abstenerse de realizar los estudios y evaluaciones necesarios y de tomar todas las medidas indispensables para asegurar los intereses del Estado, los que siempre están presentes en la actividad de los entes públicos, por el sólo hecho de tener ellos ésta naturaleza, indisolublemente asociada al interés general, máxime cuando de por medio está la prestación directa de los servicios públicos de salud por la Nación y las entidades territoriales. Lo anterior significa que el régimen de contratación de derecho privado no restringe el alcance del principio de prevalencia del interés general - que hace parte de aquellos que dan fundamento filosófico y político a la República -, ni el de los fines del Estado, como tampoco del principio de responsabilidad por omisión o extralimitación en el ejercicio de funciones por

parte de los agentes de la administración contratante. Si no se estipulan cláusulas exorbitantes, procede la aplicación de las normas de derecho privado, contenidas en los códigos civil y comercial, o de las contenidas en disposición (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. C.P. Flavio Rojas Rodríguez. Concepto emitido el 6 de abril de 2000, bajo el radicado 1263).

En todo caso, debe tenerse en cuenta que los principios consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política, y los atinentes a la contratación pública en particular, son desarrollados de diferente forma en los respectivos regímenes contractuales. Incluso en el marco de la Ley 80 de 1993, dicho desarrollo varía dependiendo de si debe realizarse licitación pública o si es posible optar por la contratación directa (CSJ SP, 23 Nov. 2016, Rad. 46037).

Cuando los contratos estatales están regidos por el derecho privado, lo que no implica que estén al margen de los principios constitucionales y legales atrás referidos, el desarrollo de estos -los principios- debe hacerse en los respectivos manuales de contratación. No en vano el legislador, en el artículo 76 de la Ley 1438 de 2011, bajo el título de “*eficiencia y transparencia en contratación, adquisiciones y compras de las Empresas Sociales del Estado*”, dispuso que éstas deberán, entre otras cosas, “*adoptar un estatuto de contratación de acuerdo a los lineamientos que defina el Ministerio de Protección Social*”.

La preocupación del legislador por establecer límites a un régimen de contratación que supone mayor

discrecionalidad, como es el caso de las Empresas Sociales del Estado, se vio reflejada en la expedición de la Ley 1150 de 2013, que en su artículo 13 dispone que

Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal.

Para el año 2007, la empresa social del Estado RedeHospital no contaba con un manual de contratación en el que, entre otras cosas, se estableciera la forma como serían desarrollados los ya referidos principios. Este aspecto tenía una incipiente regulación en los estatutos de dicha entidad, instaurados a través del Acuerdo 01 del primero de marzo de 2005, que en sus artículos 73 y 78 establece que “los contratos que celebre la E.S.E. se regirán por el derecho privado”.

Esa ausencia de reglamentación no puede suplirse aplicando el estatuto general de contratación, pues ello iría en contravía de la decisión legislativa de someter algunos contratos estatales a un régimen especial.

En el mismo sentido, tampoco es posible aplicar a este especial régimen de contratación las reglamentaciones dirigidas a otras entidades, como erradamente lo entendió

la Fiscalía en la resolución de acusación, donde planteó que los procesados incumplieron *“la Directiva Presidencial No. 12 del 1º de octubre de 2012, por medio de la cual se crea y establece una lucha contra la corrupción estatal”*.

De la simple lectura de esta Directa se extrae que está dirigida y *“es de obligatorio cumplimiento para las entidades estatales del orden nacional así como para las empresas oficiales de servicios públicos del mismo orden”*.

Si se tiene en cuenta que la ESE RedeHospital *“es una entidad pública de categoría especial descentralizada, del orden Distrital”*, como consta en el artículo 2º del Acuerdo 001 del primero de marzo de 2005, a través del cual se adoptaron sus estatutos, no se entiende por qué la Fiscalía pretende tener la Directiva Presidencial número 12 como parte del régimen contractual de la referida empresa social del Estado, y, en consecuencia, proponerla como complemento del artículo 410 del Código Penal.

Finalmente, cabe reiterar que si bien es cierto el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales puede configurarse por la trasgresión de los principios que rigen la contratación pública (CSJ SP, 5 Nov. 2008, Rad. 25104), también lo es que la alusión genérica a los mismos no es suficiente, pues por esa vía podría transgredirse uno de los pilares fundamentales del sistema penal en un estado social y constitucional de derecho: el principio de legalidad (CSJ SP 3963, 22 Mar. 2017, Rad. 40216).

2.2. La obligación de precisar, en la acusación y la sentencia, los hechos jurídicamente relevantes que estructuran la premisa fáctica

En diversas oportunidades la Sala ha hecho hincapié en la necesidad de que la Fiscalía estructure con cuidado la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes que pretende incluir en la acusación, entre otras cosas porque la misma determina el tema de prueba.

Aunque buena parte de esos pronunciamientos se han hecho en el ámbito de la Ley 906 de 2004, los mismos tienen plena aplicación en la Ley 600 de 2000, pues la única diferencia relevante de las acusaciones en estos sistemas procesales es que en el primero la Fiscalía debe indicar los hechos jurídicamente relevantes y debe descubrir las pruebas que pretende hacer valer en el juicio, así como las que resulten favorables al procesado, mientras que en el segundo debe fijar la premisa fáctica y explicar las pruebas que la sustentan.

En tal sentido, la Sala se ocupó del concepto de hecho jurídicamente relevante, en los siguientes términos:

Este concepto fue incluido en varias normas de la Ley 906 de 2004. Puntualmente, los artículos 288 y 337, que regulan el contenido de la imputación y de la acusación, respectivamente, disponen que en ambos escenarios de la actuación penal la

Fiscalía debe hacer **“una relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes”**.

La relevancia jurídica del hecho está supeditada a su correspondencia con la norma penal. En tal sentido, el artículo 250 de la Constitución Política establece que la Fiscalía está facultada para investigar los hechos que tengan **las características de un delito**; y el artículo 287 de la Ley 906 de 2004 precisa que la imputación es procedente cuando “de los elementos materiales probatorios, evidencia física o de la información legalmente obtenida, se pueda inferir razonablemente que el imputado **es autor o partícipe del delito que se investiga**”⁶.

En el mismo sentido, el artículo 337 precisa que la acusación es procedente “cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, se pueda afirmar, con probabilidad de verdad, que **la conducta delictiva** existió y que el imputado es su **autor o partícipe**”⁷.

Como es obvio, la relevancia jurídica del hecho debe analizarse a partir del modelo de conducta descrito por el legislador en los distintos tipos penales, sin perjuicio del análisis que debe hacerse de la antijuridicidad y la culpabilidad.

También es claro que la determinación de los hechos definidos en abstracto por el legislador, como presupuesto de una determinada consecuencia jurídica, está supeditada a la adecuada interpretación de la norma penal, para lo que el analista debe utilizar, entre otras herramientas, los criterios de interpretación normativa, la doctrina, la jurisprudencia, etcétera.

⁶ Negrillas fuera del texto original.

⁷ Negrillas fuera del texto original

Por ahora debe quedar claro que los hechos jurídicamente relevantes son los que corresponden al presupuesto fáctico previsto por el legislador en las respectivas normas penales. En el próximo apartado se ahondará sobre este concepto, en orden a diferenciarlo de otras categorías relevantes para la estructuración de la hipótesis de la acusación y de la premisa fáctica del fallo (CSJSP, 8 Marz. 2017, Rad. 44599).

En esa oportunidad, la Sala hizo hincapié en la necesidad de que la Fiscalía, en la acusación, y los jueces, en la sentencia, indiquen con precisión los hechos que justifican el llamamiento a juicio y la condena (cuando hay lugar a ella).

Para tales efectos, resaltó las diferencias entre hechos jurídicamente relevantes, hechos indicadores y medios de prueba. Dijo:

Es frecuente que en la imputación y/o en la acusación la Fiscalía entremezcle los hechos que encajan en la descripción normativa, con los datos a partir de los cuales puede inferirse el hecho jurídicamente relevante, e incluso con el contenido de los medios de prueba. De hecho, es común ver acusaciones en las que se transcriben las denuncias, los informes ejecutivos presentados por los investigadores, entre otros.

También suele suceder que en el acápite de “hechos jurídicamente relevantes” sólo se relacionen “hechos indicadores”, o se haga una relación deshilvanada de estos y del contenido de los medios de prueba.

Estas prácticas inadecuadas generan un impacto negativo para la administración de justicia, según se indicará más adelante.

Así, por ejemplo, en un caso de homicidio cometido con arma de fuego, uno de los hechos jurídicamente relevantes puede consistir en que el acusado fue quien le disparó a la víctima.

Es posible que en la estructuración de la hipótesis, la Fiscalía infiera ese hecho de datos o hechos indicadores como los siguientes: (i) el procesado salió corriendo del lugar de los hechos segundos después de producidos los disparos letales; (ii) había tenido un enfrentamiento físico con la víctima el día anterior; (iii) dos días después del homicidio le fue hallada en su poder el arma con que se produjo la muerte; etcétera.

Hipotéticamente, los datos o hechos indicadores podrían probarse de la siguiente manera: (i) María lo observó cuando salió corriendo del lugar de los hechos luego de ocurridos los disparos; (ii) Pedro fue testigo del enfrentamiento físico que tuvieron el procesado y la víctima; (iii) al policía judicial le consta que dos días después de ocurrido el homicidio, al procesado le fue hallada un arma de fuego; (iv) un perito en balística dictaminó que el arma de fuego incautada fue la utilizada para producir los disparos letales; etcétera⁸.

Al estructurar la hipótesis, la Fiscalía debe especificar los hechos jurídicamente relevantes (en este caso, entre ellos, que el procesado fue quien le disparó a la víctima). Si en lugar de ello se limita a enunciar los datos o hechos indicadores a partir de los cuales puede inferirse el hecho jurídicamente relevante, la imputación y/o la acusación es inadecuada.

En esta misma línea argumentativa, en la aludida sentencia la Sala resaltó la importancia de delimitar

⁸ En idéntico sentido, Módulo de Evaluación del Caso. Reglas básicas para el manejo estratégico de Casos Penales. Fiscalía General de la Nación (documento preliminar de trabajo).

correctamente el tema de prueba, lo que implica diferenciar los tres conceptos atrás enunciados: hechos jurídicamente relevantes, hechos indicadores y medios de prueba. Puntualizó:

La hipótesis fáctica contenida en la acusación en buena medida determina el tema de prueba. Del mismo también hacen parte las hipótesis propuestas por la defensa, cuando opta por esa estrategia.

Así, por ejemplo, si en su hipótesis la Fiscalía plantea que el acusado, en unas determinadas condiciones de tiempo y lugar, rompió la puerta de ingreso a la residencia de la víctima, ingresó a la misma y se apoderó de un televisor avaluado en dos millones de pesos, con la intención de obtener un provecho económico, y concluye que esos hechos encajan en el tipo penal previsto en los artículos 239 y 240, numerales 1 y 3, cada uno de los componentes de ese recuento factual hará parte del tema de prueba.

Si, a su vez, la defensa plantea que el acusado actuó bajo un estado de embriaguez involuntaria, que le impedía comprender la ilicitud de su conducta y/o determinarse de acuerdo con esa comprensión, estos aspectos fácticos también se integran al tema de prueba.

Sin mayor esfuerzo puede advertirse que si la hipótesis de hechos jurídicamente incluida por la Fiscalía en la acusación es incompleta, el tema de prueba también lo será. En el mismo sentido, a mayor claridad de la hipótesis de la acusación, con mayor facilidad podrá establecerse qué es lo que se pretende probar en el juicio.

Según se indicó en otros apartados, es común que uno o varios elementos estructurales de la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes sólo puedan ser probados a través de inferencias.

