



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala Especial de Primera Instancia

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA ESPECIAL DE PRIMERA INSTANCIA**

**ARIEL AUGUSTO TORRES ROJAS
Magistrado Ponente**

**SEP 00057-2021
Radicación No. 00026
Aprobado mediante Acta No. 31**

Bogotá D.C., diez (10) de junio de dos mil veintiuno (2021).

VISTOS

Realizada la audiencia de juzgamiento entre la Sala a dictar el fallo que en derecho corresponda, dentro de la causa que sigue en contra el ex Gobernador del Departamento de Vichada, AURELIO CASTRO PARRA, quien fue acusado por la Fiscalía General de la Nación, como autor del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, en concurso heterogéneo con el punible de peculado por apropiación.

HECHOS

AURELIO CASTRO PARRA, en calidad de Gobernador del Departamento de Vichada en encargo, el 18 de septiembre de 2003, suscribió el contrato N°. 032, con JESÚS MARÍA BACCA OCAMPO, representante legal de la IPS Medicina Integral, cuyo objeto fue la prestación de servicios de salud de segundo nivel y especializada a la población vulnerable de La Primavera, Santa Rosalia y Cumaribo, por \$417.000.000, oo, sin verificar el cumplimiento de requisitos legales en la fase precontractual y por el doble del valor del costo de los servicios ofrecidos, los cuales ascendían a \$208.500.000,oo (\$69.500.000,oo, por cada municipio), según oferta del contratista, la cual hacia parte integral del acuerdo jurídico.

CASTRO PARRA, como Secretario de Salud encargado¹, avaló los estudios previos y los términos de referencia, carentes de soporte investigativo, técnico, jurídico y económico; recomendó y eligió al contratista sin acreditar experiencia, capacidad física y financiera, único proponente pues las ofertas presentadas por otros dos cotizantes eran falsas; aprobó el plan de inversión del anticipo entregado a BACCA OCAMPO; fungió como supervisor; y, autorizó el pago del saldo final por \$167.005.000,oo, sin que el contratista realizara un mayor servicio del propuesto.

¹ CASTRO PARRA era el Secretario de Gobierno y Administración (titular), encargado de las funciones de Secretario de Salud, según Decreto 149 de 10 de junio de 2003. Cfr. Folios 76 a 87 del cuaderno original de Fiscalía N° 1. También, folios 138 y 131 del cuaderno anexo original de la Fiscalía N°. 7.

ANTECEDENTES

1. Identidad del procesado.

AURELIO CASTRO PARRA, identificado con la c. de c. N°. 14.236.683, con domicilio en la calle 86B, N°. 112 G-18² de esta ciudad, nació en Ibagué (Tolima) el 23 de abril de 1961, hijo de DAGOBERTO y ROSALBA, casado con ANA PIEDAD ARANGO, padre de ALEJANDRA, DANIELA³, DANIEL CAMILO, DANIEL FELIPE y PAULA, de profesión abogado; se desempeñó como Secretario de Gobierno, Salud y Gobernador encargado de Departamento de Vichada y asesor del Hospital de Engativá⁴.

Sus características físicas y morfológicas son: 1.61 metros de estatura aproximada, contextura media, piel trigueña clara, cabello negro, lacio, ojos del mismo color, dentadura natural y completa, sin señales particulares⁵.

2. Actuación procesal.

Con fundamento en las copias ordenadas por la Contraloría General de la República -Gerencia Departamental de Vichada-, el 5 de octubre de 2004, el Despacho del Fiscal

² Cfr. Folio 220 del cuaderno original N°. 1 de la Sala de Primera Instancia. V. 103 a 127 del cuaderno original de la Fiscalía N°. 1.

³ Cfr. Folios 158 a 163 del cuaderno original de la Fiscalía N°. 1. Datos extraídos de la diligencia de indagatoria de 13 de mayo de 2005. Sin embargo, según el informe de Policía Judicial, para el 11 de mayo de 2017 su cónyuge era NANCY ÁLVAREZ ÁLVAREZ para esa época. Cfr. Folios 103 a 127 del cuaderno original de la Fiscalía N°. 1.

⁴ Cfr. Folio 125 del cuaderno original de la Fiscalía N°. 3.

⁵ Cfr. Folios 158 a 163 del cuaderno original de la Fiscalía N°. 1.

General de la Nación inició indagación preliminar en contra de AURELIO CASTRO PARRA⁶.

El 18 de marzo de 2005 abrió formalmente la investigación en contra de CASTRO PARRA, vinculándolo mediante indagatoria⁷.

El 2 de agosto de 2007 se vinculó al doctor FERNANDO GÓMEZ GIRALDO⁸, gobernador titular, a quien extinguió la acción penal el 22 de diciembre de 2015 por su fallecimiento⁹.

El 8 de noviembre de 2016, la Fiscalía Primera Delegada ante la Corte Suprema de Justicia resolvió la situación jurídica a CASTRO PARRA, absteniéndose de imponer medida de aseguramiento de detención preventiva, al no encontrar reunidos los fines constitucionales¹⁰.

El 12 de diciembre de 2017, la Fiscalía Quinta Delegada ante esta Corporación cerró la investigación¹¹ y el 10 de julio de 2018, calificó el mérito del sumario¹².

3. Resolución de acusación

La Fiscalía profirió acusación en contra del aforado, como probable autor responsable de los delitos de contrato sin

⁶ Cfr. Folios 70 a 71 del cuaderno original de la Fiscalía N°. 1.

⁷ Cfr. Folios 127 a 128 del cuaderno original de Fiscalía N°. 1. La diligencia de injurada tuvo lugar el 13 de mayo de 2005. Cfr. Folios 158 a 163 *ibidem*, ampliada el 9 de abril de 2008. Cfr. Folios 7 a 12 del cuaderno original de Fiscalía N°. 2.

⁸ Cfr. Folio 260 del cuaderno original de Fiscalía N°. 1.

⁹ Cfr. Folio 260 del cuaderno original de Fiscalía N°. 1; 305 a 309 del cuaderno original de Fiscalía N°. 2.

¹⁰ Cfr. Folios 1 a 53 del cuaderno original de Fiscalía N°. 3.

¹¹ Cfr. Folio 1 del cuaderno original de la Fiscalía N°. 3.

¹² Cfr. Folio 173 del cuaderno original de Fiscalía N°. 4.

cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación a favor de terceros, en concurso heterogéneo:

Tras sintetizar la actuación, las pruebas recaudadas y el contenido de los alegatos presentados por los sujetos procesales, determinó el alcance de los elementos constitutivos de los delitos imputados para configurar el tipo objetivo y subjetivo.

3.1. Sobre el contrato sin cumplimiento de requisitos legales

La Fiscalía precisó que AURELIO CASTRO PARRA como Gobernador en encargo, celebró el 18 de septiembre de 2003 el contrato N°. 032 con JESÚS MARÍA BACCA OCAMPO, representante legal de la IPS Medicina Integral, cuyo objeto fue la prestación de servicios médicos a la población vulnerable de los municipios de La Primavera, Santa Rosalia y Cumaribo, sin verificar el cumplimiento de requisitos legales en la fase precontractual, dentro de la cual participó como Secretario de Salud vulnerando los principios de economía, planeación, transparencia, responsabilidad y selección objetiva contenidos en los artículos 24, 25 y 29 de la Ley 80 de 1993, por cuanto:

(i) Los estudios previos fueron rubricados por el acusado a pesar de no contar con las condiciones del mercado respecto de los servicios hospitalarios y especificaciones de las necesidades de la población, y el plazo y lugar de ejecución, lo que refleja la falta de investigación sobre su conveniencia.

(ii) CASTRO PARRA avaló los términos de referencia sin tener en cuenta el componente técnico y económico, siendo incierta la forma en que se cumpliría el objeto contractual, la calidad de los productos ofrecidos y las obligaciones del contratista.

(iii) Si bien el artículo 24-1 de la Ley 80 de 1993 autoriza la contratación directa para los servicios médicos, el canon 29 del Decreto 2170 de 2002 exigía dos oferentes inscritos en el Ministerio de Salud, aspecto ignorado en el "pliego de condiciones".

(iv) Las ofertas presentadas por JUAN EDUARDO DURÁN DURÁN y SILVIO RODRÍGUEZ CAMPOS, representante de la IPS SOLO SALUD no existieron, por cuanto el primero nunca presentó cotización y, el segundo, no aparece en la Registraduría Nacional del Estado Civil.

La propuesta de JESÚS MARÍA BACCA OCAMPO a nombre de la IPS Medicina Integral carece de soportes sobre su experiencia, capacidad administrativa, operativa y financiera, requisitos exigidos en el artículo 41-1-4 del decreto citado, simplemente relacionó los nombres de varios profesionales en diferentes áreas de medicina.

Si bien la razón social fue creada el 9 de enero de 2002 con un capital de \$500.000, oo a mayo 31 del año siguiente registró un balance de \$169.649.030,oo, representado en cuentas por cobrar por \$138.735.770,oo, lo cual demuestra que sus activos ascendían a \$23.728.664,oo en instalaciones y equipos médicos, insuficientes para atender la demanda de

servicios médicos en relación con las especialidades ofrecidas en cirugía general, ginecología, obstetricia, traumatología, pediatría, oftalmología, anestesiología, dermatología, coloscopia y ecografía.

(v) CASTRO PARRA sin ningún fundamento, recomendó a la IPS Medicina Integral en contravía de los términos de referencia, preterminando los puntajes de idoneidad, capacidad y recurso humano, es decir, no realizó evaluación alguna.

A pesar de las irregularidades, el acusado como ordenador del gasto celebró el contrato sin verificar que el trámite de la fase previa cumpliera con los principios legales esenciales, obligación que deviene de la Carta Política y el ordenamiento legal.

El procesado adujo en la indagatoria que la fase precontractual estaba "delegada" en el Departamento Administrativo Jurídico, versión infirmada por FERNANDO GÓMEZ GIRALDO, Gobernador titular, quien señaló que el acusado en calidad de Secretario de Salud presentó el proyecto de atención a la población vulnerable en la modalidad de "grupos extramurales", siendo el encargado de la parte técnica del contrato, con apoyo de la Oficina Jurídica.

GÓMEZ GIRALDO aseguró que encargó a CASTRO PARRA de esa unidad ejecutora dado su conocimiento en la legislación del sector y por ser abogado; por esa razón era el responsable de la recolección de la información, la elaboración de los estudios de necesidad, los términos de referencia, la

publicación de la invitación, la recepción de las ofertas y su evaluación.

Adicionalmente, el contrato fue firmado por el doble de la propuesta presentada por la IPS Medicina Integral, entidad que ofreció servicios por \$208.500.000, oo (\$69.500.000, oo en cada uno de los tres municipios).

Para la Fiscalía, el contratista desmintió a CASTRO PARRA al señalar que la labor se desarrolló en cuatro jornadas durante 60 días y no en seis jornadas y 4 meses.

Al conocer CASTRO PARRA la etapa precontractual es imposible aducir negligencia en su comportamiento dada su experticia en temas de salud, su condición de abogado y los 13 años de ejercicio profesional, de donde infiere que voluntariamente desconoció la ley.

3.2. Del Peculado por apropiación

Para la Fiscalía CASTRO PARRA suscribió el acuerdo de voluntades en cuantía de \$417.000.000, oo, el doble de su valor, permitiendo la apropiación de dineros en cuantía de \$167.005.000, oo, resultante de restar del precio del contrato la cifra de la oferta presentada por BACCA OCAMPO por \$208.500.000, oo, con las deducciones de ley.

La propuesta de BACCA OCAMPO fue de \$69.500.000, oo por los servicios ofrecidos a los municipios de La Primavera, Santa Rosalia y Cumaribo, labor realizada en la mitad del tiempo estipulado.

El incriminado sin competencia firmó el comprobante de egreso N°. 1760 de 18 de diciembre de 2003 por \$167.005.000, oo, dinero desembolsado a BACCA OCAMPO, lo que generó detrimento patrimonial.

Era evidente el interés de CASTRO PARRA en favorecer al contratista por cuanto direccionó la etapa precontractual, suscribió el contrato a pesar de las irregularidades acumulando varias funciones, entre estas, la "interventoria", comportamiento realizado con conocimiento y voluntad.

El 28 de septiembre de 2018, la Fiscalía no repuso la acusación y ordenó el envío del expediente a esta Corporación¹³.

4. Actuación ante la Corte

El 22 de julio de 2019, la Sala llevó a cabo la audiencia preparatoria y ordenó la práctica de pruebas solicitadas por los sujetos procesales¹⁴.

La audiencia pública se llevó a cabo el 13 de agosto de 2020¹⁵. La síntesis de las alegaciones es la siguiente:

¹³ Cfr. Folios 173 a 187 del cuaderno original de la Fiscalía N°. 4.

¹⁴ Cfr. Folios 84 a 101 del cuaderno original de la Sala Especial de Primera Instancia N°. 1.

¹⁵ Cfr. Folios 133 a 135 del cuaderno original de la Sala Especial de Primera Instancia N°. 1.

4.1. De la Fiscalía Quinta Delegada ante la Corte

Pide a la Sala condene al procesado como autor responsable de los delitos por los cuales fue acusado, fundada en los siguientes argumentos:

AURELIO CASTRO PARRA como gobernador encargado celebró el contrato 032 de 18 de septiembre de 2003 con JOSÉ MARÍA BACCA OCAMPO para prestar servicios de salud de segundo nivel a la población vulnerable ubicada en zonas geográficas de difícil acceso por valor de \$417.000.000,00 sin verificar el cumplimiento de requisitos legales y con conocimiento de las irregularidades cometidas en la etapa precontractual en la que intervino directamente, así como en la fase de liquidación, vulnerando los principios de economía, planeación, transparencia y selección objetiva contenidos en los artículos 8 y 20 del Decreto 2170 de 2002 y 24, 25, 29 de la Ley 80 de 1993.

En su condición de Secretario de Salud, antes de la firma del contrato, suscribió: *(i)* los estudios previos y de conveniencia soslayando los precios del mercado en relación con los servicios a contratar, sin incluir el plazo, el lugar y sitios donde se ejecutaría; *(ii)* los términos de referencia carentes de análisis técnico y económico; y, *(iii)* el acta de escogencia del contratista sin fundamentación, recomendando a la IPS Servicios Integrales, empresa que no acreditó experiencia, capacidad administrativa, operacional y financiera.

Según el Fiscal Delegado, la etapa precontractual fue una simulación para favorecer a BACCA OCAMPO, no solo por la

vaguedad de los anteriores documentos sino porque las dos ofertas restantes fueron aparentemente presentadas pues el cotizante JUAN EDUARDO DÍAZ DÍAZ, desconoció su firma y SILVIO RODRÍGUEZ CAMPO, en representación de la IPS SOLO SALUD, el cual nunca fue identificado.

Si bien se contrató por la modalidad directa, era perentoria la presentación de dos ofertas y la inscripción de las personas jurídicas participantes en el Ministerio de Salud, aspecto soslayado por la empresa favorecida, la cual no tenía el nivel científico de segundo y tercer nivel, no obstante, los directores de los hospitales certificaron la prestación de servicios en esta última modalidad.

Para la Fiscalía el acusado no puede excusarse en otros funcionarios por cuanto las pruebas demostraron que el mismo preparó la fase previa y la cadena de irregularidades que culminaron con la suscripción del contrato y su liquidación, comportamiento doloso que no es producto de un descuido, máxime su condición de abogado.

Además, RICARDO SILVA BURGOS, ex Jefe de la Oficina Jurídica, señaló que si bien firmó algunos documentos, entre ellos, los términos de referencia, lo hizo finalizada la revisión sustancial de CASTRO PARRA, responsable de la verificación de los requisitos de la etapa previa en calidad de Secretario de Salud, por cuanto la competencia del Departamento Jurídico consistía en una lista de chequero.

La afirmación de la defensa sobre el extravío de la carpeta del contrato, en la cual reposarían los estudios realizados,

sostiene la Fiscalía, no tiene respaldo probatorio por cuanto el investigador HUMBERTO CORNELIO SEGURA, adscrito al extinto DAS, encontró un legajo con "181" folios, misma foliatura que reposa en los archivos de la gobernación.

En relación con el delito de peculado por apropiación, el Ente Fiscal adujo que, CASTRO PARRA permitió la apropiación de dineros del Estado por parte de BACCA OCAMPO, ya que el contrato N°. 032 de 18 de septiembre de 2003 se suscribió extrañamente por \$417.000.000, oo, es decir, por el doble del valor propuesto por el contratista, quien ofreció servicios en cuantía de \$208.000.000, oo, sin realizar aclaración alguna.

Según la propuesta, los servicios médicos para cada municipio tenía un costo de \$69.500.000,oo y de acuerdo con constancias de los directores de los Hospitales de la región se realizaron 4 jornadas, dos en La Primavera¹⁶ y las restantes en Cumaribo¹⁷ y Santa Rosalia¹⁸, lo cual desvirtúa el argumento defensivo en cuanto a que BACCA CAMPO prestó asistencia adicional ("seis" en total) por fuera de las cláusulas 3 y 4 del acuerdo jurídico, incrementándose el valor del contrato.

Para demostrar el monto de lo apropiado, la Fiscalía aportó el comprobante N°. 1760 de 18 de diciembre de 2003, signado por el acusado, a pesar de que el Gobernador titular era FERNANDO GÓMEZ GIRALDO.

En consecuencia, concluye la Fiscalía, era evidente la intención de CASTRO PARRA de favorecer al contratista, pues

¹⁶ En el lapso de 11 a 23 de octubre; y, 9 y 23 de noviembre de 2003.

¹⁷ En periodo de 26 noviembre a 7 de diciembre de 2003.

¹⁸ De 21 octubre a 8 de noviembre de 2003.

como Secretario de Salud extendió un informe de supervisión del contrato sin fecha y sustento, certificando el cumplimiento del objeto contractual, aspecto contrario a la realidad pues ni siquiera señaló cuáles fueron los servicios prestados; tampoco explicó en qué se invirtió la cifra de \$167.005.000, o del saldo final, vulnerando el bien jurídico tutelado.

4.2. Del Ministerio Público

Pidió condena en tanto se encuentra demostrada la plena responsabilidad del acusado.

En lo que tiene que ver con el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, estima que CASTRO PARRA conocía las anomalías en cuanto actuó dentro de un plan preconcebido, ya que participó en todas las fases contractuales, sin que pueda escudarse en la actuación de funcionarios del Departamento Administrativo Jurídico pues no es admisible aceptar la tesis de la "delegación", de la buena fe y del principio de confianza, dado que si bien las organizaciones operan con división de trabajo, existe cierto límite en materia contractual. Así, en razón del rol de vigilancia y supervisión que ostenta el gobernador no es posible ampararse en ello para omitir el deber de supervisar lo actuado por sus subalternos.

Respecto del peculado por apropiación aduce que el procesado permitió la apropiación de recursos públicos al suscribir el contrato por el doble de la propuesta presentada por JESÚS MARÍA BACCA OCAMPO. Adicionalmente, pide

compulsar copias contra el testigo JESÚS MARÍA BACCA OCAMPO por falso testimonio.

4.3. Del apoderado del Departamento de Vichada

Solicitó condena al considerar demostrado que CASTRO PARRA omitió su deber legal al suscribir el contrato, dadas las irregularidades de la etapa precontractual, ocasionando perjuicios al erario.

4.4. Del defensor de AURELIO CASTRO PARRA

Pidió absolución ante la duda que existe sobre la responsabilidad toda vez que las pruebas carecen de validez porque la Fiscalía incumplió los protocolos de la cadena de custodia del contrato investigado, definidos por la jurisprudencia de esta Corporación¹⁹.

En su criterio, el 20 de abril de 2004 HUMBERTO CORNELIO SEGURA BARRAGÁN, investigador adscrito al DAS, practicó inspección a la administración de Vichada recaudando 161 folios, sin relacionar su contenido, ignorándose cuáles documentos halló.

Recuerda que la Procuraduría General de la Nación con oficio 147 de 30 de mayo de 2006 dio cuenta del extravío de la documentación, es decir, luego de dos años de practicada la diligencia se desconocía el paradero del legajo que respalda la

¹⁹ CSJ SP, 23 mayo 2006, rad. 25269; CSJ, SP, 27 feb. 2013, rad. 38128, y, CSJ SP, 3 jul. 2013, rad. 38128

imputación del punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

Precisa que SEGURA BARRAGÁN afirmó haber entregado el contrato a la Fiscalía Sexta, sin embargo, no fue objeto de investigación por esa autoridad, lo cual infirma su versión. Es incierto, entonces, si la carpeta fue devuelta a la Oficina Jurídica del Departamento de Vichada, dependencia que certificó la existencia de 172 folios.

De otra parte, afirma, SEGURA BARRAGÁN informó que también envió la documentación a la Procuraduría General de la Nación, entidad que ordenó la misión de trabajo N°. 7454 dc 8 de junio de 2009, en cuyo cumplimiento se realizó una inspección en la que se encontraron 55 folios y otras piezas que no son soporte del contrato -para un total de 213-, hecho del cual deduce como evidente el extravío de documentos fundamentales.

En su opinión, exigir estudios previos y condiciones de mercado es ignorar la realidad del país, toda vez que no se requiere una investigación profunda sobre las necesidades de comunidades indígenas.

La Fiscalía, estima, confundió el contrato de salud con el de suministro, el cual exige estudio de bienes siendo suficiente entrar a internet para encontrar los datos estadísticos echados de menos, máxime cuando es inconsistente en el expediente un parámetro sobre el valor del servicio en salud.

Considera que el cumplimiento del contrato se demuestra con más de 10 mil folios de historias clínicas -sin constatar en su totalidad por la Fiscalía- y los testimonios de los profesionales del equipo médico, resultando insuficiente para acreditar el peculado por apropiación la simple multiplicación realizada del valor de los servicios ofrecidos por el contratista, en cuantía de \$69.500.000, oo.

Aseguró que el pago del valor del acto jurídico en dos contados no constituye irregularidad dadas las condiciones selváticas donde se prestó el servicio, siendo lógico que BACCA OCAMPO haya esperado ejecutar el contrato para cobrar el saldo.

Finalmente, asevera que si CASTRO PARRA cumplió diferentes funciones, ello se debió a la insuficiencia de funcionarios en esa zona del país, por lo tanto, no existió inhabilidad o incompatibilidad.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Competencia:

Como se viene reiterando en el juicio, no obstante que el acusado AURELIO CASTRO PARRA ya no ocupa el cargo de Gobernador del Departamento de Vichada, la Sala es competente para conocer de esta causa, en razón a que las conductas por las cuales fue acusado por la Fiscalía General de la Nación, guardan relación con las funciones desempeñadas para la época de los hechos, de conformidad

con lo dispuesto por el artículo 3º del Acto Legislativo No. 001 de 2018, modificatorio del 235-5 de la Constitución Política.

2. Requisitos para condenar.

Al tenor de lo normado por el artículo 232 de la Ley 600 de 2000, solo es posible proferir sentencia condenatoria cuando las pruebas transmitan al fallador la certeza sobre los elementos de la conducta punible y la responsabilidad del procesado.

Presupuestos que en este caso concurren, como con acierto lo pregonan el Fiscal Delegado, el Ministerio Público y el representante de la Gobernación, ya que la ponderación de los medios de prueba conduce a la Sala a la convicción sobre la presencia de las categorías de los ilícitos atribuidos al acusado y de su responsabilidad. Veamos:

2.1. Del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales

La Fiscalía acusó al procesado como probable autor responsable de la comisión de este delito, el cual es descrito por el artículo 410 del Código Penal de la siguiente manera²⁰:

«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, incurirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a doce (12) años.»

²⁰ Este acápite seguirá el marco teórico de la Sala contenido en CSJ SP00017 2020, rad. 49599.

El supuesto de hecho descrito encierra el actuar de un servidor público que entre sus atribuciones deba intervenir en el proceso de contratación, y haya incumplido los presupuestos sustanciales en el trámite o liquidación, u omitido verificar su concurrencia en las etapas de trámite, celebración o liquidación²¹.

Encierra dos modalidades alternativas de ejecución: la primera, incumplir los presupuestos legales sustanciales en el trámite, lo que involucra todos los pasos hasta su celebración y, la segunda, omitir la verificación del cumplimiento de los condicionamientos legales para su perfeccionamiento, incluso los concernientes a la fase precontractual y los relacionados con la liquidación²².

De esta forma la ley distinguió la conducta ejecutada por los servidores públicos competentes para tramitar el contrato, de la que cumple el representante legal o el ordenador del gasto en las fases de celebración y liquidación²³.

La primera modalidad alude al trámite del contrato sin observar los requisitos legales esenciales, en tanto que en la restante el contenido de la prohibición se hace consistir en no comprobar el acatamiento de las exigencias legales esenciales en dicha fase al momento de firmarlos. Distinción fundamentada en la forma desconcentrada como actualmente se cumple la función pública en las entidades estatales²⁴.

²¹ Cfr. CSJ SP-18532-2017, rad. 13263, reiterada en CSJ SP00017-2020, rad. 49599.

²² Cfr. *Ibidem*. Reiterado en CSJ SP00017-2020, rad. 49599.

²³ Cfr. *Ibidem*.

²⁴ Cfr. *Ibidem*.

Es decir, a través de esta figura las etapas previas y de ejecución están asignadas al personal de nivel ejecutivo y las de celebración y liquidación al ordenador del gasto. Labor que este ejecuta verificando el cumplimiento de las formalidades legales en la etapa previa, por ser el funcionario autorizado por la Carta Política y la ley para disponer de los recursos del ente territorial²⁵.

