



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

CARLOS ROBERTO SOLÓRZANO GARAVITO
Magistrado

SP309-2023
Radicación n° 60.110
(Aprobado Acta No. 152)

Bogotá D.C., nueve (9) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

VISTOS

Decide la Corte la impugnación especial interpuesta por el defensor de CLODOMIRO RIVERA GARZÓN, contra la sentencia proferida el 29 de abril de 2021 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Neiva, mediante la cual lo condenó por primera vez como autor del delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales* y ratificó la absolución por el injusto de *peculado por apropiación a favor de terceros*.

HECHOS

Según la resolución de acusación, el *1 de abril de 2003*, CLODOMIRO RIVERA GARZÓN en calidad de Alcalde del

Municipio de Garzón (Huila), suscribió con Armando Ariza Quintero, representante legal de la Administradora del Régimen Subsidiado de Salud Cajasalud ARS, el *contrato nro. 02*, cuyo objeto era la administración de los recursos de transferencias de la nación al régimen subsidiado en salud y el aseguramiento de los beneficiarios del sistema, con vigencia inicial del 1° de abril al 30 de septiembre de 2003, por un valor de \$598.940.519,10.

Dicho acuerdo, además, fue modificado mediante: (i) *otrosí nro. 01 del 1 de octubre de 2003*, a través del cual se amplió el plazo en 2 meses hasta el 30 de noviembre siguiente, así como el valor en la suma de \$199.646.855,76. Y (ii) *otrosí nro. 2 del 1 de diciembre de la misma anualidad*, en virtud del cual se aumentó, nuevamente, el término hasta el 31 de marzo de 2004 y el monto en la suma de \$399.293.772,24. Culminada su ejecución, el entrante alcalde Álvaro Cuéllar Botello y Armando Ariza Quintero, firmaron acta de liquidación el 13 de mayo de 2004.

Esa contratación, no obstante, se realizó sin el lleno de los requisitos legales. Cajasalud ARS sólo contrató con el Hospital San Vicente de Paúl y la E.S.E. María Auxiliadora de Garzón - empresas habilitadas en ese municipio-, el 41.02% de la prestación de los servicios de salud en los niveles de complejidad I, I y III, cuando dicha proporción debía ser del 50%, de conformidad con lo ordenado por el artículo 51 de la Ley 715 de 2001.

En lugar de ello, contrató la IPS Clínica Medilaser, representada por María Cristina Vargas Urazán (contratos del 1 de noviembre de 2002 y 1 de enero de 2003, por 2 años), entidad que no aparecía habilitada para asumir la prestación de los referidos servicios en el municipio de Garzón y tampoco contaba con la infraestructura necesaria para atender el objeto contratado, lo que la llevó, entonces, a subcontratar con otras IPS del orden público como el Hospital Departamental San Vicente de Paul de Garzón, bajo la modalidad de Unidad de Pago por Capitación Subsidiada (UPCS), incumpliendo de esa manera lo normado en el artículo 41 del Decreto 50 de 2003, por “*intermediación o tercerización*” no permitida por la ley.

Advertida esa situación por parte de la Contraloría Departamental del Huila, en mayo de 2005 presentó ante la fiscalía, “*informe de auditoría*” con “*hallazgo penal*”, consistente en la existencia de presuntas irregularidades relacionadas con la contratación celebrada entre el municipio de Garzón y Cajasalud ARS, durante el periodo comprendido entre el 1 de abril de 2003 y 31 de marzo de 2004, las cuales, a juicio del ente acusador, resultan imputables, entre otros, al Alcalde CLODOMIRO RIVERA GARZÓN, en tanto no acató los principios de transparencia, responsabilidad y buena fe de que trata el artículo 3° de la Ley 80 de 1993. La falta de vigilancia y control por parte de dicho funcionario fue la que permitió convenios anómalos para la prestación de los servicios en el régimen subsidiado, la subcontratación de IPS públicas y la apropiación de dineros del erario por valor de \$4.571.000.000¹.

¹ Resolución de acusación de primera instancia. Fiscalía 22 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito, adscrita a la Unidad Nacional Anticorrupción de Bogotá. 26 diciembre de 2013. Folio. 41.

ACTUACIÓN PROCESAL

1. Con fundamento en los anteriores hechos, el 9 de agosto de 2005, la fiscalía dispuso abrir la investigación previa, llevando a cabo la práctica de algunas pruebas². Culminada dicha etapa, mediante resolución del 10 de noviembre de 2011 profirió resolución de apertura de instrucción³, en la que, entre otras disposiciones, ordenó vincular a la investigación mediante indagatoria a Armando Ariza Quintero, María Cristina Vargas Urazán y CLODOMIRO RIVERA GARZÓN, las cuales fueron rendidas, en su orden, el 13 de marzo, 24 y 27 de abril de 2012⁴.

2. Cerrada la investigación⁵, el 26 de diciembre de 2013⁶ la fiscalía calificó el mérito del sumario profiriendo resolución de acusación contra Armando Ariza Quintero, María Cristina Vargas Urazán y CLODOMIRO RIVERA GARZÓN por los delitos de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales* y *peculado por apropiación*. Los dos primeros como determinadores y el último en calidad de autor. No les impuso medida de aseguramiento.

3. Contra esa determinación, RIVERA GARZÓN interpuso recursos de reposición y apelación⁷, los cuales fueron sustentados oportunamente por su abogado defensor. A su

² Cuaderno Nro. 1. Folio 48.

³ *Ibidem*. Folio 250.

⁴ Cuaderno Nro. 1. Folios 283 - 292. Cuaderno No. 2 Folios 3-9 y 11-24.

⁵ Cuaderno Nro. 2. Folio 172.

⁶ Cuaderno Nro. 3. Folios 296 - 297.

⁷ *Ibidem*. Folio 292.

turno, tanto el Ministerio Público como el apoderado de Ariza Quintero, impugnaron en apelación exclusivamente⁸.

4. Negado el recurso de reposición⁹, la Fiscalía 71 Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá profirió resolución del 20 de abril de 2015, mediante la cual negó las solicitudes de nulidad y preclusión presentadas, en su orden, por el Ministerio Público y el abogado de Ariza Quintero. En consecuencia, confirmó en su integridad la resolución acusatoria¹⁰.

5. Por reparto, la actuación correspondió al Juzgado 2° Penal del Circuito de Garzón, el cual avocó conocimiento y corrió el traslado de que trata el artículo 400 de la Ley 600 de 2000¹¹.

6. En sede de audiencia preparatoria celebrada el 8 de julio de 2016, el juzgado cognoscente decretó la nulidad parcial de la actuación, tras advertir que la Fiscalía 71 Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá omitió resolver de fondo el recurso de apelación presentado por el defensor de CLODOMIRO RIVERA GARZÓN. En consecuencia, decretó la *ruptura de la unidad procesal* para continuar el juicio contra Armando Ariza Quintero y María Cristina Vargas Urazán, y que la actuación seguida contra RIVERA GARZÓN cursara por aparte¹².

⁸ Cuaderno Nro. 4. Folios 3 – 27.

⁹ *Ibidem*. Folios 33 - 54.

¹⁰ Cuaderno Nro. 5. Folios 3 – 45.

¹¹ Cuaderno Nro. 7. Folios 5.

¹² *Ibidem*. Folios 403 – 404.

7. En cumplimiento de lo anterior, la mencionada fiscalía dictó resolución del *2 de noviembre de 2016*, a través de la cual resolvió negar la solicitud de preclusión elevada por el apoderado de RIVERA GARZÓN, y mantener incólume la providencia acusatoria emitida el 26 de diciembre de 2013¹³.

8. Subsana la irregularidad advertida, el asunto correspondió, nuevamente, al Juzgado 2° Penal del Circuito de Garzón, cuyo titular manifestó impedimento, el cual se declaró infundado por parte de la Sala Penal del Tribunal Superior de Neiva.

9. Surtida la fase de juzgamiento, mediante sentencia del 26 de marzo de 2019, el citado despacho absolvió a CLODOMIRO RIVERA GARZÓN por los cargos de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales* y *peculado por apropiación*.

10. Apelada la decisión por la fiscalía, la Sala Penal del Tribunal Superior de Neiva en providencia del 29 de abril de 2021, la revocó parcialmente. Confirmó la absolución impartida a favor del procesado por el delito de *peculado por apropiación*, pero lo condenó por el injusto de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*, imponiéndole las penas de 48 meses de prisión, multa equivalente a 50 s.m.l.m.v., e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de 60 meses. Le concedió el mecanismo sustitutivo de la prisión domiciliaria. Un Magistrado integrante de la Sala de Decisión salvó voto.

¹³ Cuaderno Nro. 10. Folios 5 – 34.

11. Contra la anterior providencia, el apoderado de CLODOMIRO RIVERA GARZÓN interpuso impugnación especial.

DECISIÓN IMPUGNADA

La Sala Penal del Tribunal Superior de Neiva consideró reunidos los requisitos legales necesarios para emitir sentencia condenatoria contra el procesado, por el delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*. El razonamiento fue el siguiente:

Tras realizar un recuento detallado de las pruebas practicadas en el presente asunto, coligió que, ciertamente, CLODOMIRO RIVERA GARZÓN en calidad de alcalde municipal de Garzón (Huila) suscribió con la ARS Cajasalud, el *Contrato nro. 2 del 1° de abril de 2003*, junto con los otros de fecha *1° de octubre y 1° de diciembre de la misma anualidad*, cuyo objeto era la administración de los recursos del régimen subsidiado en salud y el aseguramiento de los beneficiarios del sistema. Negociación que ascendió a la suma de \$1.221.991.872.

Indicó que, a efecto de esa contratación, el ente territorial en cabeza de RIVERA GARZÓN: **(i)** acató el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 13 del Decreto 2357 de 1995 y en la Circular 04 del 11 de marzo de 1996, como quiera que la Superintendencia Nacional de Salud ratificó que la ARS Cajasalud contaba con autorización para su funcionamiento como administradora de los recursos del régimen subsidiado.

Además, esta última entidad, a través de múltiples contratos aportados demostró que contaba con una red prestadora de servicios de salud en distintos niveles de complejidad. Esto es, las IPS públicas denominadas ESE María Auxiliadora y ESE Hospital Departamental San Vicente de Paúl, ambas del municipio de Garzón, y la IPS privada Medilaser con sede en Neiva. De igual forma, **(ii)** quedó probado que el alcalde también atendió lo dispuesto en el artículo 49 del Acuerdo 244 de 2003 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, toda vez que contrató una interventoría externa con la Cooperativa de Salud – UNISALUD.

No obstante lo anterior, consideró el Tribunal que el procesado no acató cabalmente las funciones propias de su cargo. Las pruebas recopiladas en este asunto acreditaron que RIVERA GARZÓN desatendió los *principios rectores* de la contratación estatal, así como las restantes *normas legales* llamadas a regular el caso particular, pues por su falta de vigilancia, control y responsabilidad se presentaron varias irregularidades atinentes al *incumplimiento de la contratación mínima con la red pública* y un evento *tercerización* o *intermediación* no permitido por la ley.