En esos casos, el medio de prueba tiene una relación “indirecta” con el hecho jurídicamente relevante, en la medida en que sirve de soporte al dato o “hecho indicador” a partir del cual se infiere el aspecto que guarda correlación con la norma penal (CSJ AP, 30 Sep. 2015, Rad. 46153; entre otras).

Aunque es claro que esos datos o hechos indicadores deben ser probados, y se esa forma se integran al tema de prueba, el objetivo último es verificar si los hechos jurídicamente relevantes fueron demostrados o no, en el nivel de conocimiento previsto por el legislador.

2.3. El caso sometido a conocimiento de la Sala

La condena emitida por el Tribunal se estructura sobre los siguientes pilares argumentativos: (i) *los procesados actuaron en “**contubernio**” para apoderarse de los dineros públicos asignados a la E.S.E. RedHospitales de Barranquilla;* (ii) *antes de la celebración del referido contrato la Superintendencia Nacional de Salud le había advertido a los procesados que el software Triada, utilizado desde el año 2004, era, en palabras del Tribunal, “**nefasto**”, tenía “**protuberantes falencias**” y “**dejaba una sensación irregular**”;* (iii) *el objeto del contrato 018 de 2007 nunca se materializó;* y (iv) *el contrato fue utilizado por los procesados para apoderarse de los recursos estatales.*



Concluyó que en desarrollo del acuerdo ilegal a ROMERO HANY, como gerente, le correspondió celebrar el contrato, a pesar de que no se contaba con los estudios previos de factibilidad y sin que existieran fundamentos para concluir que la empresa de CANTILLO CARRILLO era la que podía prestar el mejor servicio a la entidad hospitalaria. Por su parte, DEDE MENDOZA y AARON DE LA HOZ, en su rol de interventores, debían suspender el contrato solo 5 días después de su inicio, usurpando una competencia exclusiva del gerente, para permitir que el contratista “**dispusiera a su antojo**” de los recursos públicos, además que firmaron el acta de terminación, lo que también le correspondía al representante legal. En las actas de suspensión, reinicio y terminación del contrato los interventores omitieron motivar suficientemente estas decisiones.

A partir de esta premisa fáctica, el Tribunal concluyó que los procesados incurrieron en los delitos de peculado por apropiación y contrato sin cumplimiento de requisitos legales, previstos en los artículos 396 y 410 del Código Penal, respectivamente.

La Sala encuentra que las conclusiones de orden fáctico a que arribó el Tribunal son producto de diversos errores de hecho, en las modalidades de falso juicio de existencia y falso juicio de identidad.



Lo anterior sin perjuicio de las diferencias que existen entre **las hipótesis** incluidas en la acusación y los hechos que declaró probados el juzgador de segundo grado.

Las falencias de la Fiscalía en la determinación de la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes objeto de acusación, y los yerros en que incurrió el Tribunal, han complejizado significativamente este asunto, lo que, según se demostrará a lo largo de este proveído, impidió establecer si los “**rumores**” acerca la corrupción al interior de la ESE RedeHospital de Barranquilla dan cuenta de la realidad.

Según se indicó en la primera parte de este acápite, el Tribunal estructuró el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales sobre la idea de que los procesados actuaron con el propósito de apoderarse del dinero público y utilizaron el contrato 018 de 2007 para lograr dicho cometido. Visto de otra forma, el estudio del delito consagrado en el artículo 410 en buena medida depende de lo que se concluya frente al delito de peculado.

Por tanto, la Sala primero abordará el supuesto apoderamiento del dinero público, y luego estudiará lo concerniente al delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

2.3.1. El delito de peculado

En la extensa resolución de acusación, la Fiscalía General de la Nación planteó varias hipótesis frente al

supuesto apoderamiento de los dineros públicos correspondientes al contrato 018 de 2007. Según se indicó, el Tribunal estableció una premisa fáctica que tiene algunas diferencias con las incluidas en la acusación.

Ante ese panorama, y en aras de lograr claridad y precisión frente al debate propuesto por los impugnantes, la Corte analizará, en su orden, los siguientes temas : (i) las diferencias entre las hipótesis fácticas incluidas en la acusación y los hechos que declaró probados el Tribunal; (ii) las pruebas sobre el estado de funcionamiento del software TRIADA antes, durante y después de la celebración del contrato 018 de 2007; (iii) si a lo largo del proceso se demostró el valor real del software y, en general, de los derechos que Cantillo Carrillo se comprometió a transferir a RedeHospital; (iv) si se acopiaron pruebas que demuestren que el objeto del contrato 018 de 2007 coincide con los compromisos adquiridos por CANTILLO CARRILLO en los contratos que con antelación había celebrado con la referida ESE; y (v) si se acreditó la destinación del dinero que recibió CANTILLO CARRILLO a título de anticipo.

2.3.1.1. Las diferencias entre las hipótesis fácticas incluidas en la acusación y los hechos que declaró probados el Tribunal

La Fiscalía estructuró varias hipótesis sobre el supuesto apoderamiento del dinero pagado a título de anticipo al contratista CANTILLO CARRILLO.

A. Consistió en que los dineros le fueron entregados al contratista sin ningún control sobre su destinación, y cuando el contrato se encontraba suspendido.

Dijo:

*[]la falta de planeación, de estudios previos y de estudios de factibilidad y pre-factibilidad sí incidió de manera directa y negativa en el trámite, celebración, ejecución y desarrollo del contrato, así como también incidió de manera directa e igualmente negativa en el control, la vigilancia, la supervisión, la fiscalización y la verificación que debían realizar los interventores del contrato 018 de 2007 para que se diera un buen cumplimiento al objeto del contrato, y para que se le diera un buen manejo al anticipo, es decir, a esos dineros públicos que le fueron entregados al contratista RICARDO ENRIQUE CANTILLO CARRILLO (...), vulnerando de esta forma, flagrante y tajantemente los principios de transparencia, eficacia y eficiencia; es decir, ni el representante legal de la ESE RED HOSPITAL DE BARRANQUILLA, señor GUSTAVO ADOLFO ROMERO HANY, ni los interventores, OSWALDO DEDE MENDOZA y AARON DAYAN AARON DE LA HOZ, saben y pueden explicar de manera clara e inequívoca qué hizo el contratista RICARDO ENRIQUE CANTILLO CARRILLO con los \$652.000.000 que se le pagaron por concepto de anticipo, **ninguno verificó** si efectivamente el contratista efectivamente utilizó esos recursos públicos en la ejecución del contrato 018 de 2007.*

Hecho este que genera responsabilidad penal, fiscal y disciplinaria, en cabeza de los señores GUSTAVO ADOLFO ROMERO HANY, RICARDO ENRIQUE CANTILLO CARRILLO, OSWALDO ENRIQUE DEDE MENDOZA Y AARON DAYÁN AARON DE LA HOZ, toda vez que estamos hablando de una suma de



*dinero importante y cuantiosa (\$652.000.000), **que a la fecha no se sabe en qué se invirtió**, no sabemos si efectivamente se gastó en la ejecución del contrato porque no hay claridad conceptual en la forma como el señor RICARDO ENRIQUE CANTILLO CARRILLO ejecutó o invirtió ese dinero.*

Y esta responsabilidad contractual no solamente estaba en cabeza del contratista, RICARDO ENRIQUE CANTILLO CARRILLO, quien debía y estaba en la obligación de invertir el valor del anticipo en la ejecución, desarrollo y cumplimiento del objeto contractual pactado, informando a la entidad contratante los pormenores de su ejecución; sino también, esta responsabilidad contractual recaía inmediata y directamente en los señores OSWALDO DEDE MENDOZA y AARON DAYÁN AARON DE LA HOZ, quienes en su calidad de interventores del contrato 018 de 2007, estaban en la obligación de velar por el cuidado, buen manejo y buena aplicación que el contratista le diera al anticipo; e igualmente, esta responsabilidad contractual estaba en cabeza del señor GUSTAVO ADOLFO ROMERO HANY quien era el gerente y el representante legal de la E.S.E., y que por razón de sus funciones y por la dignidad de su cargo, era la persona encargada de vigilar y custodiar los dineros públicos encomendados en virtud y con ocasión de sus funciones.

*Hecho este que no ocurrió, porque los señores OSWALDO DEDE MENDOZA y AARON DAYAN AARON DE LA HOZ, en su calidad de interventores del contrato 018, **no cumplieron** con las funciones asignadas ni con las obligaciones que les imponía el cargo para el cual fueron seleccionados. (80).*

B. El contratista se apoderó de los intereses causados mientras el dinero debió reposar en una cuenta conjunta del contratista y la ESE.



Aunque es cierto que el anticipo debía cancelarse a la firma del contrato, y que DEDE y AARON DE LA HOZ intervinieron luego de que el contrato se había suscrito, no es *“excusable el hecho de que cuando ellos asumen el cargo de interventores asumen la responsabilidad que el mismo cargo les impone, y dentro de sus funciones estaban las de velar por el buen manejo de inversión del anticipo”*.

Ello por cuanto, el artículo 7° del Decreto 2170 de 2002 establece *“que los recursos entregados al contratista a título de anticipo, deberá manejarse en una cuenta separada a nombre el contratista y de la entidad estatal, con la finalidad de que **los rendimientos que llegaren a causarse o producirse no son del contratista sino del tesoro**”*.

C. El pago se aplicó a bienes y servicios que ya le habían sido cancelados al contratista en virtud de los contratos que con antelación había celebrado con la ESE RedeHospital de Barranquilla.

La Fiscalía de segunda instancia, tras analizar lo expuesto por los procesados en el sentido de que no puede hablarse de peculado por el pago de \$652.000.000, porque *“solo el valor de la licencia de software asciende a \$850.000.000”*, concluyó:

*Tales argumentos lo que generan es aun mayor certeza sobre la vulneración de los principios de la contratación administrativa, en tanto evidencia como lo señala el impugnante, que previo al inicio del contrato **ya tenía instalados los equipos**, y no se*

suspende el manejo de la asistencia hospitalaria, pues según se estableció en el informe del CTI que dio origen a la investigación, evidentemente este contratista venía prestando estos servicios de soporte al área de sistemas desde el año 2005, **misimos que le venían siendo remunerados por la entidad**, habiéndosele cancelado un valor de \$582 millones de pesos entre el 28 de febrero de 2005 y el 1º de junio 2007 por conceptos tales como prestación de servicios de procesos de facturación de puestos de salud, digitación, instalación y configuración de redes y cableado, adquisición de hardware y software para REDEHOSPITAL, para luego facturar el 29 de agosto de 2007, el 50% del anticipo del contrato 018 de 2007, objeto de cuestionamiento, esto es la suma de \$652.000.000, para un total de \$1.235.168.000, cuyo adecuado manejo no puede ahora justificar con cuentas y supuestos servicios prestados cuantificados a su acomodo para aplicarlos al anticipo, como si se tratara del manejo de recursos propios.

(...)

[l]e eran claras tanto a la empresa estatal, directivos y funcionarios de sistemas, interventores y supervisores, como al contratista, las necesidades y situación que se manejaban en el área de sistema de la Red de Hospitales de Barranquilla, que conocían las necesidades en materia de redes de cableado y comunicaciones y que para su solución a corto plazo suscribieron el contrato en cuestión, siendo inadmisibile que luego casi inmediatamente iniciada la ejecución de éste hubiesen procedido a suspenderlo a pesar de haber efectuado el desembolso del 50% del anticipo, **cuyo adecuado manejo y destinación ahora pretenden justificar, con actividades y equipos que se habían ejecutado al amparo de órdenes de prestación de servicios anteriores** o justificar su aplicación dada la alegada continuidad de la asistencia en actividades hospitalarias, **o imputándolos en su integridad a pago de la licencia**, asumiendo el cumplimiento de parte del plan de mejoramiento en el que motivan la contratación, pues en esa

forma no se pactaron las prestaciones económicas del contrato y de haber sido así la suma que se pretende imputar en su totalidad para amortizar el costo de la licencia del software se hubiera pactado como pago anticipado y no como anticipo.