Los artículos 12²⁶ y 25-10 de la Ley 80 de 1993²⁷, preceptúan que los jefes y representantes legales de las entidades estatales, podrán delegar total o parcialmente la competencia para celebrar contratos con sujeción a las cuantías señaladas en las respectivas juntas y consejos directivos, y desconcentrar la realización de licitaciones en los servidores públicos que desempeñen cargos de nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes. En todo caso, la delegación y desconcentración no derivan en ausencia de responsabilidad

²⁵ Cfr. CSJ SP18532-2017, rad. 43263; reiterada en CSJ SP 00017-2020, rad. 49599.

²⁶ **ARTÍCULO 12. DE LA DELEGACIÓN PARA CONTRATAR.** «*Aparte tachado derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007*» Los jefes y los representantes legales de las entidades estatales podrán delegar total o parcialmente la competencia para celebrar contratos y desconcentrar la realización de licitaciones ~~o exenciones~~ en los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes. *«Inciso CONDICIONALMENTE exequible»* «Inciso adicionado por el artículo 21 de la Ley 1150 de 2007. El nuevo texto es el siguiente:» En ningún caso, los jefes y representantes legales de las entidades estatales quedarán exonerados por virtud de la delegación de sus deberes de control y vigilancia de la actividad precontractual y contractual. **PARÁGRAFO.** «*Parágrafo adicionado por el artículo 21 de la Ley 1150 de 2007. El nuevo texto es el siguiente:* Para los efectos de esta ley, se entiende por desconcentración la distribución adecuada del trabajo que realiza el jefe o representante legal de la entidad, sin que ello implique autonomía administrativa en su ejercicio. En consecuencia, contra las actividades cumplidas en virtud de la desconcentración administrativa no procederá ningún recurso.

²⁷ **ARTÍCULO 25. DEL PRINCIPIO DE ECONOMÍA.** En virtud de este principio: / ./. 10. Los jefes o representantes de las entidades a las que se aplica la presente ley, podrán delegar la facultad para celebrar contratos en los términos previstos en el artículo 12 de esta ley y con sujeción a las cuantías que señalen sus respectivas juntas o consejos directivos. En los demás casos, dichas cuantías las fijará el reglamento.

del encargado de la contratación²⁸, pues la función de adjudicación está a su cargo²⁹.

El elemento normativo del tipo denominado "requisitos esenciales", hace alusión al respeto y cumplimiento integral de los principios que rigen la contratación pública, como son: los de planeación, economía, responsabilidad, transparencia y deber de selección objetiva, contenidos en el artículo 209 de la Carta Política, en la Ley 80 de 1993³⁰, normativa aplicable a la fecha de los hechos, y las disposiciones que la desarrollan³¹.

Lo anterior deviene de una interpretación constitucional y sistemática con los valores y fines del Estado. Según el preámbulo y el artículo 2º de la Carta corresponde al Estado servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en su texto³².

Así mismo, el mandato superior (canon 209) prescribe que la función pública está al servicio del interés general, la cual se debe desarrollar con fundamento en los principios de

²⁸ La Ley 489 de 1998 define las figuras de delegación y desconcentración en el entorno de la organización y funcionamiento de las entidades estatales, como la transferencia de funciones de un órgano o cargo a otro, ocurrida por regla general al interior de la misma entidad. En la delegación, la transferencia se realiza únicamente por el titular de la función a través de un acto administrativo expreso, a veces de manera general otras de manera específica, para lo cual debe mediar autorización legal y el órgano que la confiere puede siempre y en cualquier momento reasumir la competencia. Sobre la desconcentración determina que la atribución de competencia se realiza directamente por el ordenamiento jurídico y se confiere a un órgano medio o inferior dentro de la jerarquía, transfiriendo en forma exclusiva, es decir, la competencia debe ser ejercida por el órgano desconcentrado y no por otro y el superior no puede reasumir la competencia sino en virtud de nueva atribución legal. Cfr. CSJ SP00017-2020, rad. 49599.

²⁹ Cfr. CSJ SP4413-2019, rad. 55967, reiterada en CSJ SP00017-2020, rad. 49599.

³⁰ Al respecto CSJ SP4463-2014, reiterado en CSJ SP, 25 sep. 2013, rad. 35344; CSJ SP15528-2016, rad. 40383; y, CSJ SP00017-2020, rad. 49599.

³¹ Cfr. Entre estas, el Decreto 2170 de 2002, y, la Ley 1150 de 2007.

³² Cfr. CSJ SP15528-2016, rad. 40383; reiterada en CSJ SP00017-2020, rad. 49599.

igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones³³.

Ahora, de los artículos 1º y 2º de la Carta Política y 3º de la Ley 80 de 1993 se desprende que la contratación administrativa es una función pública al servicio del interés común, por lo tanto, sujeta a los fines esenciales del Estado y sus trámites regidos por tales principios³⁴.

De otro lado, los artículos 1³⁵, 3³⁶, 23³⁷, 24, 25 y 26 de la Ley 80 de 1993, disponen que el estatuto de la contratación pública tiene por objeto diseñar las reglas y principios que rigen la contratación de las entidades estatales³⁸.

En otras palabras, tal preceptiva indica el marco jurídico de los procesos contractuales a observar por los servidores públicos al tramitar y celebrar los contratos, siendo razón fundamental para que en su ejecución las entidades cumplan

³³ Cfr. CSJ SP15528-2016, rad. 40383; reiterada en CSJ SP00017-2020, rad. 49599.

³⁴ Cfr. CSJ CSJ SP 00017-2020, rad. 49599.

³⁵ **ARTÍCULO 1º. DEL OBJETO.** La presente ley tiene por objeto disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales.

³⁶ **ARTÍCULO 3º. DE LOS FINES DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL.** Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines. *«A parte tocada derogada por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007»* Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, [...] colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones.

³⁷ **ARTÍCULO 23. DE LOS PRINCIPIOS EN LAS ACTUACIONES CONTRACTUALES DE LAS ENTIDADES ESTATALES.** Los actuaciones de quienes intervengen en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.

³⁸ Cfr. CSJ CSJ SP 00017-2020, rad. 49599.

no solo los fines estatales sino la eficiente prestación de los servicios públicos a la comunidad, y garanticen los derechos e intereses de los administrados³⁹.

El principio de planeación debe irrigar todas las fases contractuales, mecanismo con el cual se impide la improvisación, pues prevé una gestión preventiva del daño antijurídico, lo cual refleja la importancia del establecimiento de criterios de selección, definición de las partidas presupuestales, diseños, pliegos de condiciones, estudios de oportunidad, conveniencia y de mercado⁴⁰.

El Consejo de Estado, ha sostenido sobre el particular:

«El deber de planeación, en tanto manifestación del principio de economía, tiene por finalidad asegurar que todo proyecto esté precedido de los estudios de orden técnico, financiero y jurídico requeridos para determinar su viabilidad económica y técnica y así poder establecer la conveniencia o no del objeto por contratar; si resulta o no necesario celebrar el respectivo negocio jurídico y su adecuación a los planes de inversión, de adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones, según el caso; y de ser necesario, deberá estar acompañado, además, de los diseños, planos y evaluaciones de prefactibilidad o factibilidad; qué modalidades contractuales pueden utilizarse y cuál de ellas resulta ser la más aconsejable; las características que deba reunir el bien o servicio objeto de licitación; así como los costos y recursos que su celebración y ejecución demanden⁴¹.»

De ahí la importancia de la selección del contratista, la celebración de los correspondientes contratos respetando el régimen jurídico a aplicar; su ejecución y posterior liquidación deben estar ajenos a la improvisación, ser el resultado de una

³⁹ Cfr. *Ibidem* El principio de planeación se encuentra consagrado en los artículos 25-7; 26-3, y, 30-1 de la Ley 80 de 1993

⁴⁰ Cfr. *Ibidem*.

⁴¹ Cfr. CE 070012331000199900546-01, 28 mayo 2012, Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo. Citada en CSJ CSJ SP 00017-2020, rad. 40599.

tarea programada y planeada que permita regir la actividad contractual de las entidades públicas dentro de las estrategias y orientaciones generales de las políticas económicas, sociales, ambientales o de cualquier otro orden, diseñadas por las instancias con funciones planificadoras en el Estado⁴².

Por su parte, el principio de transparencia (artículo 24 de la Ley 80 de 1993⁴³), resguarda la imparcialidad y la selección objetiva del contratista, en consecuencia, su escogencia por regla general debe hacerse mediante licitación pública, salvo los casos previstos en la norma⁴⁴.

Quiere decir lo anterior que el principio de transparencia está ligado al de selección objetiva, del cual deriva que la elección del contratista debe obedecer a razones de interés general asegurando la oferta más favorable para la entidad, dejando de lado criterios subjetivos como la amistad, la conveniencia o el interés político⁴⁵.

El artículo 24 de la Ley 80 de 1993 determina las excepciones para apartarse de la licitación o concurso públicos, entre ellas la menor cuantía, establecida de acuerdo con los presupuestos anuales de las entidades públicas, expresados en

⁴²Cfr. C.E 15001233100019860843101-8031, 5 junio de 2008, Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo. Citada en CSJ CSJ SP 00017-2020, rad. 49599.

⁴³ **ARTÍCULO 24. DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA.** En virtud de este principio: [...] Los autoridades no actuarán con despotismo o abuso de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley. Igualmente, les será prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el presente estatuto.

⁴⁴ Cfr. C.E 15234, 29 de agosto de 2007, Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo. Cf. CSJ CSJ SP 00017-2020, rad. 49599.

⁴⁵ Cfr. CSJ SP, 26 mayo 2010, rad. 30933, reiterado en CSJ CSJ SP 00017-2020, rad. 49599.

salarios mínimos legales mensuales y los contratos para la prestación de servicios en salud⁴⁵.

Para el caso de estos últimos, si bien la administración tiene la posibilidad de celebrar este tipo de contratos sin acudir a licitación o concurso público, esa libertad no es absoluta toda vez que en la selección del contratista se deberá garantizar el cumplimiento de los principios de economía, transparencia y, en especial, el deber de selección objetiva, establecidos en la Ley 80 de 1993⁴⁶.

Es decir, la contratación directa está sujeta al cumplimiento de requisitos y procedimientos⁴⁷, razón por la cual, de acuerdo con los artículos 2º y 3º del Decreto 855 de 1994, reglamentario de la Ley 80 de 1993, se requiere la obtención previa de por lo menos dos ofertas, solicitadas en forma verbal o escrita con la información necesaria del contrato, evento en el cual el jefe o representante de la entidad estatal o el funcionario en que hubiere delegado, garantizará el cumplimiento de los principios de economía, transparencia y, en especial, el deber de selección objetiva⁴⁸. Adicionalmente, en materia de servicios de salud los oferentes debían estar inscritos en el registro especial nacional del Ministerio de Salud, según los Decretos 2170 y 2309 de 2002.

⁴⁵ Para la fecha de los hechos, estaba vigente el numeral 1º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, literal l) que disponía: «*Lo escojerán del contratista se efectuará siempre a través de licitación o concurso público, salvo en los siguientes casos en los que se podrá contratar directamente a: j) los contratos que celebren las entidades estatales para la prestación de servicios de salud. El reglamento interno correspondiente fijará las garantías a cargo de los contratistas. Los pagos correspondientes se podrán hacer mediante encargos fiduciarios.*». Este canon fue derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007.

⁴⁶ Cfr. CSJ SP3963-2017, rad. 40216.

⁴⁷ Cfr. C.E. 15234 29 de agosto de 2007, Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo.

⁴⁸ Cfr. C.E. 2500023260001995-00867 01 (17767), 31 de enero de 2011, Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo. Cfr. Reiterado en CSJ CSJ SP 00017-2020, rad. 49599. Cfr. CSJ AP 25 septiembre 2013, rad. 42276.

Por su parte, el parágrafo del artículo 39 ibidem exceptúa de las formalidades plenas en la celebración de contratos a aquellos que no superan las cuantías allí delimitadas de cara a los presupuestos anuales de las entidades, evento en el cual las obras, trabajos, bienes o servicios objeto del contrato, deben ser ordenados previamente y por escrito por el jefe o representante legal de la entidad, o el funcionario en quien hubiese delegado la ordenación del gasto⁵⁰.

2.1.1. Constatación de la convergencia de los elementos del tipo penal

Tipo objetivo

La Fiscalía atribuyó a AURELIO CASTRO PARRA el cargo de contrato sin cumplimiento de requisitos legales porque al fungir como Gobernador encargado del Departamento de Vichada suscribió el contrato 032 de 18 de septiembre de 2003 por \$417.000.000,00 cuyo objeto fue la atención de salud en segundo nivel y especializada a la población vulnerable de los municipios de La Primavera, Cumaribo y Santa Rosalia, sin verificar el cumplimiento de los requisitos legales esenciales en la fase precontractual, en la cual se vulneraron los principios de planeación, economía, transparencia, selección objetiva y responsabilidad.

La ponderación en conjunto del caudal probatorio frente a las reglas de la sana crítica, transmite a la Sala la certeza de que el procesado celebró el contrato N°. 032 de 2003, sin

⁵⁰ C.R. CSJ SP15528-2016, rad. 40383; reiterada en CSJ SP00017-2020, rad. 49599.

constatar que en su trámite se hubiese cumplido con los requisitos legales esenciales.

La acreditación del sujeto activo calificado se comprueba con la documentación aportada por el profesional universitario de la Oficina de Talento Humano de la Gobernación de Vichada, la cual certifica que CASTRO PARRA se desempeñó como Secretario General y de Salud encargado de Gobernador el 15 de septiembre de 2003, de acuerdo con el Decreto N°. 219⁵¹.

Es decir, para la fecha de la suscripción del contrato se desempeñaba como gobernador en encargo, en consecuencia, obraba como ordenador del gasto y le asistía el deber de celebrar el acuerdo de voluntades previa verificación del cumplimiento de los requisitos esenciales en la etapa precontractual, en concordancia con los principios citados y lo estipulado en el literal "b" del numeral 3 del artículo 11 de la ley 80 de 1993.

Sobre la conducta, las pruebas evidencian que el procesado celebró el contrato omitiendo verificar el cumplimiento de los requisitos legales en la fase precontractual.

Esta etapa presenta irregularidades como son: la falta de los estudios previos, ausencia de los términos de referencia y la selección del contratista, como quiera que no hay soportes de la conveniencia del proyecto, las obligaciones del contratista fueron confusas y aun cuando procedía la contratación directa, dos de las ofertas no existieron, resultando favorecida sin

⁵¹ Cfr. Folios 75 a 87 del cuaderno original N°. 1. En concreto folio 82 *ibidem*.

ninguna justificación a la IPS Medicina Integral, representada por JESÚS MARÍA BACCA OCAMPO.

De los estudios previos y términos de referencia

El principio de planeación, como se indicó, constituye un requisito esencial del trámite de la contratación pública, el cual deriva del de economía previsto en los numerales 7 y 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993⁵², de acuerdo con el cual la administración está obligada a realizar los estudios, diseños y proyectos necesarios, además de elaborar los pliegos de condiciones, antes de iniciar el procedimiento de selección del contratista o de la firma del contrato, en procura de garantizar que la escogencia del contratista, la celebración, ejecución y liquidación de los contratos no sea producto de la improvisación. Todo proyecto de la entidad estatal debe estar precedido de los estudios necesarios con la finalidad de concretar el objeto contractual para racionalizar el gasto público.

Pues bien, la apreciación del material probatorio transmite a la Sala la convicción de que los estudios de conveniencia y términos de referencia no cumplieron los

⁵² Artículo 25. *Del principio de economía*. Reglamentado por el Decreto Nacional 287 de 1995. En virtud de este principio [...] 1. En las normas de selección y en los pliegos de condiciones o términos de referencia para la escogencia de contratistas, se cumplirán y establecerán los procedimientos y etapas estrictamente necesarios para asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable. Para ese propósito se señalarán términos preclusivos y perentorios para las diferentes etapas de la selección y las autoridades darán impulso oficial a las actuaciones. 7. La conveniencia o inconveniencia del objeto por contratar y las autorizaciones y aprobaciones para ello, se analizarán o impartirán con antelación al inicio del proceso de selección del contrato o de su firma, según el caso. [...] 12. Con la debida antelación a la apertura del procedimiento de selección o a la firma del contrato, según el caso, deberán elaborarse los estudios, diseños, y proyectos requeridos y los pliegos de condiciones o términos de referencia. Cfr. CSJ SP, 23 nov. 2016, rad. N° 46037; reiterado en CSJ SP 00017-2020, rad. 49599.

requisitos legales pues carecen de soporte documental. Además, es incontrovertible que CASTRO PARRA fue quien dirigió la etapa precontractual signando la documentación en calidad de Secretario de Salud en encargo con el visto bueno de RICARDO SILVA BURGOS, Director del Departamento Administrativo Jurídico, advirtiéndose la vulneración a los artículos 8 y 10 del Decreto 2170 de 2002, que exigen como contenidos mínimos, la determinación de la necesidad, condiciones del contrato (objeto, plazo, valor) y requisitos de las ofertas, entre otros. Veamos:

En efecto, el “estudio previo” no tiene fecha de elaboración, ni los pormenores de la investigación adelantada sobre las condiciones de mercado en relación con los servicios médicos a contratar, ya que no se concretaron las cantidades de los productos requeridos por la población beneficiada, el plazo, ni el lugar de la prestación del servicio, la conveniencia del proyecto, como tampoco las razones por las cuales debía prestarse la atención por un particular en vez de las Administradoras de Riesgos de Salud (ARS), adscritas al Departamento⁵³.

El documento se subtitula “contratación directa equipos extramurales de salud, con apoyo de una tecnología apropiada para la atención permanente a las comunidades pobres y vulnerables y de difícil acceso en el departamento del Vichada”, el cual consta de un capítulo sobre la justificación del proyecto cuyo fundamento es el canon 1º de la Carta Política y la Ley 691 de 2001 –reglamentaria de la participación de los Grupos Étnicos en el Sistema General de Seguridad Social en

⁵³ Cf. Folios 175 a 178 del cuaderno anexo original de la Fiscalía N°. 1

Colombia-, sin determinar la clase de instrumentos y recursos técnicos a utilizar por el contratista⁵⁴.

Solo se mencionaron vagamente los conceptos de solidaridad, pluralismo, interés general y dignidad humana y las tres estrategias de atención (intramural e interinstitucional en primer nivel, segundo nivel y ambulatoria extramural), sin explicar la razón por la cual esta última era la requerida por la comunidad étnica asentada en la región.

El "estudio previo" contiene afirmaciones sin soporte investigativo sobre: (i) las necesidades de las diferentes comunidades indígenas abstractas; (ii) la ausencia de participación de estas en la atención en salud de la Ley 100 de 1993; (iii) la operatividad del Sistema General de Seguridad Social; y, (iv) la insuficiencia del Plan Obligatorio de Salud frente a la realidad epidemiológica de los grupos étnicos, olvidando los datos sobre la distribución, frecuencia y factores determinantes de las enfermedades de la población beneficiada, calificada como pobre, vulnerable, sin acceso al servicio de salud⁵⁵.

En esas condiciones fue incierta la descripción de la necesidad a satisfacer con el proyecto, del objeto a contratar, de la modalidad de la contratación y sus fundamentos jurídicos, del valor del contrato, de los precios unitarios de los servicios ofrecidos y de los criterios para seleccionar la oferta más favorable, entre otros aspectos.

⁵⁴ Cfr. Folios 175 a 178 del cuaderno anexo original N°. 1.
⁵⁵ Cfr. Folios 175 a 178 del cuaderno anexo original N°. 1.

Es incontrovertible la ausencia de información sobre prefactibilidad y factibilidad de las condiciones que rodeaban el mercado para el año 2003. Aspectos fundamentales en la toma de decisiones y la determinación de la disponibilidad del recurso humano, financiero y técnico, soportes del valor del futuro contrato.

Ni siquiera consignó el fundamento por el cual las comunidades indígenas son incrédulas frente a la medicina occidentalizada, como puede verse en la siguiente conclusión, que, en todo caso, no concreta las necesidades a suplir por el contratista:

·Más del sesenta por ciento (60%) de la población, en su mayoría pobre y vulnerable y de difícil acceso, debe ser atendida con recursos del subsidio a la oferta administrados por la Dirección Seccional de Salud, a través de contratos interadministrativos de compra venta de servicios de salud de I y II Nivel de Atención celebrados con la red pública, única existente en el Departamento. En cuanto al II nivel de Atención representado por la ESE Hospital Departamental San Juan de Dios de Puerto Carrero, las especialidades básicas de medicina que tipifican este nivel son incompletas, no son algunas permanentes e institucionalmente se trata de dar respuesta a una comunidad que no cree en la atención occidentalizada de su salud, que como se dijo, se constituye en la mayoría de la población vichudense y asentada en zonas rurales de difícil acceso⁵⁶.

Como se observa, el documento transgrede el artículo 8, numerales 2 a 5 del Decreto 2170 de 2002, que exigen de los estudios de conveniencia y oportunidad contener la definición técnica de la forma como la entidad puede satisfacer la necesidad, el análisis de los riesgos de la contratación, su nivel y extensión (a cargo del contratista), ausentes en este evento. Es insuficiente el esbozo general de un requerimiento indeterminado de atención en salud.

⁵⁶ Cfr. Folios 175 a 178 del cuaderno original de la Fiscalía N°. 1. Negrilla fuera del texto.

Repárese en que los estudios previos, de conformidad con las normas citadas, tienen por finalidad comprobar la viabilidad del servicio a contratar acorde con el plan de desarrollo.

Es clara, entonces, la ausencia de estudios técnicos, jurídicos, económicos y financieros según los precios del mercado, y la justificación de la necesidad del proyecto, requisitos esenciales de una debida planeación.

Con arreglo a lo anterior, la ausencia de fundamentación de los estudios previos y la carencia de los soportes investigativos ocasionaron el carácter abstracto de los términos de referencia. No contienen reglas claras para los proponentes, la confección de las ofertas, la definición de la tarifa del servicio y la posterior celebración del contrato, incumpliendo los artículos 24-5 y 30-2-3-4-5 y 6 de la Ley 80 de 1993⁵⁷.

Basta observar que los términos de referencia constan de 11 ítems vacíos de contenido, en: (i) una justificación ambigua que se extracta del estudio previo; (ii) el objeto es general, porque describe una estrategia extramural de atención en salud de segundo nivel, sin referir el servicio a prestar a una población indeterminada, calificada de "pobre", refiriendo vagamente a "las 10 primeras causas de morbilidad", sin especificarlas; (iii) las exigua obligaciones del departamento⁵⁸; (iv) la imputación presupuestal y forma de pago; (v) la duración

⁵⁷ Cfr. Fols 180 a 186 del cuaderno anexo original de la Fiscalía N° 1.

⁵⁸ Reducidas al pago de los emolumentos, la facilitación de los medios para el logro de los objetivos y el suministro de la información sobre las condiciones de salud. Faltó incluir un cronograma de actividades y metas serio y verificable, entre otras. Además, se dejó de lado la exigencia de la manera en que el contratista iba a suplir la incredulidad de la población indígena en relación con la medicina occidentalizada.

del contrato; *(vi)* los requisitos de la propuesta; *(vii)* la supervisión del acuerdo de voluntades; *(viii)* la calificación de las ofertas; *(ix)* el término para su recepción; *(x)* la adjudicación; y, *(xi)* los impuestos y deducciones⁷⁹.

Es diáfano que el pliego de condiciones carece de análisis técnico, jurídico y económico del cual se pueda extraer la especialidad a ofrecer, la cantidad y precio del servicio médico, las obligaciones del contratista, el número de beneficiarios, edades, sexo, prioridad de atención, el contexto del cumplimiento del objeto contractual, el cronograma de actividades, la comprensión territorial beneficiada, la forma de acceso a las comunidades indígenas, la calidad de los productos a prestar, y los costos asumidos por el contratista; aspectos necesarios para elaborar una oferta adecuada con la finalidad de facilitar la selección objetiva.

Así las cosas, los términos de referencia vulneran el canon 10 del Decreto 2170 de 2002 por la indeterminación del objeto del contrato y la falta de especificación del procedimiento para calcular su valor en \$420.000.000, oo.

Si bien es cierto que para la fecha de los hechos no existían tarifas sobre servicios en medicina especializada de segundo nivel en esa zona geográfica como lo indicó el Ministerio de Salud y Protección Social, también lo es que se debió dejar constancia de esa situación, y como la manca en que debían acordarse entre las partes, de acuerdo con lo

⁷⁹ Cf., Folios 180 a 186 del cuaderno anexo original de la Fiscalía N°. 1.

ordenado en el Decreto 2423 de 1996, que establece pautas para su fijación, en particular, en esa zona del país⁶⁰.