Explicó el *ad quem*, la ARS Cajasalud sólo contrató con la red pública -Hospital Departamental San Vicente de Paúl, la ESE María Auxiliadora y otras IPS-, el 41.02% de la prestación de los servicios de salud, cuando al tenor de lo dispuesto en el artículo 51 de la Ley 715 de 2001, ese porcentaje no podía ser menor al 50%. Proceder ilícito que, enfatizó, involucró tanto a la ARS Cajasalud como al alcalde RIVERA GARZÓN, toda vez que éste,

desde el momento mismo de la suscripción del contrato, debió precisar y dejar constancia expresa, en ese documento, de la imperiosa obligación de cumplir con los porcentajes de contratación previstos en el ordenamiento jurídico.

Dijo el Tribunal: *“el incumplimiento a los porcentajes establecidos para la contratación con la red pública”* no era *“una obligación exclusiva de la ARS a la que la norma está dirigida, cuya observancia se advierte solamente en la fase de ejecución contractual cuando se determina el cubrimiento del servicio”*. En virtud de los principios de transparencia y responsabilidad descritos en los artículos 5 y 26 de la Ley 80 de 1996, debe colegirse que la observancia de tal requisito *“se sucede inclusive desde la etapa precontractual”*, de manera que le correspondía al Alcalde Municipal de Garzón *“establecer dentro de las cláusulas del contrato 02-2003 que suscribió con la ARS”* la ineludible obligación de contratar con la red pública, al menos el 50% de la prestación de los servicios de salud. Ello, a fin de *“no dejar al garete o al arbitrio del contratista los recursos de la salud subsidiada que le fueron transferidos para garantizar a los beneficiarios la prestación de dicho servicio esencial”*, tal y como sucedió en este asunto.

Ahora bien, en cuanto a los acuerdos del 1° de noviembre de 2002 y 1° de enero de 2003 suscritos entre Armando Ariza Quintero y María Cristina Vargas Urazán, representantes de Cajasalud ARS y la Clínica Medilaser, respectivamente, concluyó el Tribunal que, tal y como lo afirmó la fiscalía en la acusación, se trató de negociaciones con *“anomalías dolosas”*. De un lado, porque la citada IPS no estaba habilitada para

ejercer tal labor en el municipio de Garzón, “conforme lo certificara el 9 de julio de 2013 la Secretaría de Salud departamental del Huila”. Y de otro, porque tampoco contaba con “la capacidad, ni la infraestructura de calidad técnica y científica para ofrecer los servicios en niveles de complejidad III y IV, conforme se desprende de la Resolución nro. 0902 de 2005”. Circunstancia que implicó, además, la subcontratación de entidades del orden público como el Hospital San Vicente de Paúl de Garzón.

Al respecto, la segunda instancia puntualizó:

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

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

En consecuencia, como lo alega la Fiscalía y lo expresa así en la resolución de acusación, la ARS CAJASALUD permite que la IPS Medilaser Ltda., asuma la administración de los dineros destinados a la salud subsidiada ejerciendo funciones de ARS o EPS, al subcontratar con otras IPS públicas y privadas del municipio de Garzón la prestación de esos servicios, algunas de éstas que en principio se desestimaron para su contratación de manera directa,

incumpléndose con todo lo anterior las disposiciones contenidas en el precitado artículo 41 de la Ley 50 de 2003, que a su literalidad dicho comportamiento lo preceptúa como una práctica insegura.

Bajo esa óptica, entonces, el *ad quem* consideró que frente a estos hechos también le asiste responsabilidad al Alcalde Rivera Garzón. Argumentó que de conformidad con lo establecido en el artículo 26 de la Ley 80 de 1993, él “*estaba obligado no solamente a buscar los fines de la contratación tanto en la observación del trámite como en la celebración de los contratos surgidos*”, sino que también le correspondía “*vigilar el correcto cumplimiento del objeto contratado y proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que pudieran verse afectados con la ejecución del contrato*”.

En suma, concluyó el fallador de segunda instancia que en este caso resulta incuestionable la estructuración del delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*, como quiera que desde el inicio de la contratación entre el municipio de Garzón y la ARS Cajasalud surgieron las irregularidades denotadas, frente a las cuales le asiste completa responsabilidad penal a CLODOMIRO RIVERA GARZÓN pues, justamente, por su calidad de alcalde municipal e interventor del contrato Nro. 02-2003, le era exigible la vigilancia del manejo adecuado de los recursos públicos, “*actividad que no desplegó omitiendo sus obligaciones legales*”.

Por ende, resolvió “*revocar en parte la sentencia de primer grado*” para en su lugar condenar a CLODOMIRO RIVERA GARZÓN como autor del delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*, “*manteniendo la determinación de absolverlo por el punible de peculado por apropiación a favor de terceros,*

ante la duda que se suscita respecto al monto que ascendió la apropiación irregular de los recursos de la salud subsidiada objeto de la contratación que aquí se ventila y que igualmente es atribuible al acusado”.

IMPUGNACIÓN ESPECIAL

En desacuerdo con el fallo reseñado, el defensor recurrente manifestó que las conclusiones del Tribunal sobre el incumplimiento por parte del alcalde CLODOMIRO RIVERA GARZÓN de los *principios rectores* de la contratación estatal, así como de las *normas* aplicables al contrato celebrado entre el municipio de Garzón (Huila) y la ARS Cajasalud, durante el período comprendido entre el 1° de abril de 2003 y el 31 de marzo de 2004, se fundamentan en “*exigencias y manifestaciones falsas*”. Básicamente, porque el fallador dio un entendimiento sesgado y equivocado de los preceptos legales rectores de la presente actuación, confundió las diferentes fases de la contratación estatal y tergiversó el contenido de las pruebas documentales:

Todo lo anterior, bajo el siguiente raciocinio:

1. De entrada, aseguró el libelista que la consideración relativa a que el acusado faltó a sus deberes pues, como ordenador del gasto, debió incluir en el *contrato 02-2003* suscrito con Cajasalud, una cláusula atinente a que dicha ARS tenía el compromiso de contratar con la red pública, al menos, el 50% de la prestación de los servicios de salud, conforme lo dispone el artículo 51 de la Ley 715 de 2001, es mentirosa y

contraria a lo probado en este asunto. No solo porque *“el cumplimiento de la ley no tiene que ser pactado en ningún contrato”*, sino porque dentro del *contrato 02-2003*, particularmente, en la cláusula quinta denominada *“contratación con la red prestadora”*, se halla consignada esa obligación a cargo de la ARS contratista, de cumplir con los porcentajes de contratación previstos en la mencionada disposición. Por ende, señaló, es palmario que el fallador de segundo grado omitió el *“real contenido fáctico de la prueba documental para justificar el supuesto incumplimiento de un requisito esencial de la fase precontractual y así hacer un ajuste de tipicidad contrario a derecho”*.

2. De otra parte, aseguró el defensor que carece de todo respaldo afirmar que el acusado omitió observar, desde la *“fase inicial de la negociación”*, si los contratos de la ARS Cajasalud con las diferentes IPS públicas y privadas de la región cumplían ese porcentaje de ley, y si, además, esa red contratada estaba habilitada y resultaba adecuada para la prestación del servicio requerido.

Desde el punto de vista legal, porque del tenor literal del artículo 51 de la Ley 715 de 2001 se establece con suma claridad que la obligación de cumplir los porcentajes de contratación con la red pública, recae *“única y exclusivamente”* en cabeza del *contratista*. La norma *“tiene un destinatario específico que no es otro que las Administradoras del Régimen Subsidiado de Salud (ARS), y no el ente territorial (municipio - alcaldía)”*. De ahí que no fuera difícil deducir, como lo hizo el juez de primer grado, que en lo que atañe al cumplimiento de

ese mandato, ninguna competencia o responsabilidad le asistía al Municipio de Garzón, representado en su momento, por el alcalde RIVERA GARZÓN.

Y, desde la óptica probatoria, porque si se verifican los contratos suscritos por la ARS Cajasalud con las IPS públicas y privadas de la región, se aprecia que en ellos *“no existe ninguna participación de CLODOMIRO RIVERA GARZÓN, ni como alcalde, ni como particular”*, dado que fueron celebrados en un *“ámbito privado, con anterioridad o posterioridad a la celebración del contrato 02-2003”*.

Enfatizó el memorialista, al momento de la celebración del contrato entre el municipio de Garzón y Cajasalud, esta ARS ya contaba con la respectiva autorización expedida por la Superintendencia Nacional de Salud para operar el régimen subsidiado. Ante esa entidad del orden nacional y con miras a lograr, justamente, esa habilitación, Cajasalud había tenido que demostrar que contaba *“con la capacidad de oferta de las instituciones prestadoras de servicios de salud y un plan de organización de la red para prestación del servicio”*. Por consiguiente, no era el ente territorial el encargado de determinar, en esa fase inicial, si la mencionada ARS estaba capacitada y contaba con una red adecuada para prestar el servicio requerido. *“Ese requisito para contratar y que reprocha el ad quem se encontraba plenamente acreditado por la autoridad competente previo a la celebración del contrato 02 de 2003”*.

Ahora, la posterior negociación que hiciera la ARS Cajasalud con las IPS públicas y privadas de la región para el desarrollo del objeto contractual, que no era otro que la prestación del servicio de salud para los beneficiarios del régimen subsidiado, *“ineludiblemente”* hace parte de *“la fase de ejecución (que no merece reproche penal) y en donde no participa la alcaldía”* ya que, *“en el contrato no se estipula ninguna mediación de la administración municipal en la contratación de las IPS”*.

Por ende, la obligación de en cabeza de la administración municipal de revisar y constatar el real cumplimiento del requisito contenido en el artículo 51 de la Ley 715 de 2001, sólo viene a suceder al finalizar el contrato *“o lo que es lo mismo al momento de su liquidación”*, pues tal y como lo determina el artículo 45 del mencionado Acuerdo 244, es al finalizar cada anualidad cuando se efectúan los balances y se logra determinar la satisfacción de las obligaciones contractuales por parte de las ARS y la ejecución de recursos. Recalcó el apelante, es *“en esta etapa y no en la etapa precontractual como errada y arbitrariamente lo quiere imponer el ad quem, donde las partes verifican en qué medida y de qué manera cumplieron las obligaciones recíprocas derivadas del contrato, con el fin de establecer si se encuentra o no a paz y salvo por todo concepto derivado de ejecución”*.

En consecuencia, precisó el censor, es totalmente equivocado que el Tribunal realice un juicio de reproche contra el procesado por este aspecto. No era viable exigirle que de manera anticipada verificara cómo iba a contratar la ARS

Cajasalud. Menos aún, que al momento de la liquidación del contrato lo hiciera, pues ello ocurrió en el año 2004, cuando CLODOMIRO RIVERA GARZÓN ya no fungía como alcalde municipal de Garzón. Su periodo constitucional llegó hasta el 31 de diciembre de 2003.

Así las cosas, concluyó, *“el ad quem pretende trasladar la verificación o cumplimiento de una obligación contractual de la fase de liquidación del contrato, o en gracia de discusión, de su ejecución, al trámite o fase precontractual, sólo para justificar su desacierto y revocar la absolución legítima y justa de la primera instancia a favor de CLODOMIRO RIVERA GARZÓN”*.