De otro lado, la Fiscalía dejó entrever que los procesados no actuaron en virtud de un acuerdo orientado a lograr el apoderamiento del dinero público. Tampoco precisó si su responsabilidad penal frente al delito de peculado se deriva de sus acciones u omisiones.

En efecto, a lo largo de la resolución se dejó sentado que la celebración del contrato sin haber realizado los estudios pertinentes **“recae *directa y exclusivamente* en el Dr. GUSTADO ADOLFO ROMERO HANY, quien, en su condición de gerente y representante legal de la E.S.E. RedHospitales de Barranquilla era la persona que debía ejecutar y cumplir la normatividad constitucional vigente”**.

Al referirse a la responsabilidad de los interventores DEDE y AARON, señaló que si bien es cierto el anticipo debía cancelarse a la firma del contrato, y que estos procesados intervinieron luego de que el mismo se hubiera suscrito, **“no es excusable el hecho de que cuando ellos asumen el cargo de intervinientes asumen la responsabilidad que el mismo cargo les impone, dentro de sus funciones estaban las de velar (sic) por el buen manejo de la inversión del anticipo”**.

Más adelante, planteó que las inconsistencias durante la fase de ejecución del contrato, entre ellas la suspensión y

el posterior reinicio del mismo, recae directamente en los procesados CANTILLO, DEDE y AARON, *“toda vez que esta actuación y decisión de suspender el contrato 018 de 2007, sin justificación, motivo, causa o razón alguna, vulnera de manera flagrante los principios constitucionales establecidos en el artículo 209 de nuestra Carta Magna...”*.

Posteriormente, da por sentado que el gerente RESTREPO HANY no se enteró de la suspensión del contrato, pues

*“El gerente y representante legal de la E.S.E., Dr. GUSTAVO ADOLFO ROMERO HANY, **NO** se enteró que el contrato Nro. 018 de 2007 se había suspendido, sino solamente cuando este hecho ya se había producido, cuando dicha suspensión ya se encontraba ejecutoriada, e igualmente, teniendo en cuenta que en el acta de suspensión que suscribieran los interventores con el contratista no existe argumento, consideración, causa o motivo alguno por medio de la cual se explique, manifieste o exprese porque (sic) razón era que estaba suspendiendo el contrato”*.

A continuación, resalta que la responsabilidad de AARON DE LA HOZ y DEDE MENDOZA

*[s]e extiende a la ejecución y liquidación del contrato 018 de 2007, tanto es así que si al posesionarse ellos como interventores **hubieren verificado los estudios previos** objeto del contrato, automáticamente se habrían percatado de la falta de los mismos, y de lo imposible que era realizar una gestión y labor de interventoría toda vez que no conocían ni tenían a su disposición la bitácora del contrato (estudios previos), es decir, automáticamente los interventores habían tenido que anunciar al*

representante legal de la E.S.E. que dicho contrato 018 de 2007 no podía celebrarse y por consiguiente ejecutarse por la falta de planeación del mismo.

Luego, “precisa” las intervenciones de las que se deriva la responsabilidad penal de los procesados:

*Hecho este que genera responsabilidad penal, fiscal y disciplinaria, en cabeza de los señores GUSTAVO ADOLFO ROMERO HANY, RICARDO ENRIQUE CANTILLO CARRILLO, OSWALDO ENRIQUE DEDE MENDOZA Y AARON DAYÁN AARON DE LA HOZ, toda vez que estamos hablando de una suma de dinero importante y cuantiosa (\$652.000.000), **que a la fecha no se sabe en qué se invirtió**, no sabemos si efectivamente se gastó en la ejecución del contrato porque **no hay claridad conceptual en la forma como el señor RICARDO ENRIQUE CANTILLO CARRILLO ejecutó o invirtió ese dinero.***

*Y esta responsabilidad contractual no solamente estaba en cabeza del contratista, RICARDO ENRIQUE CANTILLO CARRILLO, quien debía y estaba en la obligación de invertir el valor del anticipo en la ejecución, desarrollo y cumplimiento del objeto contractual pactado, informando a la entidad contratante los pormenores de su ejecución; sino también, esta responsabilidad contractual recaía inmediata y directamente en los señores OSWALDO DEDE MENDOZA y AARON DAYAN AARON DE LA HOZ, quienes en su calidad de interventores del contrato 018 de 2007, estaban en **la obligación de velar por el cuidado, buen manejo y buena aplicación que el contratista le diera al anticipo**; e igualmente, esta responsabilidad contractual estaba en cabeza del señor GUSTAVO ADOLFO ROMERO HANY quien era el gerente y el representante legal de la E.S.E., y que por razón de sus funciones y por la dignidad de su cargo, era la persona*

62

encargada de vigilar y custodiar los dineros públicos encomendados en virtud y con ocasión de sus funciones.

En todo caso, en la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes planteada por la Fiscalía en la acusación no se incluyó la atinente a la coautoría, en los términos del artículo 29, inciso segundo, del Código Penal, esto es, no se planteó que los procesados hayan celebrado un acuerdo común, dividido el trabajo, realizado aportes trascendentes, entre los demás aspectos desarrollados por la ley, la doctrina y la jurisprudencia frente a esta clase de participación.

Solo al sustentar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia, y al referirse a lo planteado por el Juzgado en el sentido de que no se precisó el “grado de participación” de los procesados, la Fiscalía fija su posición frente a este aspecto:

[e]n la resolución de acusación se efectuó análisis (sic) de la participación de cada uno de los procesados, en relación a las funciones desplegadas en el proceso contractual, es claro, que la falta de estudios previos en la etapa precontractual llevó a la posterior suspensión del contrato, la no publicidad del proceso de selección, derivó en el beneficio de un tercero determinado, precisión que estriba en establecer que el grado de participación de los coautores es impropia, lo cual permite considerar como autor a aquella persona que realiza una parte necesaria de la ejecución del plan general, realizando actos ejecutivos que le corresponden funcionalmente, ejecutando un comportamiento punible en el cual participan voluntaria y conscientemente varias

personas, de acuerdo con una división de funciones de índole necesaria.

Bajo el entendido de que la sustentación del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia no es el escenario para ajustar o precisar la acusación, valga anotar, de paso, que el artículo 29 del Código Penal, en sus incisos primero y segundo, consagra dos formas disímiles de participación en la conducta punible, que necesariamente deben incidir la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes y, por tanto, la determinación del tema de prueba, tal y como se indicó en la primera parte de este proveído.

En estricto sentido, la Fiscalía tampoco precisó si la responsabilidad penal que le atribuye a los procesados se deriva de sus acciones u omisiones como gerente e interventores, según se resaltó en precedencia.

Por su parte el Tribunal, como ya se dijo, dio por sentado que los procesados actuaron en “**contubernio**”, con el propósito de apoderarse del dinero cancelado a título de anticipo, para lo que instrumentalizaron el ya conocido contrato. Ello bajo el entendido de que el software que venía utilizando CANTILLO CARRILLO para prestar los servicios a la ESE, en virtud de los contratos precedentes, era “*inútil*” y “*defectuoso*”, entre otros calificativos utilizados por el fallador de segundo grado para concluir que la selección de este contratista solo puede explicarse en el propósito de apoderarse de los dineros públicos.

64



Aunque estas inconsistencias son trascendentes de cara a la correcta estructuración de la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes de la acusación y la premisa fáctica del fallo, no lo son para la solución del asunto sometido a conocimiento de la Sala, simple y llanamente porque no se aportaron pruebas que demuestren que los procesados, de una u otra manera, se apoderaron del dinero que le fue entregado a CANTILLO CARRILLO a título de anticipo, según se indicará en los siguientes apartados.

2.3.1.2. Las pruebas sobre el estado de funcionamiento del software TRIADA antes, durante y después de la celebración del contrato 018 de 2007

La necesidad de suscribir un contrato para la sistematización y modernización de la infraestructura informática con la que contaba la ESE RedeHospital en el mes de febrero del año 2007, cuando fue encargado como gerente el médico GUSTAVO ADOLFO ROMERO HANY⁹, surgió de la visita practicada por la Superintendencia Nacional de Salud¹⁰, durante la cual se detectaron inconformidades de carácter administrativo, dando lugar a la realización de una audiencia pública (16 de marzo de 2007), en la que participaron el alcalde distrital de Barranquilla, el gerente general de la ESE RedeHospital, el

⁹ Reunión extraordinaria de la junta directiva de la E.S.E. RedeHospital, realizada el 27 de febrero de 2007.

¹⁰ Noviembre de 2006

superintendente nacional de salud, y en la que se acordó la suscripción del “plan de mejoramiento de la calidad del desempeño y el cumplimiento de metas”, con miras a satisfacer las necesidades en temas de salud de la población del distrito de Barranquilla.

Oportuno resulta recordar que el objeto del contrato 018, firmado el primero de agosto de 2007, fue el de «ASESORÍA Y EJECUCIÓN DEL PROYECTO DE TECNOLOGÍA DE INFORMACIÓN, MONTAJE DEL SISTEMA DE INFORMACIÓN HOSPITALARIO, CENTRALIZACIÓN DE LA INFORMACIÓN EN LAS UNIDADES ADMINISTRATIVAS HOSPITALARIAS Y CENTROS DE SALUD DE LA E.S.E. REDEHOSPITAL».

Contrario a lo que concluye el Tribunal, la Sala encuentra que: (i) la documentación de las visitas de la Superintendencia Nacional de Salud no dan cuenta de que el software TRIADA fuera “inoperante”, “inútil” o “nefasto”; (ii) la prueba testimonial tampoco demuestra ese supuesto déficit; (iii) los testigos María Fernanda Popo Murillo, Isidora Barreto Villanueva y Carlos Ramírez Hamburger no declararon que el contrato 018 de 2007 no se ejecutó, y (iv) existen pruebas en el proceso que indican que el objeto del referido contrato fue desarrollado.

En el referido plan de mejoramiento se recogen los 19 hallazgos negativos que hizo la Superintendencia Nacional de Salud durante su visita en el año 2006¹¹. Allí no se mencionan las supuestas falencias del software TRIADA, en los términos que utiliza el Tribunal. Solo se dijo que «el

¹¹ Folio 3, carpeta anexo 3.



proceso contable de la entidad se ve seriamente afectado por la falta de sistematización en línea de las áreas de Contabilidad, Cartera, Facturación, Tesorería, Presupuesto y Almacén, así como todas las áreas funcionales (4 hospitales y 40 puestos de salud)».

En efecto, los funcionarios de ese ente de control que realizaron la visita administrativa a la ESE RedeHospital detectaron 19 irregularidades que tenían que ser corregidas para evitar la intervención administrativa o la liquidación de la entidad. Una de ellas, la número cinco, se refiere a la falta de sistematización en línea de las áreas de Contabilidad, Cartera, Facturación, Tesorería, Presupuesto y Almacén, así como de todas las unidades funcionales, que incluían 4 hospitales y 47 puestos de salud, como lo evidencia el plan de mejoramiento¹².

Encuentra la Sala que el Tribunal, o no valoró ese documento, o lo tergiversó, porque allí no se concluye que el referido software tuviera las características que menciona el fallador de segundo grado.

En el mismo sentido, la declaración de Juan Carlos Sánchez Hoyos¹³, que tampoco fue valorada por el fallador de segundo grado, da cuenta de lo siguiente:

Laboró en la Superintendencia Nacional de Salud desde el año 2006 hasta el mes de noviembre del 2008, a

¹² Folio 3 de la carpeta 'Anexo 3'.