Como si todo lo anterior no bastara, los términos de referencia difieren con el contrato en cuanto a su objeto y forma de pago⁶¹:

Términos de referencia	Contrato 032 de 2003
<p>Objeto:</p> <p>Diseñar e implementar una estrategia de equipos extramurales, mediante lo que se denomina Demanda Inducida, con apoyo de tecnología apropiada y que permita atender, de manera permanente, a las comunidades del Departamento del Vichada vinculadas al Sistema General de Seguridad Social en Salud, que por sus condiciones socioculturales y geográficas, son de difícil acceso y son quienes históricamente han estado al margen de las políticas en salud en el departamento del Vichada.</p> <p>En tal sentido, "el objeto a cumplir, como una Primera Etapa hacia el logro de una cobertura universal, consiste en la realización de acciones de atención en salud en el segundo nivel de atención Ambulatorio y extramural, a no menos del cuarenta por ciento (40%) de la población pobre y vulnerable objeto y difícil acceso, población vinculada, priorizando las condiciones de salud de la población susceptibles de enfermar y morir".</p> <p>Las actividades a desarrollar obedecerán a la patología de estos grupos en el marco de las 10 primeras causas de morbi-mortalidad que las estadísticas de salud definen, con la atención especializada en las especialidades básicas de la medicina que sean requeridas entre Medicina Interna, Ginecología y Obstetricia, Pediatría, Psiquiatría y algunas de las subespecialidades que por las condiciones de salud de esta</p>	<p>Objeto:</p> <p>El contratista se obliga para con la Secretaría Departamental de Salud de Vichada a prestar los servicios de salud en atención médica a través de un grupo de profesionales en medicina integral de Segundo Nivel y especializada a la población pobre y vulnerable que por sus condiciones culturales y geográficas son de difícil acceso en los municipios de La Primavera, Santa Rosalía y Cumaríba</p>

⁶⁰ Cfr. Folios 80 a 83; y 93 del cuaderno original de la Fiscalía N°. 2, Informe de Policía Judicial N°. 619900 DNCTI de 11 de agosto de 2011 y oficio N°. 13100-172373 de 15 de junio de 2011 del Ministerio de Salud y Protección Social. Decreto 2423 de 1997: *Artículo 1, f., 1º PARÁGRAFO. Los contratos para la prestación de otros servicios de salud, por parte de las instituciones prestadoras de servicios de salud públicas o privadas, se pagarán de acuerdo con las tarifas acordadas, para lo cual se tendrán como referencia las establecidas en el Decreto 2423 de 1996*

⁶¹ Cfr. Folios 62 a 65 del cuaderno anexo original de la Fiscalía N°. 1 y, 180 a 186 *ibidem*. Transcripción textual. Subrayado fuera del texto.

población en sus diferentes grupos etáreos se requieran.

Forma de pago:

El valor del contrato será cancelado de la siguiente manera: 1) un cincuenta por ciento (50%) del valor del contrato, a título de anticipo, una vez legalizado el contrato. 2) Un veinticinco por ciento (25%) del valor del contrato, a los dos (2) meses de ejecución del mismo, previa presentación de un Primer Informe de Avance y de la certificación de cumplimiento a cabalidad en la ejecución de las obligaciones contextuales por parte del supervisor. 3) Un veinticinco por ciento (25%) del valor del contrato, a la terminación del mismo, previa presentación del informe final y certificación del supervisor sobre el cumplimiento a satisfacción.

Forma de pago:

La Secretaría Departamental de Salud de Vichada pagará AL CONTRATISTA el valor del contrato será cancelado de la siguiente manera: i) Un cincuenta por ciento (50%) del valor del contrato, a título de anticipo, una vez legalizado el contrato. 2) Un veinticinco por ciento (25%) del valor del contrato, a los cuarenta y cinco (45) días de la ejecución del mismo, previa presentación de un Primer informe de avance y de la certificación de cumplimiento a cabalidad en la ejecución de las obligaciones contractuales por parte del supervisor. 3) Un veinticinco por ciento (25%) del valor del contrato, a la terminación del mismo, previa presentación del informe final y certificación del supervisor sobre el cumplimiento a satisfacción.

Como puede verse los términos de referencia carecen de reglas para determinar no solo el objeto contractual sino las obligaciones y responsabilidades de las partes, el tipo de contrato, su valor y las etapas necesarias para asegurar la elección objetiva de la propuesta más favorable. Ni siquiera se plasmó el requisito exigido en el artículo 20 del Decreto 2170 de 2002, relativo a la presentación de dos ofertas de proponentes inscritos en el Ministerio de Salud⁶².

Se variaron los términos de referencia a pesar de ser estos, conforme a la normatividad contractual ley para las partes, por ende, inalterables e inmodificables por cuanto constituyen el marco sobre el cual se confecciona la minuta que formaliza el acuerdo de voluntades⁶³, premisa soslayada, vulnerándose los

⁶² Cfr. Folios 180 a 186 del cuaderno anexo original de la Fiscalía N°. 1 Decreto 2170 de 2002: *Artículo 20. De los contratos de prestación de servicios de salud. Las entidades estatales que requieran la prestación de servicios de salud, deberán obtener por lo menos dos ofertas de personas naturales o jurídicas que presten dichos servicios y se encuentren inscritas en el registro especial nacional del Ministerio de Salud de conformidad con la Ley 10 de 1990.*

⁶³ Cfr. Folios 131 a 141 del cuaderno anexo copia de la Fiscalía N°. 5. Concepto jurídico vertido por la profesional NANCY ESTHER POLO GUTIÉRREZ, prueba trasladada a la

principios rectores de planeación, economía y responsabilidad. Es palpable la improvisación, la inviabilidad del proyecto y el albur de las futuras cláusulas del contrato. Se dejó a un lado el interés general.

Sobre las irregularidades en la selección del contratista

En cuanto a la modalidad de selección de acuerdo con los artículos 24 literal l) de la Ley 80 de 1993⁶⁴ y 20 del Decreto 2170 de 2002, reglamentario de esa normatividad, por ser un proyecto para la prestación de servicios de salud procedía la contratación directa, exigiéndose como mínimo dos oferentes inscritos en el Ministerio de Salud.

Ahora bien, para la Sala está demostrado que con la contratación se persiguieron intereses individuales, con base en la ponderación conjunta de las siguientes pruebas:

Se evidenció que fueron presentadas 3 ofertas, signadas por JUAN EDUARDO DURÁN DURÁN; SILVIO RODRÍGUEZ CAMPOS, a nombre de la IPS SOLO SALUD, y JESÚS MARÍA BACCA OCAMPO, en representación de la IPS Medicina Integral.

actuación. Cfr. Diligencias disciplinarias rad. 1us 204996. Procuraduría Delegada para la Contratación Estatal.

⁶⁴ Artículo 24: *lo que esencia del contratista se efectuara siempre a través de licitación, a concurso público, salvo en los siguientes casos en los que se podrá contratar directamente. [...] y los contratos que celebren las entidades estatales para la prestación de servicios de salud. El reglamento interno correspondiente fijará las garantías a cargo de los contratistas. Los pagos correspondientes se podrán hacer mediante encargos fiduciarios.* Texto original de la Ley 80 de 1993, con la modificación introducida por el Decreto 62 de 1996. Numeral derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007.

DURÁN DURÁN, en declaración de 16 de agosto de 2017, sostuvo que nunca presentó propuesta al Departamento de Vichada para prestar servicios de salud, desconociendo la firma en el documento exhibido en la diligencia⁶⁵. Afirmó que jamás fue representante legal de la IPS JUAN EDUARDO DURÁN DURÁN, ni su propietario, advirtiendo que el legajo exhibido no contiene el N.I.T. de esa razón social, como se observa en la cotización supuestamente presentada a su nombre⁶⁶.

La propuesta firmada presuntamente por SILVIO RODRIGUEZ CAMPOS, carece de datos de ubicación e identificación⁶⁷ en la base de datos de la Registraduría Nacional del Estado Civil⁶⁸.

BACCA OCAMPO no allegó la documentación sobre su experiencia, la capacidad administrativa, operacional y financiera de la empresa Medicina Integral, como lo exige el canon 4 numerales 1 y 4 del Decreto 2170 de 2002, por lo tanto, es imposible verificar su idoneidad en el servicio de salud⁶⁹.

Tampoco presentó soportes sobre su experticia como médico y se abstuvo de aportar información en relación con su especialidad de ortopedista⁷⁰.

⁶⁵ Cfr. Folios 263 a 265 el cuaderno original de la Fiscalía N°. 3.

⁶⁶ Cfr. Folios 164 a 168 del cuaderno anexo original de la Fiscalía N°. 1.

⁶⁷ Cfr. Folios 90 a 93 del cuaderno anexo original de la Fiscalía N°. 1.

⁶⁸ Cfr. Folios 204 a 215 del cuaderno original de Fiscalía N°. 2

⁶⁹ Cfr. Folios 67 a 89 del cuaderno anexo original de la Fiscalía N°. 1.

⁷⁰ Cfr. *Ibidem*.

En la cotización solo relacionó los nombres de 19 profesionales en medicina especializados en diferentes árcas, sin anexar hojas de vida de 17 de ellos⁷¹, incumpliendo los requisitos de los términos de referencia que exigian contar con un equipo de profesionales con amplia experiencia, siendo requisito el currículum del personal base propuesto⁷².

Respecto a los antecedentes comerciales y financieros de la IPS Medicina Integral, se halló que, según certificado de la Cámara de Comercio de Sogamoso (Boyacá), fue creada el 9 de enero de 2002 (matrícula N°. 6908), con capital de \$500.000,00; en el balance a 31 de mayo de 2003 registró un patrimonio de \$169.649.030,00 y cuentas por cobrar por \$138.735.770,00, lo cual significa que sus activos fijos ascendían a \$23.728.664,00 en instalaciones y equipos médicos⁷³, monto exiguo para acreditar capacidad operacional y financiera frente al alto costo de los elementos hospitalarios requeridos en las especialidades ofrecidas de cirugía general, ginecología, obstetricia, traumatología, pediatría, oftalmología, anestesiología, dermatología, colposcopia y ecografía.

A pesar de estas falencias, AURELIO CASTRO PARRA, en calidad de Secretario de Salud encargado firmó el acta de evaluación (un folio) sin ninguna motivación, favoreciendo a la IPS Medicina Integral de Vichada, simulando el análisis de las tres propuestas cuando en realidad era una, para recomendar

⁷¹ Cfr. En la carpeta del contrato solo se hallaron siete hojas de vida: MARÍA CRISTINA BOHÓRQUEZ, GERMÁN ANTONIO PLAZA CASTRO, CLAUDIA MARÍA RIVERA CORREA, JAIME WILMAR PARRA ACEVEDO, AIDÉ REBECA ECHEVERRÍA JUNCO, JUAN CARLOS GALLEANO RECERRA y JORGE ALBERTO MONCALEANO MORENO. De estos, solo coinciden los nombres de "GERMÁN PLAZA" y "JAIME PARRA", de la relación presentada por la IPS Medicina Integral.

⁷² Cfr. Folios 77 a 78 del cuaderno anexo original de la Fiscalía N°. 1.

⁷³ Cfr. Folios 291 a 298 del cuaderno anexo original de la Fiscalía N°. 2.

la asignación del contrato a esa empresa, tal como se observa del exiguo literal:

La Secretaría Departamental de Salud de Vichada con el objeto de evaluar y adjudicar el contrato para la prestación de servicios de salud.

Para efectos de constancia en la presente acta, se manifestó por parte del Secretario de Salud, la presentación de las siguientes ofertas:

PROPOSITOR	
Silvo Rodríguez	IPS Solo Salud y Vida Individual y Colectiva
Juan Eduardo Duran Durán	
Jesús María Bacca Ocampo	IPS Medicina Integral del Vichada

De conformidad con las propuestas presentadas y una vez realizado el procedimiento establecido para contratación directa y fijados los respectivos avisos de publicación tanto en los boletines como de los términos de referencia con el fin de que haya mayor transparencia y teniendo en cuenta el concepto del Ministerio de Protección Social referente a la aplicación del Decreto 2170 expedido por la Oficina Asesora Jurídica y de Apoyo Logístico, una vez analizadas las tres propuestas considero que la presentada por el doctor Jesús María Bacca Ocampo IPS Medicina Integral del Vichada, se ajusta a los requerimientos de la Secretaría Departamental de Salud, y se recomienda se adjudique el contrato para la prestación de Servicios de Salud de Atención Médico Quirúrgica Especializada a la Empresa IPS Medicina Integral del Vichada⁷⁴.

Es inadmisible la recomendación a favor de la IPS Medicina Integral por no contener evaluación de los factores de idoneidad, capacidad y recurso humano como lo exigían los términos de referencia: no se asignaron puntajes, ni se realizaron promedios aritméticos⁷⁵.

Solo se presentó una oferta, la cual carece de soporte en relación con la capacidad administrativa, operacional y financiera de la empresa prestadora de salud, toda vez que se falsearon las dos cotizaciones restantes para darle visos de

⁷⁴ Cfr. Folio 60 del cuaderno anexo original de la Fiscalía N°. 1

⁷⁵ Cfr. Folios 180 a 186 del cuaderno anexo original N°. 1

legalidad al trámite, por lo que se escogió al contratista, soslayando el interés general y los fines de la contratación pública, vulnerando los principios de transparencia, selección objetiva y responsabilidad.

Adicionalmente, la propuesta seleccionada es incongruente con los términos de referencia en cuanto al objeto contractual, según se evidencia con el cuadro siguiente:

Términos de referencia	Oferta
<p><i>Diseñar e implementar una estrategia de equipos extramurales, mediante lo que se denomina Demanda Inducida, con apoyo de tecnología apropiada y que permita atender, de manera permanente, a las comunidades del Departamento del Vichada vinculadas al Sistema General de Seguridad Social en Salud, que por sus condiciones socio-culturales y geográficas, son de difícil acceso y quienes históricamente han estado al margen de las políticas de salud en el departamento del Vichada.</i></p> <p><i>[...] el Objeto a cumplir, como una Primera Etapa hacia el logro de una cobertura universal, consiste en la realización de acciones de atención en salud en el segundo nivel de Atención ambulatoria y extramural, a no menos del cuarenta por ciento (40%) de la población pobre y vulnerable objeto y de difícil acceso, población vinculada, priorizando las condiciones de salud de la población susceptibles de enfermar y morir.</i></p> <p><i>Las actividades a desarrollar obedecerán a la patología de estos grupos en el marco de las 10 primeras causas de morbi-mortalidad que las estadísticas de salud definen, con la atención especializada en las especialidades básicas de la medicina que sean requeridas ante Medicina Interna, Ginecología y Obstetricia, Pediatría, Psiquiatría y algunas especialidades que por las condiciones de salud de esta población en sus diferentes grupos etáreos</i></p>	<p><i>Equipo médico-quirúrgico que incluye medicina general, odontología, enfermería, auxiliares de enfermería, promotores rurales, higienista dental, encaminados a ofrecer servicios de atención en su I.P.S. Medicina Integral; así como además personal especializados en: cirugía general, ginecología y obstetricia, pediatría, oftalmología, optometría, anestesiología, otorrino, ortopedia, traumatología con subespecialización en cirugía de la mano o cualquier otra especialidad médica o paramédica, según las necesidades. [...] personal médico con especialización en gestión pública, gerencia en salud y salud ocupacional para programas de promoción y prevención, auditoria médica, descentralización hospitalaria y asesoria en problemas del sector salud.</i></p> <p><i>Atención de primer nivel: consulta de Medicina general, urgencia y pre quirófano cirugía ambulatoria, atención odontológica, laboratorio clínico, medicamentos pos.</i></p> <p><i>Promoción y prevención: prevención de las alternativas en el crecimiento y desarrollo de niños menores de 7 años, prevención de la I.R.A., prevención de E.D.A., prevención de las Cantes, Problemas gingivales mediante empleo de sellantes, fluorización, higiene oral, prevención de la E.T.S. y el V.I.H., prevención de las enfermedades cerebro-vasculares</i></p> <p><i>Las demás actividades relacionadas con la resolución 412 del Minsalud y el acuerdo 117 del CNSSS y el acuerdo 229/2002.</i></p>

Estancia y parto normal E.D.A. I.R.A., terapias primera nivel, servicio de atención Lunes a sábado para las actividades extramurales se cuenta con recurso humano así: Un médico, un odontólogo, una enfermera jefe, dos higienistas orales, eventualmente si el contratante lo requiere se cuenta con una unidad móvil perfectamente dotada.

Segundo y tercer nivel de atención *medicoquirúrgica de consulta externa, médico quirúrgica de urgencias, cirugía ambulatoria: cataratas y Estrabismo - Trauma y Ortopedia-materiales de osteosíntesis herniorrafia-histerectomia-Apendicetomía-colecistectomía, rehabilitación, cirugía de urgencias, cirugía programada hospitalaria, atención oftalmología, lentes y monturas, atención de parto complicado y atención de menores de un año.*

Es decir, se requería atención en segundo nivel y el contratista ofreció servicios del primero y el segundo, los mismos que las administradoras de riesgos de salud oficiales de la región brindaban; y, de tercer nivel, más allá de lo pedido sin tener la infraestructura física para cumplirla (ni siquiera los hospitales locales contaban con las instalaciones para ese servicio)⁷⁶.

La clasificación de instituciones por fases de complejidad tiene origen en la Ley 10 de 10 de enero de 1990⁷⁷, en la cual se establecieron responsabilidades a municipios y departamentos en la prestación de servicios de acuerdo con tres niveles de atención: en el primero están los hospitales

⁷⁶ A pesar de la amplitud de los servicios ofrecidos, la IPS nada dijo sobre el servicio de psiquiatría requerido en los términos de referencia

⁷⁷ Por la cual se reorganiza el Sistema Nacional de Salud y se dictan otras disposiciones.

Cfr.

https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/LEY%200010%20DE%201990.pdf
Consultada: 27 de abril de 2021.

locales, centros y puestos de salud; en el segundo y tercero, los hospitales regionales, universitarios y especializados⁷⁸.

Según la Resolución N°. 5261 de 1994 el nivel de atención corresponde a las actividades, intervenciones y procedimientos y no a las instituciones: nivel I: médico general y/o personal auxiliar y otros profesionales de la salud; nivel II: médico general con interconsulta, y/u asesoria de personal o recursos especializados; nivel III y IV: médico especialista con la participación del médico general⁷⁹.

Sin embargo, en este caso, el contratista no tenía la infraestructura adecuada ni estaba en capacidad de ofrecer los servicios propuestos. Llama la atención que la propuesta de BACCA OCAMPO en modo alguno responde al objetivo de prestar atención diferente de los modelos occidentalizados de salud para brindarle a la comunidad indígena una atención acorde con su contexto étnico, cultural y epidemiológico. No se requiere ser un experto para advertir que lo brindado por la IPS seleccionada en el segundo nivel es lo contemplado en la Ley

⁷⁸ El Decreto 1760 del 2 de agosto de 1990, -reglamentario de la mencionada Ley-, fijó los criterios para definir el grado de complejidad. Así, las entidades de primer nivel ofrecían atención por personal general, técnico y auxiliar, tecnología de baja complejidad y cobertura de atención tanto a la población del municipio como a la de aquellos municipios cercanos que no tuvieran cobertura. Las entidades de segundo ofrecían atención por personal especializado, tecnología de media complejidad y cubrían poblaciones con uno o más municipios que gozaran del primer nivel de atención. Por su parte, las instituciones de tercer nivel contaban con personal especializado y subspecializado, tecnología de la más alta complejidad y cobertura de segundo y tercer nivel de atención: caracterización correspondiente a los hospitales y no para clasificar las IPS privadas. *Cfr. Prada-Ríos SL, Pérez-Castano AM, Rivera-Triviño AF. Clasificación de instituciones prestadoras de servicios de salud según el sistema de cuentas de la salud de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico: el caso de Colombia. Rev Gerenc Polit Salud 2017; 16 (32): 51-65. https://doi.org/10.11144/Javerianau_rgps16-32.ripa. Consultada: 13 abril de 2021.*

⁷⁹ *Cfr. En <https://www.minsalud.gov.co>. Consultada 26 marzo 2021.*

100 de 1993, respecto al Plan Obligatorio de Salud subsidiado (POS S)⁸⁰ a cargo del ente territorial.

A pesar de las anteriores irregularidades AURELIO CASTRO PARRA, en su condición de Gobernador de Vichada en encargo, el 18 de septiembre de 2003 celebró el contrato sin verificar que la fase precontractual cumpliera con los principios legales esenciales de planeación, economía, transparencia, selección objetiva y responsabilidad, pues era su obligación como mandatario del departamento que en la etapa precontractual los servidores públicos hubieran cumplido con las formalidades de la Ley 80 de 1993.

Con ese comportamiento encuadró su conducta en el contenido del tipo penal de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, por cuanto celebró el contrato sin verificar el cumplimiento de los requisitos legales esenciales en la etapa previa.

Dado que en el proceso se encuentra demostrada la desconcentración de la fase precontractual en la Secretaría de Salud y en el Departamento Jurídico, y que CASTRO PARRA ha excusado su comportamiento en la "delegación", en su buena fe y en el principio de confianza, la Sala estima necesario, determinar el contenido y alcance de los siguientes tres institutos jurídicos⁸¹.

⁸⁰ Es decir, servicios básicos de clínica médica, pediatría, cirugía en general, maternidad, además de la infraestructura necesaria para realizar exámenes complementarios y diagnósticos.

⁸¹ Se seguirá el marco teórico contenido en la decisión de esta Sala CSJ SPE00017-2020, rad. 49399.

Delegación, desconcentración y principio de confianza en materia contractual

En la administración pública es imposible que el ordenador del gasto pueda realizar todo el proceso contractual, razón por la cual la ley establece la posibilidad de adelantarlos en conjunto con diferentes órganos en una relación concatenada de trámites⁸² a través de las figuras de delegación⁸³ y desconcentración⁸⁴, regladas en la Ley 489 de 1998.

La delegación es la posibilidad de transferir competencia, no la titularidad de la función. Se perfecciona con la manifestación positiva del funcionario delegante de su intención de hacerlo a través de un acto administrativo motivado, en el que determina si su voluntad de delegar la competencia es limitada o ilimitada en el tiempo, o general o

⁸² Cf. CSJ SP, 7 julio 2010, rad. 28508.

⁸³ **ARTÍCULO 8º. DESCONECENTRACIÓN ADMINISTRATIVA.** La desconcentración es la radicación de competencias y funciones en dependencias ubicadas fuera de la sede principal del organismo o entidad administrativo, sin perjuicio de las potestades y deberes de orientación e instrucción que corresponde ejercer a los jefes superiores de la administración, la cual no implica delegación y podrá hacerse por territorio y por funciones. PARÁGRAFO. En el acto correspondiente se determinarán los medios necesarios para su adecuado cumplimiento.

Los actos cumplidos por las autoridades en virtud de desconcentración administrativa solo serán susceptibles del recurso de reposición en los términos establecidos en las normas pertinentes.

⁸⁴ **ARTÍCULO 9º. DELEGACIÓN.** Las autoridades administrativas, en virtud de lo dispuesto en la Constitución Política y de conformidad con la presente ley, podrán mediante acto de delegación transferir el ejercicio de funciones a sus colaboradores o a otras autoridades, con funciones afines o complementarias.

Sin perjuicio de las delegaciones prestadas en leyes orgánicas, en todo caso, los ministros, directores de departamento administrativo, superintendentes, representantes legales de organismos y entidades que posean una estructura independiente y autonomía administrativa podrán delegar la atención y decisión de los asuntos a ellos confiados por la ley y los actos orgánicos respectivos, en los empleados públicos de los niveles directivo y asesor vinculados al organismo correspondiente, con el propósito de dar desarrollo a los principios de la función administrativa enunciados en el artículo 209 de la Constitución Política y en la presente ley.

Parágrafo. Los representantes legales de las entidades descentralizadas podrán delegar funciones a ellas asignadas, de conformidad con los criterios establecidos en la presente ley, con los requisitos y en las condiciones que prevean los estatutos respectivos.

específica⁸⁵. La transferencia se realiza a través de un acto administrativo expreso, debe mediar autorización legal y el órgano que la confiere puede siempre y en cualquier momento reasumirla. Procede cuando hay relación de subordinación entre delegante y delegatario⁸⁶.

Existe un vínculo funcional especial y permanente entre el delegante y el delegatario para el ejercicio de las atribuciones encargadas. Especial en cuanto surge a partir del acto de delegación de forma adicional a la relación jerárquica o funcional que exista entre ellos, y permanente mientras esté activo el acto de delegación.

En virtud de tal relación, el delegante conserva y ejerce la facultad para reformar o revocar los actos o resoluciones del delegatario, y revocar el acto de delegación, particularidades que se desprenden del principio de unidad de acción administrativa, de la aplicación de los principios de la función administrativa a que hace referencia el artículo 209 de la Carta, y del deber de dirección, instrucción y orientación que corresponde al jefe de la entidad u organismo estatal⁸⁷.

Debe constar por escrito y a la autoridad delegante le asiste la obligación de informarse en todo momento sobre el desarrollo de las funciones otorgadas e impartir orientaciones generales sobre su ejercicio, tal como lo dispone el canon 10 de la Ley 489 de 1998.

⁸⁵ Cfr. CC C 372 2000

⁸⁶ Cfr. *Ibidem*.

⁸⁷ Cfr. *Ibidem*.

Además, en principio exime de responsabilidad al delegante, la cual corresponde exclusivamente al delegatario, sin perjuicio de que en virtud de lo dispuesto en el artículo 211 de la Carta Política, el delegante pueda en cualquier momento reasumir la competencia y revisar los actos expedidos por el delegatario con sujeción a las disposiciones del código contencioso administrativo (artículo 11 *ibidem*⁸⁸).

Es decir, existe un poder de instrucción y dirección que puede ser ejercido por el delegante a través del mismo acto administrativo mediante el cual efectúa la delegación, valiéndose de mecanismos o de decisiones posteriores, las cuales pueden tener clara incidencia en la forma en que el delegatario practica las competencias transferidas⁸⁹.

Si bien el artículo 211 superior establece que el delegante no responde por las actuaciones del delegatario, ello no significa que no lo haga por sus propias acciones u omisiones respecto a los deberes de dirección, orientación, instrucción y seguimiento, las cuales serán fuente de responsabilidad cuando impliquen infracción a la Constitución y a la ley, por medio de la pretermisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones o el incumplimiento de los principios de la función administrativa⁹⁰.

Por esas razones en materia contractual el acto de la firma expresamente delegada no exonera de la responsabilidad civil

⁸⁸ Ley 489 de 1998.

⁸⁹ Cfr. C.F., 31 octubre de 2007, Rad. 13503.