3. En cuanto a los reproches efectuados por el Tribunal frente a la contratación de la *Clínica Medilaser* por parte de la ARS Cajasalud, manifestó el defensor que éstos no pueden ser de recibo. Simple y llanamente, porque la supuesta incapacidad de dicha IPS para prestar el servicio de salud requerido no se conocía para las fases de tramitación o celebración del contrato 02-2003. Las pruebas enseñan que tal situación sólo vino a saberse a raíz de la expedición de la Resolución 0902 del 2005 proferida por la Superintendencia Nacional de Salud, esto es, *“dos años después de terminado el mandato del Dr. Clodomiro Rivera Garzón y de los hechos materia de investigación”*.

Además, porque, en el expediente existen otros elementos de convicción que ratifican la *“habilitación”* de la Clínica Medilaser para el momento en que se realizó la contratación discutida. Entre ellos: (i) El peritaje realizado por funcionarios

del CTI de la Fiscalía el 14 de febrero de 2017, en el cual se consignó que *“al momento de suscribir el contrato de prestación de servicios de salud para el régimen subsidiado por capitación con la ARS”*, la Clínica Medilaser se encontraba plenamente habilitada pues *“según el Decreto 2309 del año 2002, vigente para la fecha, la IPS realizó procedimiento de inscripción en el registro especial de prestadores de servicios de salud”*. Y (ii) el testimonio del señor Alberto Segura Garzón -representante legal de UNISALUD-, quien durante la audiencia de juzgamiento indicó que en ejercicio de su labor como interventor externo del contrato 02-2003 *“pudo verificar que la Clínica Medilaser contaba con habilitación en el departamento del Huila”*. Por ende, afirmó el defensor, es palmario que el Tribunal *“ignoró por completo”* estas pruebas y que sus conclusiones son inexactas.

Aunado a lo anterior, expresó, la contratación de la Clínica Medilaser por parte de la ARS Cajasalud jamás puede entenderse como una artimaña tendiente a la defraudación de los recursos del régimen subsidiado de salud. Todo lo contrario. El Oficio 2362 del 12 de julio de 2012 expedido por la Secretaría de Salud del Huila, así como la inspección judicial realizada al Hospital Departamental San Vicente de Paúl de Garzón el 13 de junio de 2017, entre otras probanzas, acreditan que la Clínica María Auxiliadora y el hospital mencionado sólo estaban habilitados para atender los niveles I y II de complejidad, respectivamente, resultando entonces necesario que Cajasalud contratara a Medilaser *“habilitada con niveles III y IV de complejidad con el fin de poder garantizar la prestación*

de los servicios de salud, en ejecución del contrato celebrado con el Municipio de Garzón”.

Por lo expuesto, entonces, concluyó el recurrente, “*el Tribunal Superior de Neiva en sala mayoritaria hace una valoración e interpretación sesgada de las pruebas y la normatividad sobre este tipo de contratación queriendo confundir las fases de la contratación y hacer responsable CLODOMIRO RIVERA GARZÓN de la supuesta contratación irregular entre la ARS Cajasalud y la IPS Medilaser, que se reitera, por expresa disposición legal no era competencia del alcalde y hacía parte de la ejecución de las obligaciones u objeto contractual que era: la prestación del servicio de salud”.*

4. Por último, destacó el libelista que a diferencia de lo sostenido por la segunda instancia, los principios de la contratación estatal fueron plenamente respetados por su prohijado.

Por la forma “*especialísima*” como está estructurado el sistema del régimen subsidiado de salud se colige con claridad el acatamiento del principio de *transparencia*, toda vez que la selección del contratista no la hace el ente territorial, sino los beneficiarios. También, se respetó el *debido proceso* y las *formalidades* exigidas por el Ministerio de la Protección Social, porque, justamente, el contrato firmado entre el municipio de Garzón y la ARS Cajasalud, obedeció a la proforma enviada directamente por dicha cartera. Además, enseñan los medios de convicción que CLODOMIRO RIVERA GARZÓN contrató una interventoría externa con UNISALUD, en apego de lo

establecido en el artículo 49 del Acuerdo 244 de 2003. Interventoría que, inclusive, no presentó observación alguna sobre el cumplimiento de las obligaciones de las partes en la fase de ejecución del contrato.

5. En síntesis, para el recurrente, la Sala mayoritaria del Tribunal Superior de Neiva efectuó una valoración sesgada de las pruebas y la normatividad que rige el presente asunto. A diferencia de sus conclusiones, lo que debe colegirse en este caso es que la contratación realizada entre el Municipio de Garzón y la ARS Cajasalud para la atención de los afiliados al régimen subsidiado de salud, durante el periodo comprendido entre el 1 de abril de 2003 y el 31 de marzo de 2004, no fue irregular y se ajustó en su totalidad a las normas vigentes para la época de los hechos, como quiera que tanto la ARS como las IPS contratadas estaban habilitadas y autorizadas para operar y prestar el servicio.

Solicitó, por tanto, revocar la sentencia impugnada y absolver a su representado por el delito que le fue atribuido, *“pues su comportamiento siempre estuvo ajustado a la ley y los reglamentos”*.

NO RECURRENTES

1. El Fiscal 22 adscrito a la Dirección Especializada contra la Corrupción, solicitó la confirmación de la decisión proferida por el Tribunal Superior de Neiva. Luego de realizar un recuento sucinto de las irregularidades presentadas en el marco de la contratación celebrada entre el municipio de

Garzón (Huila) y Cajasalud ARS, durante el período comprendido entre el 1 de abril de 2003 y el 31 de marzo de 2004, consideró que al alcalde de dicha localidad le asiste total responsabilidad frente a esos hechos, en tanto *“era de su resorte el estar pendiente del desarrollo y aplicación”* adecuada *“de los recursos de la salud en su región”*.

A su modo de ver, los medios de convicción recopilados al interior de presente asunto demostraron con suficiencia el *“incumplimiento por parte del señor alcalde Clodomiro Rivera”* de los principios y lineamientos que rigen la contratación estatal. Ello, por cuanto permitió que la ARS CAJASALUD manipulara la normatividad vigente para sustraerse de la obligación de contratar con la red pública del mencionado municipio y *“entregar un jugoso contrato a una IPS que no contaba con las condiciones de habilitación y capacidad técnico científica para la prestación de los servicios de salud”*.

Es que, añadió el libelista, *“no es cierto, como lo sugiere la defensa, que el acatamiento de lo normado en el artículo 51 de la Ley 715 de 2001, sea del resorte exclusivo del asegurador. En su criterio, ese mandato también debía ser observado por la administración municipal en tanto dentro de sus funciones está la de realizar el seguimiento riguroso de los contratos y velar por la plena satisfacción de los principios base de la contratación.*

Por consiguiente, concluyó, el acusado no puede alegar su ajenidad frente a los hechos investigados, cuando su proceder ilícito deviene de la falta de seguimiento directo a la

contratación mencionada y de la omisión de realizar los controles necesarios para el *“resguardo de los recursos de la salud”*. *“Su deber como Alcalde”* le imponía *“verificar todas las habilitaciones otorgadas por la Superintendencia de Salud o las secretarías de salud departamentales”*, y constatar que tanto las ARS como las IPS con las que se suscribieron los acuerdos fueran *“idóneas”* y *“cumplieran”* los requisitos legales.

2. El Ministerio Público, por su parte, discrepó de la decisión del Tribunal. Aseguró que el comportamiento de CLODOMIRO RIVERA GARZÓN no merece reproche alguno pues cumplió con todas las obligaciones a su cargo.

(i) Estaba compelido a contratar con la ARS Cajasalud, pues se trataba de una entidad autorizada para administrar los recursos del régimen subsidiado, además que había sido escogida, previa y libremente por los usuarios del servicio.

(ii) Bajo el principio de buena fe contractual, no podía el alcalde anticipar que la mencionada ARS incumpliría las cláusulas del convenio suscrito, o que daría un manejo anómalo de los recursos. Ni siquiera existe indicio de que haya existido un *“concierto previo e ilegal entre aquél y los representantes de Cajasalud y Medilaser para proceder a ello”*.

Y, **(iii)** contrató una interventoría externa con la Cooperativa de Salud – UNISALUD, para la vigilancia, control e inspección de las obligaciones contractuales, y *“dado que no se reportaron quejas de los usuarios sobre el cumplimiento del objeto del contrato elevadas ante la Secretaría de Salud, o*

informes del interventor, no podía el hoy procesado predecir irregularidades por parte de la ARS” las que, enfatizó, “sólo se conocieron mucho después de su mandato popular”.

En consecuencia, esgrimió, la afirmación lacónica del Tribunal acerca de que el procesado omitió su deber de vigilar la correcta ejecución del objeto del contrato, o la alusión abstracta a la infracción de los principios que rigen la contratación estatal, *“no son suficientes para derivar responsabilidad penal”.*

La decisión condenatoria, a su juicio, se fundamenta en *“hechos contrarios a la realidad procesal, desconoce otros probados y formula una variedad de reclamos genéricos, siguiendo la línea de la fiscalía que no logró precisar en ningún momento del proceso, la conducta jurídicamente relevante del procesado CLODOMIRO RIVERA GARZÓN que materializó la conducta penal” de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.* Por ende, coadyuvó la petición del defensor del acusado y solicitó revocar la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Neiva.

CONSIDERACIONES

1. Competencia

De acuerdo con el numeral 2° del artículo 235 de la Constitución Política, modificado por el artículo 3° del Acto Legislativo 1 de 2018, la Sala es competente para conocer de la impugnación de la condena impuesta en segunda instancia a

CLODOMIRO RIVERA GARZÓN por el delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*.

En tal labor, la Corte se contraerá a examinar los aspectos sobre los cuales se expresa inconformidad y aquéllos inescindiblemente vinculados al objeto de censura, en estricto cumplimiento del *principio de limitación* que rige el recurso de apelación y, por supuesto, la impugnación especial.

2. Reglas jurisprudenciales sobre el delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*

Las principales pautas de interpretación¹⁴ que ha establecido la Sala de Casación Penal respecto de la conducta punible de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales* y que resultan pertinentes en el caso ahora juzgado, pueden sintetizarse de la siguiente manera:

a. El artículo 410 sanciona el incumplimiento de los requisitos legales esenciales de un contrato estatal en las fases de *tramitación, celebración y liquidación*. Por tanto, las irregularidades de la etapa de *ejecución* son atípicas¹⁵:

(...) la jurisprudencia de esta Corte tiene determinado que el tipo penal de contrato sin cumplimiento de requisitos legales esenciales encuentra realización cuando se tramita, celebra, o liquida inobservando el cumplimiento de los requisitos legales esenciales, sin que el legislador hubiere previsto para la configuración de este delito lo relativo a los requisitos legales esenciales para la ejecución del mismo, pues “de la celebración del contrato hace un salto a la

¹⁴ Cfr. CSJ SP, 23 nov. 2016, rad. 46037. SP, 25 ene. 2017, rad. 48250; y, SP, 11 oct. 2017, rad. 4460.