¹³ Declaración rendida en la audiencia pública de juzgamiento, en la sesión del 25 de junio de 2012. Cuaderno 2 de juicio. Fol. 37.



cargo del área financiera. El ente de control tenía conocimiento de que la ESE RedeHospital desde su creación, en el año 2004, contrató a la empresa Gestión y Tecnología Ltda. para la implementación de algunos módulos del software TRIADA para el área administrativa, pero a título de arrendamiento, circunstancia que hacía que la entidad no contara con un sistema de información confiable.

La falta de confiabilidad no estaba dada por la calidad del contratista o por la eficiencia operativa del software utilizado, sino porque la ESE no contaba con el licenciamiento del sistema, lo que generaba altos riesgos representados en que a la terminación del contrato el “operador” podría desmontar el sistema y llevarse la información, además que la forma de contratación (arrendamiento) impedía realizar los ajustes que se requerían.

El Tribunal tampoco tuvo en cuenta los siguientes informes que dan cuenta de la forma como estaba sistematizada la información al interior de la ESE RedeHospital antes del contrato 018 de 2007:

El primero, realizó un diagnóstico que daba cuenta del estado de funcionamiento de la plataforma tecnológica con la que contaba la ESE, realizado por la Oficina de Planeación y Desarrollo Institucional con el apoyo de un “comité de sistemas” del que hacía parte el ingeniero DEDE MENDOZA, en el que se identificó la existencia de interfaces

internas en la Unidad Administrativa Central, **sin conectividad con las Unidades Administrativas Hospitalarias (UAH) y los centros y puestos de salud**, tal como quedó consignado en los avances del plan de mejoramiento¹⁴.

El segundo, elaborado el 26 de marzo de 2007¹⁵, suscrito por el mismo ingeniero, puso en conocimiento del gerente GUSTAVO ROMERO HANY lo siguiente:

A raíz de la liquidación de otras empresas sociales del Estado (entre ellas, Manga y Nazareth), que fueron recogidas por la ESE RedeHospital, era necesario fortalecer el sistema de manejo de información de esta entidad, entre otras cosas porque no era posible seguir utilizando los sistemas de las empresas liquidadas.

En el año 2005 fueron anexados a RedeHospital 31 puestos de salud que carecían de infraestructura tecnológica e informática.

Para el año 2007 la empresa Gestión y Tecnología Ltda. había puesto en funcionamiento, mediante arrendamiento, seis módulos administrativos: Nómina, Contabilidad, Tesorería, Presupuestos, Facturación y Cartera, solo en la oficina central, y para alcanzar las metas propuestas en el plan de mejoramiento se requería la modernización total de la plataforma tecnológica de la empresa, incluyendo equipos

¹⁴ Ver el plan de mejoramiento en los avances al mes de abril del año 2007.

¹⁵ Página 203 y ss del c.o.3

de computación, equipos e infraestructura de redes, y el software.

A pesar de que el contrato celebrado con CANTILLO CARRILLO había terminado, los módulos TRIADA y los motores de bases de datos Oracle y SQL seguían siendo operados, lo que en su sentir era ilegal porque ya no existía el vínculo contractual con el titular de los mismos.

Sobre los sistemas de interconexión, la ESE contaba con buena estructura de redes a nivel local; sin embargo, la debilidad estaba en la intercomunicación entre las unidades y la oficina central debido a que no se tenía “red del área ancha”, ni mecanismos de comunicación de datos entre cada uno de estos puntos.

La anterior información, estima la Sala, da cuenta de que los problemas informáticos detectados al interior de la ESE RedeHospital no obedecían a lo “inservible” del software TRIADA, sino a la concurrencia de múltiples fenómenos que obligaban a realizar un plan de mejoramiento como el propuesto por la Superintendencia Nacional de Salud.

La Sala advierte que la Fiscalía en ningún momento contó de un dictamen pericial u otra prueba idónea para establecer a ciencia cierta cómo era el funcionamiento del software TRIADA antes, durante y después del contrato 018 de 2007, lo que impide dilucidar completamente este aspecto.

De otro lado, también es equivocado lo que plantea el Tribunal en el sentido de que los testigos Isidora Barreto Villanueva, María Fernanda Popo Murillo y Carlos Enrique Ramírez Hamburger dan cuenta de la “*incapacidad operativa*” del software TRIADA.

Isidora Barreto Villanueva¹⁶, quien laboró como técnico en nómina de la ESE RedeHospital desde el año 2004 y hasta el mes de septiembre del año 2010 cuando dejó de operar la empresa, declaró que «*el programa de nómina*» TRIADA funcionaba desde el año 2004 y «*siempre las nóminas se hicieron en ese programa*». Ante la pregunta de si ese software tuvo algún cambio durante los años que ella trabajó en esa área, respondió: «*la forma y el programa es el mismo de nómina, pero ha (sic) medida que fue pasando el tiempo se fue aumentando, teníamos más opciones de obtener más información de la base de datos*».

La claridad de lo declarado por Isidora Barreto no admite interpretación diversa a la de su exacto tenor literal: (i) ella solo puede dar cuenta de lo que pasaba en el área de nómina; (ii) en ese departamento siempre funcionó TRIADA; (iii) con el paso del tiempo este software fue modificado para permitir mayores opciones, y (iv) en él se liquidaron las nóminas hasta que se terminó la empresa en el año 2010.

¹⁶ Cuaderno 3.

Esta declaración confirma que el módulo de nómina era uno de los seis implantados por Gestión y Tecnología Ltda., desde el año 2004.

Por su parte, el ingeniero de sistemas Carlos Enrique Ramírez Hamburger¹⁷, quien dijo haber prestado sus servicios esporádicamente a la RedeHospital a través de órdenes de servicio entre el año 2005 y el 2006, y «cree» que también en el 2007, señaló que la Red utilizó desde su creación el software TRIADA, precisando que él y su esposa diseñaron cuatro módulos que le entregaron a la empresa Gestión y Tecnología Ltda., siendo ellos el de contabilidad, proveedores, tesorería y nómina, que luego fueron transformados por la empresa y son «los que se vienen trabajando»¹⁸.

Cuando se le preguntó si los módulos que se instalaron en la RedeHospital en el año 2004 habían sufrido algún tipo de modificación, respondió: «mi opinión es que sí, porque cuando se implementa un sistema usted tiene un software que se debe adecuar a los requerimientos específicos de la entidad».

Este declarante nada informa sobre el buen o mal funcionamiento de los cuatro módulos que venían funcionando antes del contrato 018 de 2007. Tampoco, que ese software fuera el mismo sistema que se implementó a partir del contrato, tema sobre el cual ningún conocimiento podía tener, ya que adujo haberse enterado de ese negocio

¹⁷ Cuaderno original 3, folio. 290 y ss.

¹⁸ La declaración fue rendida el 14 de septiembre del año 2010.



contractual a través de los medios de comunicación, en el año 2010.

Sobre el mismo tema, la contadora María Fernanda Popo Murillo¹⁹ aclara que no laboró con la RedeHospital, pues comenzó sus labores desde el **14 de enero de 2009**. Desarrolló actividades financieras en el proceso de liquidación de la entidad. Indicó, además, que desconoce desde qué fecha opera el software TRIADA, pero aclara que era el utilizado en ese momento por el «*mandato con representación.*».

Esta declarante no dio cuenta de la «*incapacidad operativa*» del sistema ni del estado del software que manejaba la entidad antes y después del contrato número 018, por cuanto ella abordó su labor como contratista de la liquidación en el año 2009 y solo en lo relacionado con los temas contables. Lo que sí tiene claro es que el software TRIADA era el utilizado para consultar información de la ESE.

Valga resaltar que el Tribunal se limitó a decir que los ciudadanos atrás referidos dieron cuenta de “tal incapacidad operativa”, pero no indicó en qué parte de los testimonios se hace alusión a ese tópico. Para sustentar su conclusión, transcribió los siguientes fragmentos de las declaraciones:

Carlos Ramírez Hamburger:

¹⁹ Declaración rendida el 14 de septiembre del 2010. Folio 294 del c.o. 3.



“Sí, sí estuve vinculado a la Red pero no como trabajador, sino al trastes (sic) de órdenes de prestación de servicios, en algunos lapsos de tiempo. PREGUNTADO: esas órdenes de prestación de servicios fueron suscritas directamente por la E.S.E. Red Hospital de Barranquilla. CONTESTÓ: Sí, con Red Hospital. Esas órdenes fueron en el año 2005 y 2006, creo que también hubo en el 2007, pero no eran órdenes permanentes sino sobre actividades muy específicas, cuando la Red nos requería nos llamaba. PREGUNTADO. Dice usted que esas órdenes no eran permanentes y que cuando nos requería nos llamaba. Sírvase informar a este despacho qué quiere decirnos, es decir, porque habla usted en plural. CONTESTÓ. Cuando la Gerencia Financiera requería nuestros servicios me refiero a mi persona y a mi esposa. PREGUNTADO. En qué consistían sus servicios. CONTESTÓ: Los servicios eran prestados en obtener la información que la Red necesitaba, información que estaba en la base de datos; por ejemplo información que requería Supersalud, Ministerio de Salud, Ministerio de Hacienda”.

María Fernanda Popo Murillo:

“PREGUNTADO: Usted ha recibido o recibió algún tipo de capacitación para la aplicación del software TRIADA. CONTESTÓ: No. PREGUNTADO: Usted ha recibido algún tipo de soporte y/o ayuda en el manejo y aplicación del software TRIADA. CONTESTÓ: Sí el proceso liquidatorio (sic) pidió la ayuda, primero de los ingenieros que estaban vinculados a la entidad al momento de la liquidación, y segundo, después se le pidió el soporte al ingeniero Carlos Ramírez. PREGUNTADO: Manifiesta usted en su respuesta anterior que primero le pidió ayuda a los ingenieros que estaban vinculados con la entidad; recuerda quiénes eran los ingenieros que estaban vinculados a entidad a los cuales les pidió soporte técnico. CONTESTÓ: Al ingeniero OSWALDO DEDE y al ingeniero AARON, no me acuerdo que más.



PREGUNTADO. Teniendo en cuenta que en estos momentos, es decir, actualmente usted trabaja con el mandatario con representación de la E.S.E. liquidada, sírvase informar a esta Fiscalía, si en estos momentos se aplica el software TRIADA. CONTESTÓ: sí, sí se aplica. PREGUNTADO: Sírvase manifestar a este despacho, si usted tiene conocimiento, si el software TRIADA cuenta con la licencia de funcionamiento o licencia de uso. CONTESTÓ: no, no sabría”.

Cosa parecida nos dice la señora Isidora Barreto Villanueva, al sostener que el software Triada, se viene aplicando desde el año 2004, y ella estuvo laborando en la Red de Hospitales de Barranquilla, el día 14 de mayo de 1992 y que el último cargo fue de asistente de nómina hasta el 23 de septiembre de 2010, donde liquidaron totalmente la empresa. Véase lo manifestado por la declarante:

“PREGUNTADO: Sírvase manifestar a este despacho si usted recibió apoyo o capacitación por parte de los señores OSWALDO DEDE MENDOZA o AARON DAYÁN AARON DE LA HOZ, en el manejo o funcionamiento del software TRIADA. CONTESTO. No recibí apoyo de ellos. OSWALDO como lo conozco de la unidad de Barranquilla que venía, cuando fue trasladado a la unidad central, de pronto (sic) algunas cosas le comentaba; y él pasó unos formatos de cómo funcionaba para nosotros, pero no recuerdo en qué fecha. Los formatos eran para ver cómo funcionaba la nómina o algo así. PREGUNTADO. Sírvase manifestar a este despacho, si usted recibió apoyo o capacitación por parte de la empresa Gestión y Tecnología Ltda. en el manejo y funcionamiento del software TRIADA. CONTESTÓ. Como le dije anteriormente, los ingenieros asignados eran los ingenieros Carlos Ramírez y la ingeniera Lucy, quienes nos solucionaban todos los problemas que se nos presentaba...”