⁹⁰ Cfr. CC C-372-2000.

y penal al agente principal⁹¹, ya que no envuelve la transferencia o el traspaso de la competencia⁹².

En lo que tiene que ver con la desconcentración, en particular, la atribución de competencia se realiza directamente por el ordenamiento jurídico, se confiere a un órgano medio o inferior dentro de la jerarquía, se transfiere en forma exclusiva, es decir, la competencia debe ser realizada por el órgano desconcentrado y no por otro, y el superior no puede reasumir la competencia sino en virtud de nueva atribución legal.

En materia de responsabilidad existen diferencias. Es fundamental la demostración del aspecto subjetivo.

Como viene de verse, para determinar la responsabilidad por las actuaciones del delegante y del delegatario es insuficiente la comprensión del literal del artículo 211 de la Constitución Nacional, según el cual exime de responsabilidad al delegante siendo del resorte exclusivo del delegatario, por cuanto una interpretación de esta índole soslaya los principios de unidad administrativa (moralidad, la eficacia, la igualdad o la imparcialidad C.P., art. 209 y CC C-372/02). Tampoco es admisible que el delegante responda siempre por las actuaciones del delegatario, por cuanto se abandonaría el principio de responsabilidad subjetiva de los servidores públicos, ya que inexorablemente no puede responder por las decisiones de otros.

⁹¹ Cfr. Ley 469 de 1998, artículo 11.

⁹² Cfr. CC C-727-2000.

Para determinar su verdadero alcance es menester considerar otros principios constitucionales, en ese orden, la responsabilidad que deriva de la Carta Política es la del ejercicio del cargo sea por omisión o extralimitación de sus funciones, por consiguiente, cada uno responderá por sus decisiones y no por los actos de los demás. La delegación no constituye el medio a través del cual el titular de la atribución se desprende por completo de la materia delegada⁹².

Atenta, entonces, contra el principio de responsabilidad subjetiva de los servidores públicos, el análisis aislado del contexto sin una interpretación sistemática de cara a otros principios y normas constitucionales, cobrando importancia la demostración del grado de participación dolosa en la irregularidad, bien sea por omisión o extralimitación de sus funciones.

Respecto a la desconcentración, el superior jerárquico no responde por los actos del órgano desconcentrado más allá de los poderes de supervisión propios de la relación jerárquica, criterio que ha sido reiterado en las sentencias C-561-1999 y C-727-2000 sobre la constitucionalidad de los preceptos de la Ley 489 de 1998.

Ahora bien, la delegación y la desconcentración de funciones no se excluyen, porque ambas figuras tienen como propósito descongestionar los órganos superiores de la administración para facilitar y agilizar la gestión de los asuntos

⁹² Cfr. CC-372-2000.

administrativos, que se encuentran al servicio de los intereses generales de los ciudadanos⁹⁴.

En relación con la contratación pública, estas figuras están recogidas por los artículos 12 y 25-10 de la Ley 80 de 1993. El primero, prescribe que los jefes y los representantes legales de las entidades estatales podrán delegar total o parcialmente la competencia para celebrar contratos; y desconcentrar la realización de licitaciones en los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes.

El Decreto 679 de 1994,⁹⁵ reglamentó dichos institutos, así:

Artículo 7º.- De la desconcentración de los actos y trámites contractuales. De conformidad con lo previsto en el artículo 12 de la Ley 80 de 1993, los jefes o representantes legales de las entidades estatales podrán desconcentrar la realización de todos los actos y trámites inherentes a la realización de licitaciones o concursos para la celebración de contratos, sin consideración a la naturaleza o cuantía de los mismos, en los funcionarios de los niveles directivo, ejecutivo o sus equivalentes, teniendo en cuenta para el efecto las normas que rigen la distribución de funciones en sus respectivos organismos.

Para los efectos aquí expresados la desconcentración implica la atribución de competencia para efectos de la expedición de los distintos actos en los procedimientos contractuales de licitación o concurso por parte de los funcionarios antes enunciados, y no incluye la adjudicación o la celebración del contrato.

Parágrafo. *Para efectos de determinar los funcionarios que corresponden a los niveles directivo, ejecutivo, asesor o sus equivalentes se tendrán en cuenta los criterios que establecen los artículos 4 y siguientes al Decreto-ley 1042 de 1978 y las disposiciones que lo desarrollan.*

Artículo 14. DE LA DELEGACION DE LA FACULTAD DE CELEBRAR CONTRATOS. *En virtud de lo previsto en el artículo 25, numeral 10, de la*

⁹⁴ Cf. CC C-561-1999.

⁹⁵ Cf. Derogado por el Decreto 734 de 2012.

Ley 80 de 1993, los jefes o representantes legales de las entidades estatales podrán delegar en los funcionarios que desempeñen cargos en los niveles directivo, ejecutivo o equivalentes, la adjudicación, celebración, liquidación, terminación, modificación, adición y prórroga de contratos y los demás actos inherentes a la actividad contractual en las cuantías que señalen las juntas o consejos directivos de las entidades. Cuando se trate de entidades que no tengan dichos órganos directivos, la delegación podrá realizarse respecto de contratos cuya cuantía corresponda a cualquiera de los siguientes montos: (...).

Los artículos 12 y 14 de la Ley 80 de 1993 y el Decreto 679 de 1994, fueron subrogados por el Decreto - Ley 2150 de 1995:

ARTÍCULO 37º.- De la delegación para contratar. Los jefes y los representantes legales de las entidades estatales podrán delegar total o parcialmente la competencia para la realización de licitaciones o concursos o para la celebración de contratos, sin consideración a la naturaleza o cuantía de los mismos, en los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes.

Por su parte, la Ley 1107 de 2007 adicionó el artículo 12 citado:

En ningún caso, los jefes y representantes legales de las entidades estatales quedarán exonerados por virtud de la delegación de sus deberes de control y vigilancia de la actividad precontractual y contractual.

PARÁGRAFO. Para los efectos de esta ley, se entiende por desconcentración la distribución adecuada del trabajo que realiza el jefe o representante legal de la entidad, sin que ello implique autonomía administrativa en su ejercicio. En consecuencia, contra las actividades cumplidas en virtud de la desconcentración administrativa no procederá ningún recurso.

La preceptiva involucra un deber de tutela y consagra una modalidad de desconcentración de actividades en materia contractual. En otras palabras, permite la distribución racional del trabajo propio de los procedimientos de contratación

administrativa al interior de las entidades estatales, lo cual no significa una delegación y, por lo tanto, la exención de la responsabilidad administrativa del jefe o representante legal de la entidad de que se trate⁹⁶.

En resumen, la Ley 80 de 1993 en sus artículos 12 y 14, autoriza a los jefes y representantes legales de las entidades estatales delegar total o parcialmente la competencia para la realización de las licitaciones públicas o concursos, y celebrar contratos; y desconcentrar la realización de actos precontractuales como las licitaciones en los servidores públicos que desempeñen cargos de nivel directivo, ejecutivo o equivalentes, normas reglamentadas por el Decreto 679 de 1994 (cánones 7 y 14), mediante el cual se permite la desconcentración de funciones prevista en el artículo 12 de la Ley 80, específicamente a través de su distribución al interior del respectivo organismo.

La delegación y la desconcentración en materia de contratación estatal han sido herramientas útiles para el cumplimiento de la función pública, razón por la cual la reglamentación prevé razonadamente la participación de diversos servidores públicos, a quienes se les atribuye competencia para actuar en los procedimientos precontractuales de licitación, adjudicación, o incluso con la finalidad de celebrar contratos, es decir, para dar impulso a las distintas etapas de la contratación⁹⁷.

⁹⁶ CC C-259-2008.

⁹⁷ Cfr. CSJ APS404-2016, n.º 44665.

En total armonía, el Código Penal en el delito en estudio distingue las conductas ejecutadas por los servidores públicos encargados de tramitar un contrato, de la realizada por el representante de una entidad como ordenador del gasto en las fases de celebración y liquidación⁹⁸, al prever como hipótesis delictiva tramitar el contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales, y celebrarlo sin verificar el cumplimiento de los presupuestos legales esenciales en cada fase; diferenciación fundada en la forma desconcentrada como actualmente se cumple la función pública en las entidades estatales⁹⁹.

Del principio de confianza

Como la contratación estatal demanda del ordenador del gasto y representante legal de la entidad oficial control en todas las fases de la contratación, trámite, celebración y liquidación, ello implica la verificación del cumplimiento de las exigencias legales esenciales en cada una de esas fases, razón por la cual el Código Penal le exige el deber de examinar minuciosamente lo tramitado por las otras dependencias antes de firmar¹⁰⁰.

El principio de confianza es un criterio normativo aplicado dentro del trabajo en equipo, y para que opere es imprescindible que se haya cumplido con el deber legal de vigilar y corregir el proceder de los funcionarios en quienes estaba delegada la función de adelantar la fase precontractual¹⁰¹.

⁹⁸ Cf. CSJ SP 26, marzo 2009, rad. 29089.

⁹⁹ *Ibidem*.

¹⁰⁰ Cf. SP2146-2016, rad. 40627

¹⁰¹ Cf. CSJ SP 15528-2016, rad. 40383. Ver también CSJ SP4514-2020, rad. 55345.

Su alcance y contenido ha sido fijado por esta Corporación, de la siguiente manera:

«Es cierto que una de las características del mundo contemporáneo es la complejidad de las relaciones sociales y, en materia de producción de bienes o servicios, la especialización en las diferentes tareas que componen el proceso de trabajo. Esta implica la división de funciones entre los miembros del equipo de trabajo y por lo tanto un actuar conjunto para el logro de las finalidades corporativas. Como no siempre es controlable todo el proceso por una sola persona y en consideración a que exigir a cada individuo que revise el trabajo ajeno haría ineficaz la división de trabajo, es claro que uno de los soportes de las actividades de equipo con especialización funcional es la confianza entre sus miembros. Esta, cuando ha precedido una adecuada selección del personal, impide que un defecto en el proceso de trabajo con implicaciones penales se le pueda atribuir a quien lo lidera, a condición naturalmente de que no haya provocado dolosamente o propiciado por ausencia o deficiencia de su vigilancia debida.»

La Sala acepta que el trabajo es funcionalmente dividido en un Departamento, que el Gobernador como jefe de la administración se encuentra en imposibilidad de asumir directamente todos los asuntos, que para eso cuenta con una serie de secretarios que le colaboran, que establece con los mismos -es lo que se supone- una relación de confianza de doble vía y que por efecto de la que él deposita puede incurrir en hechos típicos originados en la actividad de sus colaboradores, frente a los cuales, sin embargo, es eventualmente admisible la realización de una conducta inculpable, por mediación del fenómeno del error¹⁰².»

La delegación automáticamente no exonera de responsabilidad al encargado de la contratación, en ciertos casos se le reconoce por las irregularidades cometidas en la fase precontractual por los delegatarios en virtud de la activación plena del principio de confianza, siempre y cuando no se compruebe que la delegación tuvo como objeto eludir la responsabilidad, y que haya omitido ejercer las funciones de dirección, vigilancia y control derivadas de ese acto con este propósito.

¹⁰² Cfr. CSJ SP, 21 de marzo de 2002, rad. 14124, reiterada en CSJ SP, 26 junio de 2008, rad. 26061.

Tratándose de la desconcentración de tareas contractuales (no de la desconcentración en general de la Ley 489 de 1998), no procede por lo general ya que supone la realización de actos de trámite que deben ser tutelados por el ordenador del gasto, conservando la dirección de esa fase, máxime que no hay acto administrativo transfiriendo la función.

En uno y otro caso, ha de observarse que en materia penal la responsabilidad es individual y la persona responde por lo que hizo u omitió.

De otro lado, interesa precisar que en este caso, estamos frente a un delito de acción y no de comisión por omisión, el cual se configura cuando el sujeto agente teniendo la posición de garante omite realizar el comportamiento mandado por el ordenamiento jurídico, pretermisión que produce el resultado típico, razón por la cual le es atribuible ya que teniendo la capacidad de evitar el resultado no lo hizo; y el hacer lo prohibido por el tipo penal de contrato sin cumplimiento de requisitos legales en su modalidad de celebrar sin verificar el cumplimiento de requisitos legales se ejecuta a través de un hacer positivo, mediante una conducta que trasciende al mundo de los fenómenos, y no por medio de una omisión, un no hacer, que caracteriza los punibles de omisión¹⁰³.

Es esa la razón por la cual la verificación de la relación de causalidad y la posibilidad de la imputación jurídica del resultado, se examina frente al artículo 9 del Código Penal y no

¹⁰³ Cfr. CSJ AP232-2017, rad. 35036; y, SP9225-2014, rad. 37462, entre otras.

al 25 que regula la omisión (propia e impropia o comisión por omisión y la culpa).

Ahora bien, de acuerdo con el artículo 9 del Código Penal, para que la conducta sea punible se requiere que sea tipica, antijurídica y culpable. La causalidad por si sola no basta para la imputación jurídica del resultado. Esta regulación obliga a la Sala a examinar si en el presente caso, el acusado creó un riesgo jurídicamente desaprobado al bien jurídico tutelado, y si este se realizó en el resultado típico, esto es, en la celebración del contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales por no verificar previamente su observancia.

Es claro en este caso que la conducta es atribuible jurídicamente al acusado como quiera que incumplió con el deber legal de verificar el cumplimiento de los requisitos legales esenciales al firmar el contrato, porque realizó comportamientos anteriores como Secretario de Salud, al controlar el trámite contractual, que ratifica su conducta irregular como gobernador, para beneficiar ilegalmente al contratista.

Ciertamente, se demostró en la actuación que, contrario a lo manifestado por el acusado, en el presente evento no había delegación de la fase previa sino una desconcentración de funciones, tal como se observa en el manual de funciones y competencias asignadas a través del Decreto 070 de 24 de marzo de 1999¹⁰⁴, del cual se extrae que la etapa

¹⁰⁴ Cfr. Folio 262 del cuaderno original de la Fiscalía N° 1. Documento también aportado por FERNANDO GÓMEZ GIRALDO. Vigente para diciembre de 2003.

precontractual estaba bajo la responsabilidad de la Secretaría de Salud y el Departamento Administrativo Jurídico¹⁰⁵, unidades ejecutoras encargadas de los estudios previos, los términos de referencia, las publicaciones, recepción de las ofertas y evaluación de estas, actuación ratificada por el procesado y RICARDO SILVA BURGOS, ex Director de la Oficina Jurídica.

Desde esa perspectiva, CASTRO PARRA no se puede amparar en una "delegación" inexistente dado que según la prueba documental frente al contrato 032 de 2003 no existió acto administrativo expreso y fue el acusado quien dio el aval a los estudios previos, a los términos de referencia y al acta de evaluación al firmarlos sin objeción alguna, pasos que precedieron a la celebración ya como gobernador encargado, suscribiéndolo por una cifra mayor a la ofrecida por el contratista. Veamos:

El manual de funciones y responsabilidades aportado a la actuación¹⁰⁶, claramente señala que al Gobernador le corresponde dirigir y coordinar la acción administrativa del Departamento y actuar en su nombre como gestor y promotor del desarrollo integral del territorio, de conformidad con la constitución y las leyes.

Dentro de ese contexto deben entenderse las funciones asignadas al Director del Departamento Administrativo al cual estaba adscrita la Oficina Jurídica, encargada de asesorar al despacho y demás dependencias, en el trámite y desarrollo de

¹⁰⁵ Cfr. Folios 289 y siguientes del cuaderno original N°. 1. Cfr. Cd anexo.

¹⁰⁶ Cfr. Decreto 070 de 24 de marzo de 1999. Cfr. Folio 262 del cuaderno original de la Fiscalía N°. 1.

todos los asuntos de carácter jurídico y contractual así como elaborar los contratos que celebrara la administración con terceros, ya fueran personas naturales o jurídicas, sin que ello signifique desprendimiento de su responsabilidad de cumplir con la ley pues las pruebas documentales y testimoniales señalan que el acusado fue quien manejó la fase previa¹⁰⁷.

Responsabilidades ratificadas por SILVA BURGOS, quien afirmó que su función era meramente formal pues los documentos citados fueron elaborados en la Secretaría de Salud de Vichada¹⁰⁸, a cargo del acusado¹⁰⁹, coordinador del proyecto¹¹⁰.

En consonancia, AURELIO CASTRO PARRA admitió que la Oficina Jurídica daba el visto bueno sobre el cumplimiento de los requisitos legales¹¹¹ y, al momento de la firma del contrato, revisó personalmente todos los soportes¹¹², autorizados directamente por el enjuiciado pese a las irregularidades, quien avaló las fases del trámite precontractual desde los estudios previos del proyecto hasta la evaluación de las ofertas, acto en el cual seleccionó al contratista sin visto bueno de la Oficina Jurídica pues solo aparece su firma¹¹³.

De acuerdo con lo anterior es viable atribuirle a CASTRO PARRA la conducta de celebrar el contrato sin verificar los requisitos legales, pues es claro el nexo causal en su acción, esto es, suscribir el acuerdo jurídico sin verificar el cumplimiento de

¹⁰⁷ Cfr. Cd. Decreto 070 de 24 de marzo de 1999. *ibidem*.

¹⁰⁸ Cfr. Audiencia Pública. 13 de agosto de 2020. Record: 1:10:03.

¹⁰⁹ Cfr. Audiencia Pública. 13 de agosto de 2020. Record: 1:12:01

¹¹⁰ Cfr. Audiencia Pública. 13 de agosto de 2020. Record: 2:02:51.

¹¹¹ Cfr. Audiencia Pública. 13 de agosto de 2020. Record: 19:20.

¹¹² Cfr. Audiencia Pública. 13 de agosto de 2020. Record: 19:20: y, 21:24.

¹¹³ Cfr. Polo 66 del cuaderno anexo original N°. 1.

requisitos legales y el resultado típico por cuanto participó y adelantó todo el trámite previo vulnerando la ley.

Adicionalmente, se allegaron a la actuación copias de las Resoluciones 382 de 3 de diciembre de 1999, 180 de 16 de febrero de 2001 y 476 de esta última anualidad, con las cuales los gobernadores titulares de la época dieron directrices e instrucciones a sus subalternos sobre la forma como debían ejercer la etapa previa y la supervisión del cumplimiento del objeto contractual¹¹⁴, sin que ello signifique acto de delegación sino simplemente pautas a aplicar, las cuales fueron quebrantadas por el acusado en los actos de sustanciación a su cargo¹¹⁵.

El enjuiciado incumplió el ordenamiento jurídico pues a pesar de participar en la fase precontractual en calidad de Secretario de Salud realizó comportamientos que ratifican su conducta cuando fue gobernador pues ningún reparo tuvo en suscribir el contrato con vulneración de los principios de la contratación pública. Fue quien adelantó todo el trámite, ya que directamente firmó los estudios previos, los términos de referencia, el acta de evaluación y recomendó a la IPS Servicios Integrales con quien posteriormente celebró el contrato¹¹⁶.

En cuanto a la conducta del acusado, como ya se vio, se acreditó la existencia de irregularidades en la fase

¹¹⁴ Cfr. Exgobernadores CARLOS E. BERNAL MEDINA (Resolución 382 de 1999); y, FERNANDO GOMEZ GIRALDO (Resoluciones 180 y 476 de 2001). Cfr. Folios 290 a 295 del cuaderno original de la Fiscalía N°. 1.

¹¹⁵ Cfr. Folios 290 a 295 de cuaderno original de Fiscalía N°. 1.

¹¹⁶ Cfr. Folios 41 a 44, 60, y, 175 a 199 del cuaderno anexo original N°. 1.

precontractual y también se demostró que al celebrar el contrato omitió constatar el cumplimiento de los requisitos legales en la fase previa, la cual direccionó.

Los medios de convicción analizados comprobaron la ocurrencia de una cadena de anomalías en el trámite en cuya dirección estaba el aforado, concretadas en la selección caprichosa del contratista, al disfrazar la fase previa para simular el cumplimiento de la ley, abonando el camino para la futura suscripción del acuerdo de voluntades.

De igual manera, al celebrar el contrato con JESÚS MARÍA BACCA OCAMPO, lo hizo por el doble de la oferta presentada sin existir razón justificada, a pesar de que en la cláusula cuarta se acordó que esta última integraba el contrato¹¹⁷.

Recuérdese que la propuesta de BACCA OCAMPO consistió en servicios por \$69.500.000, oo para los municipios beneficiados (La Primavera, Santa Rosalía y Cumaribo), equivalente a \$208.500.000, oo, resultado de multiplicar el valor por tres, siendo inexplicable la suscripción del acuerdo de voluntades por una cifra mayor¹¹⁸.

Pese a lo anterior, CASTRO PARRA suscribió el contrato, sosteniendo en su defensa:

1. La existencia de la "delegación" de la etapa precontractual en la Secretaría de Salud y en el Departamento

¹¹⁷ Cfr. Folios 62 a 65 del cuaderno anexo original de la Fiscalía N°. 1.
¹¹⁸ Cfr. Folios 67 a 79 del cuaderno anexo original de la Fiscalía N°. 1.

Jurídico.

2. La carpeta del acuerdo de voluntades se extravió y se perdieron algunos folios.
3. Con el proyecto se suplió una necesidad de las comunidades desprotegidas.
4. Los servicios de salud contratados fueron dos por cada municipio para un total de 6, en un lapso de 20 o 22 días, razón por la cual se suscribió el contrato en cuantía de \$417.000.000, oo.

Argumentos que excluyen la presencia del interés general que debía perseguir la contratación pues no es cierta la existencia de la delegación, sino que, contrario a su parecer, imperaba una desconcentración de funciones, lo cual no lo exoneraba del deber de vigilar la actuación de los servidores de la Secretaría de Salud a su cargo y del Departamento Administrativo Jurídico, como tampoco lo relevaba de cumplir con los principios de la contratación pública en los actos de trámite a su cargo y en la celebración del acuerdo de voluntades ya como encargado.

Las manifestaciones dadas por CASTRO PARRA sobre el valor del contrato fueron desmentidas por el contratista BACCA OCAMPO, al afirmar que su propuesta de trabajo era la realización de unas actividades cada 10 días de permanencia en los 3 municipios por un lapso de dos meses (a razón de \$69.500.000,oo cada uno) y no cuatro como lo dice el contrato¹⁹.

¹⁹ Cf. Folios 188 a 194 del cuaderno original de la Fiscalía N°. 1.

Además, adujo que se acordó dar mayor atención a La Primavera dada la cantidad de consultas, razón por la cual existen sendas constancias de servicios en esa comprensión territorial, y dos en los restantes municipios para un total de 4 jornadas²⁰, modificaciones contractuales sin soporte probatorio.

Explicación que tampoco justifica la suscripción del contrato por \$417.000.000, oo, pues la propuesta fue por \$208.500.000, oo, parte integral del acto jurídico.

Es cierto que en la contratación pública participan distintas dependencias y un sinúmero de servidores públicos con competencia para expedir los actos necesarios e impulsar las distintas etapas, sin embargo, el artículo 11 original de la Ley 80 de 1993, establece que el jefe o representante legal de la entidad conserva las atribuciones de adjudicación o de celebración de los contratos, lo que envuelve la escogencia del contratista, competencia derivada de su condición de jefe de la entidad, norma a interpretarse armónicamente con el canon 12 ibídem que permite la desconcentración de funciones a nivel contractual.

En el caso presente, como ya se anunció, el enjuiciado no puede ampararse en el principio de confianza, el cual se excluye toda vez que asumió el control de la fase previa por cuanto adelantó los actos precontractuales, los cuales dirigió desde el mismo surgimiento del proyecto.

Es decir, por haber participado directamente en la etapa

²⁰ Cfr. Folios 47 a 49 del cuaderno anexo original de la Fiscalía N°. 1.

precontractual no puede trasladar la tutela del ordenamiento jurídico a otros servidores públicos, pues las labores de preparación del contrato fueron encomendadas a la Secretaría de Salud a su cargo como lo indica el manual de funciones, división de tareas cuya finalidad era que el ordenador del gasto tomara la decisión final de comprometer o no los recursos de la entidad a través del contrato. Contrario a ese deber ser, los actos previos fueron ejecutados por CASTRO PARRA con violación de los presupuestos rectores que cobijan la contratación pública.

Pese a tan evidente infracción a la ley de la contratación, dadas las irregularidades de los estudios previos, los términos de referencia, el simulado proceso de presentación de dos ofertas, la recomendación caprichosa de la IPS y la suscripción del acto jurídico por un mayor valor de la oferta, CASTRO PARRA procedió a signar el contrato inobservando la normatividad contractual pública sin verificar el incumplimiento de los requisitos legales porque desde la fase previa, desconcentrada en la Secretaría de Salud, realizó comportamientos que ratificó en el desempeño como gobernador. Tuvo el control del trámite en el que se infringieron los principios contractuales al firmar distintos documentos, de suerte que creó un riesgo jurídicamente desaprobado a la administración pública, traducido en el resultado típico de celebrar el acto jurídico sin verificar los requisitos legales, configurándose el elemento normativo del tipo penal.

Es claro el direccionamiento de la fase precontractual por parte del acusado sin atender los principios de planeación,

economía, transparencia, responsabilidad y selección objetiva, permitiendo la cadena de irregularidades en detrimento del interés público.

En conclusión, el acusado firmó el contrato 032 de 18 de septiembre de 2003 sin verificar los requisitos legales esenciales vulnerando los principios de planeación, economía, transparencia, responsabilidad y selección objetiva, configurándose el tipo objetivo del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

Del tipo subjetivo

Las valoraciones de las siguientes pruebas transmiten a la Sala la certeza de la configuración del dolo en el comportamiento de AURELIO CASTRO PARRA, como quiera que al momento de firmar el contrato era consciente de que en su trámite no se observaron los requisitos legales esenciales, sin embargo, voluntariamente procedió a suscribirlos; es decir, conoció que firmó los contratos sin verificar el cumplimiento de los requisitos legales esenciales en su trámite por cuanto sabía que no se cumplían.