¹⁵ Cfr. SP, 9 feb. 2005, rad. 21547. Y SP, 23 mar. 2006, rad. 21780, reiterados en la SP, 25 ene 2017, rad. 48250

fase de liquidación, y deja la materia propia de la ejecución a la descripción del delito de interés indebido en la contratación, o a cualquier otro delito que pueda tipificarse durante ella, por ejemplo falsedad, concusión, cohecho, peculado, etc.... (CSJ AP, 12 jun. 2013, rad. 41.172) (Destaca la Sala).

b. Las dos formas de comportamientos prohibidos son: (i) *tramitar* el contrato *sin observar* los requisitos legales esenciales, y (ii) *celebrarlo* o *liquidarlo* *sin verificar* el cumplimiento de estos:

(...) La tramitación se corresponde con la fase precontractual, que abarca los pasos que la administración sigue desde el inicio del proceso, hasta la celebración del contrato. La celebración se traduce en la formalización del convenio para darle nacimiento a la vida jurídica. Al paso que la liquidación es aquella actuación administrativa, posterior a la terminación del contrato, por cuyo medio las partes cotejan el cumplimiento de las obligaciones recíprocas derivadas de él, a fin de establecer si se encuentran o no a paz y salvo por todo concepto derivado de su ejecución. (CSJ. SP, 23 feb. 2022, rad. 60939). (Subrayas propias de la Sala).

c. La tipicidad demanda la violación de un *específico requisito legal del contrato* bajo estudio, el cual se tendrá como “*esencial*” si, entre otros criterios, su desconocimiento menoscaba los principios de la contratación pública, como son los de planeación, transparencia, publicidad y selección objetiva, entre otros¹⁶:

Los principios rectores irradian toda la materia de que tratan en la ley o código donde estén contenidos; y si son constitucionales, abarcan toda la legislación nacional. Por ello, sí es factible para efectos de tipicidad en el ilícito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, desentrañar cuáles son esos requisitos legales esenciales con apoyo en los principios de la administración pública consagrados en el artículo 209 de la Carta y en los principios de la Ley 80 de 1993. [...] Los principios rectores son el alma de los bienes

¹⁶ SP17159-2016, nov. 23, rad. 46037.

jurídicos que involucran y por ende son parte del tipo; su consideración como tales garantiza y delimita el principio de antijuridicidad material. Así, por ejemplo, la selección objetiva es un bien jurídico en sí mismo, y es un requisito esencial de los contratos de la administración pública, pues propende por la participación democrática en condiciones de lealtad e igualdad, por la moralidad y la transparencia de la función pública. (CSJ SP, 6 may. 2009, rad. 25.495, reiterada en SP, 22 jun. 2016, rad. 42.930)

d. El ingrediente normativo “*contrato estatal*” incluye los que son regulados tanto por el Estatuto General de la Contratación Administrativa (Ley 80/1993), como por reglas especiales contempladas en otros instrumentos normativos¹⁷:

e. Si el servidor público se interesa indebidamente en un contrato y, además, lo tramita, celebra o liquida sin observar o verificar el cumplimiento de los requisitos legales; el concurso de los tipos descritos en los artículos 409 y 410 es aparente porque el último, dada su mayor riqueza descriptiva, subsumirá al primero¹⁸.

f. El ilícito objeto de estudio únicamente permite la modalidad *dolosa*. Debe coexistir el *conocimiento* de la manifiesta ilegalidad de la conducta y la *voluntad* de transgredir la ley¹⁹.

3. Hechos jurídicamente relevantes que sustentaron la acusación contra CLODOMIRO RIVERA GARZÓN

3.1. De acuerdo con la resolución de acusación proferida el 26 de diciembre de 2013 por la Fiscalía 22 Delegada ante los

¹⁷ CSJ SP 25 ene. 2017, rad. 48250.

¹⁸ CSJ SP 11 oct. 2017, rad. 44609

¹⁹ CSJ. SP, 23 feb. 2022, rad. 60939

Jueces Penales del Circuito, adscrita a la Unidad Nacional Anticorrupción de Bogotá, las múltiples irregularidades advertidas por la Contraloría Departamental del Huila, respecto de la contratación celebrada entre el municipio de Garzón (Huila) y la ARS Cajasalud, durante el periodo comprendido entre el 1° de abril de 2003 y 31 de marzo de 2004 resultan imputables, entre otros²⁰, a CLODOMIRO RIVERA GARZÓN. Básicamente, porque por su calidad de alcalde de esa municipalidad y “*como ordenador del gasto estaba obligado a preservar y salvaguardar*” los dineros públicos del régimen subsidiado de salud.

En particular, el ente fiscal adujo que el procesado faltó a sus deberes de vigilancia, seguimiento y control del *Contrato nro. 02 del 1 de abril de 2003*, permitiendo que Cajasalud ARS: **(i)** incumpliera el mandato previsto en el artículo 51 de la Ley 715 de 2001, e **(ii)** incurriera en intermediaciones o “*prácticas inseguras*”, como la generada a raíz de la contratación de la Clínica Medilaser.

Lo primero, bajo la siguiente consideración:

Era pues el Alcalde la época, para el caso concreto el doctor CLODOMIRO RIVERA GARZÓN, quien debía velar porque la ARS Cajasalud contratara con la red pública el cincuenta por ciento (50%) como mínimo, ello en relación con los contratos suscritos No. 003-2003 entre ARS Cajasalud y ESE Hospital María Auxiliadora de Garzón Huila; y el contrato 004-2003 suscrito entre Cajasalud ARS y el Hospital Departamental San Vicente de Paúl del Municipio de

²⁰ Recuérdese que, en el mismo proveído, se profirió acusación contra Armando Ariza Quintero en calidad de representante legal de la ARS Cajasalud y María Cristina Vargas Urazán como representante de la IPS Clínica Medilaser, por los mismos delitos de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales* y *peculado por apropiación*. Lo anterior, por cuanto, para esa época, cursaba una sola actuación contra los tres procesados.

Garzón, todo en aras de ser garante de la correcta administración de los dineros públicos del sector salud para el régimen subsidiado y como quiera que ejercía la representación del municipio contratante²¹.

Lo segundo, bajo el siguiente raciocinio:

Dos razones fundamentales y que sirven para realizar el juicio de reproche y de paso demostrar un dolo malo, en el actuar de los contratantes, son: La primera es que IPS MEDILASER LTDA, NO estaba habilitada para prestar servicios de salud en el Municipio de Garzón, y NO contaba con la infraestructura, personal idóneo, medios técnicos y científicos para ofrecer la prestación de servicios de niveles III y IV para el régimen subsidiado en salud; y la segunda y más grave es que la IPS MEDILASER LTDA, con posterioridad a la suscripción del contrato con la ARS CAJASALUD para los niveles III y IV, subcontrata con aquellas IPS públicas y privadas que la ARS CAJASALUD precisamente no había querido contratar directamente argumentando que no reunían los requisitos para ello.

Resulta también grave, doloso y lesivo el hecho que CAJASALUD ARS, tiene conocimiento de esa subcontratación y la prestación de los servicios por parte de las IPS diferentes a CLINICA MEDILASER LTDA, procede a ejecutar el contrato y a liquidarlo con el silencio cómplice del Alcalde de Turno, que como ordenador del gasto, y por tratarse de dineros públicos de los ciudadanos del Municipio de Garzón Huila estaba obligado a preservar y salvaguardar, garantizando ello con una efectiva y eficaz revisión y control real sobre el contrato suscrito por él, doctor CLODOMIRO RIVERA GARZON, y la entidad CAJASALUD ARS, representado legalmente por ARMANDO ARIZA QUINTERO, todo para que los recursos de la salud no tomaran rumbos diferentes.²² (Resaltado ajeno al texto original).

Por último, tras citar *in extenso* una decisión del Consejo de Estado en la que se precisa en qué consisten los principios

²¹ Resolución de acusación de primera instancia. Fiscalía 22 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito, adscrita a la Unidad Nacional Anticorrupción de Bogotá. 26 diciembre de 2013. Folio 26.

²² *Ibidem*. Folios 16, 17, 23, 24 y 33.

de transparencia, economía, responsabilidad, planeación e igualdad, rectores de la contratación administrativa, el delgado simplemente expresó:

(...) de la anterior sentencia y apuntalándola con la situación fáctica y de orden probatorio relacionada en esta providencia, resulta evidente que los ciudadanos (...) y CLODOMIRO RIVERA GARZÓN, no consultaron dichos principios al momento de celebrar los contratos citados y cuestionados en esta resolución”²³.

Por consiguiente, la Fiscalía resolvió, entre otros:

“PROFERIR RESOLUCIÓN DE ACUSACIÓN en contra de CLODOMIRO RIVERA GARZÓN por los delitos de PECULADO POR APROPIACIÓN EN FAVOR DE TERCEROS, normado en el Art. 397 del C.P. (Ley 599 de 2000) y el delito de CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES, tipificado en el Art. 410 del C.P. (Ley 599 de 2000), en calidad de AUTOR, conforme al artículo 29 de la ley de penas”.

3.2. La anterior determinación fue ratificada por un fiscal Delegado ante el Tribunal Superior de Bogotá, en proveído del 2 de noviembre de 2016. Oportunidad en la cual se expresó lo siguiente:

(...) es diamantino que en cuanto al reproche por el delito de contrato sin el cumplimiento de requisitos legales, éste está circunscrito al mandato del implicado CLODOMIRO RIVERA GARZÓN en calidad de Alcalde del Municipio de Garzón, puesto que los contratos referidos en esta investigación fueron celebrados y suscritos durante su periodo de gobierno y, por ello, es que en los contratos referidos aparece su firma, (...) y como se dijo precedentemente el sindicado al ser el alcalde (...) era el representante legal y garante de los recursos destinados a la prestación de los servicios de salud de los habitantes de esa región”²⁴.

²³ Ibidem. Folio 32.

²⁴ Resolución de acusación de segunda instancia. Folio 28.

4. Del Régimen Subsidiado de Salud y las normas atinentes a la dirección, control y administración de los recursos

4.1. La **Ley 100 de 1993** definió el *régimen subsidiado*, como el conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos al Sistema General de Seguridad social en salud, cuando tal vinculación se hace a través del pago total o parcial de una cotización subsidiada²⁵, con recursos fiscales o de solidaridad de que trata dicha ley, cuyo propósito es el de financiar la atención en salud a las personas pobres y vulnerables y sus grupos familiares, que no tienen capacidad de cotizar (artículos 211 y 212).

Para el manejo, control y administración del *régimen subsidiado en salud* la mencionada ley creó las Administradoras de Régimen Subsidiado –ARS-, encargadas de la vinculación y prestación del Plan Obligatorio de Salud –POS- de las personas afiliadas, lo cual puede hacerse a través de las Empresas Solidarias de Salud -ESS-, las Cajas de Compensación Familiar -CCF- y las Entidades promotoras de Salud -EPS- de naturaleza pública, privada o mixta (artículos 215, 216 y 217).