Es claro que los declarantes no se refirieron expresamente a las fallas técnicas del software TRIADA. Afirmar lo contrario implica, sin duda, **adicionar o tergiversar los testimonios**. Si lo que pretendía el Tribunal era tomar esta información como datos o “hechos indicadores” útiles para inferir que el sistema era inoperante, debió explicar el paso lógico de los datos a la conclusión.

En síntesis, sobre la situación operacional y funcional del sistema de información de la RedeHospital antes de la suscripción del contrato 018, las pruebas omitidas por el Tribunal dan cuenta de lo siguiente: (i) se habían instalado seis módulos del software TRIADA; (ii) los mismos correspondían al área administrativa; (iii) ninguno de ellos funcionaba legalmente porque la licencia le pertenecía a la empresa Gestión y Tecnología Ltda.; (iv) no existía software para el área hospitalaria; (v) la interconexión local en cada una de las unidades y en la oficina central era buena; sin embargo, (vi) había *«gran debilidad en la intercomunicación entre las unidades y la oficina central, ya que no se cuenta con red de banda ancha ni con mecanismos de comunicación de datos entre cada uno de estos puntos»*²⁰.

Sobre el funcionamiento de TRIADA durante la ejecución del contrato, se allegaron múltiples pruebas que tampoco fueron valoradas por el Tribunal.

²⁰ Informe del 26 de marzo de 2007.

Una vez suscrito el contrato 018, el subgerente administrativo de la Red de Hospitales de Barranquilla, Ángel Salas Fajardo designó²¹ como interventores a los ingenieros de sistemas AARON AARON DE LA HOZ y OSWALDO ENRIQUE DEDE MENDOZA, quienes en tal condición suscribieron con el contratista RICARDO CANTILLO CARRILLO cuatro actas: (i) la de inicio²²; (ii) la de suspensión temporal de ejecución, de fecha 20 de septiembre de 2007, en la que se consignó que el término de la suspensión sería: *«hasta que esté disponible la infraestructura de hardware y comunicaciones necesaria para el óptimo funcionamiento del sistema de información»*²³; (iii) la de reinicio, de fecha 7 de marzo de 2008, y (iv) la de finalización, suscrita el 1 de julio de 2008, en la que se hace constar que se termina la ejecución del contrato y empieza un periodo de garantía de un año sobre la funcionalidad de los módulos adquiridos, *«acorde lo estipulado en el anexo técnico de mejoras y recomendaciones sugeridas por los interventores»*²⁴.

Sobre la materialización del objeto del contrato, los procesados OSWALDO ENRIQUE DEDE MENDOZA, AARON AARON DE LA HOZ y RICARDO CANTILLO CARRILLO aseguraron que se cumplió a cabalidad, razón por la cual firmaron el acta de terminación.

Aunque el acta de terminación no lo especifica, otras pruebas dan cuenta de que el contratista desarrolló las

²¹ Mediante oficio fechado el 21 de agosto de 2007

²² Firmada el 15 de septiembre de 2007.

²³ Cuaderno original 1.

²⁴ Página 79 cuaderno n.º 1.

actividades relacionadas con la implantación de todos los módulos (administrativos y hospitalarios) ofrecidos en la propuesta, suministró las capacitaciones al personal encargado de su manejo y gestionó la licencia del software.

De lo anterior informan las actas suscritas entre los meses de septiembre de 2007²⁵ y marzo del 2008,²⁶ en las que servidores de RedeHospital certifican que se ha instalado y se encontraba en uso el módulo de facturación Nivel II, Unidad Pediátrico, y se hicieron recomendaciones para su mejoramiento; o la que suscribieron los ingenieros de las Unidades de Atención Hospitalaria Nazareth, Manga y Barranquilla con el ingeniero de soporte de Gestión y Tecnología Ltda. sobre los módulos de Tesorería, Contabilidad, Proveedores, y Nómina, en la primera, y Tesorería y Contabilidad en las restantes unidades.

También se encuentra el acta de entrega de los sistemas de información de prestaciones de salud (RIPS) de todas las Administradoras Del Régimen Subsidiado (ARS) facturadas en el mes de noviembre de 2007, al Departamento de Sistemas de RedeHospital,²⁷ así como los informes de facturación a través de los cuales el contratista RICARDO CANTILLO ilustra que ese módulo se encuentra funcionando en las diferentes UAH²⁸.

En el mismo mes y año, el contratista informa al subgerente administrativo el avance de implantación del

²⁵ Oficina de estadísticas. (fol. 282) c.1.

²⁶ Cuaderno original 2

²⁷ Cuaderno original 2.

²⁸ Folio 12 carpeta traslado.



sistema TRIADA UAH- Pediátrico-, dando a conocer que para ese momento se encuentran automatizadas las citas y las agendas médicas, puesto que con anterioridad el proceso se hacía en forma manual; la impresión de las historias clínicas se realiza directamente desde el sistema; la sistematización permite que los usuarios no tengan que hacer doble fila (para asignación de citas y facturación); los usuarios se benefician con la asignación de citas previamente, sin tener que llegar a las 6:00.a.m. para que se les asigne un turno; se interconectaron las áreas de estadística, laboratorio, consulta externa y facturación; el sistema TRIADA genera automáticamente las estadísticas; y se instaló una impresora láser en el área de estadísticas para el uso del sistema, la que fue donada por la empresa contratista para mejorar el proceso²⁹.

En esa misma ocasión (14 de noviembre de 2007), el contratista RICARDO CANTILLO informó que el 5 de noviembre la red interna de la unidad sufrió un atentado (los cables de la red fueron cortados) dejando el servidor fuera de la red, lo cual imposibilitó poner en marcha en esa unidad los módulos de urgencias y hospitalización, situación fortuita no atribuible a la empresa Gestión y Tecnología Ltda³⁰.

En relación con el funcionamiento del software TRIADA a partir de la suscripción del contrato 018 de 2007, declaró quien para el año 2007 fungía como alcalde del

²⁹ Folios 23 y ss ídem.

³⁰ Ídem



distrito de Barranquilla y presidente de la junta directiva de la ESE RedeHospital, informando que

lo real es que la Superintendencia, de agosto a diciembre, periodo en el cual culminé como alcalde, no nos llamó más la atención por falta de información. Al Ministerio de Protección se le comenzaron a reportar todos los informes y algo que me sorprendió a mi fue que los recursos propios, es decir, los recaudos por consultas externas en la red, estaban alcanzando los tres mil millones de pesos, cuando anteriormente esa plata no se veía, y esa reorganización fue la que permitió que identificáramos también la población vulnerable que no tenía carnet de subsidiado... y de doscientas mil personas con carnet, pasamos a seiscientos cincuenta mil... por eso el primero de enero de 2008 cuando hago entrega de la administración distrital, con base en la norma que exige que al nuevo mandatario se le debe entregar un balance por escrito esto se cumplió a cabalidad, hasta el punto que nunca hubo observación frente al hecho , y en el caso de RedeHospital mucho menos hubo ese problema porque todo estaba debidamente sistematizado»³¹.

En similar sentido declaró el médico Víctor Manuel Guerrero Taján³², quien para el año 2007 integraba la Junta Directiva de RedeHospital, en representación de los profesionales, agregando que siempre se pidió que se comprara la licencia para el software TRIADA, y una vez se suscribió el contrato 018, se vieron notables cambios en el manejo de la información, al punto que por primera vez tuvieron datos veraces sobre la situación financiera de la entidad.

³¹ Sesión del juicio realizada el 15 de agosto de 2012.

³² ídem

En el mismo sentido, el técnico Héctor Enrique Thorne Brown, encargado del área de sistemas del Hospital de Manga, no sólo reiteró que los módulos administrativos y hospitalarios del software TRIADA funcionaban en esa unidad y los centros de salud que dependían de ella, sino que continuó siendo utilizado por CAPRECOM, nuevo operador de la red hospitalaria de Barranquilla, una vez se liquidó RedeHospital³³. Sobre el mismo punto y en igual sentido, declararon Bonthy Esther Bonfante Ledesma, (facturadora del puesto de salud 'La Alboraya', que luego pasó a trabajar como capacitadora de la empresa Gestión y Tecnología Ltda.), y el tecnólogo en sistemas José Yeimy Santamaría Molina, quien trabajó en RedeHospital y con la empresa encargada de su liquidación³⁴.

Conforme con lo anterior, existen múltiples pruebas que dan cuenta de la implementación y funcionamiento de la totalidad de los módulos del software TRIADA, así como de la capacitación brindada al personal encargado de operarlos y de la entrega de los manuales técnico y operativo³⁵. Esos medios de conocimiento también indican que el contratista atendió las observaciones realizadas³⁶. Estas pruebas no fueron valoradas por el Tribunal.

³³ Sesión de juicio realizada el 16 de agosto de 2012

³⁴ Declaraciones rendidas el 12 de julio de 2012, en la audiencia pública. (cuaderno 2 del juicio).

³⁵ Obra de folios 12 a 84 del cuaderno 1 de juicio. Recibido en RedeHospital el 6 de diciembre de 2007 (fol. 82 del mismo cuaderno).

³⁶ Oficio de fecha 30 de junio de 2008, suscrito por los interventores OSWALDO DEDE MENDOZA y AARON AARON DE LA HOZ, informando al gerente GUSTAVO ROMERO HANY, sobre el cronograma establecido para que la empresa GESTIÓN y TECNOLOGIA LTDA. Realizara las adecuaciones solicitadas para lograr el funcionamiento óptimo de los diferentes módulos contratados. (fol. 52, carpeta anexo 8); oficio del 11 de abril de 2008 (fol. 237 c.o.1);

No puede concluirse, como lo indica el fallador de segundo grado, que los testigos María Fernando Popo Murillo, Carlos Ramírez Hamburger e Isidora Barreto Vilanueva dan cuenta de que el contrato no se ejecutó.

Aunado a lo que se dijo en párrafos precedentes, debe tenerse en cuenta que la señora Popo solo intervino en la fase de liquidación de la ESE, mucho después de la terminación del contrato 018 de 2007, por lo que no puede tenerse como una irregularidad el que no haya recibido capacitación de parte de la empresa de CANTILLO CARRILLO.

De otro lado, si bien es cierto la señora Barreto dijo que no recibió capacitación, las pruebas atrás relacionadas indican que sí se impartió formación en diferentes áreas de RedeHospital. En todo caso, no puede asumirse que si la testigo no recibió capacitación para el manejo del módulo de nómina que ella operaba desde el año 2004, la empresa Gestión y Tecnología Ltda., incumplió con tal obligación en todas las áreas. Concluir lo contrario, significa tergiversar este testimonio porque ella solo se refirió a su situación particular frente a la capacitación y a lo que sucedía en la dependencia a la que estaba asignada.

Sobre el licenciamiento de los módulos, obra la entrega de la licencia por parte de «GESTIÓN Y TECNOLOGÍA LTDA., a REDEHOSPITALES E.S.E. (...) para el uso de TRIADA ENTERPRISE en los módulos y condiciones establecidas por el Contrato REH 018-2007», con una nota al margen que da



cuenta de que el uso de la licencia y los módulos operativos del sistema están sujetos a las restricciones y condiciones establecidas por la reglamentación del software en Colombia³⁷.