La parte intelectiva del dolo exige que el sujeto activo comprenda la conducta típica en sus elementos, circunstancias de ejecución y resultados, mientras que en el aspecto volitivo se debe demostrar el querer libre de realización de la conducta por parte del agente, elementos convergentes en el caso de estudio¹²¹.

¹²¹ Cfr. CSJ SP15528-2016, rad. 40383.

En efecto, el acusado, estuvo encargado de la Gobernación de Vichada para el 18 de septiembre de 2003, fecha en que celebró el contrato 032.

Es cierto que la minuta estaba lista para su firma durante lapso de su encargo, sin embargo, ello no lo eximia de verificar que en la etapa precontractual se hubiera observado los principios de la contratación, como quiera que al ordenador del gasto le asiste ese deber legal, el cual incumplió, máxime cuando no había delegación de funciones sino una simple división de tareas, conservando, como gobernador, la facultad de celebrar el contrato.

La desconcentración en las diferentes etapas contractuales implica que los funcionarios intervenientes en ellas adopten decisiones vinculantes, por lo tanto, si cada uno con sus acciones u omisiones incurre en conductas antijurídicas deben responder; y la responsabilidad de quien suscribe los contratos deriva de la constatación del cumplimiento de cada uno de los requisitos en la etapa precontractual, pues al suscribirlos está avalando las fases previas para comprometer el presupuesto público¹²².

De acuerdo con la prueba documental y testimonial el aforado participó directa y activamente en la etapa precontractual en calidad de Secretario de Salud en encargo, dado que fue quien avaló con su firma los estudios previos y de conveniencia, los términos de referencia y el acta de evaluación de la propuesta, recomendando la contratación con la IPS Medicina Integral.

¹²² Cfr. CSJ SP15528-2016, rad. 40383.

Según RICARDO SILVA BURGOS, el procesado dirigió la elaboración de los legajos citados en compañía de funcionarios de la Secretaría de Planeación, quienes conformaron un equipo interdisciplinario¹²³.

Aseguró que el visto bueno de la Oficina Jurídica era un aspecto formal, de simple constatación de los protocolos de la normatividad contractual, toda vez que la parte sustancial era responsabilidad de la Secretaría de Salud por cuanto los estudios específicos sobre el proyecto estaban a cargo de esa unidad ejecutora¹²⁴; además, reconoció que CASTRO PARRA contribuyó en su diseño¹²⁵, avalando con su firma la actuación desplegada, pues era su función misional¹²⁶.

Señaló que el análisis detallado de cada documento de la fase precontractual no era competencia del Departamento Jurídico sino de la Secretaría de Salud a cargo del procesado¹²⁷, y allí se elaboraba "todo" de acuerdo con el plan de desarrollo¹²⁸, dependencia que contaba con su propia Oficina Jurídica¹²⁹.

Sobre la evaluación de la propuesta aseguró que en la Secretaría de Salud no había un comité conformado, por lo tanto, para cada actividad puntual el Secretario del ramo elaboraba los estudios y allí quedaban consignados los resultados¹³⁰.

¹²³ Cfr. Audiencia Pública. 13 de agosto de 2020. Record: 1:10:03.

¹²⁴ Cfr. Audiencia Pública. 13 de agosto de 2020. Record: 1:11:11.

¹²⁵ Cfr. Audiencia Pública. 13 de agosto de 2020. Record: 1:13:56.

¹²⁶ Cfr. Audiencia Pública. 13 de agosto de 2020. Record: 1:13:56.

¹²⁷ Cfr. Audiencia Pública. 13 de agosto de 2020. Record: 1:13:56.

¹²⁸ Cfr. Audiencia Pública. 13 de agosto de 2020. Record: 1:16:45.

¹²⁹ Cfr. Audiencia Pública. 13 de agosto de 2020. Record: 1:19:53.

¹³⁰ Cfr. Audiencia Pública. 13 de agosto de 2020. Record: 1:35:45.

Afirmó, además, que el gobernador titular o el encargado, según el caso, verificaba el cumplimiento de los requisitos de la ley de contratación estatal al momento de la firma del acto jurídico, razón por la cual el imputado revisó antes de suscribirlo¹³¹.

Adicionalmente, los siguientes hechos indicadores demostrados permiten inferir que el procesado conocía que al firmar el contrato 032 de 2003 no estaba verificando el cumplimiento de requisitos legales esenciales, porque participó en todo el trámite precontractual como Secretario de Salud, favoreciendo al contratista con su selección caprichosa.

La etapa precontractual fue dirigida por él al liderar y autorizar con su rúbrica los estudios previos y términos de referencia a pesar de estar incompletos, lo cual se evidencia con su lectura¹³².

Los primeros están integrados por afirmaciones sin respaldo, siendo ajenas a una verdadera investigación sobre la necesidad de atender servicios de salud de las comunidades indígenas. Ni siquiera se individualizó la población objeto de análisis como tampoco se identificaron los servicios a ofrecer, ni las condiciones de mercado¹³³. Los segundos, eran insuficientes en tanto dejaron por fuera la determinación del objeto contractual y las obligaciones de la empresa prestadora de servicios en salud¹³⁴.

¹³¹ Cfr. Audiencia Pública, 13 de agosto de 2020. Record: 2:34-39.

¹³² Cfr. Folios 41 a 44; 66; 175 a 178; y, 180 a 187.

¹³³ Cfr. Folios 175 a 178 del cuaderno anexo original de la Fiscalía N°. 1.

¹³⁴ Cfr. Folios 180 a 186 del cuaderno anexo original de la Fiscalía N°. 1.

Documentos de fácil comprensión para el acusado, de los cuales sin ninguna dificultad podía entender que estaban incompletos, siendo evidente que se pondrían en riesgo los derechos del departamento, en consecuencia, era claro para él que el proyecto no estaba dirigido a cumplir los fines de la contratación estatal sino a favorecer intereses particulares.

El acta de evaluación de las propuestas suscrita por el procesado evidencia el favorecimiento a la IPS, pues simplemente afirmó sin análisis alguno que la mejor propuesta era la de JESÚS MARÍA OCAMPO BACCA, pasando por alto los porcentajes de las calificaciones consignadas en los estudios de referencia. Nótese que en el texto CASTRO PARRA aludió a las cotizaciones presentadas por DURÁN DURÁN y RODRÍGUEZ CAMPO, documentos espurios e incompletos¹³⁵, como ya quedó demostrado.

Un examen desprevenido de las ofertas enseña que la supuestamente presentada por DURÁN DURÁN está contenida en el mismo formato utilizado por el contratista BACCA OCAMPO¹³⁶; los acápite de la introducción y misión son iguales; los párrafos de los ítems de la propuesta presentan similitud en su introducción y en el acápite de los servicios ofrecidos se suprime palabras solo para simular diferencia, aspectos que cualquier lector observa. Incluso, la papelería es similar.

La presuntamente presentada por RODRIGUEZ CAMPO en calidad de Gerente de IPS SOLO SALUD es escueta y consta

¹³⁵ Cfr. Folios 90 a 168 del cuaderno anexo original de la Fiscalía N°. 1.

¹³⁶ Cfr. Folios 69 a 89; y, 168 del cuaderno anexo original de la Fiscalía N°. 1

de página y media, sin ahondar en los servicios ofrecidos, persona que no dio ningún dato de identificación y ubicación a pesar de ser un requisito contenido en los términos de referencia.

Ninguna razón justifica, entonces, que CASTRO PARRA inadvirtiera la ausencia de fecha de recibido de los documentos, del certificado de la Cámara de Comercio, de las fotocopias del N.L.T. y de los estados financieros; exigencias elementales para acreditar la experiencia e idoneidad de los proponentes DURÁN DURÁN y RODRÍGUEZ CAMPO¹³⁷. Incluso, no presentaron la constancia de estar habilitados para la prestación de servicios de salud, exigida por el Decreto 2309 de 2002¹³⁸.

En cuanto a la oferta ganadora, el enjuiciado no dejó constancia para determinar que se ajustaba a los requerimientos de los términos de referencia y de la Secretaría Departamental de Salud, soslayando la evidente falta de infraestructura para atender la misión encomendada. Y, aun así, a sabiendas de que las ofertas no reunían los requisitos siguió adelante recomendando a la IPS Servicios Integrales, sin importarle que en realidad era una sola la presentada.

¹³⁷ Cfr. Voluos 68 a 89 del cuaderno anexo N°. 1 de la Fiscalía.

¹³⁸ **ARTÍCULO 14. FORMULARIO DE INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO ESPECIAL DE PRESTADORES DE SERVICIOS DE SALUD.** Los Prestadores de Servicios de Salud y los definidos como tales presentarán el Formulario de inscripción en el Registro Especial de Prestadores de Servicios de Salud ante las Entidades Departamentales y Distritales de Salud correspondientes para efectos de su inscripción en el Registro Especial de Prestadores de Servicios de Salud. A través de dicho formulario, se declarará el cumplimiento de las condiciones de habilitación contempladas en el presente Decreto. Misma exigencia contenida en artículo 20 del Decreto 2170 de 2002.

Y es que, no podía ser engañado pues además de ser el líder del proyecto, tal como lo señaló el entonces Gobernador titular FERNANDO GIRALDO GÓMEZ, la propuesta de atención por grupos extramural surgió en la Secretaría de Salud a cargo de él, circunstancia que le permitía conocer de las irregularidades¹³⁹.

Luego de ser vinculado a la investigación, GIRALDO GÓMEZ adujo que nombró a CASTRO PARRA como Secretario de Salud por su condición de abogado y conocimiento en la legislación en esa especialidad¹⁴⁰.

Agregó, frente a la facultad de supervisión de la etapa precontractual, que CASTRO PARRA le aseguró haber aplicado la Ley 80 de 1993, en especial el concepto N°. 0607 expedido por el Ministerio de Salud y Protección Social sobre el acatamiento de la normatividad, conocido por él, tal como lo consignó en el acta de evaluación avalada con su rúbrica¹⁴¹.

Esa cartera estimó que los proyectos en servicios de salud permitían la contratación directa y las entidades públicas debían ser estrictas en el cumplimiento del canon 8 del Decreto 2170 de 2002, reglamentario de los numerales 7 y 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, es decir, era imperativa la realización de los estudios de conveniencia y oportunidad, teniendo en cuenta las condiciones de mercado y el análisis de riesgo por cuanto constituyan elementos esenciales del proceso contractual, aspectos soslayados por el procesado ya que a

¹³⁹ Cfr. Folios 150 a 151 del cuaderno original de la Fiscalía N°. 1.

¹⁴⁰ Cfr. Folios 279 a 281 del cuaderno original de la Fiscalía N°. 1.

¹⁴¹ Cfr. Folios 279 a 287 del cuaderno original de la Fiscalía N°. 1.

pesar de consignar en el acta de evaluación la observancia de tal exigencia, recomendó a la IPS Medicina Integral no obstante las evidentes salencias en la fase precontractual. Y, de haberlo realizado no hubiera avalado a esa razón social¹⁴².

El procesado adujo, en su indagatoria que los términos de referencia fueron elaborados por HERNANDO MÁRQUEZ SILVA, Jefe de la Oficina de Planeación de la Secretaría de Salud y por el Departamento Jurídico de la Gobernación; sin embargo, a pesar de las irregularidades las avaló con su rúbrica, lo cual denota su conocimiento y voluntad de infringir la ley contractual, preparando el terreno para la futura firma de la minuta.

Adicionalmente, frente a las razones por las cuales suscribió unilateralmente el acta de evaluación de las propuestas, admitió que las estudió, al asegurar:

[...] es un acta de evaluación que de acuerdo al procedimiento de la oficina jurídica del Departamento solicitó a la secretaría de salud una revisión de las propuestas para la contratación de los servicios de salud dentro de la etapa precontractual, acta que a la vez el Departamento jurídico hace una evaluación interna sobre los demás aspectos legales y jurídicos de las propuestas por lo cual debe aparecer otros documentos que son soportes de las evaluaciones de la propuesta hechas por funcionarios del Departamento jurídico. La firma que aparece en el documento es la mía como Secretario de Salud encargado¹⁴³.

No obstante RICARDO SILVA BURGOS afirmó que ninguna injerencia tuvo en esa evaluación por cuanto esa labor era realizada por el acusado autónomamente como líder de la fase precontractual, aspecto corroborado con el documento, el

¹⁴² Cfr. Folios 279 a 287 del cuaderno original N°. 1 de la Fiscalía.

¹⁴³ Cfr. Folios 158 a 163 del cuaderno original de Fiscalía N°. 1.

cual no contiene firma o visto bueno de otro funcionario, comportamiento que se suma a la cadena de irregularidades¹⁴⁴.

En lo que concierne a este punto, OSWALDO ALFONSO HERNÁNDEZ, ex técnico de compras de la Secretaría de Gobierno de la época, adujo que cada secretaría elaboraba los estudios, términos de referencia y evaluaciones toda vez que no era de su competencia por no tener idoneidad para ello, evaluar los contratos de prestación de servicios de salud; además, señaló a CASTRO PARRA como "el jurídico" de la Secretaría de Salud¹⁴⁵, o sea la persona experta en esos temas, lo cual denota que desde antes de desempeñarse como gobernador conoció las irregularidades contractuales, las cuales pasó por alto cuando fungió como titular.

Recuérdese que FERNEY ASMED RODRIGUEZ BALAGUERA, ex servidor público de la Oficina Jurídica para la fecha de los hechos, corroboró que los estudios previos y la etapa precontractual se desarrollaba bajo la coordinación de la Secretaría de Salud, dependencia que contaba con un abogado quien colaboraba en la fase previa, constándose que vio a CASTRO PARRA "patinar" documentos en compañía del médico BACCA OCAMPO "articulando" el contrato¹⁴⁶, lo cual demuestra el interés y conocimiento del procesado sobre los pormenores de la fase precontractual cuyas irregularidades son de fácil percepción, sin embargo, suscribió autónomamente el acta de evaluación recomendando a la IPS

¹⁴⁴ Cfr. Audiencia Pública, 13 de agosto de 2020, Record: 1:35:10.

¹⁴⁵ Etapa de Juzgamiento. Testimonio de 19 de noviembre de 2019. Record: 44:58; Y. 16:11.

¹⁴⁶ Cfr. Etapa de Juzgamiento. Declaración de FERNEY ASMED RODRIGUEZ BALAGUERA, 8 de noviembre de 2019. Record: 36:47.

Medicina Integral.

En consecuencia, dada la experticia jurídica del acusado y su activo papel en la fase precontractual no podía desconocer la obligación de verificar el cumplimiento de requisitos legales al momento de suscribir un contrato, pues conocía los requisitos de la Ley de contratación estatal y sus decretos reglamentarios. Surge claro, entonces, que no era su interés respetarlos por cuanto conocía de las irregularidades.

En el interrogatorio de la audiencia pública CASTRO PARRA reconoció que antes de firmar revisó el contrato y sus anexos verificando el cumplimiento de la ley, por lo tanto, tuvo a la mano la documentación de la etapa precontractual dirigida por él, deduciéndose el dolo en su actuar pues participó en la etapa previa permitiendo las irregularidades, y pese a ello suscribió el contrato.

En calidad de gobernador, contaba con capacidad para advertir los exiguos estudios sobre la necesidad, la falta de rigurosidad en los términos de referencia, las anomalías de las ofertas y la falta de motivación en el acta de evaluación. No se necesita ser versado en contratación estatal para advertir la infracción de los requisitos legales esenciales y el fingido viso de legalidad de un trámite cuya finalidad fue favorecer a la IPS Medicina Integral.

No debe olvidarse que los principales documentos de la fase precontractual fueron signados y avalados por CASTRO

PARRA, expedidos desde la Secretaría de Salud a su cargo, de modo que se percató directamente de las irregularidades¹⁴⁷.

La excusa de trasladar su responsabilidad a la Oficina de Planeación de la Secretaría de Salud a su cargo y al Departamento Jurídico no tiene sustento probatorio en atención a que RICARDO SILVA BURGOS, jefe de la última dependencia, adujo que CASTRO PARRA era autónomo en sus decisiones como Secretario de Salud y luego como Gobernador encargado, razón por la cual revisó lo acontecido en la fase previa antes de firmar¹⁴⁸.

Manifestaciones respaldadas por FERNANDO GÓMEZ GIRALDO, titular de la gobernación y FERNEY ASMED RODRIGUEZ BALAGUERA. El primero al señalar que la necesidad de la atención en salud extramural se originó en la Secretaría de Salud y el segundo aseguró que el imputado tenía control de esa fase¹⁴⁹.

Adicionalmente, sin ningún fundamento, el acusado suscribió el contrato por el doble del valor ofrecido por la IPS seleccionada, la que ofreció servicios por \$208.500.000, oo, es decir, modificó el precio del contrato.

Se descarta la culpa en atención al reconocimiento que hizo en la indagatoria y en el interrogatorio en audiencia pública de haber revisado el contrato y sus anexos antes de firmarlo, oportunidad que tuvo para advertir las

¹⁴⁷ Cfr. Folios 175 a 195 del cuaderno anexo original Fiscalía N°. 1.

¹⁴⁸ Cfr. Audiencia pública, 13 de agosto de 2020. Record: 2:34:39.

¹⁴⁹ Cfr. Etapa de juzgamiento. Declaración de FERNEY ASMED RODRIGUEZ BALAGUERA, 8 de noviembre de 2019. Record: 36:47; y, 48:38.

irregularidades, de las cuales conoció por haber controlado y direccionado la etapa precontractual.

Respecto del argumento de la defensa técnica y material sobre el principio de confianza y buena fe con el que actuó CASTRO PARRA, está demostrado que al celebrar el contrato omitió voluntariamente verificar el cumplimiento de los condicionamientos legales en el trámite previo a su suscripción, sin ser de recibo que su proceder se ampare en el actuar de otros intervenientes en las fases precontractuales, en tanto que el mismo era titular encargado de la Secretaría de Salud y, en todo caso, quien invoca la aplicación de este principio parte del supuesto de que ha satisfecho las normas de comportamiento que en el evento se esperaban de él, lo cual no ocurrió en el caso presente¹⁵⁰.

La Sala no acepta la explicación expuesta en cuanto a que confió en la actuación de los funcionarios de la Oficina Jurídica por cuanto este direccionó la fase previa, razón por la cual manipuló la adjudicación del contrato con conocimiento de que los actos ejecutados precontractualmente afectaban la administración pública departamental por vulneración de los presupuestos rectores de la contratación pública.

En conclusión, la Fiscalía demostró con certeza que el procesado al celebrar el contrato 032 de 2003 consiente y voluntariamente se abstuvo de verificar los requisitos legales esenciales durante la etapa precontractual. Es decir, sabía que con su proceder se apartaba de los principios y normas de

carácter constitucional y legal que rigen la contratación administrativa.

Demostrado como está que el procesado cometió el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales la Sala lo condenará en calidad de autor, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 29 y 410 del Código Penal.

2.2. Del peculado por apropiación

La conducta punible está contenida en el artículo 397 del Código Penal, el cual prescribe:

*Art. 397. **Peculado por apropiación.** El servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurirá en prisión de seis (6) a quince (15) años, multa equivalente al valor de lo apropiado sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.*

Si lo apropiado supera un valor de doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, dicha pena se aumentará hasta en la mitad. La pena de multa no superará los cincuenta mil salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si lo apropiado no supera un valor de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales la pena será de cuatro (4) a diez (10) años e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término y multa equivalente al valor de lo apropiado.

Esta Corporación ha determinado los siguientes elementos (i) la calidad de servidor público del sujeto activo; (ii) la potestad en su cabeza de la administración, tenencia o custodia de los bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de

particulares, por razón o con ocasión de sus funciones; y, *(iii)* el acto de apropiación en favor propio o de un tercero en perjuicio del patrimonio del Estado¹⁵¹.

El sujeto agente calificado debe tomar para sí los bienes del Estado en provecho suyo o de un tercero en las condiciones señaladas, siendo necesario la existencia de una relación funcional entre el servidor público y los bienes oficiales, razón por la cual la acepción “*por razón o con ocasión de sus funciones*” tiene que ver con las facultades de administrar, guardar y recaudar, la cual no puede ser solo material sino también jurídica¹⁵². Así, se ha dicho:

[...] no puede entenderse en el sentido de la adscripción de una competencia estrictamente legal y determinada por una regular y formal investidura que implique una íntima relación entre la función y la facultad de tener el bien del cual dispone o se hace mal uso; no significa, pues, que tales atribuciones deban estar antecedentemente determinadas por una rigurosa y fija competencia legal, sino que es suficiente que la disponibilidad sobre la cosa surja en dependencia del ejercicio de un deber de la función. La fuente de la atribución, en otros términos, no surge exclusivamente de la ley puesto que ella puede tener su origen en un ordenamiento jurídico diverso que fija la competencia en estricto sentido. Lo esencial en este aspecto, es la consideración de que en el caso concreto, la relación de hecho del funcionario con la cosa, que lo ubica en situación de ejercitar un poder de disposición sobre la misma y por fuera de la inmediata vigilancia del titular de un poder jurídico superior, se haya logrado en ejercicio de una función pública, así en el caso concreto no corresponda a dicho funcionario la competencia legal para su administración. Igual se presentará el delito de peculado en la hipótesis de que la administración del bien derive del ejercicio de una función nominalmente propia de otro empleado.

Las facultades de manejo en el empleado público no solamente las otorga la ley, el decreto, la ordenanza o el acuerdo, sino también las resoluciones, los reglamentos y hasta la orden administrativa, cuando los destinatarios son servidores del Estado. De suerte que por medio del mandato, entiéndase como contrato o como orden, se transfieren, trasladan o delegan, total o parcialmente, esas atribuciones al mandatario, quien por el mencionado cargo las ejercita¹⁵³.

¹⁵¹ Cfr. CSJ SP, 4 feb. 2015, rad. 39.417; reiterado en CSJ SP, 25 en. 2017, rad. 43044.

¹⁵² Cfr. CSJ AP1272-2018, rad. 51777.

¹⁵³ Cfr. CSJ SP, 4-oct. 1994, rad. 8729.

En fin, la disponibilidad jurídica no implica un contacto directo o material entre el servidor público y los bienes; por ese motivo, además del empleado de manejo con disponibilidad material, pueden cometer el delito todos los funcionarios que se hallen dentro de la órbita de la administración de los bienes, entre quienes se encuentran el ordenador del gasto, por cuanto este tiene disponibilidad jurídica sobre los recursos públicos¹⁵⁴.

Es decir, en el sujeto activo debe concurrir la potestad de administración, tenencia o custodia de los bienes en razón de sus atribuciones. La relación entre el funcionario público y los bienes oficiales puede ser material o jurídica no necesariamente originada en una asignación de competencia, basta su vinculación al ejercicio de un deber funcional¹⁵⁵.

La conducta se estima consumada cuando el servidor público sustrae el bien o bienes de la órbita de custodia del Estado con el ánimo de hacerlos propios o de que un tercero lo haga. El acto de sustracción priva al Estado de la facultad dispositiva de los recursos, sin que forzosamente quien cumple la acción entre a disfrutar o gozar de aquellos, es suficiente que impida al Estado seguir disponiendo de los recursos confiados al servidor público¹⁵⁶.

Es un delito de carácter instantáneo en tanto se consuma cuando el bien público es apropiado, es decir, cuando existe un

¹⁵⁴ Cfr. CSJ SP, 10 feb. 1997, rad. 11657.

¹⁵⁵ Cfr. CJS SP, 22 feb. 2012, rad. 35606.

¹⁵⁶ Cfr. CJS SP, 10 oct. 2012, rad. 38396.

acto externo de disposición de la cosa o de incorporación de ella al patrimonio, evidenciándose el ánimo de detentárla¹⁵⁷.

Sobre la administración de los bienes en los entes nacionales y territoriales, ha dicho la Corporación:

«En consecuencia, el resultado le es atribuible al Gobernador, con independencia de que no hubiera sido él, directamente, sino su tesorero, quien celebró las ofertas mercantiles de cesión de derechos de beneficio, aspecto que explica que la conducta se le atribuya a título de coautoría, pues ciertamente en la medida de las distintas competencias que a cada uno asistía, se verificó el aporte necesario para la consumación del delito de peculado por apropiación. El gobernador mediante las directrices que le correspondían por ostentar la disponibilidad jurídica de los recursos, el tesorero materializando el traspaso de estos a los patrimonios autónomos, en su condición de custodio material.

Competía al procesado como gobernador la administración y custodia de los recursos, pues tales deberes dimanan simple y llanamente de las responsabilidades que le eran anejas en el manejo de los fondos públicos, cualquiera fuese su naturaleza.

Lo primero que ha de destacarse es que mientras la Dirección Técnica de Tesorería ostenta un rol básicamente operativo y si se quiere secundario dentro de la estructura de la entidad territorial, al gobernador le compete el máximo de dirección, pues es quien traza las políticas a desarrollar por sus subalternos, tanto en punto a la gestión administrativa como a la financiera, apoyado para ello en sus secretarios sectoriales. En efecto, esa suprema dirección asignada al gobernador dimana de un conjunto de disposiciones de orden constitucional y legal, en virtud de las cuales ejerce la representación legal del departamento y además es el agente del Presidente de la República para la ejecución de las políticas económicas nacionales... ostenta la facultad de ordenación del gasto departamental, y cuenta, entre otras, con las siguientes atribuciones y deberes..., dirigir la ejecución del presupuesto y de los recursos cedidos por la nación para el beneficio del departamento»¹⁵⁸.