4.2. Posteriormente, el Gobierno Nacional expidió el **Decreto 2357 de 1995** a través del cual reglamentó la

²⁵ Ministerio de Salud y Protección social. “La Unidad de pago por capitación (UPC) es el valor anual que se reconoce por cada uno de los afiliados al sistema general de seguridad social en salud (SGSSS) para cubrir las prestaciones del Plan Obligatorio de Salud (POS), en los regímenes contributivo y subsidiado. La UPC-Subsidiada, UPC-S, es el valor reconocido para cubrir el POS subsidiado y también es referida como UPC plena o subsidio pleno. Ese valor es definido actualmente por la Comisión de Regulación en Salud-CRES”. < https://www.minsalud.gov.co/salud/Paginas/UPC_S.aspx >.

organización del régimen subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en salud, en especial, aquellos aspectos relacionados con las *entidades autorizadas* para la *administración de subsidios de salud* (artículo 1). Para lo que interesa en este asunto, estableció que pueden administrar el *régimen subsidiado de salud*, aquellas entidades -ESS, CCF y EPS- que cumplan dos requisitos a saber: **(i)** que estén debidamente *autorizadas por la Superintendencia Nacional de Salud*, con resolución vigente, y **(ii)** que *posean una red de servicios* que les permita prestar los servicios definidos en el POS-S (artículo 13).

Exigencias que, valga mencionar, se complementan con lo dispuesto en el **Decreto 1804 de 1999**, que en su artículo 6° prevé:

REGLAS PARA LA OBTENCIÓN DE LA AUTORIZACIÓN DE FUNCIONAMIENTO. Para la obtención de la autorización de funcionamiento se deberán tener en cuenta las siguientes reglas:

- 1. Requisitos para adelantar operaciones. Las personas jurídicas que pretendan actuar como administradoras del régimen subsidiado deberán obtener, con una antelación mínima de cuarenta y cinco (45) días a la fecha del respectivo período de contratación, el certificado de funcionamiento que expedirá la Superintendencia Nacional de Salud, de conformidad con lo previsto en la ley y el presente decreto. (...)*
- 2. Contenido de la solicitud. La solicitud para obtener el certificado de funcionamiento de una Administradora del Régimen Subsidiado deberá estar acompañada de la siguiente documentación: (...) d. El estudio sobre la capacidad de oferta de las instituciones prestadoras de servicios de salud y de la disponibilidad de profesionales y grupos de práctica de la región en donde proyecta operar, o a través de los cuales garantizará la prestación de los servicios de salud incluidos en el POS-S. Dentro de este estudio debe presentarse el plan de organización de la red*

para la prestación del POS-S ya sea a través de la infraestructura existente o de la propia en caso de que no exista oferta disponible, cerciorándose de que su organización y capacidad es la adecuada frente a los volúmenes de afiliación proyectados.

4.3. Ahora bien, en lo que atañe a la *contratación de la prestación de servicios y la distribución de los recursos*²⁶ en el régimen subsidiado, el artículo 51 de la **Ley 715 de 2001**²⁷ ordena, expresamente, que las ARS (sean públicas o privadas) deben: **(i)** Contratar y ejecutar con las instituciones prestadoras de servicio de salud públicas del orden municipal o distrital de la entidad territorial sede del contrato, no menos del 40% de la unidad de pago por capitación subsidiada “*efectivamente contratadas*” con la respectiva entidad administradora de régimen subsidiado. **(ii)** Que en caso de existir en el municipio o distrito respectivo, hospitales públicos de mediana o alta complejidad del orden territorial, dicha proporción no será menor al 50%. Y **(iii)** que todo lo anterior será aplicable “*siempre y cuando la entidad territorial cuente con la oferta pública que le permita prestar los servicios a financiar con dichos porcentajes*”.

²⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-1073-02. “Como se advierte de manera clara del examen de las normas pertinentes de la ley 100 de 1993 y de la propia ley 715 de 2001, los recursos del régimen subsidiado de salud son de origen netamente público, pues ellos provienen del denominado Sistema General de Participaciones[1], (antiguamente transferencias y participación en los ingresos corrientes de la Nación), de los recursos de cofinanciación derivados de la segunda subcuenta del fondo de solidaridad y garantía[2], así como aquellos que provengan del esfuerzo fiscal territorial y se destinen a esos efectos. Con cargo a dichos recursos se reconoce a las ARS, por cada uno de sus afiliados, la denominada unidad de pago por capitación subsidiada UPC-S (Ley 100 de 1993 Artículo 182). Por la gestión de organizar y garantizar el POS-S, las ARS tienen derecho entonces a recibir como retribución una proporción de la UPC-S vigente.”

²⁷ ARTÍCULO 51. Las entidades que administran los recursos del Régimen Subsidiado de Salud contratarán y ejecutarán con las instituciones prestadoras de servicios de salud públicas del orden municipal o distrital de la entidad territorial sede del contrato no menos del 40% del valor de la Unidad de Pago por Capitación subsidiada efectivamente contratadas por la respectiva entidad administradora del régimen subsidiado. En el caso de existir en el municipio o distrito respectivo hospitales públicos de mediana o alta complejidad del orden territorial dicha proporción no será menor al 50%. Todo lo anterior siempre y cuando la entidad territorial cuente con la oferta pública que le permita prestar los servicios a financiar con dichos porcentajes

4.4. En desarrollo de esa última disposición reseñada, los artículos 41 (inciso 3°) y 43 del **Decreto 050 de 2003** prevén: **(i)** Se considera “*práctica insegura*”, la contratación que realice una Administradora del Régimen Subsidiado (ARS) o una Entidad Promotora de Salud (EPS) con una institución o persona natural o jurídica para que ésta se encargue a su vez de coordinar la red de prestadores de servicios. Y **(ii)** que “*los montos mínimos de contratación con la red pública, resultantes de la aplicación de los porcentajes establecidos en el artículo 51 de la Ley 715 de 2001, se calcularán con base en el porcentaje destinado a prestación de servicios de salud de la Unidad de Pago por Capitación Subsidiada, efectivamente recibida por las Administradoras del Régimen Subsidiado (ARS). Para estos efectos, no se contabilizará el porcentaje de promoción y prevención cuya ejecución estará a cargo de las entidades territoriales*”.

4.5. Finalmente, en cuanto al tipo de contratación, régimen jurídico y trámite a seguir en estos asuntos, el **Acuerdo 244 de 2003** dictado por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud – CNSSS, puntualizó las siguientes reglas básicas:

a. En el artículo 45²⁸ dispuso que: **(i)** para administrar los recursos del Régimen Subsidiado y proveer el aseguramiento

²⁸ **Artículo 45. Contratos de aseguramiento.** Para administrar los recursos del Régimen Subsidiado y proveer el aseguramiento de la población afiliada a este régimen, la entidad territorial suscribirá un solo contrato con cada Administradora del Régimen Subsidiado, por el número de afiliados carnetizados, que incluye la población trasladada, la nueva por ampliación de cobertura, y la población de continuidad. El período de contratación será de un (1) año, comprendido entre el primero (1°) de abril y el treinta y uno (31) de marzo, el cual será prorrogable anualmente hasta por dos (2) años más, previo el trámite presupuestal pertinente.

de la población afiliada a este régimen, la entidad territorial suscribirá un solo contrato con cada Administradora del Régimen Subsidiado, por el número de afiliados carnetizados, que incluye la población trasladada. **(ii)** Que ese contrato se rige por el derecho privado y obedece a una “*minuta*” remitida, con anterioridad, por parte del Ministerio de la Protección Social. Y, **(iii)** que es al finalizar cada anualidad cuando se efectúan los balances a efectos de determinar el cumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de las ARS y la ejecución de recursos.

b. Acto seguido, el *artículo 46* precisa que son los beneficiarios del régimen subsidiado quienes “*escogen libremente*” la ARS a la cual desean afiliarse, entidad que debe estar habilitada y autorizada por la Superintendencia Nacional de Salud para operar en la respectiva región²⁹.

c. Más adelante, *el artículo 49* estipula que en virtud de lo dispuesto en las Leyes 100 de 1993 y 715 de 2001, las entidades territoriales deben realizar seguimiento y control del

Al finalizar cada anualidad se efectuarán balances para efectos de determinar el cumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de las ARS y la ejecución de recursos.

Conforme lo establece el numeral 2 del artículo 216 de la Ley 100 de 1993, este contrato se regirá por el derecho privado y deberá incluir todas las fuentes de financiación del Régimen Subsidiado y como mínimo la información que determine el Ministerio de la Protección Social. La minuta del contrato deberá ser remitida por la entidad territorial a la ARS con anterioridad al inicio del período de contratación.

Parágrafo. Para el manejo de los recursos de que trata el artículo 217 de la Ley 100 de 1993 que las Cajas de Compensación Familiar administran directamente, se harán contratos por separado del resto de contratos de la respectiva ARS.

²⁹ **Artículo 46. Obligatoriedad de la Administradora de Régimen Subsidiado de suscribir contratos cuando los beneficiarios la hayan seleccionado.** Cuando una ARS se encuentre habilitada por la Superintendencia Nacional de Salud y haya sido seleccionada para operar en una región y durante el proceso de afiliación o traslado es elegida libremente por los beneficiarios del subsidio, tendrá la obligación de suscribir los contratos del Régimen Subsidiado, siempre y cuando cumplan con el porcentaje mínimo de participación en cada municipio según lo establecido en el artículo 39 del presente acuerdo.

cabal cumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo de las Administradoras de Régimen Subsidiado. Labor para la cual deberán “*establecer una interventoría permanente de carácter interno o externo que podrá ser desarrollada en el ámbito regional o municipal debiendo elaborar como mínimo dos informes anuales y remitir el resultado a los Departamentos para su consolidación en el formato que para el efecto establezca el Ministerio de la Protección Social. Tales resultados podrán ser solicitados por el Ministerio de la Protección Social o los organismos de control correspondientes.*”

d. En último término, el *parágrafo del artículo 52* exige que al momento de celebrar los contratos de aseguramiento, las entidades territoriales respeten “*la libertad*” que tienen las Administradoras del Régimen Subsidiado de seleccionar las instituciones con las cuales celebrarán los contratos de prestación de servicios de salud.

5. La solución del caso

5.1. Pues bien, consultados los medios de convicción recopilados, aprecia la Corte que, efectivamente, CLODOMIRO RIVERA GARZÓN fungió como Alcalde del Municipio de Garzón (Huila) durante el periodo comprendido entre el 1° de enero de 2001 y el 31 de diciembre de 2003³⁰. Además, que en ejercicio de ese cargo, suscribió con Armando Ariza Quintero, representante legal de la Administradora del Régimen Subsidiado de Salud ARS – CAJASALUD, el *Contrato nro. 02 del 1 de abril de 2003* con los *otrosíes nros. 1 y 2 del 1° de octubre*

³⁰ Indagatoria Clodomiro Rivera Garzón. Cuaderno Original 2. Folios 12-13.

y 1° de diciembre de la misma anualidad. Negocio jurídico que, a diferencia de lo sostenido por la Fiscalía y el Tribunal Superior Neiva, satisfizo en sus fases de *tramitación, celebración y liquidación*, todas las exigencias previstas en la normatividad aplicable a este asunto.