Sobre el particular, debe aclararse que, contrario a lo que parece entender el Tribunal, la testigo María Fernanda Popo no declaró que el software TRIADA, para cuando ella se vinculó al proceso de liquidación de la entidad, no contaba con licencia. Lo que ella dijo es que no tiene conocimiento sobre el particular.

Las pruebas documentales que respaldan la continuidad en la ejecución del contrato muestran que OSWALDO DEDE MENDOZA no sólo continuó avanzando en la consecución del suministro de interconexión entre la unidad central y las demás unidades administrativas hospitalarias,³⁸ a pesar de que se había suscrito un acta de suspensión temporal de ejecución. Indican, además, que, en asocio con AARON DE LA HOZ y la empresa contratista diseñaron unos formularios de encuesta que debían responder los responsables de los procesos en cada oficina, adelantaron capacitaciones³⁹ y sostuvieron reuniones con los contadores de las unidades administrativas para evaluar la aplicación de facturación⁴⁰.

³⁷ Folio 2 carpeta 'Anexo 5'

³⁸ Folio 191 a 210 c.1. juicio.

³⁹ 8 de febrero de 2008 (fol. 161 a 166 c.1. juicio). Acta 26 de enero de 2008. (fol. 296 del c.o.1)

⁴⁰ 18 de febrero de 2008. (fol. 143 c.1 juicio).

A la par, DEDE MENDOZA informaba al gerente y al subgerente de RedeHospital sobre los avances en la ejecución del contrato⁴¹, mientras que el contratista RICARDO CANTILLO CARRILLO hacía lo mismo⁴² y continuaba con la instalación de los módulos⁴³ y la asesoría y soporte técnicos⁴⁴.

En el mismo sentido, obra la comunicación del mes de enero del 2008, suscrita por AARON DE LA HOZ, mediante la cual solicita al entonces gerente del hospital se requiera al encargado del módulo de presupuesto para que responda la encuesta enviada desde el mes de noviembre, toda vez que la información se necesita para avanzar en la vigilancia del cumplimiento del contrato 018⁴⁵.

El testimonio del técnico en informática Héctor Enrique Thorne Brown, ratifica que desde que se suscribió el contrato 18, no hubo suspensión o desmonte temporal de los módulos de software TRIADA o de los equipos de cómputo, y el ingeniero OSWALDO ENRIQUE DEDE no dejó de hacer el seguimiento requerido para el cumplimiento del objeto contractual. Afirmación que se complementa con lo informado por Guillermo Enrique Hoenisberg Bornacelly y Víctor Manuel Guerrero Taján, en cuanto que los resultados

⁴¹ 17 y 29 de enero de 2008 (fols. 21 a 27 de la carpeta 'anexo 8').

⁴² Informes del 30 de noviembre de 2007 y 8 de febrero de 2008. (fols. 153 a 160 c.1 juicio).

⁴³ Folios 150, 151, 152, ídem

⁴⁴ Certificación suscrita por el ingeniero de sistema de la UAH Nazareth, informando sobre la instalación de software, backup de información y soporte técnico. (fol. 149 c. juicio 1). 31 de enero de 2008 instalación de un computador con software TRIADA en el puesto de salud 'La Chinita' (fol. 297. Co.1)

⁴⁵ Fol. 194 c.o. 3.

positivos del negocio contractual empezaron a reflejarse desde los últimos meses del año 2007.

Para concluir, durante la ejecución del contrato 018 de 2007 se implantaron cinco módulos del software TRIADA relacionados con el área de gestión hospitalaria; once módulos de gestión administrativa financiera, y los resultados operativos permitieron que se superaran, en este punto concreto, las inconsistencias administrativas encontradas por la Superintendencia Nacional de Salud.

En síntesis, el Tribunal omitió valorar un número significativo de pruebas que dan cuenta de la ejecución material del contrato durante el tiempo que estuvo suspendido, tal y como lo aseguraron los procesados DEDE y AARON. También omitió considerar las que dan cuenta de que el contrato sí se ejecutó.

A ello se aúna el que la Fiscalía no obtuvo un dictamen pericial, o practicó otras pruebas idóneas para establecer, en grado de "certeza", cómo funcionaba el software TRIADA antes de la celebración del contrato 018 de 2007, cuáles fueron los avances que se lograron a raíz de este convenio, en qué fechas fueron realizados los cambios, cuál era el funcionamiento del software después de terminado el referido contrato, entre otros.

2.3.1.3. Si a lo largo del proceso se demostró el valor real del software, y en general, el de los



**derechos que CANTILLO
CARRILLO se comprometió a
trasferir a RedeHospital**

Ninguna prueba se recaudó acerca del valor real del software. La alusión más cercana a la valía de los módulos de TRIADA, el licenciamiento, la capacitación y todos los cargos relacionados con la implementación de ellos, corresponde a una escueta apreciación realizada por el investigador Frank Alberto Molina Díaz, en el informe 15410 del 13 de agosto de 2012, según la cual «*se puede estimar un poco elevado*». No obstante, en declaración rendida en la audiencia pública⁴⁶ el funcionario reconoce que no puede establecer pericialmente el valor del software, por cuanto desconoce muchos aspectos técnicos relacionados con su funcionamiento dado que su inmediatez con el sistema sólo ocurrió en el año 2010, cuando ya se hallaba en liquidación la ESE RedeHospital y solo se tenía a la mano alguna información para las consultas propias del proceso de liquidación.

Tampoco se practicó prueba pericial que permita establecer este aspecto, que resulta determinante para definir si se configuró o no el delito de peculado, pues, según el contrato, este componente equivalía a más de la mitad del precio pactado y, por tanto, su costo era superior al monto entregado a título de anticipo.

⁴⁶ Cuaderno original del juicio.



2.3.1.4. Si se acopiaron pruebas que demuestren que el objeto del contrato 018 de 2007 coincide con los compromisos adquiridos por CANTILLO CARRILLO en los contratos que con antelación había celebrado con la referida ESE

Como se advirtiera en precedencia, la empresa Gestión y Tecnología Ltda. ya había sido contratista de la ESE RedeHospital a través de tres negocios jurídicos, de los cuales da cuenta el ingeniero OSWALDO ENRIQUE DEDE MENDOZA en su informe del 26 de marzo del 2007. No obstante, de esa información no se desprende que el objeto de esas negociaciones coincide con el del contrato número 018, como pasará a verse:

El 10 de enero del año 2005 RedeHospital suscribió un contrato por el término de cinco (5) meses con la empresa Gestión y Tecnología Ltda., para la prestación del servicio de facturación en los puestos de salud.

El 12 de junio de ese año las mismas partes contrataron por el término de un mes y dieciocho días el mismo servicio de facturación.

El 8 de noviembre de 2006 pactaron la *«adquisición de hardware-Redes, Equipos y uso de software para el Sistema de Información de las distintas dependencias*



administrativas y asistenciales de RedeHospital correspondiente al periodo de noviembre y diciembre del 2006.»⁴⁷

La anterior información confirma que RedeHospital no contaba con cobertura total, permanente y autosuficiente en el tema de sistemas de información, lo cual generaba irregularidades y demoras en la parte administrativa y en el nivel asistencial.

Antes de la suscripción del contrato 018 de 2007 RedeHospital operaba con: (i) seis módulos administrativos instalados a través del software TRIADA en la oficina central, (ii) un módulo de facturación instalado en los puestos y centros de salud, y (ii) un módulo de facturación en las Unidades de Manga, Nazareth y Barranquilla.

Como el objeto del contrato 018 de 2007 era implantar un modelo de tecnología de información que permitiera integrar y centralizar la información de la red pública hospitalaria del distrito de Barranquilla, propendiendo por la atención integral en los servicios de salud, se acordó la implantación de módulos para las áreas administrativa y asistencial, así:

GESTIÓN ADMINISTRATIVA FINANCIERA	GESTIÓN HOSPITALARIA
Contabilidad	Admisión
Cuentas por pagar	Consulta

⁴⁷ Informe del 26 de marzo del 2007.

Tesorería	Urgencias
Bancos	Hospitalización
Caja	Control estadístico
compras	
Inventarios	
Cuentas por cobrar	
Nómina	
Presupuesto	
Activos fijos	

Además, el objeto contractual incluía el valor del licenciamiento de uso del software, la implementación, el soporte técnico, la capacitación, la puesta en marcha y la garantía por el término de un año, particularidades con las que no se contaba antes del 1 de agosto del año 2007.

Es claro entonces que en el proceso existen pruebas que indican que el objeto del contrato 018 de 2007 es diferente al de los celebrados en fechas anteriores por la ESE y la empresa Gestión y Tecnología Ltda.

Aunque la Fiscalía incluyó entre sus hipótesis que el peculado se configuró porque el anticipo supuestamente se destinó a bienes y servicios que habían sido pagados en los contratos anteriores, no dirigió la investigación a esclarecer este aspecto en particular, lo que, como mínimo, genera una duda razonable sobre la forma como se desarrollaron los diversos contratos celebrados entre la entidad pública y la empresa de CANTILLO CARRILLO.

2.3.1.5. Si se acreditó la destinación del dinero que recibió CANTILLO CARRILLO a título de anticipo

El valor del anticipo pactado, que debía pagarse a la firma del contrato, fue consignado por la Fiduprevisora a la cuenta corriente de la empresa Gestión y Tecnología Ltda. Sobre su destinación solo da cuenta lo informado por RICARDO ENRIQUE CANTILLO CARRILLO durante su indagatoria⁴⁸:

Fue manejado para sufragar los gastos correspondientes, o los gastos generados por la ejecución del contrato, tales como la legalización del contrato que incluye gastos de personal, que era un ingeniero en cada hospital, un ingeniero en la unidad central, cuatro ingenieros que daban soporte a toda la infraestructura, equipo de cómputo que se suministraba a RED HOSPITALES (sic), viáticos y gastos de transportes de la operación misma del sistemas (sic) que incluía los cuatro hospitales, 42 puestos de salud distribuidos en toda la ciudad, gastos de oficina, servicios públicos, papelería y ahí también estaba incluidos todos los equipos de cómputo por fuera del alcance del contrato, que debíamos suministrar...

Más adelante, precisó:

Hay que aclarar algo primero: RED HOSPITALES adquirió una licencia que costaba \$845 millones de pesos, la sola licencia y la asesoría para implementar eso, que era el trabajo de los ingenieros, era 280 millones, lo demás era el IVA. Esto quiere

⁴⁸ 29 de abril de 2010. Cuaderno 1., fols. 164 y ss.

decir que RED HOSPITALES con el anticipo ni siquiera cubrió el costo de usar un producto de tal magnitud...⁴⁹

La Fiscalía no dispuso ningún acto de investigación orientado a verificar o desvirtuar estas afirmaciones.

Llama la atención que ante la hipótesis de peculado por apropiación no se haya ordenado un dictamen pericial o se hayan acopiado pruebas idóneas para demostrar el valor real del software y la licencia que CANTILLO CARRILLO se comprometió a transferir a la ESE, máxime si se tiene en cuenta que el costo de estos, según los términos del contrato, es superior a la suma que fue entregada a título de anticipo y que, hasta donde indican las pruebas fue la única que recibió el contratista.

2.3.1.6. Conclusiones de la Sala frente al delito de peculado

El artículo 397 del Código Penal dispone que incurre en el delito de peculado “*el servidor público que **se apropie**⁵⁰ en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones*”.

Ante la claridad del texto legal, es evidente que cualquier hipótesis de hechos jurídicamente relevantes

⁴⁹ Ampliación de indagatoria, 3 de agosto de 2010, folios 146 y siguientes del cuaderno número 2. Negrillas fuera del texto original.

⁵⁰ Negrillas fuera del texto original.

atinente a este delito debe incluir, entre otras cosas, el acto de apoderamiento, la identidad de quien lo realiza, la forma como se ejecuta y los bienes sobre los que recae.