En otra oportunidad admitió que la administración de bienes y recursos públicos es una actividad que implica la concurrencia de varias personas. Así refirió:

«La administración es una actividad compleja que con frecuencia se encomienda a una persona pero que en ocasiones requiere la participación de varios. La actividad estatal con sus necesarios mecanismos de controles

¹⁵⁷ Cfr. CSJ SP, 10 octubre 2001, rad. 13355.

¹⁵⁸ Cfr. CSJ SP, 13 mar. 2013, rad. 37858.

lleva a la conclusión de que la tarea de administrar bienes se encarga con frecuencia a un número plural de agentes. Por ese motivo, además del empleado de manejo que tiene la disponibilidad material, pueden cometer el delito todos los funcionarios que se hallen dentro de la órbita de la administración de los bienes, entre quienes se encuentra el ordenador del gasto porque éste tiene respecto de aquellos la disponibilidad jurídica¹⁵⁹.

Un concepto amplio de administración supone pues, que un conjunto de individuos, dentro de una misma órbita funcional, cumplen la tarea de administrar. En estas condiciones y con relación a un mismo bien podrían cometer el delito de peculado el ordenador, el pagador, el contador, el revisor, el auditor, el almacenista, pues a todos ellos competente, dentro de los límites propios de sus atribuciones la genérica función de administrar¹⁶⁰.

2.2.1. De la convergencia de los elementos del tipo penal

Del tipo objetivo

La Fiscalía atribuye a CASTRO PARRA el delito de peculado por apropiación al suscribir el acuerdo de voluntades por el doble de su valor, permitiendo a la IPS Medicina Integral representada por JOSÉ MARÍA BACCA OCAMPO, la apropiación de dineros en cuantía de \$167.005.000, oo, resultante de restar a \$417.000.000, oo, (valor del contrato), la cifra de la oferta presentada por \$208.500.000, oo, con las deducciones de ley -la cual hacia parte integral del acto jurídico-.

La propuesta de BACCA OCAMPO fue de \$69.500.000, oo por cada municipio (La Primavera, Santa Rosalía y Cumaribo), para un total de \$208.500.000, oo¹⁶¹.

¹⁵⁹ Cfr. CSJ SP, 2 oct. 1997, rad. 11657

¹⁶⁰ Cfr. CSI SP647-2017, 43044.

¹⁶¹ Cfr. Folio 75: el contratista propone costo por municipio: \$69.500.000, oo

Según el Ente Fiscal el contrato 032 de 2003 fue el medio a través del cual el acusado permitió la apropiación de dineros del Estado, dado que lo suscribió por el doble de la oferta.

Del supuesto de hecho anterior deriva que su configuración requiere la concurrencia de la condición de servidor público en el sujeto activo, requisito sin controversia en este caso ante la demostración de la condición foral de AURELIO CASTRO PARRA, quien para el 18 de septiembre de 2003 era Gobernador del Departamento de Vichada en encargo, representante legal y ordenador del gasto, en consecuencia, ostentaba la disponibilidad jurídica de los recursos asignados al contrato. Le concernía su administración, custodia y dirección, facultades originadas en las obligaciones anexas al manejo de los fondos públicos del departamento cualquiera fuese su naturaleza¹⁶².

Ahora, el artículo 11 de la Ley 80 de 1993, expresamente le asignaba la competencia para ordenar y dirigir la celebración de la contratación y escoger el contratista, como representante legal de la gobernación.

De la conducta ejecutada consistente en celebrar el contrato sin verificar el cumplimiento de los requisitos legales esenciales suscribiéndolo por \$417.000.000, oo, doble de la propuesta (\$208.500.000, oo), se evidencia que permitió la apropiación de dineros del departamento privando al ente territorial de su facultad de disposición.

¹⁶² Cfr. CSJ SP 13 mar 2013, rad. 37858.

Es decir, prevalido de su condición de servidor público en ejercicio de sus funciones y abusando de ellas celebró ilegalmente el contrato por el doble de su valor, facilitando poner en las arcas del contratista una cifra mayor a la propuesta, consintiendo su apropiación.

Conclusión a la que arriba la Sala tras valorar en conjunto los siguientes medios de prueba, en oposición al criterio de la defensa:

CASTRO PARRA, se reitera, conscientemente celebró el contrato sin verificar que en su trámite hubiese cumplido los requisitos legales esenciales por el doble de la oferta, con lo cual dispuso jurídicamente el pago de un mayor valor, permitiendo que el contratista se apropiara del mismo.

El abuso de las atribuciones oficiales tenía como propósito favorecer a BACCA OCAMPO. No a otra conclusión se puede deducir, pues de haberse tratado y celebrado el negocio jurídico acorde a la ley el contratista hubiese sido otro, no se hubiera suscrito por el doble, ni habría ocurrido la apropiación de los recursos públicos.

El apoderamiento de los dineros en favor del contratista además de evidenciarlo la comisión del punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, lo comprueba la ponderación de los siguientes medios de convicción:

En orden a los documentos aportados, el acusado celebró el contrato 032 de 18 de septiembre de 2003 con la IPS Servicios Integrales, representada por JOSÉ MARÍA BACCA

OCAMPO, y en las cláusulas primera, tercera y cuarta, respectivamente, se acordó:

CLAUSULA PRIMERA: EL CONTRATISTA se obliga para con la Secretaría Departamental de Salud de Vichada a prestar servicios de salud en atención médica a través de un grupo de profesionales en medicina integral de Segundo Nivel y especializada a la población pobre y vulnerable que por sus condiciones culturales y geográficas son de difícil acceso en los municipios de La Primavera, Santa Rosalia y Cumariño.

CLAUSULA TERCERA: OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA: 1) **EL CONTRATISTA** prestará sus servicios de atención médica de segundo nivel y especializada a la población pobre y vulnerable de los municipios de La Primavera, Santa Rosalia y Cumariño Vichada 2) Prestará la atención médica quirúrgica en cualquiera de las especialidades médicas según la solicitud de la Secretaría de Salud y de acuerdo con la necesidad detectada en la población. Atención Médico quirúrgica de consulta externa, atención médica quirúrgica de urgencias, cirugía ambulatoria, cataratas y estrabismo, trauma y ortopedia, materiales osteosíntesis, herniografía-histerectomía, apendicetomía, colecistectomía, rehabilitación, cirugía de urgencias, cirugía programada hospitalaria, atención fotométrica, lentes y monturas, atención parto complicado y atención de menor de un año. 3) La atención médica integral comprende: los insumos médicos necesarios como son los líquidos para parenterales, antibióticos, elementos de anestesia, suturas y demás. Paquete de ropa quirúrgica, servicio de anestesiología y cirugía en su respectiva especialidad: Cirugía General, Ginecología y Obstetricia, Traumatología y Ortopedia, Pediatría, Oftalmología, Optometría, Anestesiología, Dermatología, Colposcopia, Ecografías¹⁵³. 4) La atención médica especializada objeto del presente contrato se realizará en cada uno de los municipios de La Primavera, Santa Rosalia y Cumariño Vichada, en jornadas de diez (10) días con una disponibilidad de 24 horas, de acuerdo al cronograma que se acordará con la Secretaría de Salud de Vichada, dentro de los cuatro (4) meses de duración del presente contrato.

CLAUSULA CUARTA. VALOR: Para todos los efectos legales y fiscales el valor del presente contrato es de cuatrocientos diecisiete millones de pesos (\$417.000.000,00) de acuerdo a las actividades a realizar en cada municipio conforme a la propuesta del contratista, la cual hace parte integral del presente contrato. El precio pactado en este contrato no estará sujeto a reajuste posterior¹⁵⁴.

Sin embargo, la cotización presentada por BACCA OCAMPO fue de \$208.500.000,00, cifra que resulta de

¹⁵³ Es la ofrecida en la propuesta de la IPS Servicios Integrales. Cfr. Folios 67 a 79 del cuaderno anexo original N° 1.

¹⁵⁴ Cfr. Folios 62 a 65 del cuaderno anexo original N° 1 de la Fiscalía. Negrilla fuera del texto.

multiplicar el valor de cada actividad, esto es \$69.500.000,00, por los tres municipios favorecidos; a pesar de ello, el acto jurídico se suscribió por el doble (\$417.000.000, 00)¹⁶⁵.

A simple vista el contrato se firmó por un valor diferente al propuesto, ya que la oferta consistía en una jornada de actividades por municipio. Ahora, si el contratista propuso tal precio ese era el monto de sus servicios, pues nadie va a presentar una cotización por la mitad del valor para empobrecerse.

Adicionalmente, se convino como forma de pago: *(i)* 50% del valor del contrato a título de anticipo -cifra pagada efectivamente¹⁶⁶; *(ii)* 25% a los 45 días de ejecución del mismo, previa la presentación del primer informe de avance y de la certificación de cumplimiento a cabalidad en la ejecución de las obligaciones contractuales por parte del supervisor; y, *(iii)* 25% a la terminación del mismo, previo el informe final y certificación del supervisor sobre la ejecución a satisfacción¹⁶⁷.

Al contratista, el 6 de octubre de 2003, se le entregaron \$208.500.000, 00 como anticipo (con las deducciones de ley corresponden a \$167.005. 000, 00)¹⁶⁸ y el 17 de diciembre siguiente, la segunda parte del valor del contrato (\$167.005.000,00)¹⁶⁹, con autorización del acusado, antes de cumplirse el plazo de 4 meses pactado, pues según las

¹⁶⁵ Cfr. Folios 62 a 65; y, 67 a 79 del cuaderno anexo original N°. 1.

¹⁶⁶ Cfr. Folio 34 del cuaderno anexo original N°. 1 de la Fiscalía.

¹⁶⁷ Cfr. Folios 62 a 65 del cuaderno anexo original de Fiscalía N°. 1. Cláusula quinta del contrato.

¹⁶⁸ Cfr. Folios 4 y 32 del cuaderno anexo original de la Fiscalía N°. 1.

¹⁶⁹ Cfr. Folios 29 y 30 del cuaderno anexo original de la Fiscalía N°. 1.

cláusulas primera y sexta se prestaría atención médica en los municipios de La Primavera, Santa Rosalia y Cumaribo, en jornadas de 10 días con una disponibilidad de 24 horas, de acuerdo con el cronograma de la Secretaría de Salud en ese lapso¹⁷⁰.

Sin embargo, de acuerdo con la prueba documental¹⁷¹, las actividades realizadas por el contratista se efectuaron en 59 días -menos de la mitad del plazo- en los tres municipios¹⁷², así:

Municipio	Hospital que certifica	Jornadas	
		11 a 23 de octubre de 2003.	9 a 26 de noviembre de 2003.
La Primavera	E.S.E. Nuestra Señora del Carmen -Hospital local-		
Santa Rosalia	E.S.E. Nuestra Señora del Carmen -Hospital local-	24 de octubre a 8 de noviembre de 2003.	
Cumaribo	E.S.E. Nuestra Señora del Carmen -Hospital local-		26 de noviembre a 7 de diciembre de 2003.

Comparada la propuesta, parte integral del contrato, el cuadro anterior y el texto del acto jurídico se comprueba una abierta contradicción en los valores pues, de una parte, la IPS ofreció servicios para los tres municipios por \$208.500.000, oo (a razón de \$69.500.000, oo por cada uno) y, de otra, al momento de firmarse el contrato se hizo por \$417.000.000, oo, con lo cual no hay duda de que el acuerdo de voluntades se suscribió por una cifra superior al propuesto por el contratista.

De otra parte, el acusado signó el informe final de supervisión del acto jurídico para respaldar el pago del 50% del

¹⁷⁰ Cfr. Folios 62 a 65 del cuaderno anexo original de la Fiscalía N°. 1.

¹⁷¹ Cfr. Folios 47 a 50 del cuaderno anexo original de la Fiscalía N° 1.

¹⁷² Sumados los días se tiene: en La Primavera 31 días, Santa Rosalia 16; y, Cumaribo 12. Para un promedio de 14.75 días.

valor del contrato avalando su cumplimiento a satisfacción antes del plazo acordado, sin constatar la labor adicional que se pueda considerar como de mayor servicio prestado, toda vez que lo ejecutado en el cuadro anterior estaba dentro de las labores normales propuestas y acordadas⁷³. Y aunque se aduce un cronograma de actividades entre las partes, este es inexistente.

Así, es evidente la apropiación de \$167.005.000, oo, una vez realizadas las deducciones legales al monto de \$208.500.000, oo, correspondiente al 50% del valor del contrato, es decir, se pagó el doble del monto de la oferta presentada.

Ello se demuestra con el comprobante de egreso N°. 1760 de 17 de diciembre de 2003 de la Secretaría de Salud en cuantía de \$167.005.000, oo⁷⁴ firmado por el enjuiciado, lo que indica la efectiva erogación, cifra que entró al haber del contratista en su cuenta corriente N°. 379-0 del Banco Ganadero, según cheque N°. 0000136⁷⁵.

El acusado justifica tal proceder en que se pactaron 6 jornadas de atención en salud durante 4 meses, manifestación desmentida por BACCA OCAMPO quien adujo que lo acordado fueron dos meses de actividades y un costo por municipio de \$69.500.000,oo, aseveración contraria al texto del contrato en el que se señaló como plazo de ejecución 120 días.

⁷³ Cfr. Folio 66 del cuaderno anexo original N°. 3

⁷⁴ Que corresponde al N° 00730 de la Tesorería.

⁷⁵ Cfr. Folios 28 a 34 del cuaderno anexo de la Fiscalía N°. 1.

Además, no aparece en la carpeta del contrato variación de las condiciones de lo convenido pues de haberse presentado lo legal hubiese sido formalizar una compensación con el fin de mantener un equilibrio de acuerdo con lo ordenado en el canon 14-1 de la Ley 80 de 1993¹²⁶.

Es claro, entonces, el abuso de las funciones del procesado permitiendo la apropiación de los dineros del erario.

Adicionalmente, como Secretario de Salud en encargo suscribió el informe de supervisión sin fecha, documento huérfano de soporte en punto a la población atendida, las jornadas realizadas, la edad, el género, la patología tratada, y su costo, concentrándose en el número de folios de las historias clínicas y procedimientos quirúrgicos sin especificar cuáles, resumiendo impertinentemente los estudios de conveniencia; así, se observa:

«Lo anterior se resume en que no se satisfacen de manera adecuada las necesidades de salud de la población, especialmente la población pobre y vulnerable dispersa, la red pública prestadora de servicios de salud contratada para tal fin no tiene el nivel de resolución que deberá ofrecer a la comunidad y, finalmente, el paradigma con que la población indígena entiende su modelo de salud-enfermedad, traza una barrera que difícilmente con el modelo asistencialista institucionalizado, será posible superar.

[...]

De igual manera se presentó el respectivo informe de actividades que se realizaron en los tres municipios contratados en el presente contrato de prestación de servicios de salud de Atención médica Especializada, en estas zonas, lo cual una vez revisado podemos observar que cumplió con los objetivos planeados en dicho contrato y generando un acercamiento hacia las comunidades y población que por sus condiciones les dificulta acceder a los servicios de salud, para lo cual se presenta un informe de actividades correspondientes a 5.263 folios de las historias clínicas y formadas de RIPS de los pacientes atendidos en consulta externa

¹²⁶ Cfr. Ver informe de la Contraloría Departamental de Vichada. Folios 1 a 9 del cuaderno original de la Fiscalía N°. 1.

especializada y 1.088 folios correspondientes a 251 procedimientos quirúrgicos realizados en los municipios de la Primavera, Santa Rosalia y Cumaribo.

Igualmente y como apoyo a las actividades realizadas en los diferentes municipios se adjunta certificaciones por parte de la Directora del Hospital Local de La Primavera, del Director del Hospital Local de Cumaribo y Directora del Hospital Local de Santa Rosalia Vichada, además adjuntarnos póliza de responsabilidad civil médica de la Aseguradora Liberty S.A. N°. 890000, por vigencia desde 2003.07.31 hasta 20094.07.31 a nombre del doctor Jesús María Bacca Ocampo. Como también se adjunta el Plan de Inversión del saldo del contrato N° 032 de 2003.

De acuerdo a lo estipulado en el contrato y a la propuesta presentada por el contratista se dio cumplimiento a las jornadas de atención médica especializada en los niveles de segundo y tercer nivel respectivamente, ejecutándose los recursos del plan de inversión presentado por el contratista, siendo procedente cancelar el saldo respectivo¹⁷⁷.

Además de la vaguedad del texto anterior, CASTRO PARRA elaboró solo un informe final a pesar de su obligación de presentar el primero a los 45 días de firmado el acuerdo de voluntades, el cual daba vía libre para el pago del 50% del valor del contrato.

Queda demostrado, en consecuencia, que el contratista se apropió del saldo del valor del acto jurídico al no tener respaldo las actividades adicionales que justificaran el pago de una cifra mayor a la ofrecida, privando al departamento de la facultad de disponer de esos recursos. A una conclusión distinta no puede arribar la Sala tras valorar en conjunto: la suscripción del contrato por una cifra superior a la ofrecida por el contratista, la orden de pagar el saldo final del contrato antes de cumplirse el plazo, la consignación efectuada a la cuenta del BACCA OCAMPO y la falta de rigurosidad de la supervisión asignada al acusado.

¹⁷⁷ Cfr. Folios 41 a 44 del cuaderno anexo original N° 1 de la Fiscalía. Negrilla fuera de texto.

El aforado al suscribir el contrato por el doble del valor de la oferta permitió que este obtuviera una ventaja patrimonial, con lo cual propició la apropiación de dineros por un valor superior al de la propuesta presentada que era lo realmente contratado, privando a la administración del poder de disposición y custodia de esos dineros consumándose el punible en su aspecto objetivo¹⁷⁸, cifra que en cuantía de \$167.005.000,00 fueron consignados en la cuenta de ahorros de BACCA ACAMPO.

Del tipo subjetivo

La ponderación de los siguientes medios de prueba acopiados al proceso, también transmiten a la Sala la certeza de que el acusado cuando cometió el punible sabía que permitía al contratista la apropiación de los recursos públicos en cuantía mayor de lo ofertado.

Ciertamente, demostrado como quedó que celebró el contrato de servicios 032 de 2003, sin verificar el cumplimiento de requisitos legales esenciales de la etapa precontractual, suscribiéndolo por el doble de la oferta presentada por la IPS Medicina Integral, es fácil deducir el conocimiento de que consentía la apropiación en cuantía de \$167.005.000,00.

Es claro que tuvo conocimiento de los recursos que entregó por cuanto se probó en la conducta punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales que direccionó la etapa previa y favoreció al contratista, recomendando sin ningún fundamento la propuesta presentada por BACCA OCAMPO,

¹⁷⁸ Cfr. CSJ. SP 18 abril 2012, rad. 38188.

quien no aportó documentos para demostrar idoneidad y capacidad técnica y financiera para ejecutar el objeto contractual, y como ordenador del gasto suscribió el contrato sin reparar en la cuantía que duplicaba la propuesta de la empresa seleccionada; además, actuó como supervisor del acuerdo de voluntades, lo que demuestra su conocimiento e interés en todas las etapas contractuales.

Igual deducción hace la Sala frente al vago e impreciso informe de supervisión suscrito por él certificando la ejecución de los recursos de acuerdo con el plan de inversión del contratista, a sabiendas que este presentó una oferta por la mitad del valor del contrato y que no prestó un mayor servicio del propuesto¹⁷⁹.

BACCA CAMPO en declaración de 18 de julio de 2005 afirmó que pactó una labor por municipio, cada una por \$69.500.000,00 en un plazo de dos meses, realizando una adicional en La Primavera (para 4 en total) en 59 días, desvirtuando los argumentos del acusado en cuanto adujo que lo contratado fueron 6 jornadas (dos por cada ente territorial) en 120 días¹⁸⁰.

Posteriormente, BACCA CAMPO en la etapa de juicio aseguró haber realizado 6 jornadas cada 10 días, manifestación que contraria la oferta presentada y el acuerdo de voluntades, señalando que el contrato no tuvo adición alguna e ignorando si ejercieron "interventoria" a su labor¹⁸¹.

¹⁷⁹ Cfr. Folios 41 a 44 del cuaderno anexo original de la Fiscalía N° 1.

¹⁸⁰ Cfr. Folios 188 a 194 del cuaderno original de la Fiscalía N° 1.

¹⁸¹ Cfr. Etapa de Juicio Testimonio de 6 de noviembre de 2019. Record. 29:51; 36:23; y. 37:32

En ambas intervenciones no recordó temas esenciales del contrato como los pormenores de la etapa previa y su valor, siendo evidentes contradicciones elementales como el nivel servicios realizados, pues en la primera oportunidad procesal adujo que prestó atención en segundo y tercer nivel y en la ampliación de testimonio señaló que solo fueron servicios de segundo nivel. En todo caso, el promedio de días de actividades fue de 14.75 y no de 10¹⁸².

Adicionalmente, las manifestaciones del acusado se infirman con la cláusula tercera del contrato en tanto se pactaron actividades cuya preponderancia fue el número de municipios (3) y no las jornadas a realizar en cada uno de estos; además, la oferta de BACCA OCAMPO contemplaba un pago de \$69.500.000, oo por municipio y no por actividad¹⁸³.

También evidencia el conocimiento y voluntad del dolo la infracción a las cláusulas tercera, cuarta y quinta del acto jurídico sobre las obligaciones del contratista, valor del contrato y forma de pago, respectivamente, por cuanto el acusado autorizó la cancelación de la mitad del valor del contrato en un solo giro, contrariando lo estipulado pues este último debía pagarse en dos contados, es decir, 25% a los 45 días de ejecución y el restante a su terminación.

¹⁸² Cfr. Folio 83 de esta sentencia. Cálculo realizado con fundamento en las certificaciones de labores aportadas. Folios 47 a 50 del cuaderno anexo original de la Fiscalía N°, 1.

¹⁸³ CLÁUSULA TERCERA OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA: (1)...(2)...(3)...(4) La atención médica especializada objeto del presente contrato se realizará en cada uno de los municipios de La Primavera, Santa Rosalia y Cumaribo Vichada, en jornadas de diez (10) días con una disponibilidad de 24 horas, de acuerdo al cronograma que se acordará con la Secretaría de Salud de Vichada, dentro de los cuatro (4) meses de duración del presente contrato.

Estos hechos, eran de la comprensión del procesado dado que direccionó la etapa precontractual, suscribió el contrato y fue el encargado de la supervisión de su ejecución, labor en la que permitió la entrega del 50% del valor del contrato a BACCA CAMPO.

Es obvio que tenía conocimiento del verdadero valor del acto jurídico por cuanto como ordenador del gasto, director del trámite previo y supervisor de su ejecución, estuvo al frente de las incidencias ocurridas durante el desarrollo de dichas etapas por conocimiento directo, cuando dio aval a las fases de estudios previos, términos de referencia y evaluación de las ofertas, recomendando a la IPS Servicios Integrales; además, realizó un único informe de supervisión ¹⁸⁴, en el cual dio por satisfechas en su totalidad las obligaciones de la entidad prestadora de servicios, cuando ello no fue así.

Aunado a lo anterior la actitud asumida por CASTRO PARRA al autorizar de su propio puño el pago del 50% del valor del contrato en calidad de Secretario de Salud, y de no reportar el incumplimiento de las obligaciones del contratista (sobre el plazo), ratifican la conciencia de que con su proceder había permitido el apoderamiento de los dineros, inobservancias provocadas por su proceder ilícito.

De acuerdo con la prueba documental en el formato del comprobante de egreso N°. 1760 de 17 de diciembre de 2003,

¹⁸⁴ Cf. Folios 62 a 65 del cuaderno anexo original N°. I: «**CLAUSULA NOVENA: SUPERVISIÓN DEL CONTRATO.** El presente contrato estará sujeto a la supervisión del Secretario Departamental de Salud de Vichada, a quien haga sus veces; el cual deberá expedir el visto bueno del total del cumplimiento del mismo. La responsabilidad civil y penal de los Supervisores del Contrato estará conforme lo establecido en el artículo 53 de la Ley 80/93».

correspondiente al saldo final del valor del contrato, firmó por FERNANDO GÓMEZ AGUDELO, titular de la Gobernación sin estar expresamente delegado ese trámite¹⁸⁵.

Sobre las infracciones a los compromisos el contrato preveía:

CLAUSULA DECIMA: PENAL PECUNIARIA.- *En caso de incumplimiento total o parcial al presente compromiso contractual por alguna de las partes, se reconocerá como sanción la suma de cuarenta y un millones setecientos mil pesos (\$41'700.000), equivalente al 10% del valor del contrato que serán descontados del valor a pagar y sin perjuicio de las multas a que hubiere lugar.*

{...}

CLÁUSULA DÉCIMA SEGUNDA: MULTAS.- *En caso de incumplimiento total o parcial por parte del CONTRATISTA, la Secretaría Departamental de Salud de Vichada podrá imponer mediante resolución multas sucesivas del tres (3%) por ciento del valor contrato, sin que el valor total de la multa supere el 30% del valor del mismo, cuyos valores se descontarán directamente en la liquidación final del contrato si a ello hubiere lugar.*

CLÁUSULA DECIMA TERCERA: CADUCIDAD: *La Secretaría Departamental de Salud de Vichada podrá declarar la caducidad del presente contrato cuando se dé una de las causales previstas en el artículo 18 de la Ley 80¹⁸⁶.*

Conforme con este clausulado es inconcuso que el procesado debió informar la infracción de las obligaciones del contratista (por ejemplo, el plazo del acto jurídico y la no realización de una mayor labor de la propuesta en la oferta) con la finalidad no solo de sancionar a la IPS con multa, sino de iniciar el trámite de la declaración de caducidad mientras estuvo al frente de la Secretaría de Salud, encargado de la

¹⁸⁵ Cfr. Folio 18 del cuaderno anexo original de la Fiscalía N°. 1.