Las razones que sustentan esa tesis son las siguientes:

5.1.1. Conforme lo previsto en el *artículo 4° del Decreto 2357 de 1995*, CLODOMIRO RIVERA GARZÓN, en su calidad de representante legal del Municipio de Garzón, estaba facultado para suscribir contratos con las *administradoras del régimen subsidiado*, a fin de garantizar a los beneficiarios del sistema, la prestación de los servicios de salud requeridos. Por ende, no ofrece discusión alguna que, en ejercicio de esa legítima competencia, en el año 2003, firmó contrato de aseguramiento con Cajasalud ARS, entidad escogida previa y libremente por los usuarios.

5.1.2. Diferentes pruebas aportadas a la actuación enseñan que desde la *fase de tramitación*, el funcionario acató lo normado en los *artículos 13 ibídem y 46 del Acuerdo 244 de 2003*, pues con la asesoría de Doraly Garavito Arévalo, Secretaria de Salud del Municipio de Garzón para la época de los hechos, *observó* el cumplimiento de los requisitos que tornaban viable y procedente la suscripción del contrato de aseguramiento con la ARS Cajasalud.

En realidad, constató que se trataba: **(i)** de una caja de compensación familiar autorizada como administradora de los

recursos del régimen subsidiado en el Departamento del Huila, según Resolución 0600 del 27 de marzo de 2000 expedida por la Superintendencia Nacional de Salud³¹. Y, **(ii)** que contaba con una red prestadora de servicios de salud en los distintos niveles de complejidad -I, II, III y IV-. Esto último, en virtud de los contratos suscritos anteriormente con diferentes IPS públicas y privadas de la región, a saber: la ESE Hospital María Auxiliadora de Garzón (contrato del 01/04/2003 – nivel I), ESE Hospital Departamental San Vicente de Paúl (contrato del 01/10/2002 – nivel I) y Medilaser Ltda., (contrato del 01/11/2002 – niveles II y III, y contrato 01/01/2003 – nivel IV)³². Prestadores, todos ellos, debidamente habilitados por la Secretaría de Salud Departamental.

En este punto, es necesario precisar que no es cierta la censura de la Fiscalía y el Tribunal Superior Neiva, atinente a que el alcalde acusado faltó a su deber de realizar *controles previos* durante la etapa precontractual. Mucho menos, que a raíz de ello, pasó por alto que la Clínica Medilaser “*NO estaba habilitada para prestar servicios de salud en el Municipio de Garzón, y NO contaba con la infraestructura, personal idóneo, medios técnicos y científicos para ofrecer la prestación de servicios de niveles III y IV para el régimen subsidiado en salud*”³³. La razón es simple. Ninguno de esos planteamientos cuenta con respaldo jurídico y probatorio.

³¹ Cuaderno Original Nro. 1 Folios 23, 94 – 95, 244. Audiencia Pública 25-04-2018. Declaración Clodomiro Rivera Garzón. Record. 00:23:05.

³² Cuaderno Original Nro. 1 Folios 108 - 115. Cuaderno Original Nro. 2. Folios 52 – 56.

³³ Resolución de acusación de primera instancia. Fiscalía 22 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito, adscrita a la Unidad Nacional Anticorrupción de Bogotá. 26 diciembre de 2013.

El artículo 16 del Decreto 2309 del año 2002³⁴, dispone expresamente que son los entes territoriales *departamentales* y no las alcaldías municipales, los encargados de verificar, previa solicitud de las IPS, si éstas cuentan con la *capacidad instalada* necesaria para prestar los servicios de salud requeridos y, si acreditan los requisitos legales que permiten su *inscripción* en el Registro Especial de Prestadores de Servicios de Salud. Trámite, a partir del cual, como lo indica la norma, los prestadores se consideran *habilitados* “*para ofrecer y prestar los servicios declarados*” en esa circunscripción geográfica.

Por ende, de eso no hay duda, no era competencia de RIVERA GARZÓN examinar, antes de la formalización del convenio con Cajasalud ARS, si una de las IPS que conformaban su red prestadora de servicios, léase la Clínica Medilaser, efectivamente contaba o no con capacidad para atender los servicios de salud en el municipio de Garzón. Ese era un requisito que la mencionada institución ya había acreditado ante la Secretaría de Salud Departamental del Huila³⁵, de manera que, para corroborar su *habilitación* en dicho territorio, le bastaba a la alcaldía con consultar el

³⁴ “Artículo 16. Inscripción en el Registro Especial de prestadores de servicios de salud. Es el procedimiento mediante el cual el Prestador de Servicios de Salud o el definido como tal, luego de efectuar la autoevaluación y habiendo constatado el cumplimiento de las condiciones para la habilitación, radica el Formulario de Inscripción de que trata el artículo 14 del presente decreto y los soportes que para el efecto establezca el Ministerio de Salud, ante la entidad departamental o distrital de salud correspondiente, para efectos de su incorporación en el Registro Especial de Prestadores de Servicios de Salud.

La entidad departamental o distrital de salud efectuará el trámite de inscripción de manera inmediata, previa revisión del diligenciamiento del Formulario de Inscripción. La revisión detallada de los soportes entregados será posterior, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 24 del presente decreto.

A partir de la radicación de la inscripción en la entidad departamental o distrital de salud, el prestador de servicios de salud o el definido como tal se considera habilitado para ofrecer y prestar los servicios declarados”.

³⁵ En providencia CSJ SP, 1 jun. 2022. Rad. 60571, la Corte afirmó: “Aquí es preciso señalar que la habilitación es de índole departamental y por ello se encuentra registrada en la Secretaría del Departamento del Huila, no así en la Secretaría de Salud Municipal de Garzón”.

Registro Especial de Prestadores de Servicios de Salud del departamento. Constatación que, efectivamente se realizó pues en la audiencia de juzgamiento, los testigos Doraly Garavito Arévalo -Secretaria de Salud de Garzón-, y Alberto Segura Garzón -interventor externo - UNISALUD-, señalaron al unísono que al momento de la contratación, Cajasalud presentó su red de prestadores de servicios de salud, los cuales se encontraban habilitados por la Secretaría de Salud Departamental.

En todo caso, no obstante, la Corte hace hincapié en que para esa fase preliminar de la negociación, la *habilitación de la Clínica Medilaser* era una realidad indiscutible. Con base en el informe del 14 de febrero de 2017, suscrito por los investigadores del CTI, Juan Pablo Sepúlveda Villa y Lucía Ivonne Cataño Giraldo, pudo corroborar la Corte que, efectivamente dicha IPS: “*al momento de suscribir el contrato de prestación de servicios de salud para el régimen subsidiado por Capitación con la ARS -léase el contrato del 01/11/2002-, se encontraba habilitada para la prestación de servicios contratados, ya que según el Decreto 2309 del año 2002, vigente para la fecha, la IPS realizó el procedimiento de inscripción en el registro especial de prestadores de servicios de salud*³⁶”.

Así las cosas, se insiste, comprobado por parte de la Alcaldía Municipal de Garzón que la ARS Cajasalud estaba habilitada para ejecutar el objeto contractual y que los convenios suscritos entre ésta y las citadas IPS -negociación privada en la que el alcalde no tenía ninguna injerencia³⁷-, efectivamente demostraban su capacidad de oferta para la

³⁶ Cuaderno EMP. Anexos. Fiscalía. Documentos CTI. Folio 244.

³⁷ El parágrafo del artículo 52 del Acuerdo 244 de 2003 dispone expresamente que “*las entidades territoriales al celebrar los contratos de Aseguramiento*” deben respetar “*la libertad*” que tienen las Administradoras del Régimen Subsidiado de seleccionar las entidades con las cuales celebrarán los contratos de prestación de servicios de salud.

prestación de *todos* los servicios requeridos, la satisfacción de las formalidades previas a la celebración del contrato de aseguramiento no generaba ninguna duda, recelo o desconfianza. Estaban dados, en efecto, todos los presupuestos para proceder a la contratación.

5.1.3. Por otra parte, se probó que desde el 27 de enero de 2003 -es decir, antes de celebrar el contrato con Cajasalud-, el funcionario había contratado una interventoría externa con la Cooperativa de Trabajo Asociado Unidos en Salud – UNISALUD, a fin de realizar, de la manera más idónea y oportuna posible, el seguimiento y control de todos “*los contratos de Administración de recursos del régimen subsidiado celebrados entre el Municipio y las distintas ARS que prestan sus servicios*” en Garzón (Huila)³⁸. Proceder que demuestra, no sólo el acatamiento de lo normado en *artículo 49 del Acuerdo 244 de 2003*, sino el compromiso de RIVERA GARZÓN de actuar en forma diligente y responsable.

Es razonable entender, como lo expresó el propio enjuiciado³⁹ y lo ratificaron otros testigos que comparecieron a la audiencia de juzgamiento, que la *vigilancia y control* de los contratos de aseguramiento del régimen subsidiado, era sólo una de las múltiples labores a cargo del alcalde CLODOMIRO RIVERA GARZÓN. Por ello, la conformación de la mencionada “*interventoría externa*”, justamente, era la herramienta idónea a través de la cual el Alcalde podía garantizar el cumplimiento de esa específica obligación a su cargo.

³⁸ Cuaderno Original 3 Fiscalía Instrucción. Folios 7 – 13.

³⁹ Audiencia Publica 25-04-2018. Record 00:29:30

Por conducto del interventor contratado, podía vigilar la operación y estar atento al cumplimiento de las obligaciones a cargo de las ARS contratadas. Así lo afirmó la Secretaria de Salud Municipal Doraly Garavito Arévalo⁴⁰, y lo corroboró Alberto Segura Garzón⁴¹ en su condición de representante legal de UNISALUD e interventor del contrato administrativo mencionado.

5.1.4. Aunado a lo anterior, resulta incuestionable para la Corte que al momento de formalizar el convenio *-fase de celebración-*, RIVERA GARZÓN actuó con estricta sujeción a las reglas previstas en el *artículo 45 del Acuerdo 244 de 2003*.

Desde el punto de vista formal, el *Contrato nro. 02 del 1 de abril de 2003* celebrado entre el Municipio de Garzón y Cajasalud ARS corresponde, al *“formato”* definido y enviado previamente por el Ministerio de la Protección Social. Inclusive, la simple lectura del documento permite ver que se diligenció de manera correcta, con indicación exacta de la fecha de suscripción y periodo de vigencia, las partes contratantes y sus representantes legales, el objeto y valor del contrato, la resolución de la Secretaría de Salud mediante la cual se verificó que se trataba de una ARS inscrita, la población afiliada, fuentes de financiación, registro presupuestal y forma de pago.

Inclusive, es preciso destacar que, en la parte inicial de la minuta y como nota marginal de la misma, aparecen las siguientes notas: La primera señala: *“antes de diligenciar el contrato lea cuidadosamente las cláusulas incorporadas al*

⁴⁰ Audiencia Publica 25-04-2018. Record 01:49:47, 02:00:15.