Según se indicó en el anterior apartado, la Fiscalía no incluyó en la acusación una hipótesis clara y definida, pues en unos apartes dio a entender que el delito se materializó porque los servidores públicos no controlaron la ejecución del anticipo (lo que no equivale necesariamente a que alguien se haya apoderado del mismo), en otros apartes dijo que el pago se hizo por obra y bienes que ya habían sido cancelados, entre las otras versiones atrás relacionadas.

Además, le restó importancia al valor del software y demás derechos que el contratista se comprometió a cederle a la empresa, a pesar de que el mismo, según los términos del contrato, es superior al valor entregado a título de anticipo. Producto de ese descuido, no pudo establecerse a ciencia cierta si esos derechos fueron cedidos o no (aunque hay pruebas que indican que ello sí ocurrió), ni tuvo la precaución de realizar los actos de investigación necesarios para establecer su valor real, porque de ser cierto que el mismo es superior a los ochocientos millones de pesos, tendría que haber explicado por qué se considera que los procesados se apoderaron de los seiscientos cincuenta millones de pesos entregados a la firma del contrato.

Ante un tema eminentemente técnico, brillan por su ausencia los conceptos de expertos en la materia, que

permitieran establecer, en el nivel de “*certeza racional*”, el estado de funcionamiento del software antes, durante y después de la celebración del contrato 018 de 2007. Bajo el entendido de que el sistema procesal penal está regido por el principio de libertad probatoria, valga aclarar que no se acopiaron dictámenes u otros medios de prueba útiles para dilucidar este aspecto.

Fue tan precaria la actividad investigativa de la Fiscalía, y tan evidente la falta de estructuración de una hipótesis de hechos jurídicamente relevantes que sirviera de norte a la misma, que en la resolución de acusación, cuando intentó demostrar que el contrato 018 de 2007 no se ejecutó, se refirió a unas **encuestas** realizadas por los interventores para cuando el contrato se encontraba suspendido, en las que se mencionan algunas falencias del software Triada.

La Fiscalía no explicó por qué esas encuestas, realizadas durante la ejecución del contrato, demuestran que CANTILLO CARRILLO no cumplió las obligaciones contraídas con la E.S.E. Además, omitió explicar la naturaleza probatoria de las mismas, esto es, si se trata de conceptos técnicos, de prueba testimonial o de cualquier otro orden. Por tanto, hizo caso omiso de la reglamentación de la práctica probatoria en la Ley 600 de 2000, pues, a manera de ejemplo, si consideró que se trata de prueba testimonial debió escuchar en declaración jurada a los respectivos testigos, y si consideró que se trata de

conceptos técnicos debió atender la reglamentación de la prueba pericial.

Ante este panorama, y a pesar de que muchas de estas falencias habían sido detectadas por el Juzgado que absolvió a los procesados, el Tribunal, previa advertencia de la importancia de *«hacer justicia en los casos de corrupción administrativa»*, profirió una condena sustentada de forma insuficiente, en la que omitió valorar muchas de las pruebas practicadas a lo largo del proceso, además que tergiversó aquellas que incluyó en su disertación, según se indicó en el anterior apartado.

De esta forma, para concluir que el software TRIADA era una herramienta inservible, que la Superintendencia de Salud le había advertido a los procesados de esa situación y que, no obstante, estos se pusieron de acuerdo para celebrar un contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales, con el propósito de apoderarse de los bienes públicos, el Tribunal incurrió en errores de hecho, en las modalidades de falso juicio de existencia e identidad, que dieron lugar a la violación indirecta de la ley sustancial, por aplicación indebida del artículo 397 del Código Penal, que regula el delito de peculado por apropiación.

La trascendencia de los referidos errores es evidente, porque no existen otras pruebas que respalden dicha conclusión. En el mismo sentido, las otras hipótesis que propuso la Fiscalía General de la Nación no fueron suficientemente demostradas.

2.3.2. El delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales

La acusación y la condena se fundamentan en las siguientes premisas jurídica y fácticas: (i) los procesados violaron los principios consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política y los que regulan de forma puntual la contratación administrativa; (ii) el contrato 018 de 2007 fue el instrumento jurídico utilizado por los procesados para materializar su propósito de apoderarse de los dineros públicos; y (iii) en esa dinámica no realizaron los estudios de factibilidad ni adelantaron las gestiones necesarias para seleccionar al contratista a la luz de los principios de transparencia y selección objetiva.

La Sala desarrollará estos temas en el mismo orden que acaban de indicarse.

En la misma línea argumentativa expuesta en la acusación, el Tribunal se refirió de forma genérica a la trasgresión de los principios consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política, así como los relacionados en la Ley 80 de 1993. Sobre el particular, a lo largo del fallo se lee lo siguiente:

*[l]os cuestionamientos que se le hacen al contratista y al representante de la ESE Red de Hospitales de Barranquilla, como también a sus dos interventores nacen precisamente de la elusión o la pretermisión de unos requisitos esenciales **contenidos en el artículo 209 de la Constitución Política**, como son **rendirle culto a los principios de selección objetiva**,*



planeación, transparencia y responsabilidad, los cuales están definidos en la Ley 80 de 1993. (32.3).

Todo ello significa, contrario a lo considerado en el fallo absolutorio, que si bien es cierto en los contratos administrativos deben estar presentes los requisitos generales y esenciales para su validez contenidos en los artículos 1501 y 1502 del Código Civil y otros que guarden estricta correlación con el Código de Comercio, propios del derecho privado, no por ello quienes administran la cosa pública y con facultada para comprometerla por razón de un contrato estatal, no deban cumplir con los requisitos generales que son inmaculados e inmutables en todos aquellos que representan un compromiso para el presupuesto nacional, repítase surtos en el artículo 209 de la Constitución Nacional (...) entre ellos el basilar como lo es el principio de planeación, que permite como etapa previa y obligada asumir la subsiguiente como lo es la misma contratación en sí, luego su ejecución y por último la liquidación de contrato luego de padecer los controles de los asignados legítimamente interventores. (41.1.)

(...)

Ya aquí ninguna discusión hay sobre las calidades de todos los procesados, que participaron en la celebración y ejecución del contrato 018 de 01 de agosto de 2007, como tampoco que era imperioso tener en cuenta a plenitud los dictados del artículo 209 de la Constitución Política, más allá de que se aluda que se satisficieron (sic) las normas esenciales y generales de los contratos de derecho privado.

(...)

*En ese sentido tendría que afirmarse que para que tuviera una sana vida jurídica el contrato 018 de 2007, como lo dice el impugnante tenía que haber **una planeación adecuada y real***

que aconsejara la escogencia de la empresa Gestión y Tecnología... (44.3).

Si el Tribunal asumió, como puede deducirse de su escueta argumentación, que el “*tipo penal en blanco*” consagrado en el artículo 410 del Código Penal puede complementarse con una “*alusión genérica*” a los principios consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política y los que atañen puntualmente a la contratación administrativa, es claro que violó directamente la ley sustancial, por la equivocada interpretación de las normas aplicables al caso, que se tradujo en la indebida aplicación de las mismas.

En el mismo sentido, el fallador de segundo grado se refirió ampliamente a las supuestas irregularidades durante la fase de ejecución del contrato, entre las que cabe destacar: (i) el contrato se suspendió solo cinco días después de haber sido suscrito, (ii) el acta de suspensión fue firmada por los interventores y no por el gerente de la entidad, (iii) los interventores suscribieron el acta de finalización del contrato, cuando ello debió haberlo hecho el representante legal de la E.S.E. luego de constatar que el objeto del mismo se cumplió a entera satisfacción, y (iv) no se realizó la fase de liquidación del contrato.

Si se asume que el Tribunal consideró que los anteriores hechos configuran el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, es claro que incurrió en la violación directa de la ley sustancial, por aplicación indebida del artículo 410 del Código Penal, pues en la

primera parte de este proveído se explicó por qué este punible solo puede materializarse en las fases de trámite, celebración o liquidación.

Ahora bien, si a esas supuestas irregularidades les dio el carácter de “hecho indicador”, esto es, de datos a partir de los cuales puede inferirse que los procesados realizaron un “contubernio” para apoderarse de los dineros públicos, debió haberlo expresado y, además, tenía la carga de explicar por qué de esa información puede inferirse que ROMERO, DEDE, AARON y CANTILLO actuaron con esa finalidad. Además, tenía la carga de cotejar esta información con las pruebas relacionadas en el apartado destinado al estudio del delito de peculado.

En el anterior apartado se explicó por qué no existe prueba suficiente para concluir que los procesados se apoderaron del dinero entregado a título de anticipo.

En consecuencia, si el Tribunal asumió que se está ante una violación evidente de los ya referidos principios, porque el contrato se utilizó como un instrumento para materializar el propósito concertado de apoderarse de los dineros públicos, incurrió en los errores de hecho por falso juicio de existencia y falso juicio de identidad analizados en el numeral 2.3.1.

Finalmente, encuentra la Sala que el Tribunal no consideró buena parte de las pruebas atinentes al trámite previo a la celebración del contrato 018 de 2007, que



abarcaban los estudios de factibilidad y la selección del contratista, tal y como se explica a continuación.

Una vez el gerente de RedeHospital, GUSTAVO ADOLFO ROMERO HANY, consiguió los recursos para suscribir el contrato 018 de 2007, a través del convenio interadministrativo celebrado con la Alcaldía, dispuso que el grupo de ingenieros de sistemas de planta de ESE elaborara el diagnóstico de la situación de la entidad, así como el plan que permitiría superar la inconformidad hallada por la Superintendencia Nacional de Salud, referida a la debilidad del sistema de información.

Bajo el entendido de que la ESE estaba regida por el artículo 195 de la Ley 100 de 1993, en los términos referidos en la primera parte de este fallo, la etapa precontractual estuvo determinada por varios estudios, que ratificaron lo advertido por la Superintendencia de Salud en relación con la precariedad en la sistematización de la información administrativa, financiera, contable y de funcionamiento hospitalario de la E.S.E., y precisaron las necesidades particulares de la entidad.

La primera recomendación, tanto de la Superintendencia como de los miembros de la Junta Directiva y del comité integrado por los diferentes ingenieros de sistemas de planta, consistió en dejar de lado la utilización de un software en arriendo, para adquirir la licencia de forma temporal o permanente. Sobre este aspecto declararon Juan Carlos Sánchez Hoyos, integrante



del comité de seguimiento, en representación de la Superintendencia de Salud; y Gregorio Antonio Rico Guette, Guillermo Enrique Hoenisberg Bornacelly y Víctor Manuel Guerrero Taján, miembros de la Junta Directiva, cuyos testimonios fueron relacionados en los anteriores apartados.

Acogiendo estas recomendaciones, el Comité de Sistemas, creado por orden de la Junta Directiva, emprendió una serie de reuniones en las que se evaluó la situación de la entidad, lo que dio lugar al informe del 26 de marzo del 2007⁵¹, en el que se da a conocer la grave situación de la ESE ante el retraso en la plataforma informática y se exponen las opciones para la adquisición de un software. Allí se dejó en claro que para materializar estos cambios la ESE debía aportar el recurso humano, equipos de cómputo y proveer redes adecuadas.

En la misma línea, obra el informe presentado el 14 de mayo del 2007 por OSWALDO ENRIQUE DEDE MENDOZA, denominado *«mejoramiento de sistema de información»*⁵², en el que se propone el desarrollo del proyecto de sistematización que comprende acciones a corto, mediano y largo plazo, empezando por las que requieren menor inversión.