¹⁸⁶ Cfr. Folios 62 a 65 del cuaderno anexo original de la Fiscalía N°. 1.

supervisión del contrato debido a la evidente inobservancia del plazo contractual.

Obsérvese que el acusado fue requerido a través del memorando de 10 de diciembre de 2003 por el doctor RICARDO SILVA BURGOS, entonces Director del Departamento Jurídico, para que presentara el informe de supervisión, recordándole la observancia de las Resoluciones N°. 382 de 1999 y 476 de 2002 (sobre el correcto ejercicio de esa labor), amonestación contestada por el procesado el 15 del mismo mes y año, complementada el 24 siguiente, siete días después de autorizar el desembolso del 50% del valor del contrato, fecha última en la que adjuntó el soporte de las labores realizadas por el contratista¹⁸⁷.

Del contenido de estas comunicaciones se deduce que el incriminado a diciembre de 2003 no había presentado el primer informe de supervisión, sin embargo, elaboró un único informe y autorizó el desembolso del 50% del valor del contrato (sin fecha)¹⁸⁸, a pesar de que el contratista no había acreditado un mayor servicio del propuesto, ocasionando el giro de la suma de \$167.005.000, oo a la cuenta de ahorros de BACCA OCAMPO del banco BBVA¹⁸⁹.

Adicionalmente, las estipulaciones sobre el objeto y valor del contrato fueron vagas e imprecisas en relación con la cantidad de los servicios a contratar y la población favorecida, y de la cláusula novena se evidencia una acumulación de

¹⁸⁷ Cfr. Folios 38 a 40 del cuaderno anexo original de la Fiscalía N°. 1.

¹⁸⁸ Cfr. Folios 41 a 44 del cuaderno anexo original de la Fiscalía N°. 1.

¹⁸⁹ Cfr. Folio 30 del cuaderno anexo original de la Fiscalía N°. 1.

funciones en la misma persona toda vez que la supervisión del acto jurídico quedaba a cargo del acusado.

Queda demostrado, que el acusado diseñó un plan cuya finalidad era la apropiación del cráneo a favor del contratista, gestado desde el diseño del proyecto y consolidado en la celebración del contrato por el doble de su valor real.

Las circunstancias anteriores eran obviamente conocidas por él, se insiste, debido al control que tuvo de todo el proceso y a su función de supervisor, incumpliendo el debido ejercicio de las atribuciones de dirección y vigilancia, como quedó evidenciado en el examen del punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, dando por demostrado no solo que conocía perfectamente que como ordenador del gasto le asistía la facultad de disponer y dirigir el proceso contractual y, por ende, garantizar la correcta ejecución de los recursos públicos, sino también que en desarrollo de ellas controló, vigiló y ordenó las actividades de la Secretaría ejecutora durante las distintas etapas.

Es evidente, entonces, que el procesado a sabiendas de que el contratista no ofreció un mayor servicio del propuesto se abstuvo de realizar los informes respectivos para que la administración departamental lo sancionara con multa por la inobservancia de las obligaciones contractuales o declarara la caducidad del contrato.

De acuerdo con lo anterior, se configura el aspecto subjetivo del tipo penal de peculado por apropiación, imputándose a título de dolo toda vez que no obstante conocer

la ilicitud de sus actos permitió la apropiación de \$167.005.000, oo.

Para la Sala está verificado en grado de certeza la concurrencia del delito de peculado por apropiación que se atribuye al doctor AURELIO CASTRO PARRA, en calidad de autor dado que la administración de los recursos apropiados recaía en él como gobernador en encargo.

Así, entonces, la Sala lo condenará como autor (artículo 29 del Código Penal) del delito de peculado por apropiación, de conformidad con el inciso segundo del artículo 397 *ibidem*, ya que el valor de lo apropiado \$167.005.000, oo, supera el equivalente a 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes para la época de los hechos¹⁹⁰, teniendo en cuenta el comprobante de egreso N°. 00730 de 18 de diciembre de 2003, pagado al contratista.

Antijuridicidad

Para la configuración de este elemento no basta que se satisfaga desde el punto de vista netamente formal, esto es, exclusivamente referido a la contradicción entre la norma jurídica y la conducta del agente, sino que correlativamente es imperioso que ponga efectivamente en peligro o lesione sin justa causa el bien jurídico objeto de protección, es decir, debe suscitarse la antijuridicidad material de la cual se deriva el principio de lesividad¹⁹¹.

¹⁹⁰Para el año 2003 el salario mínimo era \$332000 oo, cifra que multiplicada por el número de salarios da \$66.400.000, oo.

¹⁹¹ Cf. CSJ SP 30 abril 2013, rad. 38103.

En el caso presente, las conductas endilgadas al procesado además de tipicas son antijuridicas en tanto el proceder de CASTRO PARRA de manera real y efectiva, sin existir una causal de justificación demostrada, lesionó el bien jurídico de la administración pública al vulnerar los principios de planeación, economía, transparencia, selección objetiva y responsabilidad y de legalidad que se imponen proteger en el trámite contractual y en la correcta inversión de los rubros públicos, la cual requiere una tutela estricta a través de la lealtad, la probidad y la fidelidad del funcionario administrador de tales recursos¹⁹².

Los principios rectores de la contratación estatal como los de planeación, economía, trasparencia, responsabilidad y selección objetiva son requisitos esenciales de los actos jurídicos de la administración pública, pues propenden por la participación democrática en condiciones de lealtad e igualdad, la moralidad y la transparencia de la función pública¹⁹³, los que evidentemente fueron desconocidos por el acusado.

También se lesionaron los principios de la función pública, la cual debe estar al servicio de los intereses generales, desarrollada a través de la igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.

En consecuencia, el comportamiento de AURELIO CASTRO PARRA es opuesto a los intereses de la sociedad en cuanto mancilló materialmente normas rectoras de la contratación pública, traducidos en reglas y exigencias de

¹⁹² Cfr CSJ SP, 16 feb. 2005, rad. 20494.

¹⁹³ Cfr. CSJ, SP 5 oct. 2006, rad. 25149, y, CSJ, SP 6 mayo 2009, rad. 25495.

carácter legal de inexorable cumplimiento de cara al cumplimiento de la función pública.

Además, con su actuar menoscabó la confianza general de la sociedad en la vigencia de las normas, las cuales fueron burladas sobreponiendo el interés particular al general, al favorecer la apropiación de particulares de dineros públicos destinados a suplir necesidades de salud de población vulnerable.

La prueba documental recopilada referida a la etapa precontractual del contrato N°. 032 de 2003 y el testimonio de JUAN EDUARDO DURÁN DURÁN y así como del entonces Director del Departamento Jurídico RICARDO SILVA BURGOS, indican que en el presente evento hubo corrupción pública en la escogencia del contratista, favoreciendo a la IPS Medicina Integral, representada por JOSÉ MARÍA OCAMPO BACCA.

Y, en relación con el peculado por apropiación, CASTRO PARRA suscribió el contrato por el doble de la oferta presentada permitiendo que el contratista se apropiara del 50% del valor del contrato, sin que hubiera cumplido una mayor actividad de la propuesta, destrozando la estructura jurídica creada por las normas constitucionales y legales sobre el manejo de los bienes del Estado que lo compelía a ceñir su comportamiento oficial a ella, máxime cuando los rubros eran destinados a suplir las necesidades en salud de grupos étnicos, provocando en la sociedad sentimiento de desconfianza y sensación de deslealtad, improbidad y ausencia de transparencia en el servicio público y en la función de administrar el erario¹⁹⁴.

¹⁹⁴ Cf. CSJ SP, 8 jul 2001, rad. 19582

CASTRO PARRA lesionó de manera real y efectiva la lealtad, fidelidad y probidad debidos para con la función pública que como primera autoridad del Departamento de Vichada desempeñaba para la fecha de los hechos⁹⁵.

6. Culpabilidad

AURELIO CASTRO PARRA, además de conocer la ilicitud de las conductas punibles que realizaba sabía que se comportaba antijuridicamente sin concurrir en su favor causal atendible que lo exima de responsabilidad.

Al suscribir el contrato 032 de 2003 y ordenar el pago del saldo final tenía pleno uso de facultades mentales, y caprichosamente desacató las reglas de la contratación estatal de la Ley 80 de 1993 y las normas sobre el manejo de recursos públicos, pudiendo actuar con apego a la legalidad, de acuerdo con los fines de la función pública.

CASTRO PARRA ostentaba la profesión de abogado con experiencia en temas de administración pública y contratación, en razón al ejercicio del servicio público en la administración departamental, pues en el año 2003 fungió como Secretario General, de Salud y en varias ocasiones fue encargado de la Gobernación, dado su conocimiento jurídico, específicamente en legislación de salud pública al momento de los hechos, por lo cual estaba en capacidad de comprender la ilicitud, la importancia del proceso contractual y de la protección de los dineros oficiales.

⁹⁵ Cf. CSJ SP, 16 febrero 2005, rad. 20194.

Pudo abstenerse de firmar y exigir el cumplimiento de la normatividad citada para, de un lado, someter la fase precontractual al trámite legal y, de otro, velar por la correcta inversión de dineros públicos, sin embargo, dio aval a la etapa precontractual con la celebración del contrato; y lo celebró por el doble del valor de la propuesta permitiendo el pago del 50% del valor del contrato.

Acreditados los requisitos contenidos en el artículo 232 de la Ley 600 de 2000 la Sala declarará a AURELIO CASTRO PARRA responsable penalmente como autor del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales en concurso heterogéneo con el delito de peculado por apropiación, conforme lo prevén los artículos 29, 31, 410 y 397-2 del C.P., respectivamente.

Respuesta a otros argumentos de la defensa

Respecto al presunto extravío de documentos relevantes de la carpeta del contrato, en el expediente reposa la totalidad del legajo, sin que se advierta pérdida de pieza alguna.

La trazabilidad de la documentación enseña que con anterioridad a la inspección judicial realizada por HUMBERTO CORNELIO SEGURA BARRAGÁN, investigador adscrito al desaparecido Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), en cumplimiento de misión de trabajo de la Fiscalía Sexta Delegada de la Unidad Anticorrupción, la Contraloría General de la República -Gerencia Departamental de Vichada- realizó estudios sobre el acto jurídico citado, el cual fue

prestado el 30 de marzo de 2004⁹⁶, devolviéndolo a la Oficina Jurídica el 12 de abril siguiente, fecha anterior a la diligencia practicada por SEGURA BARRAGÁN (20 de abril)⁹⁷, quien halló un legajo de 161 folios.

El investigador líder de la Contraloría manifestó, en declaración del 11 de septiembre de 2006, que en el informe de hallazgo fiscal se incluyeron los documentos encontrados en la pesquisa de 15 de enero a 16 de abril de 2004, mismos que fueron remitidos a la Fiscalía General de la Nación, ocasión en la que recordó que la administración departamental pagó el doble de la propuesta con motivo de ese acto jurídico⁹⁸.

Según diligencia de 6 de diciembre de 2004 realizada por el investigador del C.T.I. LEONIDAS IBÁÑEZ LÓPEZ a la Oficina Jurídica del Departamento de Vichada, el doctor LUIS SAMUEL RODRIGUEZ DOMÍNGUEZ, Jefe de esa dependencia, puso a disposición la "carpeta contractual N°. 032 contenida en 161 folios", de la cual obtuvo copia integral, conformándose el anexo N°. 1 de la Fiscalía⁹⁹.

Tal hallazgo coincide con lo informado por SEGURA BARRAGÁN, en oficio SIFDAS 3698 DAS.DGO.PPLCC, de 2 de abril de 2007, quien indicó que el contrato físicamente se encontraba en la Oficina Jurídica y para esa data contenía 172 folios.

⁹⁶ Cfr. Folio 37 del cuaderno anexo original de la Fiscalía N°. 1.

⁹⁷ Cfr. Folios 17 a 27 del cuaderno anexo original de la Fiscalía N°. 1.

⁹⁸ Cfr. Folios 217 a 218 del cuaderno original de la Fiscalía N°. 1.

⁹⁹ Cfr. Folios 1 a 200 del cuaderno anexo original de la Fiscalía N°. 1.

Si bien, a raíz de las solicitudes de copias de piezas procesales de diferentes órganos de control e investigación, se puso a disposición la carpeta, ello no significa el extravío o su "reproducción", pues el mayor número de folios, de 2004 a 2007, se debe a la realización de inspecciones judiciales, de las cuales se ha dejado constancia dentro del dossier, sin que a la fecha la Oficina Jurídica en más de 17 años haya reportado extravío alguno.

Obsérvese que la Contraloría, la Procuraduría y la Fiscalía General de la Nación, hallaron los mismos documentos y en sus análisis advirtieron incumplimiento de la Ley 80 de 1993 en el trámite precontractual del acto jurídico N°. 32 de 2003 y su suscripción por el doble de la oferta, folios que corresponden a los contenidos con el cd aportado por el doctor ALEXANDER ZAMORA FLÓREZ, Secretario de Salud encargado del Departamento de Vichada²⁰⁰, los que se ajustan con la documentación enviada por el Jefe de la Oficina Jurídica de la Gobernación, según comunicación 110 de 2017²⁰¹.

No es cierto, como lo pregunta la defensa, que la Procuraduría General de la Nación haya encontrado menos legajos puesto que al evidenciar el acta de inspección judicial realizada el 24 de abril de 2006, se puso a disposición una carpeta con 161 folios, cuya relación es la misma que integra el anexo N°. 1 de esta actuación²⁰².

Tampoco corresponde a la realidad que el Ministerio Público en "oficio N°. 147 de 30 de mayo de 2006", diera cuenta

²⁰⁰ Cfr. Folio 295 del cuaderno original de la Fiscalía N°. 3.

²⁰¹ Cfr. Folio 296 del cuaderno original de la Fiscalía N°. 3.

²⁰² Cfr. Folios 105 a 110 del cuaderno anexo original de la Fiscalía N°. 5.

de la pérdida de la documentación puesto que este memorial hace referencia a una solicitud de pruebas de la entonces representante de la sociedad en estas diligencias, cuya finalidad era la de escuchar en declaración a SEGURA BARRAGÁN para que informara del trámite cumplido como investigador, petición originada en la respuesta de la Fiscalía Sexta de la Unidad Anticorrupción, despacho en el cual no cursaba investigación sobre el contrato 032 de 2003²⁰³.

En cuanto a que la carpeta la extrajo la Fiscalía Seccional de Puerto Carreño en una diligencia de allanamiento, ello es una especulación toda vez que en las actas levantadas el 6 y 23 de octubre de 2003 no aparece que ese archivo haya sido trasladado al expediente allí seguido²⁰⁴.

Respecto a la vulneración de las normas de cadena de custodia por parte del investigador SEGURA BARRAGÁN, se advierte que, de conformidad con el canon 288 de la Ley 600 de 2000, son responsables de ella todos los servidores públicos que dentro de sus funciones tengan contacto con elementos físicos de utilidad en la investigación, de suerte que el Jefe de la Oficina Jurídica del Departamento de Vichada actuó en calidad de tal sin que se advierta la pérdida de algún elemento, garantizando el principio de mismidad pues de acuerdo con lo analizado, las piezas del contrato y sus anexos son idénticas a las copias recopiladas por los diversos investigadores.

²⁰³ Cfr. Folio 199 del cuaderno original de la Fiscalía N°. 1.

²⁰⁴ Cfr. Folios 87 a 105 del cuaderno anexo original de la Fiscalía N°. 6.

Y, si bien esa dependencia prestó a SEGURA BARRAGÁN la carpeta, esta fue retornada a la oficina de origen en las mismas condiciones en que se entregaron.

Es cierto, como lo aduce la defensa, que la cadena de custodia tiene como finalidad demostrar la autenticidad de la prueba o lo que es igual, evitar cualquier clase de alteración, daño, sustitución o contaminación de los mismos, sin embargo, las probables irregularidades en esta no afectan la legalidad, sino que conducen a restar eficacia persuasiva de los medios de convicción, por lo que la valoración acerca de la incidencia y consecuencias de los eventuales defectos que ostente debe hacerla el juzgador al momento de resolver la controversia en forma definitiva²⁰⁵.

En conclusión, para la Sala la presunta pérdida de piezas de la carpeta del contrato es una afirmación sin comprobación, esgrimida como estratagema frente a irregularidades acreditadas.

De otro lado, al señalarse que CASTRO PARRA direccionó la etapa precontractual, suscribió el contrato 032 de 2003 con conocimiento de las irregularidades y, además, fungió el rol de supervisor del contrato en modo alguno está construyendo una inhabilidad o incompatibilidad, cuyas normas que las contempla deben ser excepcionales y de interpretación restrictiva²⁰⁶, como lo aduce la defensa, sino que por la

²⁰⁵ Cfr. CSJ 30 nov. 2011, rad. 37298, criterio que cita el defensor al evocar las decisiones contenidas en CSJ SP, 23 may 2006, rad. 25260; CSJ SP, 27 feb. 2013, rad. 10643; y, CSJ, 3 jul. 2013, rad. 38128.

²⁰⁶ Cfr. CC C 903 2008

circunstancia de haber concurrido en todas las fases de la contratación era imposible que no conociera de las ilicitudes.

En cuanto a la crítica dirigida por la falta de constatación de la totalidad de las historias clínicas allegadas a la actuación, lo cual demostraría el cumplimiento del contrato, se advierte que, de acuerdo con la cláusula cuarta del acuerdo de voluntades, la propuesta integraba el acuerdo jurídico y en esta se dispuso en las páginas 9 y 10 que el valor de \$69.500.000,00 lo era por las actividades en los tres municipios, para un total de \$208.500.000,00, mitad del valor del contrato²⁰⁷.

De ahí que los documentos aludidos son el soporte de las jornadas a las que se comprometió, certificadas por los gerentes de los hospitales locales de La Primavera, Cumaribo y Santa Rosalia, lo que no constituye un mayor servicio prestado para justificar el incremento del valor del contrato. Por ello, la muestra aleatoria realizada el 15 de diciembre de 2017 por la Fiscalía Delegada constató solo la actividad realizada en 58 días de labores²⁰⁸ y no en cuatro meses, como claramente quedó consignado en el acuerdo de voluntades.

Del mismo modo, las declaraciones de CLAUDIA MARÍA RIVERA CORREA²⁰⁹ y JAIME WEIMAR PARRA ACEVEDO²¹⁰, profesionales en medicina integrantes del grupo de trabajo del contratista, tampoco justifican la suscripción del contrato por un mayor valor de la oferta presentada por el contratista.

207 Cfr. Folios 103 a 125 del cuaderno anexo original de la Fiscalía N°. 8.

208 Cfr. Folios 6 a 60 del cuaderno anexo copia de la Fiscalía N°. 8.

209 Cfr. Folios 271 a 278 del cuaderno original de la Fiscalía N°. 2.

210 Cfr. Folios 279 a 282 del cuaderno original de la Fiscalía N°. 2.

7. Dosificación punitiva

Siendo las conductas ejecutadas por el acusado típicas, antijurídicas y culpables se prevé como consecuencia una sanción punitiva, la que se establecerá conforme a los criterios de dosificación establecidos por el legislador.

Corresponde individualizar la pena a imponer de conformidad con los baremos previstos en los artículos 60 y 61 del C.P., teniendo en cuenta que son dos las conductas delictivas, razón por lo cual se aplicarán los parámetros establecidos por la Sala de Casación Penal en casos de concurso; figura prevista en el artículo 31 del CP:

La confrontación de la pena individual para cada ilicitud permite determinar cuál es el más grave, esta confrontación no procede hacerse con fundamento en la prevista por el legislador.

La sanción más grave así establecida será la base para aumentarla hasta en otro tanto, considerándose como factores de ese incremento el número de ilícitos concurrentes, su naturaleza, la gravedad, modalidad de la conducta, intensidad del elemento subjetivo, entre otros²¹¹.

7.1. Pena de prisión

Cumpliendo la regla anterior, la Sala entra a dosificar la pena para cada uno de los delitos, advirtiendo que en este evento no se aplica el incremento de la ley 890 de 2004 en atención a que los hechos acaecieron el 18 de septiembre de 2003, antes de su entrada en vigor.

De acuerdo con lo normado por el artículo 31 del Código Penal, para dosificar la sanción en los casos de concurso de conductas punibles, el funcionario judicial deberá partir de la

²¹¹ Cfr. CSJ SP-338-2019, rad. 47675.

sancionada con pena más grave. Por ello, se calculará la imponible para cada una según las circunstancias específicas, aumentada hasta en otro tanto, sin que pueda superar la suma aritmética de las que corresponda a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas en cada caso. Seguidamente, se tendrán en cuenta los criterios señalados en los artículos 60 y 61 del Código Penal.

En cuanto al delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales (artículo 410 CP) tiene como sanción entre 48 y de 144 meses de prisión. El ámbito de movilidad es de 96 meses²¹². Los cuartos son: el primero oscila entre 48 y 72 meses; los dos cuartos medios de 72 meses más un día a 96 meses y de 96 meses más un día a 120 meses; y el cuarto máximo entre 120 meses un día y 144 meses. La inhabilitación es de 60 a 144 meses; el ámbito de movilidad es de 84 meses²¹³; los cuartos: de 60 a 81 meses; de 81 meses más un día a 102 meses; de 102 meses más un día a 123 meses; y, de 123 meses más un día a 144 meses. La multa es 50 a 200 s.m.m.l.v., siendo el ámbito de movilidad 150²¹⁴, en consecuencia, el primer cuarto va de 50 a 87.50; los medios de 87.50 a 125 y de 125 a 162.50; y el máximo de 162.50 a 200.

El ilícito de peculado por apropiación (canon 397 CP) prevé una pena de prisión de seis (6) a quince (15) años, multa equivalente al valor de lo apropiado sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

²¹² Cada cuarto es de 24 meses (96 dividido en 4).

²¹³ Cada cuarto es de 21 meses (84 dividido en 4).

²¹⁴ Cada cuarto es 37.5 s.m.m.l.v. (150 dividido en 4).

Como en este evento el valor de lo apropiado supera los 200 s.m.l.m.v., se aplica el inciso segundo²¹⁵:

Si lo apropiado supera un valor de doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, dicha pena se aumentará hasta en la mitad. La pena de multa no superará los cincuenta mil salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Por ello, aplicando la segunda regla del artículo 60 del Código Penal –Ley 599 de 2000–, –*si la pena se aumenta hasta en un proporción, ésta se aplicará al máximo de la infracción básica*–, aquellas quedan de la siguiente manera: prisión de seis (6) a veintidós punto cinco (22.5) años –*setenta y dos (72) a doscientos setenta (270) meses*– e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término. El ámbito de movilidad es 198 meses²¹⁶, tanto para la pena de prisión como de inhabilitación. Los cuartos de movilidad son, en uno y otro caso: 72 a 121.5 meses; 121.5 más un dia a 171 meses; 171 más un dia a 220.5 meses, y, 220.5 más un dia a 270 meses.

Como no se imputaron circunstancias de mayor punibilidad sino solo concurre una de menor punibilidad del numeral 1º del artículo 55 *ibidem* (ausencia de antecedentes penales, de acuerdo con certificado allegado de la Fiscalía General de la Nación y Policía Nacional²¹⁷), la Sala se moverá en el cuarto mínimo.

²¹⁵ El salario mínimo legal vigente era de \$332 000, oo. Los 200 s.m.l.m.v. equivalen a \$66.400.000,oo.

²¹⁶ Cada cuarto es de 49.5 meses (198 meses dividido en 4).

²¹⁷ Cfr. Folios 137 a 138 del cuaderno original N°. 1 de la Corte.

Pues bien, como el cuarto mínimo para cada delito es: (i) 48 a 72 meses (contrato sin cumplimiento de requisitos legales); y, 72 a 121.5 meses (peculado), no se partirá del mínimo, sino que a cada extremo inferior se agregarán 3 meses, lo que da, respectivamente, 51 y 75 meses teniendo en cuenta los criterios previstos en el inciso 3º del artículo 61 del Código Penal, de cara a las particularidades que rodearon la ejecución de la conducta²¹⁸. Así entonces, es evidente que la pena más grave corresponde a la del peculado por apropiación, esto es, 75 meses de prisión.

De acuerdo con la jurisprudencia vigente de la Sala de Casación Penal, no es necesario analizar de manera pormenorizada todos y cada uno de sus factores, ya que el juez de acuerdo con las peculiaridades de cada caso puede destacar la importancia de uno por encima de otro²¹⁹.

En este caso es incuestionable la gravedad del daño, pues recuérdese que el acusado actuó como ordenador del gasto suscribiendo un contrato por el doble del valor de la oferta, favoreciendo al contratista, permitiendo la apropiación de un mayor valor de la propuesta y a sabiendas de ello autorizó su desembolso. Fue CASTRO PARRA quien suscribió el informe de supervisión dando por cumplidas las obligaciones de la IPS Servicios Integrales cuando ello no fue así, permitiendo la apropiación de dineros públicos destinados a servicios de salud de comunidades vulnerables.

²¹⁸ Cfr. CSJ SP 2239 de 201, rad. Nu. 45099; y, CSJ SP 30 ab. 2014, rad. 41350, entre otras.

²¹⁹ CSJ SP 2239 de 201, rad. Nu. 45099, y, CSJ SP 30 ab. 2014, rad. 41350.

El dolo es de gran entidad, en la medida en que hubo firmeza de la conciencia y voluntad de la conducta, pues el acusado permitió que un particular obtuviera una ventaja patrimonial ideando un plan criminal cuyo fin era el saqueo del erario de rubros destinados a la satisfacción de población vulnerable. Además, al autorizar el comprobante de egreso contribuyó al detrimento del erario, objetivo último de su actuar ilícito.

Ahora, en relación con la conducta restante, esto es contrato sin cumplimiento de requisitos legales se tiene lo siguiente: *(i)* es indiscutible la gravedad del daño causado al bien jurídico (administración pública), en tanto al suscribir el contrato sin verificar los requisitos legales esenciales favoreció intereses particulares, constituyendo un acto de corrupción, razón por la cual el dolo en su actuar fue de gran entidad, pues siendo gobernador en encargo, y dada su experiencia en otros cargos públicos, sabía cómo debía proceder, lo que amerita mayor reproche dado que la sociedad esperaba un comportamiento de respeto a la normatividad, máxime cuando se simuló un proceso contractual que supuestamente favorecía a comunidades vulnerables; por el contrario, CASTRO PARRA jugó un rol protagónico en cada fase del recorrido criminal, convirtiéndose en el eslabón fundamental en la ilicitud; *(ii)* según lo demostrado, fue quien direccionó la etapa precontractual con la finalidad de favorecer a la IPS seleccionada, simulando un trámite en el que hubo solo una propuesta, pues las dos restantes eran falsas; *(iii)* recomendó la empresa seleccionada para posteriormente celebrar el contrato; *(iv)* y, fungió como supervisor, actuando sin ningún

rigor, acumulación de funciones que hacen parte de un plan criminal cuyo fin era la apropiación de dineros públicos.

Por las razones anteriores, no se partirá del mínimo.

Atendiendo el concurso de conductas punibles previsto en el artículo 31 del Código Penal, este monto se incrementará en 3 meses por la conducta restante, para un total de 78 meses de prisión.

7.2. **Pena de multa**

De acuerdo con lo preceptuado en el numeral 4º del artículo 39 del Código Penal, «*En caso de concurso de conductas punibles [...] las multas correspondientes a cada una de las infracciones se sumarán, pero el total no podrá exceder del máximo fijado en este artículo para cada clase de multa*», es decir, que para este caso no puede ser superior a 50.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Se procederá a calcularla en el monto de lo apropiado, esto es, \$167.005.000,00 cifra que no supera los 50.000 s.m.l.m.v²²⁰.

En relación con la pena de multa de contrato sin cumplimiento de requisitos legales esta oscila entre 50 a 200 s.m.l.m.v., siendo el ámbito de movilidad 150²²¹, en consecuencia, el primer cuarto va de 50 a 87.50; los medios de 87.50 a 125 y de 125 a 162.50; y el máximo de 162.50 a 200.

²²⁰La pena de multa es fija y corresponde al valor de lo apropiado. Cfr. CSJ SP 13 octubre 2004, rad. 22778.

²²¹ Cada cuarto es de 37.5 a.m.m.l.v. (150 dividido en 4).

Con igual raciocinio y proporción que se dedujo para la pena de prisión (del ámbito de movilidad de 24 meses se tomaron 3 meses, o sea 1/8 parte, que equivale al 12.5%, es decir 4.68 s.m.l.m.v.)²²², lo que arroja un total de 54.68 s.m.l.m.v., para el contrato sin cumplimiento de requisitos legales. Esta suma equivale a \$18.153.760,00²²³.

Sumados los montos correspondientes a los dos delitos la pena de multa es de \$185.158.760,00.

La cifra anterior corresponde a los criterios previstos en el artículo 39-4 *ibidem*, por la gravedad de la ilicitud al ocasionar desconfianza en la sociedad respecto al desempeño de la administración departamental, además, la intensidad del dolo es alta ya que el acusado valiéndose de las facultades legales permitió que un particular obtuviera beneficio ilegal al suscribir el contrato por el doble de su valor real.

Es preciso indicar que la pena de multa se deberá consignar a nombre del Consejo Superior de la Judicatura, según lo previsto en el artículo 42 de la Ley 599 de 2000.

7.3. Pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, como principal.

Los dos delitos señalan pena de inhabilitación de ejercicio de derechos y funciones públicas, de la siguiente manera, atendiendo los cuartos: (i) peculado: va de 72 a 270 meses (el

²²² Regla de tres: 37.5 X 12.5% / 100.

²²³ El salario mínimo legal vigente para 2003 era \$332.000,00 (332.000,00 X 54.68).

ámbito de movilidad es 198 meses²²⁴) de 72 a 121.5 meses; 121.5 más un día a 171 meses; 171 más un día a 220.5 meses; y, 220.5 más un día a 270 meses, y, *(ii)* contrato sin cumplimiento de requisitos legales: oscila entre los 60 a 144 meses (el ámbito de movilidad es 84 meses²²⁵) y los cuartos son: 60 a 81 meses; 81 meses más un día a 102 meses; 102 meses más un día a 123 meses; y, un cuarto final de 123 más un día a 144 meses.

Es de observar que, en este caso, se tomará la pena de inhabilitación de derechos y funciones públicas del delito base (peculado), la cual es idéntica por disposición legal que la de prisión, razón por la cual la inhabilitación corresponde a los mismos 75 meses.

En cuanto al contrato sin cumplimiento de requisitos legales sobre el mínimo de 51 meses de prisión corresponden a 12.5% de incremento, proporción que frente a los 21 meses como pena mínima de inhabilitación equivalen a 2,625 meses, operación que lleva la pena de inhabilitación a 62,625 meses²²⁶.

Ahora bien, debemos tomar la misma proporción que se aplicó a los 51 meses de prisión para llevarlos a 3 meses que por virtud del concurso fue la pena que se tasó para el contrato sin cumplimiento de requisitos legales, lo que equivale a 5.88%²²⁷.

²²⁴ Cada cuarto es de 49.5 meses

²²⁵ Cada cuarto es de 21 meses.

²²⁶ Regla de tres: 21 X 12.5 / 100.

²²⁷ Regla de tres: 3 X 100 / 51.

Así las cosas, los 62,62 meses de inhabilitación se reducen a la misma proporción que se disminuyó la pena de prisión por el concurso heterogéneo (5.88%), lo que arroja como resultado 3.68 meses de inhabilidad.

La suma total de la inhabilidad de derechos y funciones públicas corresponde a 78,68 meses por el concurso de conductas punibles (a los 75 meses de inhabilitación del peculado se suma los 3.68 meses de inhabilitación del contrato).

7.4. Sobre la inhabilidad intemporal

Adicional a las penas establecidas, le será impuesta de manera intemporal la sanción establecida en el inciso final del original artículo 122 del ordenamiento superior, preceptiva que en lo pertinente dispone:

"Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados en cualquier tiempo, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado"²²⁸.

Frente a la inhabilidad de funciones públicas a perpetuidad, esta Corporación ha manifestado lo siguiente:

"La sanción anterior resulta aplicable por cuanto, a partir de la vigencia de la Carta Política de 1991, los servidores públicos condenados por delitos contra el patrimonio del Estado, de manera adicional quedan inhabilitados, por disposición expresa del precepto constitucional, para ejercer cargos públicos y posteriormente, en virtud del acto administrativo N°. 1 de 2004 para las restantes actividades mencionadas"²²⁹.

²²⁸ Texto original modificado por los actos legislativos N°. 1 de 2004 y 2009.

²²⁹ Cfr. CSJ SP1822-2017, RAD. 48679. Criterio reiterado en CSJ SP1176-2019, rad 53765.

Lo anterior, se acopla al caso de AURELIO CASTRO PARRA, a quien se le condena por el delito de peculado por apropiación.

7.5. De los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad

Tratándose de delitos cometidos contra la administración pública, el artículo 68A del Estatuto Punitivo prohíbe la concesión de beneficios y subrogados penales.

Sin embargo, tal preceptiva fue incluida en el ordenamiento penal por las Leyes 1453 y 1474 de 2011; 1709 de 2014; y, 1773 de 2016, vigentes con posterioridad a la fecha de los hechos, razón suficiente para no aplicar la citada prohibición; por lo tanto, es imperativo el estudio de los subrogados penales, de cara al cumplimiento de los requisitos establecidos por el legislador para la fecha de comisión de los hechos, tal como lo viene aplicando esta Corporación en casos similares en relación de delitos contra la administración pública antes de la vigencia de las citadas normas²³⁰.

7.6. Suspensión condicional de la ejecución de la pena

Si bien el artículo 63 del Código Penal, modificado por el artículo 29 de la Ley 1709 de 2014, impone como requisito objetivo para la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena «*Que la pena impuesta sea de prisión que no*

²³⁰ Cfr. CSJ SP1785-2019, rad. 55124.

exceda de cuatro (4) años», lo cual resulta más favorable que el límite impuesto en el texto original previsto en la Ley 599 de 2000, de 3 años, lo cierto es que no puede darse aplicación al nuevo canon, en atención a que sería imperativo la aplicación de la prohibición contenida en el artículo 68 A del estatuto punitivo, lo que a todas luces es contrario a los intereses del acusado, pues una interpretación diferente implicaría integrar dos normas bajo una figura de *lex tertia*, la que se encuentra proscrita, en tanto cercena el principio de legalidad²³¹.

En ese sentido, acorde con lo establecido del original numeral primero del artículo 63 de la Ley 599 de 2000, atendiendo el quantum de la pena privativa de la libertad impuesta al acusado (78 meses), es claro que no se cumple el requisito objetivo establecido; por lo tanto, es innecesario seguir en el estudio del aspecto subjetivo contenido en el numeral 2º de la norma citada; en consecuencia, AURELIO CASTRO PARRA, no se hace merecedor a la concesión de este.

7.7. De la prisión domiciliaria

Según la fecha de los hechos la norma a aplicar es el original artículo 38 de la Ley 599 de 2000:

«La ejecución de la pena privativa de la libertad se cumplirá en el lugar de residencia o morada del sentenciado, o en su defecto en el que el Juez determine, excepto en los casos en que el sentenciado pertenezca al grupo familiar de la víctima, siempre que concurran los siguientes presupuestos:

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

²³¹ Cfr. CSJ AP4142-2016; CSJ SP4498-2016; CSJ AP1771-2016; y, CSJ SP1500-2020, rad. 54332, entre otras.

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

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

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

2) Observar buena conducta.

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

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

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

El control sobre esta medida sustitutiva será ejercido por el Juez o Tribunal que conozca del asunto o vigile la ejecución de la sentencia, con apoyo en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, organismo que adoptará, entre otros, un sistema de visitas periódicas a la residencia del penado para verificar el cumplimiento de la pena, de lo cual informará al despacho judicial respectivo.

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

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

Este instituto ha sido modificado por las Leyes 1142 de 2007; 1453 de 2011 y, 1709 de 2014, normas que previeron la exclusión de subrogados a diferencia del original artículo 38. Aun cuando la actual legislación prevé un requisito objetivo

más favorable para los intereses de los procesados (8 años), lo cierto es que su aplicación aparejaría la prohibición prevista en el artículo 68 A; por tanto, tal como se indicó en el acápite anterior no es dable tomar partes de varias normas, razón por la que la concesión de este subrogado se analizará de cara a lo previsto en el original artículo 38 de la Ley 599 de 2000.

Pues bien, en cuanto al elemento objetivo, esto es, que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de cinco (5) años de prisión o menos, en este caso no ocurre porque uno de los punibles por los cuales será condenado el aforado, tiene prevista en la ley como mínimo pena de prisión superior a ese monto, vale decir, el de peculado por apropiación (6 años).

Así las cosas, ante el incumplimiento del requisito objetivo previsto por el legislador para la concesión de la prisión domiciliaria se negará a AURELIO CASTRO PARRA; en consecuencia, purgará la pena privativa de la libertad intramuros; para el efecto, se solicitará su captura a través de los organismos de seguridad del Estado, la cual se hará efectiva cuando la sentencia se encuentre en firme, de acuerdo con el canon 188 de la Ley 600 de 2000²³²:

ARTICULO 188. CUMPLIMIENTO INMEDIATO. *Las providencias relativas a la libertad y detención, y las que ordenan medidas preventivas, se cumplirán de inmediato.*

Si se niega la suspensión condicional de la ejecución de la pena, la captura sólo podrá ordenarse cuando se encuentre en firme la sentencia, salvo que durante la actuación procesal se hubiere proferido medida de aseguramiento de detención preventiva.

²³² Cfr. Criterio adoptado en CSJ SP0809-2016, rad. 40605.

Criterio decantado por esta Corporación en CSJ SP, 20 enero de 2008, rad. 28918:

10. La ejecución de la sentencia²³³:

Ante las omisiones reiteradas de los jueces en materia de ejecución de la sentencia, recuerda la Sala que en la sistemática procesal anterior (Ley 600 de 2000, artículo 188) la pena privativa de la libertad se ejecutaba desde el momento en que se profería la sentencia, pero cuando se trataba de una persona a quien se le negaba el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y ésta se encontraba gozando de una libertad provisional, era necesario esperar la ejecutoria del fallo para ordenar su captura²³⁴.

Tesis reiterada en CSJ AP3329-2020, rad. 56180 y CSJ SP2038-2019, rad. 53651, entre otras, al determinar que el canon 188 de la Ley 600 de 2000, señala que, si al procesado no le fue impuesta medida de aseguramiento, su aprehensión solo se ordenará hasta cuando quede en firme la sentencia²³⁵.

En el presente evento, al doctor AURELIO CASTRO PARRA en providencia de 8 de noviembre de 2016²³⁶ se le definió la situación jurídica, ocasión en que la Fiscalía se abstuvo de imponer medida de aseguramiento de detención preventiva como presunto autor de los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación al no cumplirse ninguna de las finalidades previstas en la Carta Política, en los principios rectores de la Ley 600 de 2000 ni en los que en virtud del principio de favorabilidad prevé la Ley 906 de 2004, razón suficiente para aplicar el precepto citado.

²³³ Se citó: "Se reitera el criterio desarrollado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 15 de septiembre de 2004, radicación 19948".

²³⁴ Por ejemplo, véase Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 20 de mayo de 2003, radicación 18684.

²³⁵ Cfr. CSJ SP2544 2020, rad. 56691. En caso contrario, si se niega la suspensión de la ejecución de la pena y en el curso del proceso se dicta contra el procesado medida de aseguramiento de detención preventiva sin beneficio de excarcelación, procede la captura inmediata, situación que no sucede en el presente evento.

²³⁶ Cfr. Folios 1 a 53 del cuaderno original de la Fiscalía N°. 3

En todo caso, se tendrá en cuenta que deberá asignarse un centro de reclusión administrado por el INPEC, el cual no será ordinario en atención a la previsión contenida en el artículo 29 de la Ley 65 de 1993.

8. Indemnización de perjuicios.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 137 de la Ley 600 de 2000, el Departamento del Vichada se constituyó en parte civil en atención a que los delitos investigados atentan contra el bien jurídico de la administración pública, y el representante legal de la entidad pública perjudicada, el departamento de Vichada, era el procesado, en encargo²³⁷, demanda admitida el 28 de enero de 2019²³⁸.

De acuerdo con lo estipulado por el artículo 56 de la Ley 600 de 2000, en todo proceso en que se haya acreditado la existencia de perjuicios con fuente en la conducta punible el juez procederá a liquidarlos con arreglo a lo demostrado en el proceso y en el fallo condenará al responsable a indemnizar los daños causados con el injusto penal. Adicionalmente, se pronunciará sobre las expensas, las costas judiciales y las agencias en dotecho, si a ello hubiere lugar²³⁹.

Sistematicamente, el artículo 94 del Código Penal dispone que la conducta punible genera la obligación de reparar los daños materiales y morales causados con ocasión de ella a la

²³⁷ Cfr. Folios 16 a 19 del cuaderno original de parte civil.

²³⁸ Cfr. Folios 21 a 25 del cuaderno original de parte civil.

²³⁹ Cfr. CSJ SP18532-2017, rad. 43263.

victima o a los ofendidos, como el deber de restituir las cosas al estado en que se encontraban en el momento anterior a la comisión del delito, cuando ello fuere posible²⁴⁰.

Los daños materiales están integrados por el daño emergente y el lucro cesante.

El primero se refiere a las erogaciones económicas efectuadas por el perjudicado para atender las consecuencias del delito. Dicho en otras palabras, el perjuicio sufrido en la estructura actual del patrimonio lesionado, el cual no puede fundarse sino en el acervo probatorio allegado al proceso.

La Sala de Casación ha concebido, el daño emergente, como el perjuicio sufrido en el patrimonio económico de la víctima, derivado de ponderar el valor de los bienes perdidos o su deterioro respectivo, y las expensas asumidas para superar las consecuencias del suceso lesivo²⁴¹.

El segundo (lucro cesante) consiste en las ganancias o lo que deja de percibir el perjudicado a causa de la comisión del delito²⁴².

En cuanto a los perjuicios morales se han reconocido dos modalidades, los subjetivos y los objetivados. Los primeros lesionan el fuero interno de las víctimas y se traducen en la tristeza, el dolor, la congoja o la aflicción que sienten las personas, y por lo mismo, no son cuantificables económicamente (artículo 56 del Código Penal), y los segundos,

²⁴⁰ Cfr. *Ibidem*

²⁴¹ Cfr. CSJ SP 17 abril de 2013, rad. 40559; reiterado en CSJ SP18532-2017, rad. 43263.

²⁴² Cfr. *Ibidem*.

repercuten sobre la capacidad productiva o laboral de la persona agravada y, por consiguiente, son cuantificables pecuniariamente²⁴³.

Por regla general las personas jurídicas no sufren perjuicios morales subjetivos por cuanto no pueden experimentar dolor físico o moral, pero ello no obsta para que se puedan reconocer otros de carácter extra patrimonial que derivan, por ejemplo, de la lesión del buen nombre de la entidad, en la medida que aparezcan demostrados en el proceso, los cuales serán resarcibles cuando amenazan concretamente la existencia o mermen significativamente su capacidad de acción en el concierto de su desenvolvimiento o las pongan en franca inferioridad frente a otras de su género o especie²⁴⁴.

La demostración de los daños para ser liquidados se predica del perjuicio material, quedando el juez con la facultad de fijar los no valorables pecuniariamente, es decir, los morales de carácter subjetivo, cuyo único límite está determinado por la ley a partir de factores relacionados con la naturaleza de la conducta y la magnitud del daño causado²⁴⁵.

Además, el daño para ser indemnizable debe ser cierto, directo y actual²⁴⁶.

En el caso de estudio, la Técnico Investigadora IV, adscrita al Grupo de Policía Judicial de la Sala Especial de

²⁴³ *Cfr. Ibidem.*

²⁴⁴ *Cfr. Ibidem.*

²⁴⁵ *Cfr. Ibidem.*

²⁴⁶ *Cfr. CSJ SP. 11 agosto 2004, rad. No. 20139.*

Primera Instancia, realizó dictamen pericial en relación con daños y perjuicios ocasionados por las conductas punibles cometidas por el procesado, y concluyó que: *(i)* el daño emergente a julio 10 de 2018 (fecha de la acusación) es de \$315.325.677,65; y, *(ii)* no fue viable efectuar la tasación del lucro cesante por no contar con soporte sólido y fidedigno que permitiera establecer que con ocasión de los dineros desembolsados para el pago del contrato N°. 032 de 28 de septiembre de 2003 se hubiere dejado percibir algún dinero o se dejó de obtener alguna ganancia, o fuera producto de algún dinero o que se dejó de obtener algún tipo de rendimiento financiero²⁴⁷.

En consecuencia, la Sala condenará al procesado a pagar a la Tesorería de la Gobernación del Vichada, la suma de \$315.325.677,65, debidamente indexada desde la fecha en que se presentó el dictamen pericial, de acuerdo con la certificación expedida por el DANE. De ese modo, no se accede a la pretensión contenida en la demanda de parte civil por la entonces apoderada del Departamento quien cuantificó "los perjuicios" en el valor del contrato \$417.000.000,00, sin ofrecer los argumentos para ello, ni la prueba de esa pretensión económica²⁴⁸.

Las conductas delictivas tampoco tuvieron la virtud de disminuir la capacidad productiva o laboral del departamento de Vichada o poner en peligro su existencia²⁴⁹, razón por la que

²⁴⁷ Cfr. Folios 139 a 155 del cuaderno original N°. 1 de la Sala Especial de Primera Instancia.

²⁴⁸ Cfr. Folios 16 a 19 del cuaderno original de la parte civil.

²⁴⁹ Cfr. CSJ SP 18 de febrero de 2003, rad. 16262.

no se condenará al pago de perjuicios morales por cuanto no aparece en el proceso que éstos hayan sido causados.

De conformidad con lo dispuesto por los artículos 56 de la Ley 600 de 2000 y 365 del Código General del Proceso, la Sala debe pronunciarse sobre las expensas, las costas judiciales y las agencias en derecho si a ello hubiere lugar.

Las costas del proceso son las exacciones económicas que debe asumir la parte vencida que se componen de las expensas y las agencias en derecho. Las primeras son los gastos que se requieren para el juicio, diferente a los honorarios de abogados, por ejemplo, el pago hecho a peritos, gastos de fotocopias, viáticos de desplazamientos; en tanto que las agencias en derecho son los gastos hechos por la parte triunfante para ejercer la defensa judicial en el proceso como son los honorarios pagados al abogado, deben ser declaradas a favor de la parte demandante, y se establecen de acuerdo con lo establecido en el artículo 366-4 de la Ley 1564 de 2012, que remite a las tarifas establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura.

En el presente caso, como no se acreditaron en el proceso los gastos realizados por la parte civil durante el trámite del proceso no se condenará al pago de expensas; y por las agencias en derecho se calculará el 5% del valor de las pretensiones, es decir \$8.350.250,00 siguiendo la regla del artículo 1º del Acuerdo 2222 de 2003 del Consejo Superior de

la JUDICATURA²⁵⁰, vigente para el momento de la apertura de investigación previa²⁵¹, según norma remisoria contenida en el canon 7 del Acuerdo N°. PSAA16-10554 de 2016²⁵²; suma que será pagada a favor de la parte civil. Lo anterior dada la actividad del abogado externo asignado por la gobernación de Vichada en la actuación procesal para la defensa de sus intereses.

Por medio de la Secretaría de la Sala, expídanse las copias de que tratan los artículos 469 y 472 del Código de Procedimiento Penal, aplicado.

Finalmente, ordenará declarar que el cumplimiento de las penas aquí impuestas le corresponde al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad del lugar de la prisión intramural.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala Especial de Primera Instancia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

²⁵⁰ El 5% del valor de lo apropiado (\$167.005.000, oo) es \$8.350.250,oo. Artículo 1º: [...] Tarifas [...] I.I. PROCESO ORDINARIO. [...] Primera Instancia. Hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia [...] .

²⁵¹ Cfr. 5 de octubre de 2004. Folios 70 a 71 del cuaderno original N°. 1.

²⁵² El Acuerdo N°. PSAAA16-10554 de 5 de agosto de 2016 dispone lo siguiente: ARTICULO 7º. Vigencia. El presente acuerdo rige a partir de su publicación y se aplicará respecto de los procesos iniciados a partir de dicha fecha. Los comenzados antes se siguen regulando por los reglamentos anteriores sobre la materia, de manera especial los contenidos en los Acuerdos 1887 de 2003, 222 de 2003 y 9943 de 2013 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

9. Otras determinaciones

Dadas las ilicitudes analizadas ordenará el envío de copias a la Fiscalía General de la Nación para la investigación correspondiente en contra de no aforados en relación con el delito de peculado por apropiación por cuanto la conducta punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales ya prescribió. Para el efecto se enviará fotocopia de la actuación.

Se accede a la petición del Ministerio Público de compulsar copias en contra de JESÚS MARÍA BACCA OCAMPO al advertirse mendacidad en la declaración de 6 de noviembre de 2019 al reñir con la realidad procesal lo manifestado. Por lo tanto, se allegará fotocopia de esta sentencia y de las declaraciones de 18 de julio de 2005 y 6 de noviembre de 2019.

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR a AURELIO CASTRO PARRA, de condiciones civiles y personales referidas en ese fallo, gobernador encargado como autor responsable del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales en concurso heterogéneo con el de peculado por apropiación (artículos 29, 31, 410 y 397-2 del Código Penal), por los cuales fue acusado; en consecuencia, se dispone **CONDENARLO** a las penas de **78 meses de prisión, multa de \$185.158.760,oo, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 78,68 meses**, con fundamento en las consideraciones de esta sentencia.

SEGUNDO: Condenar a **AURELIO CASTRO PARRA** a la suma de **\$315.325.677,65** por concepto de indemnización de perjuicios debidamente indexada.

TERCERO: Condenar a **AURELIO CASTRO PARRA** a la suma de **\$8.350.250,00** por concepto de costas procesales.

CUARTO: **DECLARAR** que **NO** es procedente la suspensión condicional de la ejecución de la pena ni la sustitución de la pena privativa de la libertad por la prisión domiciliaria.

QUINTO: En firme esta providencia, librar la orden de captura de acuerdo con lo considerado.

SEXTO: **COMUNICAR** esta decisión a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y a la Tesorería del Departamento del Vichada, para efecto del recaudo de la multa, la condena de perjuicios impuesta y las costas procesales.

SÉPTIMO: **REMITIR** la actuación al Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad - reparto-, para lo de su cargo.

OCTAVO: **REMITIR** por Secretaría las copias del fallo a las autoridades que alude el artículo 472 del Código de Procedimiento Penal.

NOVENO: ENVIAR copia de las piezas procesales indicadas en las consideraciones a la Fiscalía General de la Nación.

DÉCIMO: Contra esta sentencia procede el recurso de apelación.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE



JORGE EMILIO CALDAS VERA
Magistrado



BLANCA NELIDA BARRETO ARDILA
Magistrada



ARIEL AUGUSTO TORRES ROJAS
Magistrado



RODRIGO ERNESTO ORTEGA SÁNCHEZ
Secretario