⁴¹ Audiencia Publica 24-07-2018. Record. 00:59:25

mismo y que aparecen al respaldo de este documento". Y la segunda, "con la suscripción de este contrato declaramos conocer la totalidad de las cláusulas incorporadas al mismo y las normas que regulan la administración y aseguramiento de la población beneficiaria al Régimen Subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud y en constancia, firmamos como aparece: (...)".

Es así como, según el informe del 12 de julio de 2017 suscrito por los investigadores del CTI Víctor Manuel Beltrán López y Martha Cecilia Zúñiga Cedeño⁴², se comprobó que dentro de las cláusulas asociadas al contrato censurado, en efecto, estaba incluida la siguiente:

QUINTA. CONTRATACIÓN DE LA RED PRESTADORA. EL CONTRATISTA. En cumplimiento del artículo 51 de la Ley 715 de 2001 y el Artículo 9 del Decreto 046 de 2000 y el Artículo 43 del Decreto 050 de 2003 deberá contratar en primera instancia los servicios que ofrezca la red pública del Municipio. Entendiéndose que, si ella no satisface la demanda total de los afiliados del municipio, la ARS puede acudir a la red existente debidamente acreditada, de tal manera que garantice parámetros de calidad a los afiliados, como la accesibilidad oportunidad y eficiencia.

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

⁴² Cuaderno Original Nro. 13. Folio 112.

prestación de servicios de salud de las UPC-S efectivamente recibidas por EL CONTRATISTA sin descontar el porcentaje definido por el CNSSS para la acciones de promoción y prevención que se trasladan a los entes territoriales, todo lo anterior siempre y cuando la entidad territorial cuente con la oferta pública que le permita prestar los servicios a financiar con dichos porcentajes.

PARAGRAFO 2. EL CONTRATANTE se abstendrá de imponer a EL CONTRATISTA, cláusulas gravosas para seleccionar los prestadores con los cuales deban celebrar contratos de prestación de servicios de salud. (Destaca la Corte)⁴³.

Por ende, mal podría afirmarse que RIVERA GARZÓN violó el *principio de planeación*, cuando está plenamente demostrado que el *Contrato nro. 02 del 1 de abril de 2003*: **(i)** se *ciñó* a las formalidades impuestas por el Ministerio de la Protección Social. **(ii)** Contenia una disposición expresa atinente a la obligación del contratista, de cumplir con los porcentajes de contratación establecidos en el artículo 51 de la Ley 715 de 2001. Y **(ii)** que con la firma impresa en el documento por parte de Armando Ariza Quintero, representante legal de la Administradora del Régimen Subsidiado de Salud ARS – Cajasalud, éste no solo tuvo conocimiento de ella sino que se comprometió a acatarla.

5.1.5. Ahora bien, si con *posterioridad* a la firma del contrato, Cajasalud incumplió esa específica obligación a su cargo, advierte la Sala que tal irregularidad, además de resultar ajena a la responsabilidad del procesado RIVERA GARZON, no se suscitó en el marco de las etapas de *tramitación, celebración o liquidación* del *Contrato nro. 02 del 1 de abril de 2003*, sino en su ejecución. Circunstancia que, como ya fue dilucidado en

⁴³ Cláusula transcrita también en el Informe de Policía Judicial. 14 Julio 2017. Cuaderno Nro. 13. Folio 70

esta providencia, desborda la tipicidad del delito por el cual se sustentó el llamamiento a juicio.

El artículo 51 de la Ley 715 de 2001, se recuerda, hace referencia a la *obligación* en cabeza de las Administradoras de los Recursos del Régimen Subsidiado de Salud, de desarrollar los contratos de aseguramiento suscritos con las entidades territoriales, con estricta observancia de los *porcentajes mínimos de contratación con la red pública* allí previstos. Si bien, como fue precisado en acápite anterior, se trata de un *deber* sobre el cual el contratante llama la atención del contratista durante la fase precontractual, su **cumplimiento**, destaca la Corte, ni es responsabilidad del ente territorial, ni se puede verificar desde ese estadio inicial como de manera equivocada lo señalaron la fiscalía y la segunda instancia.

Lo primero, se enfatiza, porque es la propia norma la que establece quién es el específico destinatario de dicho mandato. El tenor literal de la disposición en comento señala, expresamente, que son las Administradoras de los Recursos del Régimen Subsidiado de Salud, las que en su calidad de contratistas, tienen el compromiso de ejecutar el objeto contractual con plena observancia de los *porcentajes mínimos de contratación con la red pública*. No se advierte que su contenido sugiera o permita una interpretación relativa a que tal obligación a cargo de la ARS deba ser desarrollada asocio con el respectivo municipio o alcalde de turno contratante. Por ende, eso está claro, el incumplimiento de tal deber sólo compete a las entidades aseguradoras.

Ahora, es indiscutible también que se trata de un compromiso predicable⁴⁴, tan sólo, de la *fase de ejecución contractual*. Simple y llanamente porque, es con posteridad a la firma del convenio cuando surge la obligación para la ARS de llevar a cabo las tareas para las cuales fue contratada y de proceder conforme los términos y las condiciones pactadas con el ente territorial. Entre ellos, el de convenir la prestación de los servicios de salud requeridos, con estricta observancia de los porcentajes dispuestos en el *artículo 51 de la Ley 715 de 2001*.

En este sentido, los testigos Doraly Garavito Arévalo - Secretaria de Salud de Garzón-, Edgar Augusto Trapicha Falla -Gerente de la IPS María Auxiliadora- y Alberto Segura Garzón -interventor externo - UNISALUD- explicaron que es durante la *fase de ejecución contractual* cuando, por ejemplo, se presentan los distintos factores y variables como nacimientos, fallecimientos, ingresos, retiros, entre otros, los cuales, en últimas, son los que determinan la manera como la ARS contratista debe desarrollar el objeto del contrato, realizar los convenios con su red de prestadores y ejecutar los recursos públicos.

Por ende, añadieron, es al *término de la ejecución del contrato*, o al momento de su *liquidación*, cuando la entidad territorial efectivamente logra esclarecer, con base en los balances que al respecto le sean presentados, si la ARS

⁴⁴ En providencia CSJ SP, 1 jun. 2022. Rad. 60571, la Corte puntualizó. *Resta señalar sobre el real o presunto incumplimiento de los porcentajes mínimos de contratación, de una parte, que en el contrato entre ARS CAJASALUD y la IPS Clínica Medilaser fue incluida una cláusula al respecto, y de otra, que tal exigencia no está ubicada en la etapa precontractual, sino que corresponde a la ejecución del contrato, fase ajena al ámbito del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, objeto de la acusación y del primer fallo de condena.*

contratista respetó porcentajes mínimos de contratación con la red pública (inciso 2° artículo 45 del Acuerdo 244 de 2003⁴⁵) y si garantizó en forma adecuada los servicios de salud requeridos por la población beneficiaria de dicho sistema. Función que, desde luego, por la línea de tiempo de este caso, se constituye en una tarea jurídicamente imposible de adelantar por parte de CLODOMIRO RIVERA GARZÓN, teniendo en cuenta que la liquidación del contrato se realizó el *13 de mayo de 2004*⁴⁶, época para la cual el acusado no ostentaba el cargo de Alcalde del Municipio de Garzón. Ya había culminado su mandato.

Vistas así las cosas, es palmario para la Sala que le asiste total razón al impugnante en los motivos de disenso presentados contra la sentencia condenatoria de segunda instancia. Resulta desacertado sustentar un juicio de reproche contra CLODOMIRO RIVERA GARZÓN so pretexto de presumir la *“falta de controles previos”* o la *“falta de vigilancia del correcto cumplimiento del objeto contratado”*. En realidad, no es posible pensar que al momento de la *tramitación o celebración* del contrato, el funcionario pudiera prever o anticipar si Cajasalud iba a ejecutar el contrato con estricta sujeción a la ley. Su deber en ese momento era advertir a la contratista sobre el imperativo cumplimiento del mandato previsto en el *artículo 51 de la Ley 715 de 2001*, y así lo hizo. Así mismo, es inadecuado sostener que la existencia de supuestas anomalías advertidas al

⁴⁵ **Artículo 45. Contratos de aseguramiento.** *Para administrar los recursos del Régimen Subsidiado y proveer el aseguramiento de la población afiliada a este régimen, la entidad territorial suscribirá un solo contrato con cada Administradora del Régimen Subsidiado, (...) El período de contratación será de un (1) año, comprendido entre el primero (1°) de abril y el treinta y uno (31) de marzo, el cual será prorrogable anualmente hasta por dos (2) años más, previo el trámite presupuestal pertinente. Al finalizar cada anualidad se efectuarán balances para efectos de determinar el cumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de las ARS y la ejecución de recursos.*

⁴⁶ Cuaderno Anexo Original Nro. 1. Folio 31.

momento de la *liquidación* del convenio, le puedan ser imputables al mencionado procesado, teniendo en cuenta que en este asunto se demostró que, para esa fecha, RIVERA GARZÓN no ostentaba la calidad de Alcalde Municipal de Garzón.

Pero eso no es todo. Sin perjuicio de lo anterior, ha de precisar la Corte que, en todo caso, la afirmación de la fiscalía acerca de que Cajasalud incumplió las obligaciones derivadas del artículo 51 de la Ley 715 de 2001, es absolutamente desacertada, lo que termina dando al traste con uno de los pilares fundamentales de la acusación endilgada al Alcalde RIVERA GARZÓN.

En efecto, los datos consignados en los informes rendidos el 1° de junio de 2007 y el 12 de julio de 2017 por los investigadores del CTI Víctor Manuel Beltrán López y Martha Cecilia Zúñiga Cedeño⁴⁷, así como en el acta de liquidación⁴⁸ del *Contrato nro. 02 del 1 de abril de 2003*, enseñan que el “*valor total ejecutado*” del convenio ascendió a la suma de \$1.221.991.872. De ese monto, la contratista Cajasalud ARS destinó, \$235.736.126 y \$265.639.065 para la suscripción de los contratos con la Clínica María Auxiliadora de Garzón y el Hospital departamental San Vicente de Paúl -pertenecientes a la red pública-, respectivamente. Lo que arroja un total de \$501.375.191.

⁴⁷ Cuaderno Original Nro. 1. Folios 30, 32, 72 – 81 y Cuaderno Original Nro. 13. Folio 110-113.

⁴⁸ Cuaderno Anexo Original Nro. 1. Folio 31.

Ahora, tal y como fue precisado por esta Corporación en reciente pronunciamiento, CSJ SP, 1 jun. 2022. Rad. 60571, para determinar si dicho valor (\$501.375.191) respetó el *porcentaje mínimo de contratación con la red pública*, se deben tener en cuenta⁴⁹ los siguientes parámetros: **(i)** No se toma como base el valor total ejecutado del contrato sino el monto mínimo destinado a la prestación de salud por Unidad de Pago por Capitación Subsidiada, que no puede ser menor al 85% del valor total destinado a la prestación de los servicios de salud⁵⁰. Además **(ii)** que al valor resultante de la anterior operación se le hace el descuento adicional correspondiente al porcentaje de *promoción y prevención* establecido en el artículo 43 del Decreto 050 de 2003⁵¹.