En ese proyecto se indica, además, la necesidad de solicitar cotizaciones a todas las empresas proveedoras de software en el mercado, lo cual efectivamente se cumplió a

⁵¹ Folio 48 y ss carpeta anexo 'traslado'.

⁵² Carpeta anexo 'traslado'

través del correo electrónico emitido por el ingeniero DEDE MENDOZA.

El 25 de junio de 2007 OSWALDO DEDE MENDOZA presenta a la gerencia de la E.S.E. RedeHospital el «*estudio de conveniencia y oportunidad “Sistema de información integral para la RedeHospital”*»⁵³, con el que se busca determinar, de manera más concreta, cuál es la solución tecnológica más adecuada para la empresa.

El paso final en esta etapa previa a la suscripción del contrato consistió en la recepción de las propuestas presentadas por siete empresas proveedoras de software, las cuales fueron remitidas por DEDE MENDOZA al gerente ROMERO HANY para su estudio.

Hasta ese punto, el análisis de la planeación para encontrar la mejor opción que permitiera a la RedeHospital modernizar su sistema de información, estuvo en manos de la E.S.E., por cuanto el gerente ROMERO HANY, con oficio del 17 de julio de 2007, remitió el paquete de propuestas a la Alcaldía Mayor de Barranquilla, solicitándole al entonces primer mandatario distrital, Guillermo Hoenisberg Bornacelly, «*apoyo de la oficina de Sistemas del Distrito para la evaluación de las propuestas y la elaboración de las recomendaciones necesarias para lograr este objetivo...*»⁵⁴.

La Alcaldía fue quien recomendó que la modernización de la plataforma tecnológica de la ESE RedeHospital se

⁵³ idem

⁵⁴ Folio 156 idem.



hiciera acogiendo la propuesta de la empresa Gestión y Tecnología Ltda. Ello estuvo a cargo de la ingeniera Betty Rodríguez Pimienta, jefe de sistemas, como consta en el documento denominado «*INFORME DE EVALUACIÓN DE PROPUESTAS...*». A esa conclusión llegó luego de estudiar el ofrecimiento de siete proveedores que presentaron sus software,⁵⁵ bajo el entendido de que la invitación se extendió a 14 empresas, de las cuales siete hicieron su postulación.

Betty Rodríguez informó que el amplio conocimiento que la empresa GESTIÓN Y TECNOLOGÍA LTDA. tenía sobre la operatividad de la ESE, le permitía alcanzar más rápidamente y con menos traumatismos las mejoras a la prestación de servicios a los usuarios del sistema de salud.

En síntesis, el trámite previo a la suscripción del contrato número 018 de 2007: (i) estuvo enmarcado por estudios a partir de los cuales se conoció la exacta situación tecnológica de la empresa E.S.E., RedeHospital, así como las acciones necesarias para superar los hallazgos negativos registrados por la Superintendencia Nacional de Salud; (ii) se invitó a 14 empresas proveedoras de software, de las cuales siete presentaron sus propuestas; y (iii) la determinación de la mejor propuesta no estuvo a cargo de algún funcionario de RedeHospital E.S.E., sino de una servidora pública adscrita a la Alcaldía.

⁵⁵ Dinámica Gerencial; Gestión Clínica Integrada; E-SALUD; DIGITALWARE; IPSOFT-SIIS; UNO 8.5 y TRIADA 2007.

Si el Tribunal asumió que los anteriores trámites no son suficientes para desarrollar los principios que considera trasgredidos (planeación, transparencia, etcétera), porque no se ajustan a la reglamentación consagrada en la Ley 80 de 1993, como lo deja entrever en algunos apartes de su disertación, está incurso en la violación directa de la ley sustancial, porque, según se indicó en la primera parte de este fallo, las Empresas Sociales del Estado están sometidas a un régimen contractual especial, y para el año 2007 la RedeHospital no había expedido su manual interno de contratación.

Si, por el contrario, era consciente de este marco jurídico, pero omitió valorar las pruebas que dan cuenta de los trámites previos referidos en párrafos anteriores, incurrió en la violación indirecta de la ley sustancial, por error de hecho en la modalidad de falso juicio de existencia.

La Sala se ve obligada a realizar los anteriores juicios hipotéticos porque el Tribunal no sustentó suficientemente su decisión y, por tanto, se hace necesario precisar que ante cualquiera de las posibles líneas argumentativas que insinuó en la sentencia, es evidente que incurrió en errores susceptibles de ser corregidos en el ámbito del recurso extraordinario de casación.

2.3.3. Análisis de las demandas de casación

La Sala encuentra probado que la sentencia condenatoria es producto de los múltiples errores de hecho,



en las modalidades de falso juicio de existencia e identidad, analizados en los párrafos precedentes, que en buena medida coinciden con los planteamientos realizados por los impugnantes, según se indicó en el acápite destinado a las respectivas demandas.

Sin embargo, debe aclararse que la Corte concluye que existen dudas razonables sobre la ocurrencia de irregularidades durante el proceso de contratación realizado por la ESE RedeHospital con la empresa dirigida por CANTILLO CARRILLO, lo que es suficiente para que el fallo deba ser absolutorio. Ello es diferente a lo que plantean los recurrentes en el sentido de que está probado que no ocurrió ninguna irregularidad.

En cuanto al cargo por violación directa de la ley sustancial, propuesto por el defensor de OSWALDO ENRIQUE DEDE MENDOZA, la Corte debe reiterar que los contratos estatales, cualquiera sea su modalidad, están regidos por los principios constitucionales y los atinentes a la contratación pública, según se indicó en la primera parte de este proveído. Cosa distinta es que para complementar el “*tipo penal en blanco*” consagrado en el artículo 410 del Código Penal no es suficiente con referirse de forma genérica a la trasgresión de dichos principios, como ampliamente se explicó en ese apartado.

Por tanto, se casará el fallo impugnado y, en consecuencia, se absolverá a los procesados frente a los delitos de peculado por apropiación y contrato sin



cumplimiento de requisitos legales, con la salvedad de la prescripción de la acción penal que se estudiará más adelante.

Esta decisión hace innecesario el análisis de los otros cargos orientados a lograr la anulación del trámite, en virtud del principio de prioridad, según el cual la absolución, cuando es procedente, prima sobre la nulidad.

Sin embargo, es procedente lo que plantea la Delegada del Ministerio Público sobre la prescripción de la acción penal a favor del contratista CANTILLO CARRILLO, en lo que concierne al delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

Como antes se indicó, la acusación quedó ejecutoriada el 19 de octubre de 2011, cuando la Fiscalía Cuarenta Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá resolvió el recurso de apelación interpuesto por los defensores en contra de la resolución de acusación proferida por el fiscal de primera instancia.

Para cuando ocurrieron los hechos el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales tenía asignada la pena de prisión de 4 a 12 años. Como el procesado fue acusado y condenado a título de interviniente, la pena en mención debe rebajarse en una cuarta parte, tal como lo dispone el artículo 30 del Código Penal. Así, el extremo máximo de la sanción es de 9 años.

Luego de la acusación, el término de prescripción se reduce a la mitad, sin que pueda ser inferior a cinco años.

Por tanto, es evidente que la acción penal frente al delito consagrado en el referido artículo 410, en lo que respecta al interviniente CANTILLO CARRILLO, prescribió el 20 de octubre de 2016, cuando el Tribunal estaba tramitando el recurso de casación que ahora ocupa la atención de la Sala.

Por lo anterior, y en atención a que este procesado había sido condenado por el delito en mención, la Sala declarará la extinción de la acción penal exclusivamente frente al delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y solo a favor de ENRIQUE CANTILLO CARRILLO.

Se ordenará la libertad inmediata de los procesados y la cancelación de las respectivas órdenes de captura.

En mérito de 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

Primero: Declarar la prescripción y la consecuente extinción de la acción penal por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales a favor de RICARDO ENRIQUE CANTILLO CARRILLO.

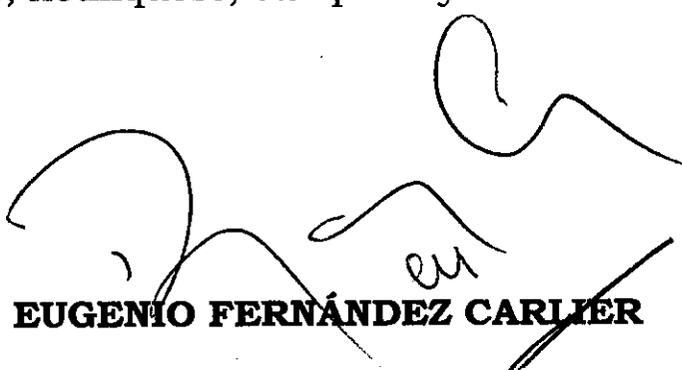


Segundo: Casar el fallo impugnado, y en su lugar absolver a GUSTAVO ADOLFO ROMERO HANY, OSWALDO ENRIQUE DEDE MENDOZA y AARON DAYÁN AARON DE LA HOZ por los delitos de celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación, consagrados en los artículos 410 y 397 del Código Penal, respectivamente, y absolver a RICARDO ENRIQUE CANTILLO CARRILLO por el delito de peculado por apropiación.

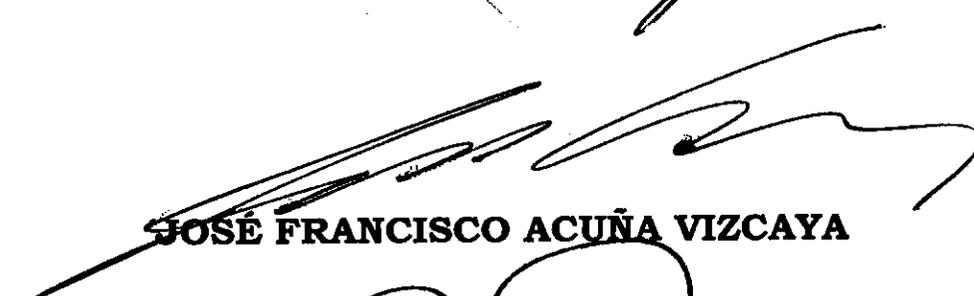
Tercero: Ordenar la libertad inmediata de los procesados y la cancelación de las respectivas órdenes de captura.

Contra la presente decisión no proceden recursos.

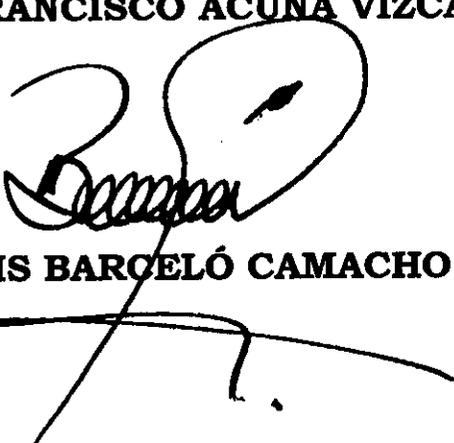
Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.



EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER



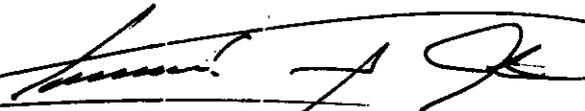
JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA



JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

25 MAY 2010

Casación No.49819
Gustavo Adolfo Romero Hany -otros

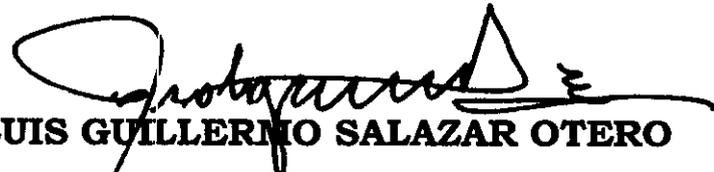

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA


GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNANDEZ


EYDER PATIÑO CABRERA


PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR


LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