En este caso, entonces, siguiendo los lineamientos anteriores se tiene que el 85% de \$1.221.991.872 corresponde a \$1.038.693.091, cifra de la cual, además, debe descontarse el 4,01% de promoción y prevención⁵² (\$49.001.874), lo que

⁴⁹ Cfr. Memorando del Ministerio de Salud. Interpretación del artículo 51 de la Ley 715 de 2001. Cuaderno Original No. 1. Folios 170-173.

⁵⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-915/02. “El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, conforme al literal f) del artículo 156, el numeral 2 del artículo 172 y el artículo 212 de la Ley 100 de 1993, define de manera periódica el valor de la UPC-S, valga decir, el costo por cada persona afiliada y beneficiaria del régimen subsidiado. En ejercicio de dicha competencia, mediante los acuerdos respectivos establece cuál será el gasto que obligatoriamente deben ejecutar las ARS para el cubrimiento del POS-S. Así las cosas, conforme al Acuerdo No. 158 del CNSSS, no menos del 85% será destinado a la prestación de los servicios de salud”.

⁵¹ ARTÍCULO 43. Contratación de la prestación de servicios en el Régimen Subsidiado. Los montos mínimos de contratación con la red pública, resultantes de la aplicación de los porcentajes establecidos en el artículo 51 de la Ley 715 de 2001, se calcularán con base en el porcentaje destinado a prestación de servicios de salud de la Unidad de Pago por Capitación Subsidiada, efectivamente recibida por las Administradoras del Régimen Subsidiado (ARS). Para estos efectos, no se contabilizará el porcentaje de promoción y prevención cuya ejecución estará a cargo de las entidades territoriales.

⁵² Acuerdo 229 del 17 de mayo de 2002. Artículo 6°. Proporción de la UPC-S destinada a la financiación de las acciones de promoción y prevención en distritos y municipios. La prestación de las actividades, procedimientos e intervenciones definidas en el presente acuerdo a cargo de las entidades territoriales del orden distrital y municipal y su administración será financiada con el 4.01% de la UPC-S correspondiente al total de la población afiliada por la cual se reconoce la UPC-S en el área de su jurisdicción,

determina un total de \$989.691.217. Por consiguiente, si ese último guarismo es el gasto obligatorio que debía ejecutar Cajasalud ARS con ocasión del *Contrato nro. 02 del 1 de abril de 2003*, no ofrece discusión alguna que la suma de \$501.375.191, atinente a los contratos suscritos con la *red pública* de la región, léase, con la Clínica María Auxiliadora de Garzón y el Hospital departamental San Vicente de Paúl, integra el **51%** de ese gran total.

Es decir, se enfatiza, contrario a las acusaciones de la fiscalía, lo cierto en este asunto es que Cajasalud ARS sí acató la obligación prevista en el artículo 51 de la Ley 715 de 2001, como quiera que contrató con la red pública del municipio de Garzón, más del 50% de los servicios de salud.

5.1.6. Finalmente, la Fiscalía y el Tribunal de Neiva manifestaron que el Alcalde RIVERA GARZÓN cohonestó y “*fue cómplice*” del proceder irregular de Cajasalud ARS, ya que a sabiendas de que ésta había incurrido en una práctica considerada como “*insegura*” y no autorizada en la prestación de servicios de salud, guardó absoluto silencio. Sin objeción alguna, el funcionario permitió que para dar cumplimiento al contrato suscrito con Cajasalud ARS, la Clínica Medilaser subcontratara con el Hospital Departamental San Vicente de Paul de Garzón (contrato Nro. 006-2003) la prestación de Servicios de Salud en los niveles de complejidad II y III. Reproche que, como pasa a explicarse, tampoco es verídico.

exceptuando lo correspondiente a la población afiliada a las EPS y ARS indígenas. Cfr. Cuaderno Nro. 13. Folio 70. Informe de Policía Judicial. 14 Julio 2017.

Mediante Resolución nro. 488 del 20 de junio de 2003, la Secretaria de Salud Departamental del Huila *archivó* una investigación administrativa adelantada contra Cajasalud ARS, entre otros motivos, porque consideró que dicha entidad no había incurrido en ninguna *“intermediación o creación de un nuevo eslabón de aseguramiento”*. Al respecto dijo la citada autoridad: *“(...) se concluye que no existen los suficientes argumentos para determinar que CAJASALUD ARS ha incurrido en una práctica insegura, ni se ha constituido un nuevo eslabón de aseguramiento, al suscribir el contrato de prestación de servicios por la modalidad de capitación con la Clínica Medilaser Ltda., razón suficiente para acceder a lo solicitado por el recurrente en relación con la revocatoria de la Resolución 0380/03 y el archive de la actuación administrativa”*⁵³.

Aunado a lo anterior, las aclaraciones contenidas en el informe pericial del 14 de febrero de 2017 suscrito por los investigadores del CTI Víctor Manuel Beltrán López y Martha Cecilia Zúñiga Cedeño, enervan por completo la afirmación de que Cajasalud ARS difirió a la Clínica Medilaser, la administración de los recursos del régimen subsidiado de salud, lo que impide considerar que, en realidad, se haya presentado el evento de tercerización o subcontratación censurado por la fiscalía.

Resalta la Sala, como se anotó en precedencia, conforme el inciso 3° del artículo 41 del Decreto 050 de 2003, se considera *práctica insegura*, *“la contratación que realice una Administradora del Régimen Subsidiado (ARS) o una Entidad*

⁵³ Cuaderno Original Nro. 1. Folios 178 – 183.

Promotora de Salud (EPS) con una institución o persona natural o jurídica para que ésta se encargue a su vez de coordinar la red de prestadores de servicios”.

A su turno, la Corte, en providencia CSJ SP, 1 jun. 2022. Rad. 60571, al analizar un caso similar al aquí examinado, precisó: *“El Ministerio de la Protección Social definió en su Circular del 19 de abril de 2001 y en el Decreto 050 de 2003 que la intermediación corresponde a una operación contractual en la que una IPS contratada por una ARS, la desplaza para convertirse en coordinadora de la red y cobra en virtud de tal gestión un valor por administración de los subcontratos, de manera que reduce con ese proceder el monto de los recursos destinados a la prestación de servicios de salud.”*

En este caso, sin embargo, no se registró ningún cobro por la supuesta administración de los subcontratos. Los peritos indicaron:

Observadas las facturas presentadas por la Clínica Medilaser a CAJASALUD ARS, no se aprecia en su contenido que se esté relacionando valor alguno por administración, igualmente el valor girado por CAJASALUD ARS corresponde al mismo valor facturado por la Clínica y no realiza ningún tipo de descuento (...). Dentro de la información que compone el acervo probatorio no se observan documentos que determinen que a la Clínica Medilaser le quedó algún remanente en virtud de la ejecución del contrato de capitación suscrito con CAJASALUD ARS, además no se cuenta con información financiera suficiente de la Clínica donde permita determinar un porcentaje o beneficios no repartidos ni aplicados específicamente a ninguna otra cuenta y de la distribución de resultados⁵⁴.

⁵⁴ Cuaderno EMP. Anexos. Fiscalía. Documentos CTI. Folios 249 – 264.

Por ende, si los medios de convicción aportados al presente asunto no demostraron que Medilaser haya efectuado algún cobro ante Cajasalud por la administración de los subcontratos, la única conclusión a la que puede arribar la Sala es que la *intermediación* criticada por la Fiscalía y el fallador de segundo grado no existió. Constatación que termina por ratificar la falta de fundamento jurídico y probatorio de los reproches atribuidos al Alcalde RIVERA GARZÓN.

5.2. En suma, concluye la Corte que respecto del *Contrato nro. 02 del 1 de abril de 2003*, suscrito entre CLODOMIRO RIVERA GARZÓN en calidad de Alcalde del municipio de Garzón y Armando Ariza Quintero como representante Legal de la Administradora del Régimen Subsidiado – Cajasalud ARS, para la administración de los recursos de transferencias de la nación al régimen subsidiado en salud y el aseguramiento de los beneficiarios del sistema, *no se acreditó* la omisión de requisitos legales en sus fases de *tramitación, celebración o liquidación*. Menos aún, que se inobservaran las máximas de transparencia, planeación y debido proceso rectoras de la contratación administrativa. Por ende, no hay duda alguna, la conducta es *atípica* por no adecuarse a todos y cada uno de los elementos del delito objeto de acusación y primera condena.

En consecuencia, la Sala revocará la primera sentencia de condena dictada contra el procesado CLODOMIRO RIVERA GARZÓN para, en su lugar, absolverlo del delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*, según fue dispuesto por el juez de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, la **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

1. REVOCAR la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Neiva el 29 de abril de 2021, mediante la cual condenó por primera vez a CLODOMIRO RIVERA GARZÓN, como autor del delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales* para, en su lugar, confirmar la absolución dictada por el juzgado de primera instancia.

2. Contra esta providencia no proceden recursos.

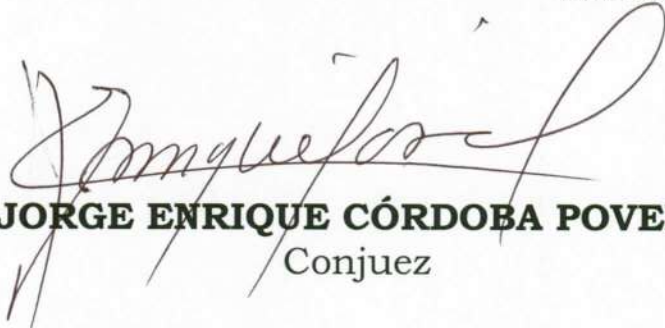
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARLOS ROBERTO SOLÓRZANO GARAVITO
Magistrado



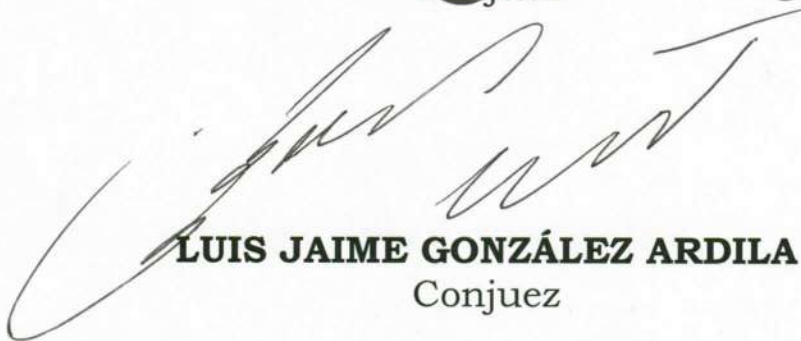
FRANCISCO BERNATE OCHOA
Conjuez



JORGE ENRIQUE CÓRDOBA POVEDA
Conjuez



WHANDA FERNÁNDEZ LEÓN
Conjuez



LUIS JAIME GONZÁLEZ ARDILA
Conjuez

Excusa justificada
JUAN CARLOS PRÍAS BERNAL
Conjuez

Excusa justificada
WILLIAM FERNANDO TORRES TÓPAGA
Conjuez

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria