



República de Colombia  
**Corte Suprema de Justicia**  
Sala de Casación Penal

**DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN**

**Magistrado ponente**

**SP064-2023**

**Radicado N° 61125.**

Acta 35.

Bogotá, D.C., primero (1°) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

### **VISTOS**

Examina la Corte en sede de casación la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, el 28 de septiembre de 2021, a través de la cual confirmó, con modificaciones en la institución a favor de la cual se deben pagar los perjuicios, la emitida en primera instancia, el 17 de julio de 2020, por el Juzgado 12 Penal del Circuito de esta ciudad, que condenó a MELBA LUCÍA FLÓREZ TORO, JOSÉ LAUREANO NOVOA GUEVARA, JORGE HUMBERTO CÉSPEDES IBARRA, MANUEL HUMBERTO LEÓN AVELLANEDA, CARLOS ARTURO PARRA OROZCO, MARINA CONCEPCIÓN

CARBONELL JIMENO, JAIRO ALONSO ESTARITA MONROY y ÉDGAR ANTONIO RICARDO GARCÍA, los dos primeros en calidad de determinadores y los demás a título de coautores, como responsables de los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, interés indebido en la celebración de contratos y peculado por apropiación, a la pena principal de 90 meses de prisión, multa en cuantía de \$4.317.146,799.84, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por término igual al de la privación de libertad.

### **HECHOS**

LAUREANO NOVOA GUEVARA, Gerente General de COOMEVA COOPERATIVA, se propuso favorecer a los asociados a esta, para lo cual estimó necesario entregarles contratos de prestación de servicios de salud, que se pagaban con fondos parafiscales a cargo de la EPS COOMEVA.

Con tal cometido, conformó un equipo de trabajo liderado por MELBA LUCÍA FLÓREZ TORO, a quien se asignó el cargo, recién creado, de Gerente Corporativo de Salud de COOMEVA COOPERATIVA, e integrado con MANUEL HUMBERTO LEÓN AVELLANEDA, Director Nacional de Salud de la EPS COOMEVA y CARLOS ARTURO PARRA OROZCO, Jefe Nacional de Alto Costo de la EPS COOMEVA.

En seguimiento de las directrices trazadas por el Gerente General de COOMEVA COOPERATIVA, la EPS COOMEVA pacta **dos contratos** con Medicamentos de Occidente, cuyos socios -ÉDGAR ANTONIO RICARDO GARCÍA, MARINA CONCEPCIÓN CARBONELL JIMENO y JAIRO ALONSO ESTARITA MOINROY-, habían pasado a ser, a la vez, seis meses antes, socios de COOMEVA COOPERATIVA: el **primer contrato** de prestación de servicios de salud, fechado el 1 de diciembre de 2003, entre Medicamentos de Occidente y COOMEVA EPS, en cuya calidad firma el Gerente, JORGE HUMBERTO CÉSPEDES IBARRA, para la atención integral de pacientes de VIH SIDA, y, el **segundo contrato**, Carta-acuerdo, fechada el 1 de noviembre de 2004, rubricada por Medicamentos de Occidente, con MELBA LUCÍA FLÓREZ TORO, para realizar cirugías represadas de implantación de prótesis de cadera y rodilla.

Ambas negociaciones fueron realizadas a partir de la orden de MELBA LUCÍA FLÓREZ y la concurrencia de su equipo, en particular, CARLOS ARTURO PARRA y MANUEL HUMBERTO LEÓN AVELLANEDA, contando también con la conformidad del Gerente de la EPS, JORGE HUMBERTO CÉSPEDES IBARRA, quien firmó el primer contrato y cohonestó el efecto de la Carta-acuerdo.

En esas negociaciones, contrato y carta acuerdo, se pasó por alto que Medicamentos de Occidente no cumplía con los requisitos consagrados en la Ley 100 de 1993, y los artículos

9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17 y 41 del Decreto 2309 de 2010, para actuar como contratista de servicios de Salud adquiridos por las EPS en aras de cubrir las necesidades básicas de sus afiliados, pues, a más de carecer de habilitación legal para actuar como IPS, no contaba con medios patrimoniales y logísticos que le permitieran atender a la población beneficiaria.

En atención a estas limitaciones patrimoniales y logísticas, finalmente, Medicamentos de Occidente terminó realizando una indebida e ilegal intermediación que representó un enorme detrimento respecto de los recursos de la salud manejados por la EPS COOMEVA, pues, esta se hallaba en posibilidad de atender por sí misma las prestaciones contratadas -tanto que, finalmente, su red fue la utilizada para materializar la prestación de los servicios- o contratarlas con sus proveedores directos.

Además del detrimento patrimonial inserto en la intermediación, la prestación del servicio de salud por parte de Medicamentos de Occidente implicó recibir pagos con sobrecostos, doble facturación o respecto de gastos y prestaciones no adelantadas efectivamente -pacientes ya fallecidos, no registrados, que no pagaron sus cuotas de afiliación o fueron atendidos por otras IPS-, e incluso, respecto de cuentas glosadas.

Ello, pese al control que de la prestación del servicio debían realizar los altos empleados de COOMEVA EPS, esto

es, JORGE HUMBERTO CÉSPEDES IBARRA, CARLOS ARTURO PARRA OROZCO y MANUEL LEÓN AVELLANEDA, quienes, además, habilitaron el pago de esas cuentas cumpliendo órdenes verbales de LAUREANO NOVOA GUEVARA y MELBA LUCÍA FLÓREZ TORO.

### **ACTUACIÓN PROCESAL**

Acorde con lo denunciado, el 2 de agosto de 2006, se decretó la apertura de instrucción, dentro del trámite diseñado por la Ley 600 de 2000.

En autos del 14 y 21 de noviembre de 2011, fue resuelta la situación jurídica, entre otros, de MELBA LUCÍA FLÓREZ TORO, JOSÉ LAUREANO NOVOA GUEVARA, JORGE HUMBERTO CÉSPEDES IBARRA, MANUEL HUMBERTO LEÓN AVELLANEDA, CARLOS ARTURO PARRA OROZCO, MARINA CONCEPCIÓN CARBONELL JIMENO, JAIRO ALONSO ESTARITA MONROY y ÉDGAR ANTONIO RICARDO GARCÍA, en cuyo favor la Fiscalía se abstuvo de imponer medida de aseguramiento.

El 10 de noviembre de 2014, se profirió resolución de acusación en contra de los reseñados, por haber actuado de manera dolosa y en la forma de participación, como se detalla a continuación:

**i) MELBA LUCÍA FLÓREZ TORO y LAUREANO NOVOA GUEVARA**, como determinadores de los punibles de *Peculado*

*por apropiación, en favor de terceros, Contrato sin cumplimiento de requisitos legales e Interés indebido en la celebración de contratos, en concurso heterogéneo y sucesivo.*

**ii)** JORGE HUMBERTO CÉSPEDES IBARRA, MANUEL HUMBERTO LEÓN AVELLANEDA y CARLOS ARTURO PARRA OROZCO, como coautores de aquellos mismos ilícitos, igualmente en concurso heterogéneo y sucesivo.

**iii)** JAIRO ALFONSO ESTARITA MONROY, MARINA CONCEPCIÓN CARBONELL JIMENO y ÉDGAR RICARDO GARCÍA, como intervinientes del concurso heterogéneo y sucesivo de los reatos de *Peculado por apropiación, Contrato sin cumplimiento de requisitos legales e Interés indebido en la celebración de contratos.*

Apelada esta decisión, con fecha del 22 de marzo de 2017, fue confirmada en su integridad por el Fiscal 41 Delegado ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

El asunto fue repartido, para adelantar la fase del juicio, al Juzgado 12 Penal del Circuito de Cali, despacho que adelantó la audiencia preparatoria y en curso de ella expidió el auto de fecha 23 de octubre de 2017, en el cual negó las

nulidades propuestas por la defensa y se pronunció respecto de las pruebas.

Más adelante, el 24 de octubre de 2017, dispuso cesar procedimiento, por prescripción, en favor de CARBONELL JIMENO, ESTARITA MONROY y RICARDO GARCÍA.

Apelada la decisión por la Fiscalía y la representación de COOMEVA EPS, en calidad de víctima, esta fue revocada por el Tribunal de Cali, en auto del 18 de diciembre de 2017.

El 4 de diciembre de 2017, se dio comienzo a la audiencia pública de juzgamiento. En curso de ella, cuando culminó la práctica de pruebas, la Fiscalía modificó la calificación jurídica, a fin de señalar que CARBONELL JIMENO, RICARDO GARCÍA y ESTARITA MONROY, responden a título de coautores y no de intervinientes, en los tres delitos objeto de acusación.

Después se emitieron los fallos de primero y segundo grados reseñados al inicio.

En contra de las sentencias presentaron demandas de casación los defensores de los acusados, las cuales fueron admitidas por la Sala en auto del 3 de marzo de 2022.

Obtenido el concepto del Ministerio Público, con la adición requerida por la Corte, se dispone la Sala a emitir la sentencia de casación.

## **LAS DEMANDAS**

### **1. A nombre de MARINA CONCEPCIÓN CARBONELL JIMENO, JAIRO ALONSO ESTARITA MONROY y ÉDGAR ANTONIO RICARDO GARCÍA**

#### **Cargo Primero**

Lo rotula el defensor del acusado, al amparo de la causal 3ª del artículo 207 de la Ley 600 de 2000, por considerar que se violó el debido proceso, dado que se adelantó el trámite pese a que la acción penal se hallaba prescrita, en lo que atañe a los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales e interés indebido en la celebración de contratos.

A ello se llegó, precisa la defensa, por la vía de la violación directa de la ley, en particular, la interpretación errada de los artículos 9, 10, 12, 20, 29, 31, 409 y 410 del C.P., lo que llevó a omitir la aplicación del artículo 83 de la misma obra.

En aras de desarrollar el cargo, el demandante remite a lo expuesto en ambos fallos de las instancias ordinarias respecto de la naturaleza del contrato firmado por COOMEVA

EPS, con Medicamentos de Occidente, el que, por tratarse de recursos parafiscales los allí involucrados, fue estimado de carácter estatal, a la vez que sus signatarios se determinaron servidores públicos.

Entiende el recurrente, que si la sola vinculación de dineros públicos define esos tópicos, debería entenderse que, por ejemplo, todos los médicos o el personal de una clínica habría de entenderse servidor público, en consecuencia que conduce al absurdo.

Para efectos de determinar si un contrato debe o no entenderse estatal, añade, se hace necesario acudir, entre otros criterios, al orgánico-subjetivo, que define el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, bajo cuyo amparo es claro que el mismo opera público o estatal si alguno de los intervinientes comporta esta calidad (cita tesis del Consejo de Estado que respalda el punto).

Solo por excepción, acorde con los artículos 2° y 13 de esa misma normatividad, se puede entender público un contrato.

Para el caso, añade, tanto COOMEVA EPS, como Medicamentos de Occidente, son entidades privadas; y si bien, la salud se entiende un servicio público, es lo cierto que la Ley 80 de 1993, no estima este factor para mutar la condición de un contrato privado a estatal, al tanto que la

Constitución Política permite que estas actividades sean realizadas por entes privados, tal cual lo ha reseñado la Corte Constitucional.

El servicio de salud, acorde con la Ley 100 de 1993, puede ser desempeñado por entes privados o públicos; en caso de estos últimos, la contratación se rige como si se tratara de Empresas Sociales del Estado, acorde con lo dispuesto en el artículo 195 de dicha normatividad. Incluso, acota, con la expedición de la Ley 1122 de 2007, también las entidades públicas se someten al régimen de contratación privada, en seguimiento del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, que autoriza a las empresas oficiales a realizar contratación directa cuando se trata del servicio de salud, obviando el principio de transparencia.

De otro lado, advierte que, si bien, el artículo 156 de la Ley 100 de 1993, delegó en las EPS el recaudo de las cotizaciones del sistema de salud, ello no significa que la delegación se extienda a los demás actos y contratos que celebre, pues, se llegaría al extremo de considerar que la contratación de cualquier asesoría privada con un profesional independiente deba estimarse contrato sometido a reglas estatales, solo porque supuestamente se paga con esos recursos –dice no conocer otro proceso penal en que se investiguen contratos privados solo porque los recursos sean parafiscales-.

Una forma contraria de razonar, sostiene la defensa, implica afectación del principio de culpabilidad, pues, conduce a exigir que años atrás, cuando se contrató, las partes aventuraran que hoy se daría tratamiento de públicos a esos convenios.

Por lo demás, agrega, si así fuese, no tendría sentido que la Ley 100 de 1993, diferenciara entre entidades públicas y privadas (art. 180).

De lo anotado concluye el demandante, que ni siquiera podía convocarse a juicio a los acusados, pues, los contratos por ellos realizados no comportan calidad de estatales, de lo cual se deriva la atipicidad de las conductas.

En punto de trascendencia del cargo, señala el recurrente que debieron declararse atípicas las conductas contractuales o, “en el peor de los casos”, decretarse la prescripción de la acción penal, pues, discurrieron más de doce años entre el momento de los hechos y la ejecutoria de la resolución de acusación.

Después de aludir a los principios que gobiernan la nulidad, el defensor solicita que se decrete la invalidez de lo actuado desde la formulación de acusación, inclusive, “ante la evidente prescripción de la acción penal”.

### **Cargo segundo (subsidiario)**

Por la misma senda de violación al debido proceso, el demandante advierte que ello derivó de la aplicación indebida del artículo 20 del C.P. y, a la vez, de la falta de aplicación de los artículos 30-3 y 83 ibídem, en tanto, se pasó por alto la condición de intervinientes de los procesados MARINA CONCEPCIÓN CARBONELL, JAIRO ESTARITA MONROY y ÉDGAR RICARGO GARCÍA, en los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales e interés indebido en la celebración de contratos, para estimarlos, en su lugar, servidores públicos, y así impedir que se decretara la prescripción de la acción; ello, además, incide en la condena respecto del delito de peculado por apropiación.

Después de citar apartados de los fallos de las instancias ordinarias, el demandante, significa que allí se determinó de forma expresa que los acusados por él representados tienen la calidad de servidores públicos, dado que prestan un servicio de este tenor.

Al igual que en el cargo anterior, el recurrente destaca que ello conduce al extremo de asumir que cualquier particular, incluso independiente, que preste un servicio público, debe significarse servidor público.

A fin de precisar el tema, el impugnante destaca que la condición de sus asistidos legales es diferente a aquella que acompaña a los empleados de la EPS COOMEVA, y que la confusión surge de considerar iguales los conceptos de función pública y servidor público.

Al respecto, destaca que la función pública implica cumplir órdenes estatales, en uso de competencias de este tenor, al amparo de la ley; al tanto que el servicio público apenas representa la prestación, sin que la persona se repute actor estatal, limitándose su comportamiento al campo material o técnico (cita jurisprudencia del Consejo de Estado que así lo reseña, así como la Sentencia C-037 de 2003, obra de la Corte Constitucional).

De ello se desprende que el régimen de responsabilidad aplicable a los particulares que ejercen una función pública, sea más riguroso que el que deriva de solo ejecutar un servicio público.

De allí surge, además, que si la EPS no presta una función pública, mucho menos puede hacerlo Medicamentos de Occidente, simple particular que contrató con aquella.

Luego de citar jurisprudencia de la Corte y doctrina referidas al tema, el demandante concluye que sus asistidos no desempeñaron, con ocasión de la firma de los contratos o

su ejecución, una función pública, sino que apenas prestaron un servicio público.

Entonces, señala, para el momento en que se calificó el mérito del sumario los procesados fueron estimados intervinientes en los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales e interés indebido en la celebración de contratos, emergiendo irregular que después el Tribunal cambié la denominación jurídica para decirlos, de manera contraria a la realidad, coautores.

Destaca, así mismo, que Medicamentos de Occidente no administraba recursos parafiscales, pues, se limitaba a prestar un servicio, a cambio de un pago en dinero, independientemente de cuál era el tipo de contrato adelantado.

En este sentido, aclara que, si bien, en asunto similar la Corte inadmitió una demanda de casación, al advertir que se trasladó la función pública a CAPRECOM EPS, ello es distinto a lo que aquí ocurre, pues, Medicamentos de Occidente es una entidad privada que solo presta servicios de salud.

Después de citar jurisprudencia de la Sala, en la cual se diferencian los conceptos de autor y partícipe respecto de delitos de sujeto activo calificado, el demandante precisa que, tratándose de estos últimos, no cabe aplicar el incremento de

la prescripción ordenada en disfavor de los servidores públicos,

Por ello, estimándose que la pena máxima en ambos delitos contractuales, asciende a 12 años, cabe entender que operó el fenómeno prescriptivo en la fase de la instrucción, previo a la ejecutoria de la formulación de acusación.

Pide, así, que se adecue la conducta a la efectiva intervención de sus representados.

### **Cargo tercero**

Soportado en el cuerpo segundo de la causal primera, advierte la materialidad de errores de hecho por falso juicio de existencia e identidad.

Para soportar el cargo, parte por resumir las que entiende circunstancias que gobiernan el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, para después destacar los motivos que gobernaron la condena expedida en contra de sus representados, en particular, referidos a que la empresa Medicamentos de Occidente no contaba con la capacidad legal para desarrollar los contratos firmados con COOMEVA EPS y que fueron omitidos los principios que rigen la contratación estatal –estudios de oportunidad y conveniencia-

A renglón seguido, el recurrente destaca las razones que lo han llevado, a lo largo del proceso, a discutir que no existe posibilidad de aplicación de reglas estatales a contratos por esencia privados, acorde con conceptos presentados en juicio.

Precisamente, acota, el Tribunal cercenó lo expresado por el experto Julio Mario Orozco Africano, pues, pese a que advirtió la naturaleza privada del contrato, ello se respondió en el fallo con solo reseñar respetable pero no compartible su tesis.

En un acápite subsecuente, destinado a examinar la naturaleza de los recursos que ingresan al Sistema General de Seguridad Social en Salud, el demandante sostiene que se trata de bienes parafiscales que recauda la EPS y debe destinar a la atención integral en salud de los asociados.

Entonces, arguye, si se sabe que los contratos celebrados con Medicamentos de Occidente, se encaminan a la atención integral de pacientes con VIH y a la entrega de prótesis articulares, solo puede concluirse que el objeto de lo convenido es completamente legal y no representa desvío de recursos.

Además, prosigue, si se verifica que los contratos celebrados no son estatales, ni los socios de Medicamentos de Occidente pueden ser considerados servidores públicos,

debe concluirse que el delito pasible de ocurrir no lo es el de peculado por apropiación, sino el abuso de confianza calificado.

Esto, por cuanto, los acusados no contaban con la disponibilidad jurídica de los dineros, vale decir, su administración, tenencia o custodia, por razón de sus funciones, en tanto, quienes autorizaban los pagos y los ejecutaban eran los empleados de COOMEVA EPS, como así lo dispone el artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, en cuanto, determina que esas funciones del aseguramiento son “indelegables”.

No es lo mismo, añade, recibir dineros públicos para administrarlos, que percibir el pago por una prestación, como sucede, por ejemplo, con el salario entregado a los servidores públicos, que se convierte en bien privado cuando ingresa a su peculio.

No es verdad, además, que no se prestaran los servicios de salud pactados, como dice el Tribunal, pues, se presentaron amplios listados de pacientes atendidos, que fueron desconocidos por esa Corporación, con lo cual incurrió en un error de hecho por falso juicio de existencia por omisión.

De todos modos, acota, si se dijera que hubo apropiación de dineros públicos, ello compete al delito de abuso de confianza calificado, que ya está prescrito.

Insiste en que las instancias ignoraron las pruebas presentadas por la defensa, que confirman la naturaleza privada de los contratos, de lo cual surge que, cuando menos, existe duda acerca de la materialidad del delito de peculado (que fue atado sin mayores desarrollos argumentales al delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales), razón por la cual se hacía imperativo dar aplicación al principio de presunción de inocencia.

Pide, en consecuencia, que se revoque la condena por esta ilicitud y en su lugar sean absueltos de la misma sus tres representados.

#### **Cargo cuarto (subsidiario)**

Dentro de la senda de la violación directa de la ley, acusa la sentencia de haber interpretado de forma errónea el inciso tercero del artículo 61 del C.P., lo que llevó a aplicar a sus defendidos una pena superior a la que les corresponde por el delito de peculado por apropiación y, además, influyó en el incremento por los delitos concursados.

Ello, por cuanto, al momento de individualizar la pena para el delito base de peculado, el sentenciador se apartó del

mínimo imponible a partir de razones que hacen parte de la tipicidad de la conducta –dineros públicos, desvío de los mismos, afectación de usuarios del servicio de salud- y de un factor ajeno a lo consagrado en la norma –la pluralidad de delitos-, a más que no tuvo en cuenta la carencia de antecedentes de los procesados, como forma de atemperación punitiva.

De esta manera, estima que el incremento de 10 meses sobre el mínimo imponible, 72 meses, opera inmotivado.

Algo similar ocurre, destaca, con la dosificación aplicada al concurso, esto es, el incremento por los punibles contractuales, dado que no se motivó el mismo a través de la aplicación de los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad.

Entiende, así, que la pena por el delito base debió ascender a 72 meses y en proporción a ello incrementar lo correspondiente a los delitos que le concursan, aspecto en el cual funda su petición ante la Corte.

## **2. A nombre de JORGE HUMBERTO CÉSPEDES IBARRA**

### **Primer cargo (principal)**

Lo inscribe el demandante como propio de la violación del debido proceso en su estructura básica, producto de que el Tribunal, al expedir el auto del 18 de noviembre de 2017, en el cual desató la segunda instancia respecto de lo resuelto sobre nulidades y pruebas por el A quo, “SE ABROGÓ (sic) EX OFICIO”, la posibilidad de variar la calificación jurídica en un momento previo al que establece para ese efecto el artículo 404 de la Ley 600 de 2000.

Destaca, así, que en la resolución de acusación claramente se verificó que los procesados MARINA CONCEPCIÓN CARBONELL, ÉDGAR ANTONIO RICARDO y JAIRO ALONSO ESTARITA, responden a título de intervinientes de los delitos objeto de pronunciamiento.

Ello condujo a que el 24 de octubre de 2017, la primera instancia decretara la prescripción de los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales e interés indebido en la celebración de contratos, a favor de aquellos.

Empero, apelada esa decisión por la Fiscalía y la representación de la víctima, el ad quem la revocó, desbordando los alcances de su función revisora, pues, es al fiscal del caso a quien compete determinar la calidad del delito e incluso modificarla en el juicio, luego de la práctica de pruebas, acorde con lo establecido en el artículo 404 de la Ley 600 de 2000.

Ello, agrega, pretendió ser convalidado por el fiscal del caso, en cuanto, manifestó su intención de variar la forma de participación de los tres acusados antes reseñados, en intervención que no fue objeto de consideración por el juez, previo al fallo de primer grado.

Considera el recurrente, después de aludir a los principios que gobiernan la declaratoria de nulidad, que se afectó la estructura del debido proceso, junto con el principio de imparcialidad, en tanto, el Tribunal examinó la prueba en un momento previo al fallo e impidió la contradicción de su postura, al extremo que el A quo decidió de acuerdo con esa modificación.

En este sentido, dado que anticiparon su criterio respecto del delito y la responsabilidad de los acusados, los magistrados del Tribunal debieron declararse impedidos cuando el asunto llegó en apelación del fallo de primer grado.

Pide, en consecuencia, que se anule lo actuado desde que se profirió la decisión de segunda instancia -18 de noviembre de 2017- que varió el tipo de intervención de tres de los acusados.

### **Cargo segundo (subsidiario)**

Lo rotula el demandante dentro del cuerpo primero de la causal primera de casación, por violación directa de la ley

sustancial, en concreto, indebida aplicación del artículo 20 de la Ley 599 de 2000, lo que llevó a aplicar, también de manera indebida, los artículos 397, 409 y 410 ibídem.

Con el propósito de definir su tesis, el impugnante acude al contenido de los artículos 48, 49 y 365 de la Carta Política, para derivar de allí que el servicio de salud puede ser prestado por particulares o entes privados, como sucede ahora con las EPS.

Sin embargo, señala, debido a una errada interpretación normativa, las instancias han entendido como conceptos o institutos similares el servicio público y la función pública, pese a que se hallan regulados en títulos diferentes de la Constitución Nacional.

De igual manera, prosigue el recurrente, los falladores examinaron de forma errada los artículos 15, 16 y 112 de la Ley 489 de 1998, dado que COOMVA EPS, no cumple funciones administrativas.

Igual sucedió con la interpretación de los artículos 2, 3, 23, 24, 25 y 26 de la Ley 80 de 1993; y los artículos 194 y 195 de la Ley 100 de 1993, esto último, por estimar el Tribunal que la regulación de las Empresas Sociales del Estado cubre también a las EPS privadas.

De no haber incurrido en los yerros postulados, aduce el impugnante, el Tribunal habría concluido que COOMEVA es una EPS privada; que el procesado CÉSPEDES IBARRA no es servidor público; y que, finalmente, no se ejecutaron los delitos objeto de acusación, por obligar de sujeto activo calificado.

Pide, acorde con lo anotado, que se case la sentencia atacada y en su lugar sea proferida sentencia absolutoria a favor de su defendido.

### **Cargo tercero**

Lo ubica el casacionista en el cuerpo segundo de la causal primera, por error de hecho por falso raciocinio en el examen del peritaje presentado por el profesional contable, el 23 de noviembre de 2013.

Sobre el particular, después de citar el contenido del artículo 251 de la Ley 600 de 2000, que exige claridad y precisión en el dictamen pericial, el demandante sostiene que ello no ocurre con la experticia citada, en tanto, ni siquiera determina el valor de lo supuestamente apropiado, que se hace necesario para determinar la tipicidad y antijuridicidad del delito de peculado, así como las circunstancias de la agravante y el monto de pena a imponer.

A este respecto, destaca que el informe pericial, al igual que lo dicho por el perito en el juicio, omiten determinar cómo pudo afectarse la cuenta del Fosyga, o mejor, qué detrimento patrimonial sufrió esta. Tampoco se hizo una trazabilidad de los aportes del Fondo en cuestión y, en consecuencia, el desvío o afectación del mismo.

Más grave aún, postula el demandante, que no se hubiera excluido a su representado del supuesto detrimento ocurrido con las prótesis, pese a conocerse que este no intervino ni firmó la carta acuerdo que contiene el negocio pactado entre COOMEVA EPS y Medicamentos de Occidente. Incluso, agrega, el perito de forma expresa dijo en el juicio que no logró determinar los perjuicios padecidos por COOMEVA EPS.

Estima el demandante, que el perito carecía de idoneidad para cumplir con el encargo, pues, cuando se le pidió ampliar o aclarar su informe, aceptó no tener conocimientos en el área de la salud; adujo, además, que no conoce lo referido al control o regulación de precios de los medicamentos –pese a lo cual anotó que existían irregularidades en los precios pactados-; también reconoció que en su examen no tuvo en cuenta las historias clínicas u otro documento que acreditara la efectiva prestación del servicio; y, junto con ello, a pregunta expresa de la defensa, dijo no tener claro por qué las ganancias deben estimarse beneficio ilegal.

Junto con lo anotado, agrega el defensor, el perito tuvo en cuenta actividades ajenas al periodo que, se estima, cubre las ilicitudes despejadas, lo que llevó a imprecisión en los montos definidos. En similar sentido, consideró las utilidades como ilegales, sin tomar en consideración aspectos como los gastos de funcionamiento, y dejó de examinar el tipo de cambio para el momento de los hechos. Terminó por aceptar, de igual manera, que no todos los recobros al Fosyga fueron irregulares.

El perito incurrió en yerros del mismo tenor, despeja la defensa, cuando se refirió a los implantes y sus costos, pues, no pudo diferenciar marcas y valores de estas.

El falso raciocinio en que incurrieron las instancias estriba, así, en que, se le asignó al peritaje “un valor suasorio que no conduce a estructurar la conducta punible de peculado por apropiación”.

Entiende el demandante, que las dudas insertas en el dictamen debieron llevar a absolver por el delito de peculado por apropiación, dado que no se probó su materialización.

Pide, por ello, que se case la sentencia para revocar la condena proferida en contra de su representado judicial, por el delito en cuestión.

**3. A nombre de MANUEL HUMBERTO LEÓN  
AVELLANEDA**

La Corte advierte que el defensor, mismo profesional que asumió la demanda presentada a nombre de JORGE HUMBERTO CÉSPEDES IBARRA, transcribió sin modificaciones trascendentes (solo en el nombre de su asistido) los cargos consignados allí, razón por la cual no se hace necesaria una nueva referencia de los mismos, aclarándose que el estudio, por obvias razones, operará conjunto.

**4. A nombre de JOSÉ LAUREANO NOVOA GUEVARA**

**Cargo primero**

Lo ubica el demandante dentro de la causal tercera, por haberse dictado el fallo dentro de un juicio viciado de nulidad.

Sin precisar en concreto la causal de nulidad aducida, el recurrente aborda distintos tópicos de controversia, así:

-Aplicación indebida del artículo 20 de la Ley 599 de 2000, en cuanto, se asimilaron los conceptos de función pública y servicio público, gracias a lo cual se atribuyó al acusado la condición de servidor público.

Destaca el defensor, así, que la función pública implica desarrollar una autoridad inherente al Estado, al tanto que el servicio público conlleva apenas la prestación de un servicio, con lo cual, el particular no pierde este estatus.

Por ello, acota, dado que el delito de peculado por apropiación obliga de la intervención de un sujeto activo calificado, servidor público, la inexistencia de esta condición en cabeza del acusado, impide que se tipifique la conducta.

Igual sucede, añade, con los punibles de contenido contractual, dado que se trata, los contratos celebrados entre la EPS COOMEVA y Medicamentos de Occidente, de una actuación de contenido eminentemente privado, que se rige por las leyes civiles y comerciales, a más de lo consignado en la Ley 100 de 1993 (arts. 179, 194 y 195).

Entonces, acota, si las Empresas Sociales del Estado se rigen, para estos efectos, por la ley civil, sería un contrasentido que las EPS privadas debieran hacerlo dentro de la normatividad estatal de contratación.

Acorde con lo contemplado en la Ley 80 de 1993, prosigue, para que se entienda existir un contrato estatal, que se rija por sus principios, es necesario que una de las partes comporte esa condición. Así lo establece el examen contextual de los artículos 2 y 30 de esa normatividad.

-La constitución de COOMEVA EPS como parte civil.

Entiende el demandante, que la admisión de la demanda de constitución de parte civil de esta entidad, plasmada en resolución del 9 de octubre de 2006, operó irregular, pues, nunca demostró su legitimidad para intervenir en tal condición, ni tampoco los perjuicios que pudo haber padecido.

Ello, destaca, rompe el equilibrio procesal, pues, el bien jurídico tutelado con las definiciones típicas objeto de investigación, es de orden estatal y no privado; máxime que, agrega, la jurisprudencia ha admitido la aceptación de personas particulares solo cuando son los dueños de los bienes.

Es por ello que, señala, la condena para el pago de perjuicios se hizo a favor del SGSSS y no de COOMEVA.

No entiende, eso sí, por qué se condenó a los acusados, dada su vinculación con COOMEVA EPS, pero no se incluyó a esta entidad en la responsabilidad solidaria para el pago de los perjuicios.

### **Cargo segundo**

Dice el defensor que se trata de un error de derecho, fundado en que se otorgó la condición de servidores públicos

a los acusados “con un elemento probatorio cualquiera”, pese a que se demanda de una “prueba solemne”.

Pese a lo propuesto, el cargo se nutre de una crítica general a la acusación y los fallos de ambas instancias, bajo el criterio, o que nunca se precisó el tipo de responsabilidad del acusado, incluso tampoco existe claridad respecto de los tópicos de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad; o que las pruebas recogidas no demuestran esos temas concretos.

Luego, asume de nuevo la discusión planteada en el cargo anterior, referida a la distinción entre función pública y servicio público, a fin de criticar que el Ad quem las estime figuras similares, pese a que la Corte Constitucional, en la Sentencia C-037 de 2003, determinó sus diferencias sustanciales, al extremo de verificar la excepcionalidad de que particulares desempeñen funciones públicas, cuya responsabilidad es mayor que en los casos en los cuales apenas se realiza un servicio público, al punto de consignar responsabilidades disciplinarias.

Incluso, afirma, si COOMEVA EPS fuese una entidad pública, para la prestación del servicio de salud habría de acudir a normas de contratación privadas, como así lo establece el artículo 24 de la ley 80 de 1993, habilitación que reposa en la necesidad de garantizar la agilidad y consecutividad de tan necesaria actividad, además de gravitar allí los postulados de libre empresa y competencia,

que también desarrollan los principios de universalidad y cobertura, insertos en la atención de salud.

El que se trate de un servicio público, el de salud, sometido a la vigilancia y control del Estado, no implica, manifiesta la defensa, que se elimine el esquema de libre mercado que gobierna la materia o que se estaticice la actividad, como lo ha clarificado la Corte Constitucional -C-615 de 2002-.

Atinente a los recursos parafiscales, el demandante advierte que los dineros utilizados por COOMEVA EPS, para celebrar los contratos con Medicamentos de Occidente, provienen de las cotizaciones entregadas por los afiliados al régimen contributivo (art. 177, Ley 100 de 1993) y tienen una destinación específica, como lo ha dicho la Corte Constitucional: gastos médicos o gastos de administración, que pueden utilizarse con “libertad” para cumplir el principio de eficiencia.

De ello se sigue, estima el recurrente, que ninguna irregularidad puede advertirse en el hecho de destinar recursos parafiscales en contratos que buscan cubrir el servicio de salud, razón por la cual, la acusación por los delitos contractuales y el de peculado, se ofrece infundada.

### **Cargo tercero**

El defensor lo instala en la causal primera, cuerpo segundo, referido a la violación indirecta de la ley por errores de hecho por falso juicio de existencia por omisión, respecto de los siguientes medios suasorios, que, sostiene, fueron ignorados por el Tribunal pese a su trascendencia:

-Informe de auditoría forense del 19 de julio de 2006, adelantado por JAHV MACGREGOR S.A., en el cual se advierte que el perjuicio patrimonial lo fue para la EPS COOMEVA, no en contra del Estado, acorde con lo establecido en el artículo 111 de la Ley 788 de 2002, referido a que las pérdidas de la EPS las asumen los inversionistas de esta.

-Los alegatos precalificatorios presentados por la Procuraduría, en los cuales, sostiene que no se materializan los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales e interés indebido en la celebración de contratos, dado que se trata de convenios celebrados por dos entidades privadas.

-“ESTADO DE RESULTADOS COOMEVA EPS S.A.”

Certificaciones de contabilidad de la empresa COOMEVA EPS, en las cuales se detalla el estado de cuentas de los años 2003 a 2006, hasta determinar que se utilizaron

adecuadamente los porcentajes de UPC destinados a costos de operación.

Acorde con ello, estima el demandante que no se reputa ningún daño para el patrimonio estatal.

-“EXPERTICIA CONTABLE”

Sin precisar a qué experticia se refiere, el recurrente advierte que la misma fue objeto de 34 solicitudes de ampliación o aclaración, que no resolvió adecuadamente el experto, entre otras razones, porque fijó una suma como utilidades, sin descontar los impuestos y gastos de administración, lo que torna en irreal la conclusión.

Tampoco descontó, agrega la defensa, los recobros entregados por el Fosyga a COOMEVA EPS, en los períodos 2004, 2005 y 2006, por suma superior a dos mil setecientos millones de pesos, ni el reaseguro que corresponde por la enfermedad catastrófica que se entiende es el SIDA.

Además, si el resultado se observó negativo para los años 2003, 2004 y 2005, no se entiende cuál beneficio pudo obtener su representado judicial, con el delito de peculado.

En otro orden de ideas, señala el demandante, que para los años 2003, 2004 y 2005, de ocurrencia de los hechos, el acusado JOSÉ LAUREANO NOVOA, no ocupaba ningún

cargo dentro de COOMEVA EPS, dado que fungía en calidad de Gerente General Corporativo de COOMEVA COOPERATIVA.

Después de resumir el contenido de los cargos planteados y las que, en su sentir, representan afectaciones del debido proceso y las garantías del procesado, solicita que se case el fallo, sin señalar en qué sentido debe hacerse ello.

#### **4. A nombre de CARLOS ARTURO PARRA OROZCO**

##### **Cargo primero**

Lo inscribe la demandante dentro de la órbita de la causal primera, cuerpo primero, por violación directa de la ley, en cuanto, asevera, se dio la condición de servidor público a su prohijado legal, pese a que no contaba con ella.

Estima que por sus condiciones, los servidores públicos, así sea de forma transitoria, deben contar con un acto o norma previos que adscriban esa calidad y determinen sus funciones, acorde con lo establecido en el artículo 122 de la Carta Política.

Con citas de apartados de la Sentencia C-037 de 2003, significa que, en efecto, no existe ningún tipo de delegación que haya atribuido a su representado la condición de servidor público que pregonan las instancias ordinarias,

razón por la cual, no es posible determinar materializados en cabeza suya los tres delitos endilgados.

A renglón seguido, asume el examen particular de cada conducta, con el ánimo de demostrar que en el caso concreto no se cumplen las exigencias típicas que gobiernan los delitos.

Así, respecto del punible de peculado por apropiación en favor de terceros, estudia el verbo rector “apropiarse”, para sostener que no existe prueba que verifique en el acusado esa intención; por el contrario, varios testigos sostienen que el procesado no tenía injerencia en asuntos contractuales o presupuestarios, pues, solo trabajaba con base en esos convenios. Por lo demás, acota, nunca tuvo dineros públicos bajo su administración, tenencia o custodia.

Las instancias, junto con lo anotado, tampoco precisaron cuándo o cómo pudo apoderarse de dineros el acusado, ni el monto de los mismos.

En lo que corresponde al delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, afirma que su asistido no era servidor público, ni tampoco tramitó, celebró o liquidó algún contrato.

Y, si bien, los falladores hablaron de una concertación de actos entre varias personas, nunca se precisó cómo operó

tal concierto o qué actos específicos desarrollaron los miembros del acuerdo. Mucho menos, advera, si el procesado solo desarrollaba actividades técnicas y quienes le atribuyen participación en reuniones con directivos de COOMEVA, apenas intuyen qué se trató en ellas.

En el caso del acusado, agrega, no se puede decir que tramitó el contrato, pues, se limitó a entregar información para que los encargados de ello, en efecto, adelantaran los convenios.

Junto con ello, no se dice en las decisiones cuáles fueron las normas concretas que desatendieron los contratos, pues, los principios solo son criterios de interpretación.

Entiende la defensa, de igual manera, que los contratos examinados no se rigen por la Ley 80 de 1993, como así, incluso, lo conceptuó el Ministerio de Salud. Ello, en consonancia con lo dicho por la Sala en el radicado 49819 de 2017, referido a la imposibilidad de fundar apenas en principios violados, el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

Por último, atinente al ilícito de interés indebido en la celebración de contratos, la demandante, luego de reiterar los argumentos consignados en el punto anterior, advierte que nunca se precisó qué fue lo que se trató en las reuniones a las cuales asistió el acusado, ni es posible definir cómo

pudo incidir para que se escogiera a determinado contratista, si tampoco se sabe que recibiera dinero o inclinara su ánimo.

Cita jurisprudencia de la Corte –que no identifica de forma adecuada-, en la cual se plantean circunstancias a partir de las cuales entender la inclinación de ánimo o favorecimiento, para de allí sostener que ninguna de ellas se reporta en cabeza del procesado.

En este caso, entonces, tampoco se cumplen las exigencias legales para la determinación del delito endilgado, concluye la defensora.

### **Cargo segundo**

Dentro del cuerpo segundo de la causal primera, delimita la defensa una crítica dirigida a demostrar que el Tribunal incurrió en errores de hecho por falso juicio de identidad, dado que mutiló, adicionó y tergiversó el contenido de los medios suasorios recogidos en el plenario.

Así, en lo que toca con la indagatoria rendida por MELBA LUCÍA FLÓREZ, quien sostuvo que el acusado hacía parte de su equipo de trabajo, el Tribunal dedujo circunstancias inexistentes, como que por ello participó en los contratos o influyó en ellos.

Algo similar ocurrió con lo dicho por William González Camelo, dado que este consideró al procesado parte del equipo encargado de adelantar el trámite contractual o escoger oferentes, pero no pudo explicar por qué concluyó en ello, pues, entre otras cosas, ni siquiera puede precisar las actividades que competían al procesado.

Respecto de lo dicho por Álvaro Enrique Bustos Mejía, quien supervisaba las labores del acusado, destaca la defensa cómo advirtió que este solo ejecutaba labores técnicas de información, pero no participaba en la tramitación de los contratos o en la escogencia de contratistas, a más de corroborar que las pérdidas por dichos convenios eran asumidas por los socios de la empresa.

No entiende, por qué las instancias ordinarias pasan por alto esta declaración, surtida por quien, en efecto, conocía las actividades concretas que desempeñaba el acusado y descarta la ejecución de los delitos que se le atribuyen.

Algo similar sucedió con el testigo Gustavo González González, quien descarta la participación de su defendido en las labores de contratación.

A su vez, gracias a lo depuesto por Aura Nelly Vinueza, es posible descartar la participación del procesado en los hechos, en tanto, dice ella que altos directivos de COOMEVA

se lucraron de forma indebida, pero dentro de ese grupo no incluyó a CARLOS ARTURO PARRA.

Tampoco LEÓN AVELLANEDA, coprocesado, lo vincula con labores de asesoría o contratación dentro de su equipo.

Ahora, respecto de lo declarado por el acusado en su indagatoria, destaca la defensa, los jueces extrajeron que hace afirmaciones en las cuales fundar el conocimiento que “podrían haber tenido” los investigados respecto de lo ocurrido.

Sin embargo, aclara, de lo dicho por el acusado no se extractan circunstancias incriminatorias; ni es posible suponer la responsabilidad penal, sin medios que la verifiquen.

### **Cargo tercero**

También dentro del cuerpo segundo de la causal primera, la defensora estima que se presentó la violación indirecta de la ley, pero ahora por falso raciocinio, en su componente de la lógica.

Empero, no postula la demandante algún principio lógico efectivamente vulnerado por las instancias, sino que apenas estima “ilógicas” las conclusiones a las cuales llegan los falladores, pues, pasan por alto que no existe prueba de

cuál es la actividad específica que pudo adelantar el acusado, como supuesto miembro del equipo encargado de entregar los contratos, ni se definió su calidad de servidor público.

Termina sosteniendo, sin ninguna petición específica, que su representado es inocente de los cargos por los cuales se le llamó a juicio.

## **5. A nombre de MELBA LUCÍA FLÓREZ TORO**

### **Cargo primero**

Lo dirige el demandante a través de la causal tercera, por violación del debido proceso o las garantías de las partes.

En concreto, asevera que se violó el derecho de defensa, dado que la procesada ofreció explicaciones válidas en su indagatoria, pero de ellas no se hizo relación suficiente, ni mucho menos, fue efectuado algún pronunciamiento específico en los fallos, que diera respuesta a los mismos. Además, tampoco se practicaron las pruebas que surgían de sus manifestaciones.

En pro de soportar su exposición, el recurrente transcribe amplios apartados de las explicaciones ofrecidas en la injurada por su representada, para después sostener que los problemas de urgencia que obligaban contratar a Medicamentos de Occidente para la cubrir las exigencias

represadas de implantación de prótesis, también fueron expuestos por otros de los acusados, en particular, CARLOS ARTURO PARRA OROZCO y ÉDGAR ANTONIO RICARDO GARCÍA.

A renglón seguido, elabora un listado de las pruebas que, en su sentir, debieron practicarse por la Fiscalía con ocasión de lo dicho por la procesada, todas dirigidas a determinar la existencia de la emergencia por represamiento de operaciones quirúrgicas, las tutelas interpuestas por esta razón y la intervención en el trámite del coacusado JORGE HUMBERTO CÉSPEDES IBARRA.

Advierte, eso sí, que, si bien, la defensa podría haber solicitado esas pruebas, es lo cierto que los artículos 20 –de investigación integral- y 338 –corroboración de lo dicho en la indagatoria-, de la Ley 600 de 2000, imponen, esa, como tarea oficiosa de la Fiscalía.

Después de resaltar la condición de la indagatoria como medio de defensa, el recurrente acude a las explicaciones ofrecidas en ella por la procesada, a efectos de asumir insuficientes los pronunciamientos que al respecto realizaron las instancias ordinarias en sus fallos, pues, no se dieron razones “serias y fundadas” que las controvirtieran, en particular, acerca de la existencia de causales de justificación en su actuar.

De nuevo, más adelante, asume el estudio normativo de la indagatoria, su necesidad y efectos, para resaltar su carácter sustancial, en la Ley 600 de 2000, como medio de defensa, acorde con lo que al respecto ha señalado la Corte Constitucional (se cita jurisprudencia expedida por esa Corporación sobre el tema).

Esa indagatoria, añade, sirve para controvertir las afirmaciones defensivas de otros de los acusados -que vinculan a la procesada con los delitos-, desdibujando también la existencia de algún interés indebido.

Se ocupa el demandante, seguidamente, de controvertir las razones expuestas en el fallo para determinar la materialidad de los delitos, en procura de lo cual destaca que no se tuvieron en cuenta las justificaciones de la acusada.

Luego de una somera relación de los requisitos que gobiernan la declaratoria de las nulidades, el defensor solicita que se invalide lo actuado desde el cierre de instrucción, inclusive, para efectos de que se practiquen, respecto de su defendida, las pruebas que surgieron de lo dicho en indagatoria.

### **Cargo segundo**

En el mismo ámbito de las nulidades, pero ahora delimitando la supuesta falta de motivación del fallo, el

recurrente sostiene que la sentencia de segundo grado no cumplió con los mínimos dialécticos que la legitiman.

Al respecto, después de delimitar la importancia que registra el tema, a más de los requisitos que deben contener los fallos, conforme su particular percepción, destaca que la sentencia obvió aspectos sustanciales, pues, pese a tratarse de un conjunto de procesados, que registran circunstancias particulares distintas, el fallador englobó los hechos y las conductas, sin individualizar la responsabilidad penal.

Así, cuestiona que se atribuya la condición de servidores públicos a los 8 acusados, en tanto, se hicieron grandes esfuerzos argumentativos para explicar cómo todos ellos registran esa calidad –se trata, agrega, de tres grupos de trabajadores, vinculados a COOMEVA COOPERATIVA, COOMEVA EPS y Medicamentos de Occidente-. En contrario, entiende el demandante que solo COOMEVA EPS manejaba dineros parafiscales.

Además, prosigue, nunca se detalló por qué, en razón a ocupar distintos cargos en Coomeva, los 5 empleados de la misma tienen el mismo grado de responsabilidad, ni la manera en que cada uno intervino en la preparación de los contratos o en su firma.

A renglón seguido, se ocupa de presentar su particular visión respecto de la condición de servidor público, su

naturaleza y efectos, para criticar que los falladores “realizando esfuerzos dialécticos estériles”, entregaran esa calidad a los acusados solo para evitar la prescripción del asunto, pese a advertir –el impugnante-, que se trata, lo ejecutado, de un abuso de confianza calificado.

Los fallos, señala el recurrente, contienen afirmaciones que no se encuentran probadas, entre ellas, la calidad de determinadora atribuida a la procesada.

A manera de conclusión, el demandante sostiene que la falta de motivación de los fallos estriba, fundamentalmente, en que se condenó en perjuicios sin que se demostraran los mismos y se emitió fallo respecto de dos delitos contractuales, pese a que las entidades que los realizaron son privadas, sus empleados no son servidores públicos y la acusada no intervino en ellos.

En concreto, examina las normas que rigen la prestación del servicio de salud, Ley 100 de 1993 y lo consignado en la Ley 80 de 1993, a efectos de advertir que la contratación del servicio de salud, en el asunto estudiado, corresponde a entes privados y se rige por normas de este tenor.

Así mismo, en lo que corresponde a los recursos parafiscales, sostiene que los mismos son administrados por la EPS en una cuenta separada, sin que en los dictámenes periciales –dirigidos, resalta, a verificar la afectación

patrimonial sufrida por COOMEVA EPS- se discriminaran las cuentas de la EPS.

Junto con ello, acota, si la encargada de prestar el servicio de salud y, por ende, de administrar los recursos parafiscales, lo era la EPS COOMEVA, no se entiende cómo puede otorgarse el atributo de servidora pública o administradora de esos recursos, a la acusada, si ella no estaba vinculada a la EPS, sino a Coomeva Cooperativa.

Estima el demandante que no existe “fundamentación lógica” en los fallos, que sus argumentaciones “riñen con la realidad”, y que se “desconoció la normatividad aplicable y se inventan argumentos”.

Ello, pide, conduce a que se decrete la nulidad de las sentencias y en su reemplazo dicte la Corte otra de carácter absolutorio.

Esto, por cuanto, acota, de haberse motivado adecuadamente las sentencias, estas habrían absuelto a la procesada, dado que no está demostrada su responsabilidad penal.

### **Cargo tercero**

Lo ubica el impugnante en la causal primera, cuerpo primero, por violación directa de la ley sustancial, en

concreto, por la aplicación indebida de los artículos 20, 397, 409 y 410 de la Ley 599 de 2000.

En soporte del cargo, el demandante parte por transcribir los hechos consignados en el fallo de segundo grado –que asegura no controvertir-, para después examinar los artículos 48, 49 y 365 de la Carta Política, atinentes a la prestación del servicio público de salud, cuya regulación corresponde a la ley y puede atribuirse a entes privados, que se rigen por el principio de libertad de empresa.

Es por ello que, acota, pese a tratarse de un servicio público, quienes lo ejercen no necesariamente realizan una función pública, como así lo ha aclarado el Consejo de Estado, en decisión de 2005.

El error de los falladores, entonces, estriba en que estimaron servidores públicos a todos los acusados, con lo cual, dejaron de aplicar los artículos 6, 9 y 10 del C.P., que regulan los principios de legalidad y tipicidad, pues, lo ejecutado por la procesada no se corresponde con los delitos objeto de acusación.

Ello, destaca, entre otras razones, porque la acusada no estaba vinculada a la EPS Coomeva, sino a la Cooperativa Coomeva, y entre estas empresas existe absoluta autonomía, así la segunda sea socia mayoritaria de la primera. Por esta

razón, no puede decirse que la procesada captaba, custodiaba o administraba los recursos de la salud.

En este orden de ideas, como lo reconoce el fallo, las funciones públicas no son actos de facto, sino que reclaman de autorización legal o reglamentaria, lo que lleva a concluir que el A quo aplicó de forma ilegal los artículos 15 y 16 de la Ley 489 de 1998, en tanto, esa normativa se refiere exclusivamente a las sociedades que cumplen funciones administrativas, condición que no puede predicarse de COOMEVA EPS.

Además, pese a que en las sentencias se citan normas de la Ley 80 de 1993, debe entenderse que estas no se aplican a las EPS privadas, cuando celebran contratos estatales, pues, incluso se advierte que las Empresas Comerciales y Sociales del Estado se rigen por las normas de contratación privadas (art. 24, previo a la modificación introducida por la Ley 1150 de 2007, posterior a los hechos investigados), en regulación reafirmada por los artículos 194 y 195 de la Ley 100 de 1980.

Precisamente, la última norma citada advierte que se entienden funcionarios públicos o trabajadores oficiales, solo las personas vinculadas a las Empresas Sociales del Estado. Y, si la acusada ni siquiera pertenecía a la entidad privada COOMEVA EPS, como así lo acepta el Ad quem, mucho menos puede pregonarse alguna condición oficial en ella.

Junto con lo anotado, prosigue la defensa, los falladores interpretaron inadecuadamente, haciéndole agregados que no poseen, los artículos 170 y 178 de la Ley 100 de 1993, pues, allí no se dice que las EPS cumplen alguna función delegada, por ministerio de la ley, de recaudación de los pagos de los cotizantes.

Apenas, al respecto, el artículo 178 señala que estas entidades son delegatarias del Fondo de Solidaridad y Garantía, para la captación de los aportes de los afiliados al SGSSS.

Estima el demandante, que los verbos Captar y Recaudar no son sinónimos y allí estriba el yerro de las instancias.

En igual yerro se incurre, razona el defensor, cuando remiten los falladores a las decisiones de la Corte Constitucional (C- 037 de 2003 y C-181 de 2002), pues, no es cierto que allí se señale que la administración de recursos fiscales y parafiscales sea una función pública.

Y si bien, acepta, el dinero entregado a las EPS como cotización de las personas, se estima parafiscal, de todas maneras, la administración de este no se erige en función pública, porque no se trata de un tributo y, finalmente, no ingresa al patrimonio del Estado.

Estima que si, incluso, se dijera que a la EPS se le delegó la función pública de administrar recursos parafiscales, ello no implica que su representada sea responsable, pues, no hacía parte de la EPS COOMEVA y ese tipo de delegación no puede subdelegarse, acorde con lo consignado en el artículo 11 de la Ley 489 de 1998.

Entiende que la intervención de la procesada, pese a hallarse vinculada con la Cooperativa y no con la EPS, se explica porque esta última no había tenido “la capacidad ni la diligencia para actuar”, lo que le otorgaba a la acusada “el derecho y la obligación” para hacerlo.

Y, si se dice por los falladores que la acusada tenía una “custodia indirecta” de los recursos, ello representa abandonar la tesis de la determinación, para abrigar algún tipo de coautoría.

Considera el demandante, que si los falladores no hubiesen incurrido en los yerros de aplicación destacados en el cargo, habrían concluido que la EPS COOMEVA es una entidad privada y sus empleados no son funcionarios públicos; que tampoco esa condición deriva de captar recursos parafiscales; y, por último, que aún de entenderse así, ello no es aplicable a la acusada, dado que trabajaba en una entidad diferente.

Ello conduce a determinar que las conductas atribuidas a la procesada carecen de tipicidad objetiva, razón suficiente para solicitar que se case el fallo y, en su lugar, se profiera decisión absolutoria a favor de su representada.

#### **Cargo cuarto**

También por el camino de la causal primera, cuerpo primero, el demandante afirma que se presentó la violación directa de la ley sustancial, dado que el Tribunal dejó de aplicar a favor de la acusada lo consignado en el ordinal tercero del artículo 32 del C.P., que contempla la causal de ausencia de responsabilidad por cumplimiento de un deber legal.

Para efectos de cubrir su pretensión, el demandante asegura que las instancias estimaron como hechos demostrados, los referidos a que, en efecto, se encontraban represadas muchas cirugías de implantes de articulaciones, lo que generó la presentación de más de 300 demandas de tutela, algunas de ellas en trámite de desacato, obligando que se debiera financiar, con pagos posteriores, la prestación del servicio.

Ello constituía, en términos del recurrente “un grave problema de salud pública, extendido por todo el país”, dado que los pacientes afectados son personas de la tercera edad.

Advierte que, de igual manera, las instancias dieron por probada la reunión celebrada entre altos directivos y personal médico, entre ellos la acusada, dirigida a encarar el problema.

Luego, cita todo lo dicho en la indagatoria por la procesada, que dice respaldado por igual diligencia que surtieron CARLOS ARTURO PARRA OROZCO y ÉDGAR RICARDO GARCÍA, aunque, asegura “fue una constante en este proceso que los funcionarios encargados de tramitarlo y decidirlo ignoraron las causas del problema y las explicaciones brindadas por los indagados.”

En estas condiciones, anota, su prohijada actuó en uso de sus competencias laborales y por encargo que le hiciera el gerente general, para buscar solución a “tan grave problema”, “pese a que no era empleada de la EPS”, pero “tenía un vínculo laboral con la organización empresarial”, del cual surge el “deber legalmente impuesto”.

Acorde con lo anotado, asegura que la procesada no incurrió en los delitos contractuales y tampoco es responsable de peculado, pues, los dineros se utilizaron en paliar la grave situación antes descrita.

### **Cargo quinto**

Dentro del espectro de la violación directa de la ley sustancial, el recurrente afirma que el Tribunal dejó de aplicar el artículo 8 de la Ley 599 de 2000, que consagra la prohibición de doble incriminación, pues, pasó por alto que los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales e interés indebido en la celebración de contratos, en el caso concreto representan una sola conducta.

Luego de farragosas e innecesarias referencias a la naturaleza del principio examinado y sus efectos, con amplia citación doctrinaria, el demandante desciende al caso concreto para advertir que los hechos por los cuales se gobernó la acusación y condena por las dos conductas examinadas, son los mismos, en tanto, remiten al contrato de atención integral de VIH SIDA y a la carta-acuerdo de la implantación de prótesis articulares, a más que se advierte que la procesada actuó como servidora pública y se remite la atribución penal a la etapa de trámite de ambos acuerdos, estimados ilegales porque no se examinó la habilitación de la empresa contratada, para ejecutar lo pactado.

Entiende que el aparente concurso de delitos se debe solucionar acudiendo al tipo penal de mayor riqueza descriptiva, esto es, el de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, que subsume el interés indebido en la celebración de contratos, respecto del cual, solicita, se debe

expedir sentencia absolutoria, para proceder después a la redosificación de la pena impuesta.

### **Cargo sexto**

Ahora dentro del ámbito de la causal primera, cuerpo segundo, el recurrente sostiene que el Tribunal incurrió en un error de hecho por falso raciocinio al examinar la pericia practicada por el experto contable, cuyo informe se rindió el 21 de noviembre de 2013, pues, la ignorancia del perito sobre el tema representó la determinación de unos perjuicios que no fueron demostrados.

En seguimiento de lo propuesto, el impugnante cita las normas que regulan la práctica y efectos de las pruebas, en general, y del peritaje, en particular, para después significar que en el caso concreto el dictamen del experto contable sirvió para determinar la existencia del delito y, consecuentemente, la antijuridicidad del mismo; para fijar el monto de la multa, que equivale a lo apropiado de forma ilegal; y, para delimitar la cuantía de los perjuicios.

Ya en lo que corresponde a la crítica puntual de lo dictaminado, el defensor parte por señalar que el experto no lo era en temas de contratación de salud, pues, respondió a la defensa que sobre esos aspectos debía consultarse a entidades oficiales.

Así las cosas, no entiende cómo pudo determinar precios comerciales y costos hospitalarios, para después aludir a un supuesto detrimento, pues, incluso, cuando se le pidió claridad al respecto, adujo que para ello se requería de expertos en temas de salud.

Incluso, acota, en el juicio, el perito reconoció que no examinó las historias clínicas para verificar si el servicio se prestó o no, y admitió que la conclusión referida a que la prohibición de subcontratar torna ilegales las ganancias en su totalidad, no corresponde a su criterio, sino a lo expuesto por la Fiscalía.

Junto con ello, el experto aseveró que no realizó análisis comparativo con similares prestaciones realizadas por otras entidades.

De otro lado, destaca el demandante, que el perito incluyó en su examen de detrimento patrimonial, todos los contratos celebrados por la EPS con Medicamentos de Occidente, pasando por alto que solo corresponde a los realizados a partir del 1 de diciembre de 2003, cuando se firmó el que se refiere a los medicamentos y tratamiento integral por VIH SIDA (la carta -acuerdo de prótesis fue firmada en 2004).

Destaca el recurrente, que en el año 2002 se firmaron otros dos contratos entre COOMEVA EPS y Medicamentos de

Occidente, los que fueron tenidos en cuenta por el experto para delimitar el monto de los perjuicios, pese a que no se ha cuestionado su legalidad.

Estima el demandante, no obstante lo anterior, que el principal yerro del perito consistió en el método de restar a los pagos el valor de los costos, hasta determinar que el detrimento estriba en las ganancias obtenidas por el contratista, pues, dejó de considerar varios factores que también deben asumirse como costos, a más de obviar examinar la documentación de ambas entidades, que reflejan la materia.

En esa tarea, releva, además de tomar en consideración facturación del año 2002, el perito concluye que la diferencia entre pagos y costos asciende a \$3.411.367.364, pero de forma inexplicable delimita las utilidades en la suma de \$2.167.159.000.

Esa determinación de utilidades es irregular, asegura el defensor, pues, no tuvo en cuenta los gastos administrativos del contratista (personal, prestaciones sociales, arrendamiento, etc.), ni el pago de impuestos.

Entonces, desconocidos por el perito los que denomina el impugnante Costos de Producción, junto con las inversiones destinadas a cumplir los contratos y los “cambios

en el entorno”, es claro para este, que las utilidades no lo fueron en realidad.

Algo similar sucedió con el contrato de servicios integrales para el VIH sida, dado que el experto reconoció no haber tenido en cuenta el incremento en el costo de los exámenes de laboratorio, ni el valor del dólar, pese a que incide directamente en el precio de medicamentos y prótesis importados.

De igual manera, el perito terminó por señalar en el juicio, que lo reseñado como irregularidades no necesariamente lo fueron o pudieron ser corregidas después. Junto con ello, advirtió el experto que por tratarse de atención integral de VIH sida, el incremento o variación de los medicamentos carecía de incidencia, esto es, no genera detrimento patrimonial.

En este mismo sentido, relata, el perito admitió que en la comparación respecto de los precios de las prótesis, no tuvo en cuenta su marca u origen, no obstante tratarse de datos fundamentales para determinar la razón del mayor o menor costo.

Entiende el demandante que, en estas condiciones, el informe rendido por el experto no representa un verdadero dictamen, dadas sus enormes falencias.

Sin embargo, acota, el Tribunal le dio pleno valor a sus conclusiones, aunque, de forma inexplicable, fijó el detrimento patrimonial en suma diferente a la calculada por el experto.

Y, respecto de lo mismo, el A quo destacó que la experticia comporta deficiencias e, incluso, que no determina el valor del detrimento; pero, en lugar de desecharlo, se basó en algunas cifras allí consignadas para definir ese monto.

Entiende el demandante, que si efectivamente existía duda sobre el particular, como fue reconocido, lo adecuado es hacerla valer a favor de los acusados.

Ello conduce, añade, a que se advierta no probadas la tipicidad y antijuridicidad del delito de peculado, en tanto, este reclama determinar un detrimento patrimonial concreto.

Por lo anotado, debe absolverse a la acusada, termina solicitando.

## **NO RECURRENTES**

### **1. Víctima ADRES**

La Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, de entrada manifiesta su oposición a las pretensiones de los demandantes, pues,

estima que solo buscan valerse de la casación, como si fuese una tercera instancia, para seguir discutiendo los temas que fueron suficientemente examinado por las instancias ordinarias.

En términos generales, respecto de los cargos comunes presentados en las varias demandas, la no recurrente se vale de lo dicho en los fallos atacados, para advertir: (i) que la acción no está prescrita, respecto de los tres empleados de Medicamentos de Occidente, pues, no son solo intervinientes, sino autores de los delitos endilgados, dada su condición de servidores públicos, que surge de que administran recursos parafiscales; (ii) que todos los acusados, por esta misma razón, se deben asumir servidores públicos transitorios; (iii) dado el origen y destino de los recursos destinados a la salud, estos solo pueden usarse para ese cometido, de manera que, la desviación sí representa el delito de peculado por apropiación; (iv) la dosificación de la pena sí cumplió con los presupuestos consignados en la ley.

Atinente a la solicitud de nulidad presentada por el defensor de LAUREANO NOVOA GUEVARA, advierte que el hecho no afecta a este procesado y, respecto de los tres procesados a quienes no se les decretó la prescripción, este fue un tema resuelto adecuadamente por las instancias.

Pide, en conclusión, que no se case la sentencia demandada.

## **2. Víctima COOMEVA EPS**

El abogado que representa a la empresa presentó, en primer lugar, escrito de contradicción respecto de la demanda de casación presentada a favor de ÉDGAR RICARDO GARCÍA, MARINA CONCEPCIÓN CARBONELL y JAIRO ALONSO ESTARITA.

Al Efecto, respecto del primer cargo formulado, por nulidad, advierte que existe incoherencia entre la causal y el desarrollo de la misma, pues, el recurrente se ocupa de examinar el tema a la luz de la violación directa de la ley –por entender que los acusados no actuaron en calidad de servidores públicos-, alejándose así de lo propuesto. Además, acota, el cargo solo se propuso respecto de dos delitos, los de contenido contractual, pero se dejó por fuera el peculado por apropiación.

Incluso, agrega, pese a alegar un cargo de nulidad, el casacionista termina por solicitar que se declare la atipicidad de los delitos endilgados a los acusados en cita.

Ya en lo que de fondo contiene el cargo, el no recurrente realiza los correspondientes cómputos penales referidos a la fecha de los hechos y el momento en el cual se ejecutorió la

resolución de acusación, para concluir, acerca de los delitos contractuales, que estos no están prescritos, si se considera coautores a los acusados reseñados al inicio, pero sí lo estaría, de asumírseles intervinientes.

Caso diferente del peculado, pues, en ambos eventos –coautores o intervinientes–, no se ha presentado el fenómeno que permite su prescripción.

Respecto del segundo cargo de la demanda examinada, dada su similitud con el primero, el no recurrente plantea similares críticas.

Añade, que no fue el Tribunal, el encargado de modificar la forma de intervención de los tres acusados en el hecho, sino el fiscal, en el momento procesal oportuno.

El ad quem, en sentir de la representación de la víctima, apenas se limitó a revocar la prescripción decretada por el A quo, pues, cuando menos, este se equivocó al disponer la prescripción por el delito de peculado.

En lo que atiene al tercer cargo, en el cual el demandante postuló errores de hecho por falsos juicios de existencia y de identidad, hace ver el no recurrente, que en su argumentación la defensa se alejó de la técnica obligada en casación, pues, a más de no señalar en concreto qué medios fueron omitidos o supuestos por los falladores, o

cuáles fueron cercenados, tergiversados o agregados en su contenido, omitió exponer la trascendencia del error, de cara al examen contextualizado del conjunto suasorio.

Estima el profesional del derecho, así mismo, que finalmente lo propuesto de fondo por el demandante en este cargo apenas representa un alegato de instancia en el cual, sin mayor profundidad, pretende entronizar la existencia de duda respecto de la naturaleza de los contratos celebrados por los procesados.

Por último, en lo que corresponde al cuarto cargo, que ataca la dosificación punitiva, el no recurrente advierte que se atiende al estudio que haga la Corte sobre el particular.

Ahora bien, en lo que corresponde a la demanda presentada en favor de JORGE CÉSPEDES IBARRA y MANUEL LEÓN AVELLANEDA, aborda el no recurrente cada cargo, así:

En torno del primero, sostiene que el recurrente carece de legitimidad e interés, pues, la nulidad que se pregona no afecta de ninguna manera a los representados del acusado, sino a las tres personas a quienes se les varió la forma de participación, de intervinientes a coautores.

Ya en lo que toca con esa modificación, reitera, como lo hizo en similar cargo de la demanda anterior, que ello no

provino del Tribunal, sino de la Fiscalía, en uso de sus prerrogativas legales, y que el Ad quem solo corrigió el yerro en el que incurrió el A quo cuando decretó la prescripción por los tres delitos objeto de acusación.

Acerca del segundo cargo, en el cual se ataca la determinación que, como servidores públicos, se hizo de los procesados, el no recurrente, tal cual ha sido su postura en todos los casos, advierte que dada la complejidad del tema y las “reservas” que esa atribución le produce, no hace ningún pronunciamiento y espera que la Corte resuelva la discusión.

En lo que atiende al tercer cargo, dedicado por el demandante a controvertir el dictamen pericial que refleja el daño patrimonial, el representante de COOMEVA EPS señala que los fallos no se basaron exclusivamente en esta prueba, en constatación de lo cual pide que se examine el acápite de la decisión de primer grado dedicado al tema de la materialidad del peculado, dado que allí se estudian variadas pruebas testimoniales y documentales –transcribe varios apartados de la sentencia-, que también fueron consideradas por el Ad quem.

No entiende, además, por qué, si de verdad el dictamen contaba con graves falencias, ninguno de los defensores de los procesados lo objetó –o acudió a otro profesional contable para contrastarlo-, pese a contar con más de 5 años para el efecto.

El silencio, en consideración del no recurrente, implica que dichos errores graves no existieron.

Junto con lo anotado, a la crítica referida a que resulta inadecuado fijar el monto del detrimento en las ganancias obtenidas por Medicamentos de Occidente, responde el no recurrente, que ello sí se observa lógico, pues, si está claro que la empresa no estaba habilitada para contratar, al punto de realizar una intermediación ilegítima, apenas natural resulta que sus utilidades se estimen también ilegítimas.

Incluso, añade, dada la imposibilidad de revisar documentos necesarios, se echa de menos la demostración de otras irregularidades en facturación y atención de pacientes, que posiblemente incrementarían el monto de la apropiación, sin que resulte de recibo la afirmación de la defensa referida a que todas las prestaciones médicas se cubrieron de forma adecuada.

No es cierto, así mismo, que existan diferencias entre lo que determinó el perito como monto de la apropiación y lo que se resolvió en las sentencias, en tanto, el fallo de segundo grado aclara el punto, en respuesta a similar crítica planteada en la apelación por la defensa –transcribe los apartados del fallo del ad quem, en los cuales se examina el tópico-.

Destaca de ello el no recurrente, que el Tribunal tuvo en cuenta también unos Costos de Operación que carecen de soporte, pues, apenas representaron pasar dinero de Medicamentos de Occidente a otras dos empresas, de propiedad de sus socios.

Tampoco es cierto, prosigue el no recurrente, que en su evaluación del detrimento patrimonial, el perito hubiese tomado en cuenta contratos o fechas anteriores a los dos convenios objeto de cuestionamiento.

Al respecto, pide que se examine el cuadro sinóptico presentado por el experto, en el cual se discrimina con claridad que lo auscultado corresponde a fechas posteriores al año 2003.

Pide, en consideración a lo resumido, que no se acoja la pretensión del demandante.

Respecto de la demanda presentada a favor de LAUREANO NOVOA GUEVARA, el representante de COOMEVA EPS parte por significar sus profundos yerros de técnica casacional.

Así, en lo que atiende al primer cargo, rotulado como de nulidad, el no recurrente señala que el demandante se apartó de la causal, pues, enfiló la discusión hacia la violación

directa de la ley, razón suficiente para que se desestime lo propuesto.

Entiende necesario, eso sí, pronunciarse respecto de la afirmación adjetiva del demandante, referida a que COOMEVA EPS, presuntamente, carece de legitimidad para intervenir como parte civil.

A partir de lo consignado por la Corte Constitucional en la sentencia C-228 de 2002, el no recurrente expresa la legitimidad de su actuación, en busca de verdad, justicia y reparación.

En concreto, respecto del tópico patrimonial, destaca el abogado de la EPS, que esa forma de actuar reprochada a los acusados, condujo a que se agotarán en pocos contratos los recursos recibidos por la UPC, hasta impactar los recursos de la empresa, representada por sus socios, que se halla en proceso de disolución.

Atinente al segundo cargo de la demanda, el no recurrente destaca su completa impropiedad, dado que no precisa por qué, tratándose de la violación directa de la ley, alega un error de hecho, a más que tampoco delimita la naturaleza de este, razones suficientes para que deba ser desestimado.

En torno del cargo tercero, sostiene que el demandante jamás precisó la forma en que se materializó el error de hecho por falso juicio de existencia por omisión, en tanto, no detalló la prueba respecto de la cual se materializó, ni tampoco efectuó el correspondiente análisis de trascendencia, tornando lo discutido en simple alegato de instancia.

Pide que se desestime el cargo.

Finalmente, en lo que toca con la demanda presentada a favor de MELBA LUCÍA FLÓREZ TORO, el no recurrente estima necesario significar, al inicio, que algunos de los cargos, los tres últimos, carecen de unidad temática con las razones que motivaron la apelación del fallo de primer grado, sin que puedan ser de recibo las razones que esgrime el recurrente para superar la exigencia –que es un nuevo defensor y que la apelación, en términos generales, abogó por la absolución-.

Ya en lo que toca con el primer cargo de la demanda, el representante de COOMEVA EPS advierte que lo expuesto allí carece de corrección material, dado que sí se adelantaron, en la investigación, las corroboraciones probatorias que surgieron de lo dicho por la acusada en su indagatoria, en particular, los testimonios y las inspecciones judiciales a ambas empresas contratantes.

No obedece a la verdad, en similar sentido, que los falladores desconocieran las explicaciones de la procesada, en tanto, lo que ocurrió fue que, ante la abundante prueba en contrario, se desestimaron esas justificaciones.

Entonces, sostiene, dado que no existe la vulneración de derechos propuesta por el recurrente, debe desestimarse el cargo.

Atinente al cargo segundo, de nulidad por supuesta motivación deficiente, el no recurrente asevera que en lugar de demostrar su postulación, el demandante se ocupó de controvertir la valoración probatoria adelantada por las instancias, pasando por alto que en la sentencia de segundo grado se hizo un amplio y detallado examen de cada delito y de la responsabilidad que cabe en ellos a cada uno de los procesados, sin omitir, tal cual pregona la defensa, específica referencia al tipo de responsabilidad atribuida a la acusada, con precisa delimitación de los actos ejecutados y las personas determinadas por ella.

El tercer cargo no lo desarrolla el no recurrente, en tanto, advierte que no tiene claro si los acusados obraron como servidores públicos, por lo que deja en manos de la Corte la resolución del tema.

Acerca del cargo cuarto, dirigido a que se reconozca en favor de la acusada la causal de ausencia de responsabilidad

por haber actuado en cumplimiento de un deber legal, el representante de COOMEVA EPS asegura que ello fue completamente desvirtuado por los falladores, pues, se demostró que lejos de buscar solucionar un grave problema de salud, lo que pretendió la procesada fue favorecer con los contratos a una empresa carente de habilitación legal para adelantar las tareas encomendadas, generando así una intermediación innecesaria pero lucrativa para el contratista.

Contrario a lo ocurrido, agrega, el deber legal de la acusada consistía en proteger los dineros propios del SGSSS, contratando IPS que efectivamente pudieran prestar el servicio.

Por lo demás, añade, es contradictorio que en los cargos anteriores el defensor alegue completamente separadas y autónomas a la Cooperativa COOMEVA, de la EPS, pero aquí alegue un deber laboral para injerir la procesada en la segunda, pese a trabajar para la primera.

Respecto del cargo quinto, en el que se alega la violación del principio de doble incriminación, resalta el no recurrente, que la cita jurisprudencial en la cual se soporta es impertinente, dado que trata de hechos diferentes al que aquí se estudia.

Al efecto, significa cómo los falladores detallaron que se trata de delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos

legales e interés indebido en la celebración de contratos, porque consignan una base fáctica diferente, aspecto sustancial que verifica real y no apenas aparente el concurso despejado.

Finalmente, en lo que toca con el cargo sexto, que se funda en supuestos yerros de raciocinio en la evaluación de la pericia que fijó el monto del daño patrimonial, el representante de COOMEVA EPS, reitera los argumentos que respecto de similar cargo adelantó en el examen de las otras demandas, ya resumidos por la Corte en precedencia.

Agrega, sobre el tema, que no es verdad que el perito hubiese dejado de lado la información que sobre costos existía en la empresa contratista, pues, el profesional explicó que, en efecto, hizo valer los datos hallados en la inspección judicial realizada a esa entidad y los entregados por sus socios.

Pero, acota, si de verdad los acusados consideraban que debía examinarse otra documentación, bastaba con que la entregaran, dado el momento en el cual se efectuó el informe.

La omisión de los socios fue tal, agrega, que ni siquiera presentaron los soportes de las prestaciones que dijeron haber efectuado.

En consecuencia, debe entenderse que no existen las falencias en el dictamen, registradas en la demanda, y que el fallo sí consigna razones suficientes para soportar el monto del perjuicio patrimonial.

En suma, pide el no recurrente que se desatiendan las pretensiones del demandante.

### **CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO**

En un primer escrito, el Procurador Delegado parte por significar que las varias demandas comparten temas comunes, razón por la cual, en lugar de examinar cada cargo, se ocupará de esos tópicos.

Así, respecto de la discusión referida a la tipicidad objetiva de los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales e interés indebido en la celebración de contratos, destaca, luego de citar de forma amplia jurisprudencia de la Corte Constitucional, en concreto, la sentencia C-593 de 1998, que la definición del carácter público del contrato no depende del “órgano” que interviene en el mismo, sino de “la específica naturaleza material del particular asunto”.

Advierte, así, que por tratarse de manejo de dineros que se dirigen a la prestación del servicio de salud, la naturaleza de lo contratado entre COOMEVA EPS y Medicamentos de

Occidente, es pública, en virtud del elemento material “íncito” (sic) en ello. En consecuencia, dichos convenios se deben regir por lo consignado en el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, y los artículos 8 y 25 del Decreto 679 de 1994.

De otro lado, respecto de la solicitud planteada por los acusados vinculados con Medicamentos de Occidente, remitida a que debe decretarse la prescripción de la acción penal, por considerarse intervinientes y no autores de los delitos contractuales, destaca el Procurador Delegado, que ese no fue un asunto discutido por esa parte en curso de la instrucción, razón por la cual no puede alegarse ahora, en virtud del principio de protección que rige la declaratoria de nulidades.

Al efecto, considera que de haberse postulado el tema en la instrucción, los fiscales encargado del caso hubiesen tenido la oportunidad de mutar desde allí la forma de responsabilidad, hacia la coautoría.

En este sentido, hace suyas las argumentaciones utilizadas por el Tribunal, en auto de segunda instancia, para revocar la prescripción decretada por el A quo.

Destaca, además, que la decisión de modificar el tipo de participación penal hacia la coautoría, fue tomada por la Fiscalía antes de que el A quo resolviera sobre la prescripción pedida por la defensa, de manera que, esos elementos fueron

considerados por la segunda instancia para revocar lo resultado por la primera instancia, de lo cual se sigue que resultaba legítimo y adecuado que el fallador de segundo grado se pronunciara sobre el tema, así la modificación efectuada por el acusados no se presentase en el momento procesal diseñado en la ley.

Por último, examina el tópico referido a la forma en que se dosificó la sanción, discutido por los acusados al servicio de Medicamentos de Occidente, para significar que se motivó adecuadamente el tema por parte de los falladores y que el incremento dispuesto sobre el mínimo imponible tiene sustento en la naturaleza y gravedad de los punibles despejados.

Advertido por el defensor de MELBA LUCÍA FLÓREZ TORO, que el concepto del Ministerio Público no resolvió todas las cuestiones planteadas en las distintas demandas y cargos, la Corte ofició al funcionario, para efectos de que complementara lo expuesto.

Acorde con ello, se recibió un segundo escrito, en el cual el funcionario, a más de reiterar lo expresado antes, se refirió a los temas dejados de tratar originalmente.

Para lo que interesa a esta decisión, el Procurador se refiere, en primer término, a los cargos principal y tercero de la demanda presentada a favor de MANUEL HUMBERTO

LEÓN AVELLANEDA, para significar que no se presentó violación al debido proceso con la intervención del Tribunal, que en auto de segunda instancia revocó la prescripción efectuada por el A quo.

Ello porque, considera el Ministerio Público, en su decisión el ad quem no realizó ningún tipo de evaluación de los elementos de prueba, que pudiera contaminar su criterio al momento de emitir el fallo, motivo por el cual no es posible advertir afectado el principio de imparcialidad.

Atinente al segundo cargo de la misma demanda en examen, el Procurador Delegado, en la cual se expone que el acusado no poseía la condición de servidor público, se reitera lo expuesto antes, en la referencia a la demanda presentada por el abogado de los socios de Medicamentos de Occidente, respecto a la condición de los contratos realizados por quienes manejan dineros públicos, que no considera, para despejar los delitos objeto de acusación, un criterio orgánico, sino por la naturaleza del asunto.

Cita lo que sobre el particular señaló el Ad quem, que dice compartir, y concluye acertada la definición que se hizo del procesado, como servidor público,

A renglón seguido, aborda el estudio de los cargos planteados a favor de JORGE HUMBERTO CÉSPEDES,

partiendo de los rotulados como primero y segundo, que advierte ya respondidos en líneas anteriores.

En torno del cargo tercero, reitera que ya ha soportado su concepto respecto a la calidad de servidores públicos que irradia todos los acusados.

Seguidamente, asume la revisión de la demanda allegada por el apoderado de MELBA LUCÍA FLÓREZ, a cuyo efecto inicia por los cargos primero y cuarto, referidos a supuestas nulidades, que considera inexistentes.

A este efecto, indica que si de verdad la fiscalía no acopió todas las pruebas que emergen de lo consignado por la procesada en la indagatoria, corría de cargo de la defensa hacer la solicitud correspondiente, o demostrar que pese a haberlo hecho, no se cumplió con la solicitud. Además, es carga de quien postula el yerro, demostrar la naturaleza y efecto benéfico de los medios pasados por alto.

Estima el Procurador, que el trámite del asunto demuestra el encomio en aportar las pruebas solicitadas por todos los sujetos procesales; y, acota, si se emitió condena, ello deriva de la contundencia de lo recogido y no de la ausencia de algún elemento suasorio trascendente para la defensa.

Respecto del cargo cuarto, en el cual el demandante postula una causal de ausencia de responsabilidad a favor de su representada, el representante del Ministerio Público significa, con citas jurisprudenciales acerca del tema, que el abogado no cumplió con la obligación de demostrar el hecho base, ni tampoco, la necesidad de acudir al medio reprochado por la ley para conjurarlo.

En contrario, agrega, las pruebas demuestran que lo ejecutado no vino consecuencia de la necesidad referenciada en el cargo, sino por ocasión del acuerdo de voluntades de varias personas, para la obtención de “diversos resultados”.

En lo que atiene al cargo quinto, referente a la sinonimia legal entre los delitos de interés indebido en la celebración de contratos y contrato sin cumplimiento de requisitos legales, el Procurador significa que ello es apenas aparente, pues, pese a hallarse en el mismo capítulo y comportar elementos comunes, “una simple lectura” de su contenido verifica que no son iguales.

Luego de citar jurisprudencia de la Corte, en la cual se establecen las diferencias tipológicas de ambos delitos, señala que por “sustracción de materia”, el cargo no puede prosperar, dado que el recurrente no mostró cómo la acusación por los dos ilícitos opera bajo las mismas circunstancias fácticas.

Ya después, el concepto se refiere a la demanda presentada en nombre de LAUREANO NOVOA, en procura de lo cual, parte de los cargos primero y tercero, referidos a temas de nulidad o de tipicidad estricta que ya fueron abordados al verificar el contenido de otras demandas, razón por la cual no se reiteran los argumentos allí consignados.

Algo similar opera con el cargo segundo, dado que también el tópicos referido a la condición de servidores públicos de los acusados, se asumió con suficiencia en otros apartados del concepto.

Se agrega, sobre ello, que LAUREANO NOVOA GUEVARA operaba como Gerente General de la Cooperativa COOMEVA y en razón a considerarse la persona que diseñó y controló el esquema dirigido a entregar contratos de la EPS a los socios de la Cooperativa, fue acusado como determinador.

Por último, en lo que toca con los cargos consignados en la demanda registrada en favor de CARLOS ARTURO PARRA OROZCO, sostiene el Procurador Delegado, que ya todo ello fue analizado en precedencia.

Solo agrega que la condición de servidor público asignada a PARRA OROZCO, deriva de la calidad de Jefe de Alto Costo de la EPS COOMEVA, cargo que ostentaba cuando se ejecutaron los hechos.

Y, sobre el examen probatorio adelantado por las instancias ordinarias, asevera que “a lo largo de la actuación quedó demostrado cuales (sic) fueron los medios probatorios que fueron analizados a lo largo de la actuación, las cuáles (sic) fueron utilizadas para atribuirle responsabilidad a los procesados”, como lo expuso cuando examinó otras demandas.

Pide, acorde con lo anotado, que no se case la sentencia atacada.

### **CONSIDERACIONES DE LA CORTE**

Acorde con lo dispuesto en el ordinal primero del artículo 75 de la Ley 600 de 2000, no se presta a inquietud la competencia de la Corte para examinar el asunto, como quiera que se trata de resolver las demandas de casación presentadas contra la sentencia de segunda instancia proferida por un Tribunal, que confirma el fallo de condena emitido en contra de los acusados.

Ahora bien, la extensión, complejidad y variedad de los cargos contenidos en las 5 demandas presentadas por los defensores de los 8 acusados, obliga de la Corte una previa labor de decantación que permita desarrollar de manera ordenada y contextualizada el examen de los mismos.

Al efecto, observa la Corte que lo discutido delimita objetivos tres ejes temáticos, que se desarrollan como causales de nulidad, violación directa de la ley –a su vez, discriminada en la condición de servidores públicos de los acusados y la determinación de la calidad de los contratos reprochados- y la aplicación de los anteriores al caso concreto, dentro de cuya evaluación se verificará, en lo que sea pertinente, la materialización de errores de hecho en el examen de pruebas.

Al interior de los presupuestos que gobiernan las causales y sus efectos, debería examinarse, en primer término, todo lo referido a los cargos de nulidad que dentro de ámbitos distintos plantean varios de los impugnantes, pues, en principio, ello obligaría retrotraer el trámite a espacios procesales superados.

Así, en la demanda presentada por el abogado común de los tres socios de la empresa Medicamentos de Occidente, se plantearon dos cargos de nulidad, que giran en torno del mismo aspecto, referido a la que entiende necesaria prescripción de la acción, fruto de que se advierta a sus representados en condición ajena a la de servidores públicos, esto es, a título de simples intervinientes.

A su turno, el defensor de JORGE HUMBERTO CÉSPEDES y MANUEL LEÓN AVELLANEDA, aunque en demandas distintas, plantea igual cargo por nulidad, que

remite a los delitos contractuales y atiende a que, en su sentir, el Tribunal violó el debido proceso cuando, en auto del 18 de noviembre de 2017, revocó la prescripción decretada por el A quo en favor de los tres socios de Medicamentos de Occidente, luego de modificar su calidad de intervinientes, hacia la de coautores.

Y, por último, el defensor de MELBA LUCÍA FLÓREZ TORO, allegó dos cargos de nulidad, que deriva de que no se practicaran las pruebas surgidas por ocasión de la indagatoria rendida por su representada y, además, que en los fallos no se motivara adecuadamente la responsabilidad de esta.

Sin embargo, dada la naturaleza de los cargos de nulidad planteados por los defensores de los tres socios de Medicamentos de Occidente, MARINA CONCEPCIÓN CARBONELL, ÉDGAR RICARDO GARCÍA y JAIRO ESTARITA MONROY, por su imbricación, como sustento de lo discutido, con aspectos eminentemente dogmáticos, propios de la violación directa de la ley, la Sala abordará el tema después de examinar el segundo eje temático, esto es, la condición de servidores públicos de los acusados y la naturaleza de los contratos celebrados entre COOMEVA EPS y Medicamentos de Occidente.

A su turno, en torno del primer cargo de nulidad que de manera común, aunque en demandas distintas, presenta el

defensor de JORGE HUMBERTO CÉSPEDES y MANUEL LEÓN AVELLANEDA, la Corte no hará ningún pronunciamiento, pues, carece el profesional del derecho de interés para el efecto, como quiera que la decisión tomada por el Tribunal, en segunda instancia, a través de la cual revocó la prescripción dispuesta por el A quo, solo afectó a los tres acusados que fungían como socios de Medicamentos de Occidente –inicialmente favorecidos con la prescripción dispuesta por el Juez de primer grado- y no a sus representados.

Sobre este particular, si la Sala advirtiera que, en efecto, el Tribunal incurrió en algún tipo de violación del debido proceso cuando revocó la prescripción en cita, ello ningún beneficio aparejaría para LEÓN AVELLANEDA y JORGE CÉSPEDES, ni siquiera en sede de nulidad, pues, esta operaría parcial, solo en lo que toca con ESTARITA MONROY, CARBONELL JIMENO y RICARDO GARCÍA.

En el primer eje temático, así, solo se examinarán los dos cargos de nulidad planteados por el defensor de MELBA LUCÍA FLÓREZ TORO.

Superado ese examen, acota la Sala, se estudiará el segundo eje temático, luego, su aplicación al caso concreto, y, finalmente, si se hace necesario, será estudiado el último eje temático, que dice relación con los medios de prueba, su apreciación objetiva y consecuente valoración.

## **PRIMER EJE TEMÁTICO**

### **Causales de nulidad planteadas por el defensor de MELBA LUCÍA FLÓREZ TORO**

#### **CARGO PRIMERO**

En amplio apartado argumental, el demandante sostiene que su defendida planteó concretas explicaciones respecto de su comportamiento, cuando rindió indagatoria y en la ampliación de la misma, pero, asevera, nada hizo la Fiscalía para corroborarlas, pese a que, como reiteradamente se expuso en el cargo, esa diligencia tiene un claro efecto defensivo.

La Corte no duda de que, en efecto, a más de su contenido procesal y medio de vinculación penal, la indagatoria, en sede de la Ley 600 de 2000, representa mecanismo material de defensa, pues, allí el procesado puede exponer sus explicaciones y justificaciones, a más de delimitar los medios que sostienen o corroboran estas afirmaciones, los cuales, acorde con esta sistemática de tendencia inquisitiva, deben motivar el impulso del fiscal del caso.

No obstante, la sola referencia a los medios que en sentir del demandante debieron acopiarse, no constituye sustento

suficiente de trascendencia, pues, en primer término, era necesario determinar cómo, no en abstracto, sino referenciando su efecto o contenido específicos, esas pruebas habrían de modificar la decisión; y, en segundo lugar, se tornaba indispensable demostrar que la omisión en su práctica devino consecuencia de responsabilidad atribuible por entero al instructor, esto es, que no intentó adelantar el trámite, nunca prolijada por la defensa.

La Corte ya ha definido ampliamente en su jurisprudencia, que dice conocer el demandante, cómo la nulidad no se justifica por sí misma, de lo cual se sigue que la simple irregularidad, en tanto, no afecte derechos fundamentales o la esencia del proceso, no conduce a la invalidez si, a la par, no se demuestra un efecto dañoso específico.

Es por ello que de forma expresa el artículo 310 de la Ley 600 de 2000, consagra “Principios que orientan la declaratoria de las nulidades y su convalidación”, los que no fueron contemplados en su integridad por el recurrente, a efectos de determinar que sí se cubren todos los factores que tornan necesaria esa solución.

Precisamente, en seguimiento de dichos postulados concretos, la Corte verifica que el defensor de la procesada coadyuvó con su conducta la supuesta omisión, en tanto, si de verdad advertía que la Fiscalía no adelantó la investigación

integral hoy echada de menos por el impugnante, debió así proponerlo al instructor o, cuando menos, solicitar la práctica de los medios que estimaba pertinentes y necesarios para su causa.

El silencio que al respecto guardó la defensa, implica necesario colegir que estuvo de acuerdo con el actuar procesal del instructor o que, desde otra arista, no consideró necesario acudir a los medios en cuestión.

No es aceptable, por ello, que ahora, ya culminado el trámite y en sede de casación, la defensa trate de capitalizar su propia molicie en busca de la invalidación del proceso, cuando es claro que contó con los medios necesarios para enervar el efecto de la supuesta omisión de la fiscalía.

Cuando se referencia la obligación para la fiscalía, en la fase de instrucción del proceso, de investigar tanto lo favorable como lo desfavorable al procesado, de ninguna manera se está postulando un imperativo exhaustivo que le reclame acudir a cuantos medios se mencionen en el trámite, útiles o no, pertinentes o no, sino a que desarrolle una labor equilibrada, de cara a lo que el asunto discutido reclama.

Es posible, así, que dentro de su particular perspectiva el funcionario estime que determinados medios no son necesarios, son impertinentes o no se refieren a un objeto valioso del proceso, razón por la cual deja de lado su práctica.

En un plano abstracto, además, siempre será posible significar que el instructor dejó de practicar pruebas, o mejor, que debió allegar una u otra, acorde con la perspectiva particular e interés de quien así lo pregona.

Por ello, para evitar esa absoluta indeterminación, al afectado con la presunta omisión le cabe no solo la posibilidad, sino la obligación, acorde con los derechos que se comprometió a agenciar, de solicitar la práctica de determinado medio, si lo estima indispensable para su tarea.

Solo así podrá demostrar, en concreto, que la Fiscalía dejó de cumplir con el imperativo de adelantar una investigación integral.

Por lo demás, no se entiende que ahora se pretenda significar de capital importancia lo dejado de practicar, cuando es evidente que así no fue considerado por la parte reclamante, en curso del proceso.

Pasa por alto la defensa, así mismo, que en atención a la forma como se estructura el trámite en la Ley 600 de 2000, si de verdad la fiscalía dejó de practicar pruebas trascendentes, ello tenía fácil remedio en la fase del juicio, pues, la audiencia preparatoria se erige en momento específico para que el juzgado resuelva la solicitud probatoria de la representación del ente instructor –erigida aquí como parte- y de la defensa.

De esta manera, evidente que la omisión probatoria propuesta no generaba efectos dañosos irremediables y que estaba en manos de la defensa la posibilidad de restañar el supuesto efecto nocivo, tampoco puede alegarse que el único remedio a la mano es la nulidad.

Dígase, para culminar el tema, que si lo buscado es advertir la posibilidad que con indefinidos medios suasorios se pudiera probar que, en efecto, cuando firmó la llamada Carta-acuerdo, la procesada intentaba paliar el daño que producía la cantidad de cirugías represadas, esto es, actuó prevalida de una causal de ausencia de responsabilidad, el tópico no se encuentra huérfano de elementos de corroboración, dado que, como el mismo defensor lo registra en su alegación, supuestamente, otros acusados dieron cuenta de ello, en curso de sus indagatorias.

No es, así mismo, que las instancias carecieran de elementos para registrar ese hecho –cirugías represadas, muchas tutelas pendientes, etc.-, sino que desecharon la existencia de los motivos plausibles alegados por la acusada, por estimar, acorde con los medios de prueba recopilados y su examen conjunto, que la decisión de entregar los dos contratos a Medicamentos de Occidente vino mediada por un claro interés de favorecer a esta empresa, debido a que se hallaba constituida por socios de COOMEVA COOPERATIVA.

El cargo, acorde con lo referido en precedencia, debe ser desestimado.

## CARGO SEGUNDO

Coincide la Corte con lo planteado por los representantes de las víctimas en sus alegaciones como no recurrentes, dado que la verificación detallada de los muchos y profusos apartados destinados en los fallos de ambas instancias para determinar la existencia de los delitos atribuidos a los acusados y la responsabilidad de estos, permite observar que no se presentan los yerros de motivación propuestos por el recurrente en el segundo cargo, aquí examinado.

En este sentido, se destaca cómo fueron destinados apartados diferentes para delimitar los hechos, las pruebas recopiladas, la tipicidad de los delitos endilgados –con específica remisión a aspectos fundamentales referidos a la condición de servidores públicos de todos los acusados y la naturaleza de los contratos celebrados- y la particular responsabilidad de cada uno de los acusados, que se abordó, cabe destacar, de manera individual.

Ningún déficit sustancial observa la Sala en el contenido de las sentencias, a más que, también debe relevarse, el ad quem respondió -salvo temas subsidiarios que se estudiarán en su momento-, en lo fundamental, a todas las críticas planteadas por los apelantes.

La Corte no entiende necesario transcribir amplios apartados de los fallos, para así responder a las críticas del demandante, no solo porque busca evitar hacer más farragosa la decisión, sino en atención a que, finalmente, el cargo es aprovechado por el defensor para buscar entronizar su particular visión de lo que la prueba arroja, en aras de anteponerla al criterio contrario del Tribunal, en alegación que con mucho abandona la esencia del cargo y, finalmente, torna carente de soporte objetivo su solicitud de nulidad.

No es, entonces, que los sentenciadores omitieran consignar tópicos fundamentales en sus fallos, sino que el recurrente se duele de que la valoración probatoria no corriera por la senda que le favorece.

Es por esta razón que destina amplios apartados del cargo a controvertir la evaluación que se hace en el fallo del Ad quem, acerca de la condición de servidora pública de la acusada, de su tarea como determinadora, o de la naturaleza de los contratos suscritos, discurso con el cual, cabe señalar, desnaturaliza el soporte mismo de la nulidad postulada, en tanto, verifica que las instancias sí examinaron todos los puntos interesantes al proceso.

Ahora, sí, como es evidente, lo que finalmente pretende definir el demandante, es que existen errores en el examen objetivo o la valoración que de los medios de conocimiento

realizó el Tribunal, debió enfilear su discurso dentro de la causal primera, cuerpo segundo, atinente a los errores de hecho, para lo cual era necesario definir el tipo de vicio materializado, acorde con su naturaleza, y los efectos del mismo.

Es cierto que la Sala admitió la demanda y ello obliga examinar de fondo su contenido, sin hacer relación a defectos formales de postulación.

Pero también lo es, así, que el recurrente, en primer lugar, no demostró el vicio de motivación propuesto, dado que abandonó la discusión de ese punto y examinó otro completamente diferente, sin que la Corte, del estudio de los fallos, constate alguna omisión trascendente; y, en segundo término, que lejos de demostrar algún vicio de hecho en la verificación del contenido de las pruebas y su efecto, se limitó a introducir su particular visión de lo que esos medios arrojan, argumento insuficiente para que en esta sede se modifique o revoque la decisión atacada.

Desde luego, como en los cargos subsiguientes, en los cuales plantea la violación directa de la ley y errores de hecho, el demandante retoma los mismos puntos, será en esa sede que se examinen.

El cargo, por lo anotado, será desestimado.

## **SEGUNDO EJE TEMÁTICO (VIOLACIÓN DIRECTA DE LA LEY)**

### **1. SERVIDORES PÚBLICOS**

#### **a) EPS privadas**

A lo largo del proceso se ha discutido la naturaleza jurídica de la labor que presta la EPS COOMEVA, pues, pese a tratarse de una entidad privada, aspecto que no es objeto de controversia, en tanto, pertenece al conglomerado Cooperativa Coomeva y se registra en la Cámara de Comercio como sociedad anónima, ha sido advertido que en razón a la labor concreta desarrollada y, particularmente, por virtud de que se le ha delegado la administración de dineros públicos, esto es, fondos parafiscales, debe entenderse servidores públicos transitorios a quienes se encargan de esa tarea administrativa.

En el fallo de segundo grado, por razón de similar discusión planteada por la defensa, se hizo claridad al respecto, con cita adecuada de las normas consignadas en la Ley 100 de 1993, y de la jurisprudencia expedida por esta Corte y la Constitucional.

En este sentido, para no reiterar la argumentación, la Sala verifica que, en efecto, las cuotas que recibe la EPS COOMEVA de los afiliados al Sistema General de Seguridad

Social en Salud, corresponden a dineros parafiscales, dada su destinación específica.

Sobre el particular, el artículo 12 de la Ley 179 de 1994, modificado por el artículo 2° de la Ley 225 de 1995, detalla:

*Son contribuciones parafiscales los gravámenes establecidos con carácter obligatorio por la ley, que afectan a un determinado y único grupo social o económico y se utilizan para beneficio del propio sector. El manejo, administración y ejecución de estos recursos se hará exclusivamente en forma dispuesta en la ley que los crea y se destinarán sólo al objeto previsto en ella, lo mismo que los rendimientos y excedentes financieros que resulten al cierre del ejercicio contable.*

*Las contribuciones parafiscales administradas por los órganos que formen parte del Presupuesto General de la Nación se incorporarán al presupuesto solamente para registrar la estimación de su cuantía y en capítulo separado de las rentas fiscales y su recaudo será efectuado por los órganos encargados de su administración.*

Acerca de las características de las contribuciones parafiscales, así se pronunció la Corte Constitucional<sup>1</sup>, al examinar la constitucionalidad del artículo 182 de la Ley 223 de 1995 (“Por la cual se expiden normas sobre racionalización tributaria y se dictan otras disposiciones”):

*...según la Constitución y la ley orgánica de presupuesto, y de conformidad con la jurisprudencia de esta Corte, las características esenciales de las **contribuciones parafiscales** son éstas: (...)*

---

<sup>1</sup> C-152 del 19 de marzo de 1997.

1a. Son **obligatorias**, porque se exigen, como todos los impuestos y contribuciones, en ejercicio del poder coercitivo del Estado;

2a. Gravan únicamente un grupo, gremio o sector económico;

3a. Se invierten exclusivamente en beneficio del grupo, gremio o sector económico que las tributa;

4a. Son recursos públicos, pertenecen al Estado, aunque están destinados a favorecer solamente al grupo, gremio o sector que los tributa.

**5a.** El manejo, la administración y la ejecución de los recursos parafiscales pueden hacerse por personas jurídicas de derecho privado (generalmente asociaciones gremiales), en virtud de contrato celebrado con la Nación, de conformidad con la ley que crea las contribuciones, o "por los órganos que forman parte del presupuesto general de la Nación, como lo prevé el inciso segundo del artículo 29 del Estatuto Orgánico del Presupuesto.

6a. El **control fiscal** de los recursos originados en las contribuciones parafiscales, **corresponde a la Contraloría General de la República**, por mandato expreso del artículo 267 de la Constitución, inciso primero.

7a. Son **excepcionales**. Así lo consagra el numeral 12 del artículo 150 al facultar al Congreso para establecer "excepcionalmente, contribuciones parafiscales en los casos y bajo las condiciones que establezca la ley".

Y esto dejó sentado la Corte Constitucional<sup>2</sup>, respecto de los recursos del SGSSS:

*Ha sido reiterada la jurisprudencia de esta Corporación que ha manifestado precisamente que los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud son parafiscales en la medida en que se cobran de manera obligatoria a un grupo de personas*

---

<sup>2</sup> C-824 del 31 de agosto de 2004.

*cuya necesidad en salud se satisface con tales recursos. Las contribuciones parafiscales han sido definidas como gravámenes establecidos con carácter obligatorio por la ley, que afectan a un determinado grupo y se utilizan en beneficio de ese mismo sector. Se trata de una forma de intervención del Estado en la economía destinada a extraer ciertos recursos de un sector económico, para ser invertidos en el propio sector, al margen del presupuesto nacional. Es su afectación dirigida a un propósito específico la característica fundamental de estos recursos.*

A su turno, los artículos 156, literal d, 177, 178 y 182 de la Ley 100 de 1993, que regulan en su integridad la prestación del servicio de salud, determinan con claridad que los dineros entregados como aportes por los beneficiarios del mismo, pertenecen al Sistema General de Seguridad Social en Salud, SGSSS, pero se delega su recaudo a las EPS.

La dinámica del sistema dispone, de igual manera, que de esos dineros recaudados de sus afiliados, las EPS tomen lo correspondiente a la Unidad de Pago por Capitación, no otra cosa que la suma individual reconocida por el Estado a la entidad, por cada afiliado, para que con ella atienda sus necesidades integrales de salud; la diferencia entre lo captado por cada afiliado y la UPC, debe entregarse por la EPS al Sistema.

Como quiera que los dineros recibidos de los afiliados necesariamente deben destinarse a los servicios integrales de salud, la EPS solo puede adelantar una administración restringida de ellos, al punto que han de ser consignados en una cuenta especial, distinta de las propias de la empresa.

El artículo 20 del C.P., establece:

**Servidores públicos.** *Para todos los efectos de la ley penal, son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.*

*Para los mismos efectos se consideran servidores públicos los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República, los integrantes de la Comisión Nacional Ciudadana para la Lucha contra la Corrupción y las personas que administren los recursos de que trata el artículo 338 de la Constitución Política.*

Respecto del último grupo citado en la norma, esto es, “personas que administren los recursos de que trata el artículo 338 de la Constitución Política”, es preciso señalar que en este se mencionan las “contribuciones fiscales y parafiscales”.

Entonces, como lo advierten los juzgadores ordinarios en sus fallos, en tratándose de COOMEVA EP, dada su directa función de recaudo y administración de bienes públicos, en este caso, de recursos parafiscales propios del SGSSS, las personas que al interior de la empresa cumplen con esa específica tarea han de estimarse servidores públicos “para todos los efectos de la ley penal”.

Cuando se trata del recaudo y administración de recursos parafiscales, la razón de que se estime servidores

públicos a dichas personas, no surge de cualquier tipo de actividad contractual en la que determinada entidad pública delegue esa administración n o le obligue a cumplir específico servicio público a cargo de la misma, sino de la naturaleza de la empresa y las atribuciones que directamente le entrega la normatividad legal, Ley 100 de 1993.

Por ello, precisamente, la función pública no puede definirse transitoria, como cuando deriva de un contrato, sino permanente, mientras la empresa actúe como EPS, pues, en atención a la razón de su creación y funcionamiento, habrá de cumplir con la tarea de recaudo y administración dentro de esos límites atemporales.

Aquí, la Corte debe significar que, si bien, los dineros no ingresaron al patrimonio estatal, en un plano material, dada la intermediación de la EPS en el recaudo, ello no significa que jurídicamente esos dineros dejen de pertenecer, o mejor, no hayan ingresado al patrimonio público, pues, expresamente el artículo 182 de la Ley 100 de 1993, detalla que los ingresos, entregados a dichas empresas, pertenecen al SGSSS.

Se erige este, así, en un primer factor, de origen legal, que habilita la condición de servidores públicos de quienes administran los fondos parafiscales en la entidad privada, EPS, en tanto, la actividad de recaudo y administración desarrolla una labor eminentemente estatal, por delegación.

Acorde con lo anotado, la Corte debe significar que, en efecto, quienes se encargan de la labor de recaudo y administración de los dineros entregados por los cotizantes o beneficiarios del SGSSS, entendidos parafiscales, al interior de una EPS privada, en lo que se estudia, efectivamente deben ser considerados servidores públicos para efectos penales.

Ello, además, permite glosar esa especie de criterio expansivo que de consuno adoptaron las instancias para definir la participación de LAUREANO NOVOA GUEVARA y MELBA LUCÍA FLÓREZ, pues, a pesar de definir que se condena a estos en calidad de determinadores de los delitos objeto de acusación, sin mayor justificación fáctica, normativa o probatoria, de forma simplista –como sucedió con todos los procesados y la totalidad de delitos consignados en el pliego de cargos-, atribuyeron a estos la calidad de servidores públicos.

Para ese fin, bastó con señalar que ocupaban cargos directivos en la COOPERATIVA COOMEVA y que, además, los socios de esta eran propietarios, en su gran mayoría, de la EPS COOMEVA.

Desde luego, nunca se explicó cómo esa sola condición permite atribuir la calidad de servidor público a quien no pertenece a ninguno de los entes comprometidos en la

contratación o la prestación del servicio de salud, ni ha sido encargado, de forma directa o indirecta, del recaudo, administración o destino de los dineros parafiscales.

Que en su calidad de directivos de la COOPERATIVA, los procesados en mención tuvieron acceso o pudieran instigar a los empleados de la EPS –única delegada por la Ley 100 de 1993, para recaudar, administrar y destinar fondos parafiscales-, a fin de que ejecutasen determinadas conductas, apenas registra un criterio de vinculación o facilitación de la condición de determinadores que siempre se les ha endilgado, sin posibilidad de asumir, solo en razón de esto, la calidad de sujeto activo calificado, por lo demás, apenas necesaria si se les atribuyese el delito en calidad de autores o coautores.

Precisamente, cuando se busca asumir que los acusados NOVOA GUEVARA y FLÓREZ LÓPEZ, no ejecutaron directamente las conductas objeto de acusación, sino que determinaron a quienes sí tenían esa facultad, para que las realizaran, resulta completamente inocuo advertir que debe estimárseles servidores públicos, evidente como se hace que ello ninguna incidencia tiene en la concreta atribución penal, en cuanto, no resulta determinante para la misma.

La contradicción en que incurren los falladores ordinarios es, entonces, evidente, pues, se repite, la necesidad de encontrar algún tipo de condición de servidores

públicos en cabeza de los procesados relacionados, surge cuando se les quiere atribuir autoría en los delitos de sujeto activo calificado.

Pero si, como en el caso examinado, los sentenciadores buscan significar que la ejecución material de los delitos corrió a cargo de los empleados de COOMEVA EPS –o de los socios de medicamentos de Occidente, acorde con el criterio expansivo utilizado en los fallos-, quienes para el efecto fueron determinados por LAUREANO NOVOA y MELBA LUCÍA FLÓREZ, se verifica equívoco el interés por radicar en estos la condición de servidores públicos.

La Corte considera, así, que NOVOA GUEVARA y FLÓREZ TORO, no fueron ni actuaron como servidores públicos.

No sobra precisar, eso sí, que esta manifestación, en la práctica, carece de efectos respecto de la condición penal y consecuente responsabilidad que se atribuye a ambos acusados, como quiera que, se reitera, tanto en lo fáctico como en lo jurídico, la Fiscalía y los mismos falladores asumieron y así expresamente lo consignaron, que estos responden en calidad de determinadores, calidad jurídica que mantendrá la Corte.

**b) Prestadores privados del servicio de salud -IPS o profesionales particulares-**

Como se detalló en el acápite precedente, es la Ley 100 de 1993, de forma expresa y exclusiva, el cuerpo normativo que delega en las EPS, la función específica de recaudar y administrar fondos parafiscales que, además, se precisa, debe destinar únicamente a gastos médicos y administrativos propios de la prestación del servicio público de salud en favor de sus afiliados.

En ese mismo cuerpo normativo se alude a quienes, en tercer nivel, contratan con las EPS para cubrir en concreto la prestación, a través de distintas modalidades, todas, se destaca, de naturaleza contractual eminentemente civil, frente a las cuales se verifica un tratamiento completamente diferente al que se realiza con las EPS o las ESE.

Entiende la Sala, respecto de ese tratamiento diferenciado, que las EPS operan como organismos delegados directos, de primer nivel, en los cuales reposa expresamente la función-obligación de recaudo, administración y prestación del servicio de salud.

Es por ello que, en el artículo 156 de la Ley 100 de 1993, que detalla las características básicas del Sistema, se advierte:

*e) Las Entidades Promotoras de Salud tendrán a cargo la afiliación de los usuarios y la administración de la prestación de los servicios de las Instituciones Prestadoras. Ellas están en la*

*obligación de suministrar, dentro de los límites establecidos en el numeral 5 del artículo 180, a cualquier persona que desee afiliarse y pague la cotización o tenga el subsidio correspondiente, el Plan Obligatorio de Salud, en los términos que reglamente el gobierno;*

*f) Por cada persona afiliada y beneficiaria, la Entidad Promotora de Salud recibirá una Unidad de Pago por Capitación - UPC - que será establecida periódicamente por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud;*

*g) Los afiliados al sistema elegirán libremente la Entidad Promotora de Salud, dentro de las condiciones de la presente Ley. Así mismo, escogerán las instituciones prestadoras de servicios y/o los profesionales adscritos o con vinculación laboral a la Entidad Promotora de Salud, dentro de las opciones por ella ofrecidas.*

*h) Los afiliados podrán conformar alianzas o asociaciones de usuarios que los representarán ante las Entidades Promotoras de Salud y las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud;*

*i) Las Instituciones Prestadoras de Salud son entidades oficiales, mixtas, privadas, comunitarias y solidarias, organizadas para la prestación de los servicios de salud a los afiliados del Sistema General de Seguridad Social en Salud, dentro de las Entidades Promotoras de Salud o fuera de ellas. El Estado podrá establecer mecanismos para el fomento de estas organizaciones y abrir líneas de crédito para la organización de grupos de práctica profesional y para las Instituciones Prestadoras de Servicios de tipo comunitario y Solidario;*

*j) Con el objeto de asegurar el ingreso de toda la población al Sistema en condiciones equitativas, existirá un régimen subsidiado para los más pobres y vulnerables que se financiará con aportes fiscales de la Nación, de los departamentos, los distritos y los municipios, el Fondo de Solidaridad y Garantía y recursos de los afiliados en la medida de su capacidad;*

*k) Las Entidades Promotoras de Salud podrán prestar servicios directos a sus afiliados por medio de sus propias Instituciones Prestadoras de Salud, o contratar con Instituciones Prestadoras*

*y profesionales independientes o con grupos de práctica profesional, debidamente constituidos;*

*n) Las entidades territoriales, con cargo a los fondos seccionales y locales de salud cumplirán, de conformidad con la Ley 60 de 1993 y las disposiciones de la presente ley, la financiación al subsidio a la demanda allí dispuesta y en los términos previstos en la presente Ley,*

*o) Las entidades territoriales celebrarán convenios con las Entidades Promotoras de Salud para la administración de la prestación de los servicios de salud propios del régimen subsidiado de que trata la presente Ley. Se financiarán con cargo a los recursos destinados al sector salud en cada entidad territorial, bien se trate de recursos cedidos, participaciones o propios, o de los recursos previstos para el Fondo de Solidaridad y Garantía. Corresponde a los particulares aportar en proporción a su capacidad socioeconómica en los términos y bajo las condiciones previstas en la presente Ley;*

*p) La Nación y las entidades territoriales, a través de las instituciones hospitalarias públicas o privadas en todos los niveles de atención que tengan contrato de prestación de servicios con él para este efecto, garantizarán el acceso al servicio que ellas prestan a quienes no estén amparados por el Sistema General de Seguridad Social en Salud, hasta cuando éste logre la cobertura universal.*

Resalta la Corte, de lo transcrito, cómo las IPS o personas independientes, privados, carecen de delegación o sujeción legal respecto de la prestación del servicio público de salud, pues, respecto de ellas opera una tarea material específica de atención, sea que se hallen vinculados a la EPS –la norma detalla que estas entidades pueden actuar a través de sus propias IPS- o que se les contrate para ese efecto.

En ese tercer nivel, entonces, las IPS o profesionales privados no adelantan tareas de recaudo o administración de bienes parafiscales, ni tampoco han sido delegadas, por disposición expresa de la ley y con criterios de obligatoriedad, para adelantar el servicio en cuestión.

Como la Ley 100 viabiliza que la EPS adelante la prestación del servicio de salud de forma directa o por medio de contrato con entidades diferentes, es claro que la obligación de entregar o realizar determinada labor médica, necesariamente surge, para las IPS y los profesionales independientes, del pacto suscrito con la EPS.

Se destaca, así, que la relación surgida entre la EPS y la IPS, las dos privadas en este caso, deriva exclusivamente de la decisión voluntaria de ambas partes para avenirse a celebrar un contrato de prestación de servicios, que se regula, así se trate del servicio de salud, por normas privadas de contratación y, respecto de la segunda, no representa de ninguna manera la delegación de funciones públicas, pues, entre otras razones, los dineros que se pagan a la IPS por entregar el servicio (médico que cobra por la consulta, empresa que entrega alimentos a los enfermos, etc.) ingresan a su peculio personal y pueden utilizarse como a bien quieran, pues, sobraría decir, resulta un contrasentido que el origen de tales sumas pagadas al particular, signe ad infinitum su uso.

Por lo demás, con independencia de qué tipo de contrato celebra la EPS con determinados profesionales o una IPS en particular, su naturaleza, precios y efectos, es lo cierto que la obligación directa de garantizar la atención integral de sus afiliados, sigue corriendo de cargo de la Entidad Promotora de Salud, acorde con el recaudo, administración y Unidad de Pago por Capitación que para el efecto se le entrega.

Así lo define expresamente el literal e) del artículo 156 de la Ley 100 de 1993, antes transcrito.

Se entiende, así, que por las características mixtas del Sistema de Seguridad Social en Salud buscado aplicar por el Estado, la delegación del recaudo, administración y prestación del servicio básico de salud –que, en principio, corresponde al mismo Estado- se ha hecho radicar en cabeza de entidades privadas, EPS, o públicas, denominadas ESE (Empresas Sociales del Estado).

En ambos casos, a dichas entidades se les ha otorgado un amplio campo de acción respecto de la manera en que prestan el servicio básico de salud, al punto de permitirles adelantar directamente o mediante terceros esa labor fundamental, en un marco privado y de libre competencia que permita cubrir máximos de universalidad e idoneidad.

Se reitera, la contratación que haga la EPS con un tercero, para que este realice determinada prestación

médica, no desplaza en este tercero la obligación legal de asegurar, cuando menos, el Plan Obligatorio de Salud, ni determina que la IPS contratada, o los profesionales, se hallen administrando fondos parafiscales, pues, los dineros que perciben corresponden al pago por la prestación específica, directa e inescindiblemente relacionado con lo pactado.

El artículo 20 del C.P., en un plano de estricta tipicidad, no relaciona la asunción de la condición de servidor público, solo por el origen del dinero –fondos parafiscales-, sino que reclama una concreta sujeción entre la persona y el mismo, derivada de la administración, de conformidad con la destinación de esas sumas.

Independientemente de que esos dineros tengan como fin la prestación del servicio esencial de salud, es lo cierto que solo poseen la calidad de administradores, acorde con la expresa delegación legal, las EPS, en tanto, por mucho ejercicio dialéctico que se haga, el pago que reciben la IPS o el profesional independiente, en razón de una prestación específica, cuando se trata de una persona jurídica privada, se aleja con mucho de cualquier obligación de administrar dineros públicos e ingresa directamente a su peculio.

Al administrador se le exige determinar en qué, con quién y cómo destina los fondos parafiscales, acorde con su origen y destinación legal.

Pero, cuando esos dineros se entregan a un tercero como pago de una labor, no es posible sostener que este tercero sigue siendo administrador de los mismos –ni mucho menos, que sin la existencia de norma legal que así lo disponga, ha sido delegado por el directamente delegado-, sencillamente, porque se ha agotado su función.

Sostener lo contrario crea una verdadera paradoja jurídica en la que, ad infinitum, siempre será posible encontrar en cabeza de cualquier persona la calidad de servidor público, cuando por alguna razón recibe o usa los dineros parafiscales.

Entonces, para concluir este tópico, aunque las IPS o profesionales privados, contraten con la EPS la prestación de un servicio concreto de salud, ello no los convierte en servidores públicos, dentro de la arista propia de los fondos parafiscales, simplemente, porque no han sido delegados ni adelantan materialmente la administración de esos recursos.

Y, además, el solo hecho de prestar materialmente el servicio público de salud, no verifica cubierta la exigencia del artículo 20 en mención, que alude a los “particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria”, pues, como se anotó antes, la delegación de dicha prestación ha sido encomendada expresamente, en norma legal, a las EPS, en quienes radica la obligación de,

cuando menos, atender con el POS a sus afiliados, sin que la contratación de un tercero las despoje de la misma.

Cierto que son dineros públicos y que se destinan al servicio de salud, pero es la misma ley la que ha determinado que las EPS, no solo recaudan y administran esos dineros, sino que son las encargadas de realizar la prestación –directamente o por interpuesta persona-, razón por la cual, ese tercero no adquiere una condición ya establecida, por delegación, en la Entidad Promotora de Salud.

El contrato privado entre dos instituciones del mismo orden, ni transfiere la función pública, ni muta la obligación, pues, el contratista, en este caso, solo está obligado a cumplir con lo que el contrato consagra.

No se desconoce, eso sí, que la Ley 100 contempla una serie de requisitos y exigencias de habilitación y formas de contratación con las IPS y profesionales independientes, derivados de la naturaleza del servicio y la necesidad de garantizarlo.

Pero, precisamente, ese régimen administrativo que, incluso, consagra sanciones para el incumplimiento de las obligaciones, no contempla, ni expresa, ni tácitamente, alguna referencia normativa al Código Penal y, en particular, al artículo 20 en reseña; ni es posible verificar la condición

de servidor público en la sola importancia o trascendencia del servicio.

La Corte entiende que la calidad de servidor público deriva de una directa atribución legal, como aquí sucede con la Ley 100 y las obligaciones que asisten a las EPS, o de la delegación que surge por ocasión de que un este estatal contrate con un particular o entidad privada la ejecución de ese tipo de tareas.

Aquí radica la amplia jurisprudencia expedida por esta Corporación y la Corte Constitucional, que de manera indistinta se cita por la Fiscalía, los jueces ordinarios y la defensa, para defender su particular postura sobre el tema.

Al respecto, ha sido objeto de debate lo consignado por la Corte Constitucional en la sentencia C-563 de 1998, cuyos apartados más trascendentes advierten:

*Así lo contemplan, entre otras normas, los artículos 2, 116, 123, 131, 221 (1° del Acto Legislativo No. 2 de 1995), 246, 267, 277-9, 318, 340 (Cfr. Sala Plena. Sentencia C-015 del 23 de enero de 1996) y 365 de la Constitución, que autorizan el ejercicio de funciones públicas por personas particulares, en ciertas situaciones y previos determinados requisitos que la propia Carta o las leyes establecen, o que les permiten participar en actividades de gestión de esa misma índole”*

*“Desde luego, tal ejercicio de funciones públicas no puede estar despojado de los necesarios controles ni hallarse exento de las responsabilidades que en sí mismo implica”.*

*“En los señalados eventos, el fundamento de la responsabilidad del particular es material .... ya que ni una ni otra atienden al estado o condición de quien actúa sino a la función pública que le ha sido encomendada y al interés, también público, que a ella es inherente”.*

*3.10. Las razones precedentes obligan a un cuidadoso examen de la situación atinente a la responsabilidad de los contratistas.*

*Los contratistas, como sujetos particulares, no pierden su calidad de tales porque **su vinculación jurídica a la entidad estatal no les confiere una investidura pública, pues si bien por el contrato reciben el encargo de realizar una actividad o prestación de interés o utilidad pública, con autonomía y cierta libertad operativa frente al organismo contratante, ello no conlleva de suyo el ejercicio de una función pública.***

*Lo anterior es evidente, si se observa que el **propósito de la entidad estatal no es el de transferir funciones públicas a los contratistas, las cuales conserva, sino la de conseguir la ejecución práctica del objeto contractual, en aras de realizar materialmente los cometidos públicos a ella asignados.** Por lo tanto, por ejemplo, en el contrato de obra pública el contratista no es receptor de una función pública, su labor que es estrictamente material y no jurídica, se reduce a construir o reparar la obra pública que requiere el ente estatal para el alcanzar los fines que le son propios. Lo mismo puede predicarse, por regla general, cuando se trata de la realización de otros objetos contractuales (suministro de bienes y servicios, compraventa de bienes muebles, etc.).*

*En las circunstancias descritas, el contratista se constituye en un colaborador o instrumento de la entidad estatal para la realización de actividades o prestaciones que interesan a los fines públicos, pero no en un delegatario o depositario de sus funciones.*

*Sin embargo, **conviene advertir que el contrato excepcionalmente puede constituir una forma, autorizada por la ley, de atribuir funciones públicas a un particular; ello acontece cuando la labor del contratista no se traduce y se agota con la simple ejecución material de una labor o prestación específicas, sino en el desarrollo de cometidos***

**estatales que comportan la asunción de prerrogativas propias del poder público, como ocurre en los casos en que adquiere el carácter de concesionario, o administrador delegado o se le encomienda la prestación de un servicio público a cargo del Estado, o el recaudo de caudales o el manejo de bienes públicos, etc.**

*En consecuencia, cuando el particular es titular de funciones públicas, correlativamente asume las consiguientes responsabilidades públicas, con todas las consecuencias que ella conlleva, en los aspectos civiles y penales, e incluso disciplinarios, según lo disponga el legislador.*

3.11. *Con fundamento en las anteriores consideraciones, la Corte entra a pronunciarse en concreto sobre los cargos de la demanda, así:*

*a) En relación con la responsabilidad del contratista, es necesario señalar que la ley 80 lo somete a un tratamiento particular, al punto que le atribuye valoraciones diferentes en consideración al papel que juega en la actividad contractual que, desde luego, determina tratamientos diferentes.*

*En primer término, se designa al contratista como receptor de los atributos predicables de todos los sujetos que concurren a prestar su colaboración al Estado, a través de los diferentes tipos de contratos, pero igualmente, se le cobija bajo un régimen único de responsabilidad (art. 52).*

*(...)*

*b) En el artículo 56 de la ley 80/93, se adiciona la regulación de la responsabilidad en materia penal del contratista, el interventor, el consultor y el asesor, cuando al asimilarlos a "particulares que cumplen funciones públicas", se les sujeta "a la responsabilidad que en esa materia señala la ley para los servidores públicos".*

*Las razones antes expuestas sirven para justificar la constitucionalidad de este artículo pues, de acuerdo con la Carta, nada obsta para que los consultores, interventores y asesores externos respondan penalmente en los mismos términos que los servidores públicos.*

*Ahora bien: en contra de lo afirmado por el demandante, es claro que a dichos sujetos no se les está elevando a la categoría de servidores públicos, ni desconociendo su condición de particulares. Simplemente el legislador, como autoridad competente para definir la política criminal, ha considerado que la responsabilidad penal de **las personas con las cuales el Estado ha celebrado contratos** para desarrollar una obra o cometido determinados, debe ser igual a la de los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado, o la de funcionarios al servicio de entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Tal tratamiento que, se insiste, no implica convertir al particular en un servidor público, tiene una justificación objetiva y razonable, pues pretende garantizar que los fines que se persiguen con la contratación administrativa y los principios constitucionales que rigen todos los actos de la administración, se cumplan a cabalidad, sin que sean menguados o interferidos por alguien que, en principio, no está vinculado por ellos.*

*En otras palabras, la responsabilidad que en este caso se predica de ciertos particulares, no se deriva de la calidad del actor, sino de la especial implicación envuelta en su rol, relacionado directamente con una finalidad de interés público.*

***La mayor responsabilidad que adquiere el particular cuando interviene en los contratos estatales, ya ha sido objeto de análisis por parte de esta Corporación:***

*"...a la luz del conjunto de principios y preceptos constitucionales, el particular que se halla en cualquiera de las situaciones en las que el orden jurídico lo faculta para cumplir papeles que en principio corresponderían a organismos y funcionarios estatales, no puede ser mirado de modo absoluto bajo la óptica de una responsabilidad igual a la de los demás particulares, circunscrita apenas a su condición privada, ya que por razón de la tarea que efectivamente desarrolla, en la medida de ésta y en cuanto toca con el interés colectivo, es públicamente responsable por su actividad, sin que llegue por eso a convertirse -se repite- en servidor del Estado desde el punto de vista subjetivo".*

*Algo más: es conveniente precisar y reiterar que el artículo demandado asimila la conducta del particular a la de un servidor*

*público sólo para efectos penales; otro tipo de responsabilidad derivada de la actuación oficial, como la disciplinaria, se continúa predicando con exclusividad de los funcionarios, que tienen con el Estado una relación legal y reglamentaria.*

*Sobre el punto la Corte ha insistido repetidamente que el régimen disciplinario no puede ser aplicado a los particulares que prestan sus servicios al Estado, pues en esos casos no se presenta una relación de sujeción o supremacía entre la Administración y la aludida persona. Este régimen, sólo puede ser aplicado a los servidores públicos, porque la posición de éstos "en el aparato estatal, como ente físico que actualiza la tarea del Estado, comporta una serie de obvias obligaciones especiales de aquel con éste, llamadas a mantener el orden interno de la organización y el logro de los objetivos estatales. Así las cosas, un elemento esencial que define al destinatario de la potestad disciplinaria es la existencia de una subordinación del servidor público para con el Estado".*

*No sucede lo mismo en materia penal, pues toda persona, sin importar si es servidor público o particular debe responder por infringir la Constitución o la ley (artículo 6° CN). La competencia para establecer el grado de responsabilidad que se deriva de la conducta desplegada por los particulares o los funcionarios públicos, corresponde al legislador y mientras ésta no sea desproporcionada o exagerada en relación con el interés que se pretende proteger, válido a la luz de la Constitución, no puede existir reproche alguno de constitucionalidad.*

*Por lo anterior, la norma del art. 56 de la ley 80 de 1993 será declarada exequible.*

*c) El artículo 63 del Código Penal, modificado por la ley 190/95, art. 18, considera servidores públicos para fines penales, entre otros, a los miembros de las corporaciones públicas, a los empleados y trabajadores del Estado, a los integrantes de la fuerza pública y a "los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria".*

*La figura que utiliza la norma para considerar al particular como servidor público, se sustenta en la exigencia especial de que éste cumpla funciones públicas. Es esta cualificación del sujeto la que*

*da lugar a la asimilación jurídica, de manera que existirá o dejará de existir si el particular ejerce o deja de ejercer dichas funciones.*

*La referida disposición, incorporada en la parte general del Código Penal, no tiene otra pretensión que la de regular, para efectos penales, una situación específica en que se extiende la noción de servidor público, en relación con los particulares que ejercen funciones públicas, en forma permanente o transitoria, sin tener que recurrir a enumeraciones en las descripciones de los diferentes tipos penales en los que el servidor público es sujeto activo del ilícito.*

*La asimilación a servidor público de los particulares que ejercen funciones públicas en forma permanente o transitoria, se compadece con el sentido incito en el artículo 123 de la Constitución, en la medida en que objetivamente quien ejerce una función pública adquiere la condición de servidor público.*

La Corte ha querido destacar en negrilla los apartados que inciden en la definición del tema, pues, de forma confusa el fiscal del caso y los falladores ordinarios buscan determinar la condición de servidores públicos de los procesados, en su totalidad, a partir de dos figuras distintas, contempladas en el artículo 20 del C.P., que atienden, de un lado, a la naturaleza de los dineros involucrados, fondos parafiscales, y la expresa delimitación que hace la norma en torno de sus administradores, para estimarlos servidores públicos; y, del otro, a la atribución que en similar calidad surge de “los particulares que ejerzan funciones públicas en forma transitoria o permanente”.

Respecto del primer tópico ya se hicieron las precisiones necesarias.

Acerca del segundo, se recuerda, la Fiscalía y los falladores, advierten que, en atención a prestar el servicio público de salud, la totalidad de procesados han de reportarse, para fines penales, servidores públicos.

Sucedo, sin embargo, que en estos casos, dado que la habilitación para adelantar ese tipo de tarea no surge expresamente de la ley, sino de específica atribución contractual, vale decir, de la concreta tarea que un ente estatal asigna al contratista, se ofrece indispensable determinar la manera en que operó esa delegación y el tipo de labor específica contratada, pues, como se lee en lo transcrito, no todas las actividades asignadas, en especial, las obras públicas, legitiman asumir servidor público al particular.

Entonces, si se dijera que en el caso concreto existe algún tipo de delegación para realizar un servicio público propio del Estado, son dos los aspectos que deben verificarse: (i) la existencia del contrato a través del cual el ente estatal de determinado nivel delega la tarea; y (ii) el tipo de servicio que prestará el contratista.

Es apenas natural, así se reseña por la Corte Constitucional en los apartados destacados por la Sala, que en tratándose de la delegación de un servicio esencial, que será prestado por un particular dentro de específicas circunstancias de tiempo, modo y lugar, la asignación solo

puede hacerse, de manera directa, por el organismo, ente o institución del Estado encargada de esa prestación.

Nada más se entiende cuando en uno de los apartados arriba transcritos, se dice que:

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

Cuando se dice que el contrato excepcionalmente puede conferir esa condición de servidor público, entonces, es claro que ese “contrato” al cual se alude, corresponde a aquel en que el ente estatal otorga o delega funciones a un privado -como sería, por ejemplo, el caso en que el Ministerio de Salud cediera alguna tarea de recaudo de dinero o administración del sistema, a un ente o persona privada, así se llame EPS-.

Pero, si se trata de un ente privado, que a su vez ha recibido la delegación de la ley para prestar el servicio de salud, este se halla imposibilitado legalmente para que, a través de un contrato, a su vez delegue a otro ente privado -

IPS-, esa tarea, al punto de invertir a este último, por el solo hecho del contrato, de la condición de servidor público.

Es por ello que en el curso de la providencia citada siempre se hace relación al contratante, Estado, y al contratista, particular, dentro de los parámetros diseñados por la Ley 80 de 1993 para los contratos estatales.

Vale decir, para que se entienda pasible de aplicar el artículo 20 del C.P., en su apartado de prestación de servicios públicos de forma permanente o transitoria, es fundamental que se verifique que una de las partes de la ecuación contractual, contratante, lo es el Estado, pues, es el único legitimado para delegar una labor inherente al mismo.

En lo que compete a la postura de esta Corte sobre el particular, la Sala siempre ha sido del criterio que la habilitación especial surge del contrato que celebra el ente estatal con un particular.

Y, si ocurrió alguna modificación en su tesis, ella no dice relación con el extremo del contratante –radicado exclusivamente en un ente estatal-, dígase, para introducir posibles actores privados o particulares en el mismo, sino con el tipo de labor que se encomienda.

Precisamente, con ocasión de lo consignado por la Corte Constitucional en la sentencia C-563 de 1998, en el radicado 19562, del 27 de abril de 2005, esta Corporación anotó:

*...El particular que contrata con la administración pública se compromete a ejecutar una labor o una prestación conforme al objeto del contrato y en virtud de ese convenio, de conformidad con los artículos 123- 3 y 210-2 de la C. P., puede ejercer funciones públicas temporalmente o en forma permanente, siendo la naturaleza de esa función la que permite determinar si puede por extensión asimilarse a un servidor público para efectos penales, ejemplo de tales eventualidades son las concesiones, la administración delegada o el manejo de bienes o recursos públicos.*

Ello recibió corroboración de la Sala, en decisiones subsecuentes del 13 de julio de 2005<sup>3</sup> y 13 de marzo de 2006<sup>4</sup>. En esta última decisión señaló:

*Para abordar el análisis de este puntual tema, se hace indispensable estudiar primero lo relacionado con la calidad que ostentaba el procesado **Fernando Hely Mejía Álvarez** cuando suscribió con el municipio de Garagoa el mencionado contrato de obra para la ampliación del acueducto rural “Bancos de Páramos”, es decir, si por razón de ese acto jurídico público adquirió una función pública y, por ende, la condición de servidor público, o siguió siendo un particular, aspecto jurídico que determina, para efectos de los términos de la prescripción, si se aplica el incremento de la tercera parte que establece el inciso quinto del artículo 83 de la Ley 599 de 2000 (antes artículo 82 del Decreto 100 de 1980).*

*En efecto, tradicionalmente ha venido sosteniendo la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal que a partir de la entrada en vigencia de la ley 80 de 1993, para efectos penales,*

---

<sup>3</sup> Radicación 19695.

<sup>4</sup> Radicación 24833.

*el contratista, el interventor, el consultor y el asesor en un proceso de contratación estatal, cumplen funciones públicas en lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebren con entidades estatales, y les atribuyó la responsabilidad que en esa materia le señala la ley a los servidores públicos.*

*No obstante, también la jurisprudencia ha comenzado a decantar el punto, es decir, si los contratistas, como sujetos particulares, pierden su calidad de tal por razón de su vinculación jurídica contractual con la entidad estatal.*

*Frente a ello es indispensable destacar que para llegar a dicha conclusión, se hace necesario establecer, en cada evento, si las funciones que debe prestar el particular por razón del acuerdo o de la contratación, consiste en desarrollar funciones públicas o simplemente se limita a realizar un acto material en el cual no se involucra la función pública propia del Estado, pues esa situación define su calidad de servidor público a partir del momento que suscriba el convenio.*

*Por ello, si el objeto del contrato administrativo no tiene como finalidad transferir funciones públicas al contratista, sino la de conseguir la ejecución práctica del objeto contractual, con el fin de realizar materialmente los cometidos propios del contrato, necesario es concluir que la investidura de servidor público no cobija al particular.*

*En otras palabras, en este evento, se repite, el contratista se constituye en un colaborador de la entidad estatal con la que celebra el contrato administrativo para la realización de actividades que propenden por la utilidad pública, pero no en calidad de delegatario o depositario de sus funciones. Contrario sería cuando por virtud del contrato, el particular adquiere el carácter de concesionario, administrador delegado o se le encomienda la prestación de un servicio público a cargo del Estado, el recaudo de caudales o el manejo de bienes públicos, actividades éstas que necesariamente llevan al traslado de la función pública y, por lo mismo, el particular adquiere, transitoria o permanentemente, según el caso, la calidad de servidor público.*

*Ello tiene su razón de ser jurídica, en la medida en que la función pública radica en cabeza del Estado. Sin embargo, como la Constitución y la ley prevén que es posible delegar dicha función, lógico es concluir que el particular, adquirente de la función pública, se convierta en servidor público.*

*En síntesis, cuando el particular, con motivo de la contratación pública, asume funciones públicas propias del Estado, se encuentra cobijado con la investidura de servidor público. Por el contrario, cuando dicho particular presta sus servicios para ejecutar obras de utilidad pública u objetos similares, no pierde esa calidad, en la medida en que su labor constituye una utilidad pública por razón del servicio contratado y no una función pública”.*

Para lo debatido, la Corte debe destacar que el cambio jurisprudencial no reporta una variación sustancial, como quiera que en el proceso jamás se ha controvertido la naturaleza esencial del servicio de salud o los motivos que obligan considerar servidor público a la persona a quien le ha sido encomendada esa tarea.

Sucede, sin embargo, que en todos los casos examinados por esta Corte y la Constitucional, la condición en cita deriva necesariamente de que la delegación derive de un contrato celebrado por el particular con el Estado, en el cual radica, se reitera, la potestad de deferir dicha función.

En conclusión, la determinación de que se ejercen funciones públicas de forma permanente o transitoria, para efectos del apartado correspondiente del artículo 20 del C.P., reclama de dos condiciones, en tratándose de delegación contractual: (i) que esas funciones hayan sido delegadas por

un este estatal, a título de contratante, de manera directa; (ii) que la labor deferida corresponda efectivamente a la esencia de un servicio público –no un servicio de utilidad pública o una obra material-, que deja de prestar directamente el Estado y asume el particular.

Para evitar equívocos, la Corte precisa que lo definido en precedencia dice relación exclusiva con el apartado del artículo 20 del C.P., en el cual se relaciona que se entienden “servidores públicos”, entre otros a los “particulares que ejerzan funciones públicas en forma transitoria o permanente”, en el entendido que estos solo pueden adquirir esta condición, cuando se trata de delegación contractual, cuando es la entidad pública encargada de la función, la que directamente realiza el contrato con el particular.

Para la Corte es claro que también la condición de servidor público, en los estrictos términos del artículo 20 en cita, también puede derivar de que las personas “administren los recursos de que trata el artículo 338 de la Constitución Política, aspecto que se examinará a renglón seguido.

## **2. RÉGIMEN CONTRACTUAL**

Tanto la Fiscalía como los falladores ordinarios han introducido en sus intervenciones o decisiones, la tesis según la cual, a pesar de tratarse de una contratación, en principio, privada, la que adelanta la EPS, como contratante, con las

IPS o profesionales independientes privados, el hecho de vincularse a ello dineros de fondos parafiscales o corresponder lo contratado al servicio público de salud, implica que esos negocios jurídicos deban cumplir con normas públicas, en particular, los principios que gobiernan la Ley 80 de 1993.

De allí, a la vez, derivan que pese a no corresponder en estricto sentido a entes estatales, los encargados de adelantar el trámite en la EPS (contratante) y la IPS o profesionales independientes (contratistas), pueden responder, en calidad de servidores públicos, por los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales e interés indebido en la celebración de contratos.

La Corte, respecto del tema en discusión, debe partir por significar conceptos diferentes y diferenciables, los de la calidad de servidor público establecida para los particulares en condiciones excepcionales, y aquel referido a la naturaleza de los contratos que la persona realiza.

Esto es, de ninguna manera se hace factible señalar que por el solo hecho de haber sido investido de funciones públicas en determinados asuntos, por vía legal o contractual, los contratos que en desarrollo de ello realiza el particular, derivan en estatales, exigen cumplir las normas de la Ley 80 de 1993, o sus principios, o lo determinan pasible de cometer los delitos contractuales en cita.

En un clima de estricta legalidad, se hace imposible expandir los efectos de una calidad o condición excepcional, hacia ámbitos diferentes a los que se busca proteger con esa adscripción.

Esto para significar, en primer lugar, que, si bien, tanto el delito de peculado, como los propios de la contratación, se representan cometidos contra la administración pública, su materialización y efectos operan en niveles distintos, que pueden delimitarse en relación género especie.

De esta manera, cuando a un servidor público transitorio o excepcional, se le confía la administración de dineros, su responsabilidad por la pérdida o distracción de los mismos dimana de la obligación de cuidado que surge directamente de la tarea confiada, hasta derivar en responsabilidad por alguna de las aristas del delito de peculado, acorde con lo establecido expresamente en el artículo 20 del C.P.

Pero, si el particular investido de tales funciones, utiliza la forma contractual privada para efectos de distraer el dinero -que sigue siendo público- o apenas se interesa en que sea favorecido determinado contratista, ello obliga verificar si se cumplen los presupuestos típicos que gobiernan los delitos insertos en el Capítulo Cuarto -rotulado "De la celebración indebida de contratos"- del Título XV del C.P.

(arts. 408 a 410 A), pues, ellos no se suplen apenas con la consideración de la calidad especial del contratante, ni tampoco, por el hecho que lo contratado sea considerado un servicio público, entre otras razones, porque ello no convierte, per se, los contratos civiles o privados, en estatales.

A este efecto, es evidente que el servidor público especial, esto es, el particular al cual se atribuye determinada función, solo actúa en tal virtud, dado su carácter excepcional, de lo expresamente delegado por la ley o el contrato suscrito con el Estado.

De ello se sigue, que si lo buscado es atribuir responsabilidad penal a un particular por los delitos contractuales del Capítulo Cuarto antes referenciado, derivada de las funciones que le han sido delegadas, es necesario demostrar que estas funciones incluyen, de forma expresa, la capacidad de actuar como reemplazo del ente estatal en sus tareas contractuales –pese a las limitaciones legales establecidas para el efecto, entre ellas, que la delegación solo puede operar respecto de un subordinado del delegante<sup>5</sup>-.

Se precisa, contratos estatales solo pueden realizar, en principio, las entidades estatales, cuando actúan como

---

<sup>5</sup> Al respecto, véase lo dicho por la Sala en el radicado 59738, de 2022.

contratantes, pues, aun si los particulares se hallan investidos de determinada actividad puntual, dígame, la de administrar fondos parafiscales, lo que se haga con estos dineros, si ellos se distraen en determinada contratación privada, no registra que la misma derive estatal o demande cumplir con sus obligaciones, ni mucho menos, que la celebración del pacto pueda derivar en los delitos examinados, pues, para ello se reclama, no que se trate de dineros públicos, sino que el particular haya recibido la delegación expresa para realizar contratos estatales.

Junto con lo anotado, es necesario relevar que la consideración de si un contrato es estatal o no, esto es, si debe regirse por las normas y principios establecidas en la Ley 80 de 1993 –cuerpo normativo en el que hacen radicar el fiscal y los juzgadores, el incumplimiento de obligaciones o postulados generales-, obedece a un criterio eminentemente orgánico, no subjetivo o finalista, que de manera expresa e inconcusa obliga del contratante su condición de entidad estatal.

No es, así, que baste con advertir del contratante la condición de servidor público –menos, si la misma deriva de circunstancias excepcionales, referidas a administrar fondos parafiscales-, sino que se obliga actuar en nombre de una entidad estatal.

Al efecto, un examen detenido y contextualizado del plexo normativo consignado en la Ley 80 de 1993, permite verificar evidente que allí se relacionan solo contratos estatales en estricto sentido, esto es, únicamente los adelantados por órganos del Estado, en todos sus niveles.

El límite orgánico en cuestión parte desde su artículo primero, en tanto, allí se dice que el objeto de la ley es disponer las reglas y principios que rigen los contratos “de las entidades estatales”.

Importante lo que consigna el artículo segundo, pues, en este se detalla “para los solos efectos de esta ley”, que debe entenderse por entidades estatales, servidores públicos y servicios públicos.

Respecto del segundo concepto en cita, el ordinal segundo define que deben estimarse servidores públicos:

*a) Las personas naturales que prestan sus servicios dependientes a los organismos y entidades de que trata este artículo, con excepción de las asociaciones y fundaciones de participación mixta en las cuales dicha denominación se predicará exclusivamente de sus representantes legales y de los funcionarios de los niveles directivo, asesor o ejecutivo o sus equivalentes en quienes se delegue la celebración de contratos en representación de aquéllas.*

*b) Los miembros de las corporaciones públicas que tengan capacidad para celebrar contratos en representación de éstas.*

Como se ve, para efectos de la Ley 80 de 1993, el concepto de servidor público es bastante restringido, pues, lo ata necesariamente al órgano al cual pertenece la persona, a diferencia de lo que consagra el artículo 20 del C.P., para efectos de la ley penal.

Es por consideración al criterio orgánico imperante, que el artículo 3°, atinente a los fines de la contratación estatal, significa que los presupuestos a considerar por los servidores públicos remiten a aquellos que animan a la entidad, en cuanto, buscan cumplir con los propósitos del Estado.

Los artículos 4° y 5°, a su turno, establecen de manera expresa que los dos extremos del contrato lo son las “entidades estatales” y los contratistas, fijando para cada uno de ellos derechos y deberes.

En todas las normas subsecuentes, que no referirá la Sala para evitar precisiones farragosas e innecesarias, se hace relación expresa a la entidad estatal, sin que, así fuese de manera tácita o adjetiva, se repute posible que el contratante, aunque se le repute servidor público o la prestación sea del mismo tenor, actúe en nombre propio o por fuera de los cometidos de un determinado organismo estatal, incluso en los casos de delegación, cuyos requisitos regula el artículo 12.

Tampoco es posible utilizar los principios propios de la contratación estatal, consignados en el artículo 23 y siguientes de la Ley 80 de 1993, para advertir que opera en todos los casos en los cuales se utilizan dineros públicos, así no intervenga en el acto contractual una entidad pública.

Ello es así, por cuanto, del contenido de tal norma, se establece que dichos principios están instituidos exclusivamente para los contratos celebrados por entidades estatales, acorde con el elemento orgánico transversal de la ley, pues así se titula el artículo 23: “*DE LOS PRINCIPIOS EN LAS ACTUACIONES CONTRACTUALES DE LAS ENTIDADES ESTATALES*”.

El análisis material y contextualizado de la norma conduce a la misma conclusión, dado que, pese a tratarse de un principio, en el caso concreto de la Ley 80 de 1993, este ha sido explicitado en su naturaleza y efectos, de cara al tipo de contratación que se regula.

Los artículos 24 y siguientes, reseñan:

**ARTÍCULO 24.- Del principio de Transparencia.** *En virtud de este principio:*

**1o. Numeral Derogado por el art. 32 de la Ley 1150 de 2007.**

**2o.** *En los procesos contractuales los interesados tendrán oportunidad de conocer y controvertir los informes, conceptos y decisiones que se rindan o adopten, para lo cual se establecerán*

*etapas que permitan el conocimiento de dichas actuaciones y otorguen la posibilidad de expresar observaciones.*

*3o. Las actuaciones de las autoridades serán públicas y los expedientes que las contengan estarán abiertos al público, permitiendo en el caso de licitación el ejercicio del derecho de que trata el artículo 273 de la Constitución Política.*

*4o. Las autoridades expedirán a costa de aquellas personas que demuestren interés legítimo, copia de las actuaciones y propuestas recibidas, respetando la reserva de que gocen legalmente las patentes, procedimientos y privilegios.*

*5o. En los pliegos de condiciones o términos de referencia:*

*(La expresión "Términos de referencia" fue derogada por el art. 32 de la Ley 1150 de 2007. a) Se indicarán los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección. Literal reglamentado por el Decreto Nacional 679 de 1994.)*

*b) Se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten las declaratorias de desierta de la licitación o concurso.*

*(Literal declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-932 de 2007, en el entendido de que los principios de transparencia, selección objetiva e igualdad permiten que dentro de los factores de escogencia o criterios de ponderación, en los pliegos de condiciones se incluyan medidas de acciones afirmativas.)*

*(La expresión "Concurso" fue derogada por el art. 32 de la Ley 1150 de 2007.)*

*c) Se definirán con precisión las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato.*

*d) No se incluirán condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, ni exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que se suministren.*

*e) Se definirán reglas que no induzcan a error a los proponentes y contratistas y que impidan la Formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad.*

*f) Se definirá el plazo para la liquidación del contrato, cuando a ello hubiere lugar, teniendo en cuenta su objeto, naturaleza y cuantía.*

*Serán ineficaces de pleno derecho las estipulaciones de los pliegos o términos de referencia y de los contratos que contravengan lo dispuesto en este numeral, o dispongan renuncias a reclamaciones por la ocurrencia de los hechos aquí enunciados.*

*(La expresión "Términos de referencia" fue derogada por el art. 32 de la Ley 1150 de 2007.)*

*6o. En los avisos de publicación de apertura de la licitación o concurso y en los pliegos de condiciones o términos de referencia, se señalarán las reglas de adjudicación del contrato.*

*(Las expresiones "Concurso" y "Términos de referencia" fueron derogadas por el art. 32 de la Ley 1150 de 2007.)*

*7o. Los actos administrativos que se expidan en la actividad contractual o con ocasión de ella, salvo los de mero trámite, se motivarán en forma detallada y precisa e igualmente lo serán los informes de evaluación, el acto de adjudicación y la declaratoria de desierto del proceso de escogencia.*

*8o. Las autoridades no actuarán con desviación 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.*

9o. Los avisos de cualquier clase a través de los cuales se informe o anuncie la celebración o ejecución de contratos por parte de las entidades estatales, no podrán incluir referencia alguna al nombre o cargo de ningún servidor público.

**PARÁGRAFO 1.-** Derogado por el art. 32, Ley 1150 de 2007.

**PARÁGRAFO 2.-** El Gobierno Nacional expedirá, dentro de los seis (6) meses siguientes a la promulgación de esta ley, un reglamento de contratación directa, cuyas disposiciones garanticen y desarrollen los principios de economía, transparencia y selección objetiva previstos en ella.

Si el Gobierno no expidiere el reglamento respectivo, no podrá celebrarse directamente contrato alguno por ninguna entidad estatal so pena de su nulidad.

**PARÁGRAFO 3.-** Cuando la venta de los bienes de las entidades estatales deba efectuarse por el sistema de martillo, se hará a través del procedimiento de subasta que realicen las entidades financieras debidamente autorizadas para el efecto y vigiladas por la Superintendencia Bancaria.

La selección de la entidad vendedora la hará la respectiva entidad estatal, de acuerdo con los principios de transparencia, economía, responsabilidad y selección objetiva y teniendo en cuenta la capacidad administrativa que pueda emplear cada entidad financiera para realizar los remates.

**ARTÍCULO 25.- Del Principio de Economía.** Reglamentado por el Decreto Nacional 287 de 1996. En virtud de este principio:

1o. 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 este propósito, se señalarán términos preclusivos y perentorios para las diferentes etapas de la selección y las autoridades darán impulso oficioso a las actuaciones.

*(La expresión "Términos de referencia" fue derogada por el art. 32 de la Ley 1150 de 2007.)*

*2o. Las normas de los procedimientos contractuales se interpretarán de tal manera que no den ocasión a seguir trámites distintos y adicionales a los expresamente previstos o que permitan valerse de los defectos de forma o de la inobservancia de requisitos para no decidir o proferir providencias inhibitorias.*

*3o. Se tendrán en consideración que las reglas y procedimientos constituyen mecanismos de la actividad contractual que buscan servir a los fines estatales, a la adecuada, continua y eficiente prestación de los servicios públicos y a la protección y garantía de los derechos de los administrados.*

*4o. Los trámites se adelantarán con austeridad de tiempo, medios y gastos y se impedirán las dilaciones y los retardos en la ejecución del contrato.*

*5o. Se adoptarán procedimientos que garanticen la pronta solución de las diferencias y controversias que con motivo de la celebración y ejecución del contrato se presenten.*

*6o. Las entidades estatales abrirán licitaciones o concursos e iniciarán procesos de suscripción de contratos, cuando existan las respectivas partidas o disponibilidades presupuestales.*

*(La expresión "Concurso" fue derogada por el art. 32 de la Ley 1150 de 2007.)*

*7o. La conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar y las autorizaciones y aprobaciones para ello, se analizarán o impartirán con antelación al inicio del proceso de selección del contratista o al de la firma del contrato, según el caso.*

*8o. El acto de adjudicación y el contrato no se someterán a aprobaciones o revisiones administrativas posteriores, ni a cualquier otra clase de exigencias o requisitos, diferentes de los previstos en este estatuto.*

*9o. En los procesos de contratación intervendrán el jefe y las unidades asesoras y ejecutoras de la entidad que se señalen en*

*las correspondientes normas sobre su organización y funcionamiento.*

**10. Numeral subrogado por el art. 37, Decreto Nacional 2150 de 1995, así:** *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.*

*11. Las corporaciones de elección popular y los organismos de control y vigilancia no intervendrán en los procesos de contratación, salvo en lo relacionado con la solicitud de audiencia pública para la adjudicación en caso de licitación.*

*De conformidad con lo previsto en los artículos 300, numeral 9o. y 313, numeral 3o. de la Constitución Política, las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales autorizarán a los gobernadores, y alcaldes respectivamente, para la celebración de contratos.*

*12. Modificado por el art. 87, Ley 1474 de 2011. Previo a la apertura de un proceso de selección, o a la firma del contrato en el caso en que la modalidad de selección sea contratación directa, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones, según corresponda.*

*Cuando el objeto de la contratación incluya la realización de una obra, en la misma oportunidad señalada en el inciso primero, la entidad contratante deberá contar con los estudios y diseños que permitan establecer la viabilidad del proyecto y su impacto social, económico y ambiental. Esta condición será aplicable incluso para los contratos que incluyan dentro del objeto el diseño.*

*(La expresión "Términos de referencia" fue derogada por el art. 32 de la Ley 1150 de 2007.)*

*(Inciso 2° derogado por el art. 32 de la Ley 1150 de 2007.)*

*13. Las autoridades constituirán las reservas y compromisos presupuestales necesarios, tomando como base el valor de las*

*prestaciones al momento de celebrar el contrato y el estimativo de los ajustes resultantes de la aplicación de la cláusula de actualización de precios.*

*14. Las entidades incluirán en sus presupuestos anuales una apropiación global destinada a cubrir los costos imprevistos ocasionados por los retardos en los pagos, así como los que se originen en la revisión de los precios pactados por razón de los cambios o alteraciones en las condiciones iniciales de los contratos por ellas celebrados.*

*15. Las autoridades no exigirán sellos, autenticaciones, documentos originales o autenticados, reconocimientos de firmas, traducciones oficiales, ni cualquier otra clase de formalidades o exigencias rituales, salvo cuando en forma perentoria y expresa lo exijan leyes especiales.*

*(Inciso 2° derogado por el art. 32 de la Ley 1150 de 2007.)*

*16. En las solicitudes que se presenten en el curso de la ejecución del contrato, si la entidad estatal no se pronuncia dentro del término de tres (3) meses siguientes, se entenderá que la decisión es favorable a las pretensiones del solicitante en virtud del silencio administrativo positivo. Pero el funcionario o funcionarios competentes para dar respuesta serán responsables en los términos de esta Ley.*

*(Ver el art. 15, Decreto Nacional 679 de 1994)*

*17. Las entidades no rechazarán las solicitudes que se les formulen por escrito aduciendo la inobservancia por parte del peticionario de las formalidades establecidas por la entidad para su tramitación y oficiosamente procederán a corregirlas y a subsanar los defectos que se adviertan en ellas.*

*Igualmente, estarán obligadas a radicar las actas o cuentas de cobro en la fecha en que sean presentadas por el contratista, procederán a corregirlas o ajustarlas oficiosamente si a ello hubiere lugar y, si esto no fuere posible, las devolverán a la mayor brevedad explicando por escrito los motivos en que se fundamenta tal determinación.*

18. *La declaratoria de desierta de la licitación o concurso únicamente procederá por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva y se declarará en acto administrativo en el que se señalarán en forma expresa y detallada las razones que han conducido a esa decisión.*

*(La expresión "Concurso" fue derogada por el art. 32 de la Ley 1150 de 2007.*

*19 Numeral derogado por el art. 32 de la Ley 1150 de 2007.)*

20. *Los fondos destinados a la cancelación de obligaciones derivadas de contratos estatales podrán ser entregados en administración fiduciaria o bajo cualquier otra forma de manejo que permita la obtención de beneficios y ventajas financieras y el pago oportuno de lo adeudado.*

**ARTÍCULO 29.- Artículo derogado por el art. 32, de la Ley 1150 de 2007. Del Deber de Selección Objetiva.** *La selección de contratistas será objetiva.*

*Es objetiva la selección en la cual la escogencia se hace al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.*

*Ofrecimiento más favorable es aquel que, teniendo en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o términos de referencia o en el análisis previo a la suscripción del contrato, si se trata de contratación directa, resulta ser más ventajoso para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos, sólo alguno de ellos, el más bajo precio o el plazo ofrecido. Si el plazo ofrecido es menor al previsto en los pliegos de condiciones o términos de referencia, no será objeto de evaluación.*

*El administrador efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los diferentes ofrecimientos recibidos, la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones*

*de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello.*

*En caso de comparación de propuestas nacionales y extranjeras, se incluirán los costos necesarios para la entrega del producto terminado en el lugar de su utilización.*

**ARTÍCULO 30.-** *Reglamentado por el Decreto Nacional 287 de 1996. De la Estructura de los Procedimientos de Selección. La licitación o concurso se efectuará conforme a las siguientes reglas:*

*(La expresión "Concurso" fue derogada por el art. 32 de la Ley 1150 de 2007.)*

*1o. El jefe o representante de la entidad estatal ordenará su apertura por medio de acto administrativo motivado.*

*De conformidad con lo previsto en el numeral 12 del artículo 25 de esta Ley, la resolución de apertura debe estar precedida de un estudio realizado por la entidad respectiva en el cual se analice la conveniencia y oportunidad del contrato y su adecuación a los planes de inversión, de adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones, según el caso. Cuando sea necesario, el estudio deberá estar acompañado, además de los diseños, planos y evaluaciones de prefactibilidad o factibilidad.*

*2o. La entidad interesada elaborará los correspondientes pliegos de condiciones o términos de referencia, de conformidad con lo previsto en el numeral 5o. del artículo 24 de esta Ley, en los cuales se detallarán especialmente los aspectos relativos al objeto del contrato, su regulación jurídica, los derechos y obligaciones de las partes, la determinación y ponderación de los factores objetivos de selección y todas las demás circunstancias de tiempo, modo y lugar que se consideren necesarias para garantizar reglas objetivas, claras y completas.*

*(La expresión "Términos de referencia" fue derogada por el art. 32 de la Ley 1150 de 2007.)*

*3o. Modificado por el art. 224, Decreto Nacional 019 de 2012. Dentro de los diez (10) a veinte (20) días calendario anteriores a*

*la apertura de la licitación se publicarán hasta tres (3) avisos con intervalos entre dos (2) y cinco (5) días calendario, según lo exija la naturaleza, objeto y cuantía del contrato, en la página Web de la entidad contratante y en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública -SECOP.*

*En defecto de dichos medios de comunicación, en los pequeños poblados, de acuerdo con los criterios que disponga el reglamento, se leerán por bando y se fijarán por avisos en los principales lugares públicos por el término de siete (7) días calendario, entre los cuales deberá incluir uno de los días de mercado en la respectiva población.*

*Los avisos contendrán información sobre el objeto y características esenciales de la respectiva licitación.*

*4o. Modificado por el art. 220, Decreto Nacional 019 de 2012. Dentro de los tres (3) días hábiles siguientes al inicio del plazo para la presentación de propuestas y a solicitud de cualquiera de las personas interesadas en el proceso se celebrará una audiencia con el objeto de precisar el contenido y alcance de los pliegos de condiciones, de lo cual se levantará un acta suscrita por los intervinientes. En la misma audiencia se revisará la asignación de riesgos que trata el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007 con el fin de establecer su tipificación, estimación y asignación definitiva.*

*Como resultado de lo debatido en la audiencia y cuando resulte conveniente, el jefe o representante de la entidad expedirá las modificaciones pertinentes a dichos documentos y prorrogará, si fuere necesario, el plazo de la licitación o concurso hasta por seis (6) días hábiles.*

*Lo anterior no impide que dentro del plazo de la licitación, cualquier interesado pueda solicitar aclaraciones adicionales que la entidad contratante responderá mediante comunicación escrita, la cual remitirá al interesado y publicará en el SECOP para conocimiento público.*

*5o. El plazo de la licitación o concurso, entendido como el término que debe transcurrir entre la fecha a partir de la cual se pueden presentar propuestas y la de su cierre, se señalará en los pliegos*

*de condiciones o términos de referencia, de acuerdo con la naturaleza, objeto y cuantía del contrato.*

*Modificado por el art 89, Ley 1474 de 2011. Cuando lo estime conveniente la entidad interesada o cuando lo soliciten las dos terceras partes de las personas que hayan retirado pliegos de condiciones o términos de referencia, dicho plazo se podrá prorrogar, antes de su vencimiento, por un término no superior a la mitad del inicialmente fijado.*

*(Las expresiones "Concurso" y "Términos de referencia" fueron derogadas por el art. 32 de la Ley 1150 de 2007.)*

*6o. Las propuestas deben referirse y sujetarse a todos y cada uno de los puntos contenidos en el pliego de condiciones o términos de referencia. Los proponentes pueden presentar alternativas y excepciones técnicas o económicas siempre y cuando ellas nos signifiquen condicionamientos para la adjudicación.*

*(La expresión "Términos de referencia" fue derogada por el art. 32 de la Ley 1150 de 2007.)*

*7o. De acuerdo con la naturaleza, objeto y cuantía del contrato, en los pliegos de condiciones o términos de referencia, se señalará el plazo razonable dentro del cual la entidad deberá elaborar los estudios técnicos, económicos y jurídicos necesarios para la evaluación de las propuestas y para solicitar a los proponentes las aclaraciones y explicaciones que se estimen indispensables.*

*(La expresión "Términos de referencia" fue derogada por el art. 32 de la Ley 1150 de 2007.)*

*8o. Los informes de evaluación de las propuestas permanecerán en la secretaría de la entidad por un término de cinco (5) días hábiles para que los oferentes presenten las observaciones que estimen pertinentes. En ejercicio de esta facultad, los oferentes no podrán completar, adicionar, modificar o mejorar sus propuestas.*

*9o. Los plazos para efectuar la adjudicación y para la firma del contrato se señalarán en los pliegos de condiciones o términos de referencia, teniendo en cuenta su naturaleza, objeto y cuantía.*

*El jefe o representante de la entidad podrá prorrogar dichos plazos antes de su vencimiento y por un término total no mayor a la mitad del inicialmente fijado, siempre que las necesidades de la administración así lo exijan.*

*Dentro del mismo término de adjudicación, podrá declararse desierta la licitación o concurso conforme a lo previsto en este estatuto.*

*(Las expresiones "Concurso" y "Términos de referencia" fueron derogadas por el art. 32 de la Ley 1150 de 2007.)*

*10. En el evento previsto en el artículo 273 de la Constitución Política, la adjudicación se hará en audiencia pública. En dicha audiencia participarán el jefe de la entidad o la persona en quien, conforme a la ley, se haya delegado la facultad de adjudicar y, además podrán intervenir en ella los servidores públicos que hayan elaborado los estudios y evaluaciones, los proponentes y las demás personas que deseen asistir.*

*De la audiencia se levantará un acta en la que se dejará constancia de las deliberaciones y decisiones que en el desarrollo de la misma se hubieren producido.*

**11. Numeral derogado por el art. 32 de la Ley 1150 de 2007.** *El acto de adjudicación se hará mediante resolución motivada que se notificará personalmente al proponente favorecido en la forma y términos establecidos para los actos administrativos y, en el evento de no haberse realizado en audiencia pública, se comunicará a los no favorecidos dentro de los cinco (5) días calendario siguientes.*

*El acto de adjudicación es irrevocable y obliga a la entidad y al adjudicatario.*

*12. Si el adjudicatario no suscribe el contrato correspondiente dentro del término que se haya señalado, quedará a favor de la entidad contratante, en calidad de sanción, el valor del depósito*

*o garantía constituidos para responder por la seriedad de la propuesta, sin menoscabo de las acciones legales conducentes al reconocimiento de perjuicios causados y no cubiertos por el valor de los citados depósito o garantía.*

*En este evento, la entidad estatal mediante acto administrativo debidamente motivado, podrá adjudicar el contrato, dentro de los quince (15) días siguientes, al proponente calificado en segundo lugar, siempre y cuando su propuesta sea igualmente favorable para la entidad.*

**PARÁGRAFO.-** *Para los efectos de la presente ley se entiende por licitación pública el procedimiento mediante el cual la entidad estatal formula públicamente una convocatoria para que, en igualdad de oportunidades, los interesados presenten sus ofertas y seleccione entre ellas la más favorable. Cuando el objeto del contrato consista en estudios o trabajos técnicos, intelectuales o especializados, el proceso de selección se llamará concurso y se efectuará también mediante invitación pública. **El texto subrayado fue derogado por el art. 32 de la Ley 1150 de 2007.***

**PARÁGRAFO 2 Y 3** *(Adicionados por el art. 1 de la Ley 1882 de 2018)*

**ARTÍCULO 31.- De la Publicación de los Actos y Sentencias Sancionatorias.** *Modificado por el art. 218, Decreto Nacional 019 de 2012. La parte resolutive de los actos que declaren la caducidad, impongan multas, sanciones o declaren el incumplimiento, una vez ejecutoriados, se publicarán en el SECOP y se comunicarán a la cámara de comercio en que se encuentre inscrito el contratista respectivo. También se comunicarán a la Procuraduría General de la Nación.*

La extensa citación se torna obligatoria, pues, a partir de ella es factible advertir que los principios regulatorios de la contratación estatal tienen una estructura cerrada y necesariamente dicen relación con los tipos o formas específicas de contratos que allí se detallan, razón por la cual

resulta impertinente acudir a una especie de criterio abstracto de lo que debe entenderse por transparencia, economía o selección objetiva, dado que, de hacerse así, finalmente, ninguna aplicación se está haciendo de la Ley 80 de 1993.

De esta manera, si se busca aplicar alguno o varios de los principios definidos en la Ley 80 de 1993, la tarea implica acudir a sus criterios reguladores, allí mismo consignados, a fin de explicar cómo ellos sí se pueden integrar a otro tipo de contratación, cuyas características deben confrontarse con las propias de la normatividad en cita.

Ahora, la necesaria e inescindible ligazón entre el cumplimiento de los presupuestos y normas de la Ley 80 de 1993, con la posibilidad de incurrir en los delitos contractuales insertos en el Capítulo Cuarto del Título XV del C.P., surge del texto mismo de la ley.

Así, el artículo 53 de la ley 80 de 1993, restringe la responsabilidad penal de los particulares, de la siguiente forma:

**ARTÍCULO 56.- De la Responsabilidad Penal de los Particulares que Intervienen en la Contratación Estatal.**  
*Para efectos penales, el contratista, el interventor, el consultor y el asesor se consideran particulares que cumplen funciones públicas en todo lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebren con las entidades*

*estatales y, por lo tanto, estarán sujetos a la responsabilidad que en esa materia señala la ley para los servidores públicos.*

Lo primero que cabe destacar en la norma transcrita, es que atribuye responsabilidad penal solo a un tipo de particular: el contratista, consultor o interventor, únicamente respecto de los contratos que se celebren “con las entidades estatales”, criterio orgánico ya referenciado líneas atrás.

Desde luego, si se refiere solo al contratista, no al contratante, es porque se tiene claro por el legislador que el contratante nunca es un particular, así se le haya investido de funciones públicas.

Es esto lo que explica que, a renglón seguido, el artículo 57 disponga:

**ARTÍCULO 57.- De la Infracción de las Normas de Contratación.** *El servidor público que realice alguna de las conductas tipificadas en los artículos 144, 145 y 146 del Código Penal, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años y en multa de veinte (20) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales.*

Se debe aclarar, al respecto, que las normas citadas corresponden al estatuto penal derogado, sobre delitos que hoy se detallan en el Capítulo Cuarto del Título XV, en particular, incluye los punibles de contrato sin cumplimiento de requisitos legales e interés indebido en la celebración de contratos.

Dicho esto, el examen concordante de los artículos citados conduce a concluir que los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales e interés indebido en la celebración de contratos, operan solo cuando la parte contratante es una entidad estatal.

De la misma manera, si resulta que el contratante no es una entidad pública sino, dígame, un particular investido de la función pública, no es posible endilgarle alguna de estas dos ilicitudes, específicamente, porque ello escapa al ámbito principialístico y normativo de la Ley 80 de 1993.

Y, en este mismo orden de ideas, los particulares solo responden por dichas conductas, entendidos servidores públicos, solo cuando actúan como contratistas en contratos celebrado con una entidad estatal.

En otros términos, conjugados el artículo 20 del C.P., con lo contemplado en los artículos 56 y 57 de la ley 80 de 1993, no basta con que a un particular se le defieran o deleguen funciones públicas, ni que tenga asignada la prestación de un servicio público, para que los contratos que celebre en calidad de contratista adquieran la categoría de oficiales o públicos y, en consecuencia, operen bajo la órbita de los artículos 409 y 410 del C.P.

El panorama no cambia, resalta la Corte, si se mira bajo la óptica de la Ley 100 de 1993, como quiera que en este cuerpo normativo no se establecen sanciones penales, ni se fija algún tipo de modificación que extienda los efectos de la Ley 80 de 1993 o, siquiera, del artículo 20 del C.P.

Todo lo contrario, como de forma amplia se ha relacionado a lo largo del proceso por los distintos actores del mismo, en la Ley 100 de 1993 se ha institucionalizado una especie de carácter mixto en la atención de la salud, pues, aunque se faculta la intervención de prestadores privados en el SGSSS, a la vez, dado el carácter esencial y público que encierra la prestación, se establecen criterios regulatorios que buscan cumplir con los propósitos de universalidad, solidaridad y eficiencia, consustanciales a la principalística que gobierna esa normativa.

El Estado, así, asume unas funciones específicas de coordinación, supervisión, control y vigilancia, desarrolladas a lo largo del articulado, a las cuales deben sujetarse las EPS en sus actividades de recaudo, administración, afiliación y prestación del servicio.

Así mismo, las prestadoras del servicio de salud, en este caso IPS, también han de cubrir exigencias de habilitación y registro.

La ley 100 de 1993, establece también algunas limitaciones o formas de pago y de prestación de servicios, acorde con el nivel y las necesidades de atención de la población.

Para la Sala es claro, a partir de lo anotado, que no existe una libertad absoluta de contratación entre las EPS y las IPS o los profesionales independientes, pues, las partes deben adaptar el convenio de prestación de servicios a esos mínimos regulatorios de la ley, que dicen relación con el carácter del servicio y el origen de los dineros involucrados.

Ello no significa, sin embargo, que esos convenios entre entidades privadas –sin desconocer la existencia de entes públicos en el sistema-, deriven en contratos públicos o se hallen delimitados por los principios y normas concretas de la Ley 80 de 1993 y complementarias.

El límite de los contratos de prestación de servicios suscritos entre las EPS y las IPS o profesionales independientes, lo marca, precisamente, la Ley 100 de 1993, sin que en esta se haga algún tipo de remisión, así sea tácita, a la regulación pública referenciada.

Por el contrario, el sistema legitima que tanto las EPS, como las IPS, se constituyan por empresas privadas, en cuyo caso, huelga recalcar, los contratos celebrados entre ellas se rigen por el derecho privado, civil o comercial.

Ello, se ha dicho también a lo largo del trámite procesal, obedece al que entendió el legislador mejor modo de asegurar la prestación del servicio, a través de medios de competencia que garanticen la libre empresa y la iniciativa privada, de cara a los postulados de universalidad, solidaridad y eficiencia ubicados en la cúspide del SGSSS, en el entendido, además, que la urgencia y características propias del servicio de salud exigen de respuestas rápidas y eficaces, de alguna manera opuestas a los trámites y requisitos insertos en la contratación estatal.

Por lo demás, en ese esquema mixto que contempla la Ley 100 de 1993, si bien, se establecen requisitos y obligaciones que buscan cumplir con el cometido básico de la prestación del servicio de salud a toda la población, no se puede desconocer que, a la par, a las EPS, IPS y los profesionales independientes –con excepción de los entes públicos o mixtos y las entidades sin ánimo de lucro-, las anima un interés legítimo de obtener ganancias.

Es por esta razón que no es posible hacer radicar en quienes actúan como contratantes o contratistas, las calidades del servidor público que, sujeto directamente a claras finalidades del servicio público, se interesa de forma indebida en el contrato o pasa por alto determinados requisitos del mismo, pues, como ya se dijo, no solo se trata de exigencias diferentes a las que regulan la contratación

pública, sino que cumple propósitos distintos que, cuando menos, matizan o eliminan el efecto concreto de los principios insertos en aquella.

Cuando los artículos 409 y 410 del C.P., que diseñan los delitos de interés indebido en la celebración de contratos y contrato sin cumplimiento de requisitos legales, respectivamente, aluden al “servidor público” y a los contratos en los que interviene por razón de sus funciones, necesariamente están haciendo referencia, dado el bien jurídico tutelado, a aquellos casos en los que actúa en nombre y representación exclusiva de la entidad estatal en concreto, sujeto, también de forma exclusiva, a los intereses generales y de servicio público que regulan su función.

Esa sujeción directa e ineludible a cometidos eminentemente públicos, en la que radica la esencia del reproche penal, no puede predicarse de quienes en el orden eminentemente privado de la contratación, en ambos extremos de la ecuación, prestan un servicio público, pero obedecen a razones de mercado, libre competencia y ganancias.

Es en razón de esto, por ejemplo, que el artículo 2° del Decreto 723 de 1997, estatuye:

**Artículo 2°.-** *De los contratos entre las entidades promotoras de salud y los prestadores de servicios de salud. Las entidades promotoras de salud y los prestadores de servicios de salud*

*podrán convenir la forma de contratación y pago que más se ajuste a sus necesidades e intereses, tales como la capitación, el pago por conjunto de atención integral (protocolos), el pago por actividad o la combinación de cualquier forma de estas (...)*

Se entiende que en el propósito de conciliar los intereses públicos y privados en juego, la Ley 100 de 1993 contempla regulaciones en la prestación, en un ámbito de inspección, coordinación, orientación y vigilancia; y es allí, dentro de su normativa, que deben encontrarse los mecanismos para sancionar cualquier desvío contractual.

No es la Corte la llamada a determinar si el sistema es adecuado o no, ni a indagar por las complejidades o contradicciones internas que pueda aparejar la amalgama entre los intereses públicos y privados que subyace al interior de la Ley 100 de 1993.

Sin embargo, no puede dejar de destacar cómo uno de esos extremos en equilibrio, el del ánimo de lucro, y la naturaleza que soportan los contratos de prestación de servicios entre las EPS privadas y las IPS o profesionales independientes privados, incide de manera profunda en la determinación de los delitos contractuales objeto de examen, hasta eliminar su posibilidad de materialización objetiva.

En consecuencia, la Corte tiene que declarar que en los casos de contratación privada entre una EPS de esta

naturaleza y las IPS o profesionales independientes privados, la conducta que ejecuten los intervinientes en ella no configura los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales e interés indebido en la celebración de contratos.

## **CONCLUSIONES**

Previo a abordar el tercer eje temático, dirigido a resolver el caso concreto, la Corte estima fundamental resaltar, como necesario insumo dogmático para ese efecto, lo que se resume de los dos ejes temáticos anteriores:

1. No se discute que los dineros destinados a la prestación del servicio básico de salud, a través del SGSSS, de conformidad con lo que expresamente dispone la Ley 100 de 1993, corresponden a bienes parafiscales, en seguimiento de lo establecido en el artículo 338 de la Carta Política.

2. Acorde con ello, las personas que se ocupan de su recaudo o administración, sea por vía directa -por tratarse de una entidad pública- o por delegación expresa de la ley, se entienden servidores públicos para esos específicos efectos.

3. En consecuencia, esas personas o entidades están obligados, con imperativo directo, a recaudar y administrar

esos dineros dentro de la estricta sujeción legal que, para el caso, detalla la Ley 100 de 1993.

4. A su vez, dada la calidad de servidor público, atada al recaudo y administración de dineros parafiscales, dichas personas responden penalmente, en caso de distracción o mal uso de ellos, a título de autores del delito de peculado por apropiación, acorde con lo que disponen los artículos 20 y 397 del C.P.

5. La Ley 100 de 1993, solo delega el recaudo y la administración de los dineros destinados a la salud, provenientes del SGSSS, a las EPS, en tratándose de entes privados, sin que igual ocurra con las IPS privadas o profesionales independientes, en quienes no se subdelega dicha tarea u obligación solo porque contratan con las EPS.

6. Los contratos que celebran las EPS privadas, con IPS de igual naturaleza, se regulan por el derecho privado y obedecen a sus normas.

7. En consecuencia, dado que se trata de un contrato de prestación de servicios entre dos entidades privadas, o entre una EPS de esta calidad y un profesional independiente, el pago por la prestación, recibido por la IPS o el profesional, ingresa a su peculio privado, momento en el cual pierde su connotación de parafiscal.

8. Sólo pueden reputarse contratos estatales y, en consecuencia, signados por la Ley 80 de 1993 y normas subsecuentes o, cuando menos, pasibles de atender sus principios, aquellos en los cuales interviene, a título de contratante, una entidad pública.

9. En consideración a esto, los contratos celebrados entre EPS e IPS privadas, no son estatales y, consecuentemente, a quienes los celebraron no se les puede vincular con los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales e interés indebido en la celebración de contratos.

### **TERCER EJE TEMÁTICO**

#### **Caso concreto**

#### **1. CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES E INTERÉS INDEBIDO EN LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS**

Aunque sin precisar cuáles normas de contratación específicas dejaron de cumplir las partes contratantes, a las que estimaron igualmente responsables de los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales e interés indebido en la celebración de contratos, en la resolución de acusación –aquí solo se aludió a principios- y los fallos de las

instancias ordinarias, fueron mencionados indistintamente los principios de la Ley 80 de 1993, normas constitucionales y algunos artículos de la Ley 100 de 1993, para hacer radicar allí la tipicidad objetiva de ambas conductas.

El fallo de primer grado, sobre el particular, resulta contradictorio, pues, cuando aborda los delitos contractuales y la relación que en ellos tienen los empleados al servicio de COOMEVA EPS y COOMEVA COOPERATIVA, sin más, advierte que, si bien, no estaban obligados a acudir a las normas de contratación de la Ley 80 de 1993, sí debían cumplir sus principios –no se dice por qué-; pero, al momento de examinar la responsabilidad de quienes laboraban para Medicamentos de Occidente, alude de forma expresa a las normas de la Ley 100 de 1993 que rigen la habilitación y actuación de las IPS, para concluir, sin mayor desarrollo y de manera contraria a lo afirmado al inicio, que el régimen obligado de seguir en los convenios examinados, es el de “contratación de las entidades estatales”, acompasado con los artículos 3° y 23 de la Ley 80 de 1993.

Nunca el fallo referencia, sin embargo, cuáles son las normas concretas de la Ley 80 de 1993 –diferentes de los principios- que deben signar estos contratos. Máxime que, expresamente anotó que los particulares “debían cumplir o ceñirse al régimen de contratación estatal, en particular y para efectos de lo que interesa en el presente asunto, a los principios que le rigen en la fase contractual”.

Estos argumentos se usan de forma indistinta para los dos delitos contractuales, aunque en el punible de interés indebido en la celebración de contratos se agrega que los procesados al servicio de COOMEVA EPS y de la COOPERATIVA, se interesaron indebidamente en otorgar los contratos a Medicamentos de Occidente, sin que se haya dejado claro cuál, en contrario, es el interés de los socios de esta entidad, dado que se les condena como coautores.

A su turno, el Ad quem, respecto de los delitos contractuales, hace un recorrido por las normas de la Ley 100 y Decretos reglamentarios, a fin de demostrar que Medicamentos de Occidente no contaba con habilitación legal para celebrar contratos con la EPS COOMEVA, a más que actuó como simple intermediario.

De ello concluye que se soslayaron “unos exigentes requisitos legales” y, de contera, fueron vulnerados los principios de economía, moralidad y eficacia, si bien, propios de la contratación estatal “pero que atendiendo que la negociación involucró grandes sumas de dinero del SGSSS, se debieron atender, claro está, ligados a la normativa que eludió, para efectos de la tipificación del (sic) delitos, por lo que se acusó a los procesados”.

Después señala que la contratación estudiada “presentó muchas impropiedades”, pues, se pasaron por alto las

normas del SGSSS y “de cara a ello los principios y normas generales de la contratación estatal”, las que debían ser atendidas, se concluye, porque los contratantes cumplían una función pública.

Cita normas que regulan la función administrativa, los principios que la rigen y la naturaleza de esta, los encargos que se pueden realizar y la calidad de los contratos que derivan de dicha función, propios de las entidades públicas.

Respecto del interés indebido en la celebración de contratos, el fallador de segundo grado agrega algunas actuaciones que determinan contrario a lo reglamentado en la Ley 100 de 1993, el trámite adelantado por COOMEVA EPS; reitera lo referido acerca del punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y después agrega algunas citas jurisprudenciales que, en su sentir, verifican la posibilidad de concursar ambas conductas punibles.

Para la Corte, examinados los argumentos planteados en los fallos atacados, es claro que ninguno de ellos conduce a desvirtuar las precisiones que se hicieron en los acápites pertinentes respecto de la condición o no de servidores públicos de los acusados y la naturaleza de los contratos celebrados entre la EPS COOMEVA y Medicamentos de Occidente.

Se reitera, la Corte no desconoce que en atención a administrar dineros públicos de fondos parafiscales, los trabajadores de la EPS COOMEVA, se entienden servidores públicos; ni tampoco, que en esa administración delegada por la ley, los servidores públicos pueden desarrollar conductas que representen claro desmedro para las arcas estatales, sin que, desde luego, la calidad de públicos de los bienes mute porque se celebra un contrato con una IPS privada.

Lo dicho apenas significa que, como se verá más adelante, la inadecuada o ilegal administración de los dineros conduce a verificar ejecutado el delito de peculado, pero no, por estricta tipicidad legal, el de contrato sin cumplimiento de requisitos legales o interés indebido en la celebración de contratos, pues, estos, entendidos los medios de apropiación del peculado, no cumplen con las mínimas exigencias objetivas contenidas en los respectivos tipos penales.

A este efecto, la remisión descontextualizada y parcial de normas aisladas atinentes a la función pública y los conceptos de desconcentración, descentralización y delegación, se ofrece completamente impertinente, pues, ni siquiera se precisa cómo o qué entidad supuestamente delegó determinada función a la EPS o la IPS, y si ello conllevó la celebración de contratos.

Igual sucede con la citación general de decisiones de esta Corte y de la Corte Constitucional, en tanto, pasan por alto las instancias, que en las mismas se alude a contratos en los cuales el contratante es siempre una entidad estatal –en lo formal y material-, condición que ni con el más laxo de los criterios puede asumirse de la EPS COOMEVA.

En la acusación se cita un antiguo fallo de la Corte, radicado 10295, del 20 de agosto de 1998, para advertir cómo, en sentir del Fiscal, es perfectamente factible que la sola condición de servidor público del contratante, no importa el tipo de contrato celebrado, obligue que se gobierne este por los principios que regulan la contratación pública.

Ello, para significar que, en razón al hecho de que COOMEVA EPS administra fondos parafiscales, lo que le asigna la condición de servidor público, el contrato suscrito con Medicamentos de Occidente obliga seguir las pautas de la Ley 80 de 1993.

La impertinencia de la citación jurisprudencial es evidente, pues, pasa por alto el acusador, que la cuestión examinada por la Corte dista bastante de la que aquí se analiza, entre otras razones, porque el objeto de discusión y de pronunciamiento, allí, lo era la definición de si, actuando dentro del ámbito de una entidad estatal que desarrolla contratos eminentemente públicos y otros de connotación privada, estos últimos, celebrados por el servidor público

adscrito a ese ente oficial, deben o no regirse por los principios de moralidad, eficiencia y economía, consustanciales a la labor del Estado.

La decisión citada, reitera la Sala, ninguna contradicción encierra respecto de la tesis que ahora presenta la Sala, respaldada, precisamente, en sus antecedentes, pues, sigue siendo factor fundamental de adscripción penal, para lo que compete a los delitos contractuales estudiados, que la parte contratante lo sea una entidad estatal, no apenas que ese extremo se halle en cabeza de quien se considere excepcionalmente funcionario público.

Y si bien, la Sala, en el radicado 60571, del 1 de junio de 2022, examinó la condición de servidores públicos que deriva de los directivos de una ESE privada y una IPS de igual naturaleza, a fin de concluir que perfectamente esa sola característica -dado que se hallan en juego dineros destinados a la salud- puede determinar materializado un delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, es lo cierto que allí no se ahondó en el estudio del tema, entre otras razones, porque los procesados fueron absueltos y se verificó que, finalmente, el único contrato que fue objeto de acusación corresponde al que celebró el alcalde -entidad pública, se resalta- con la ESE, a cuyos empleados atribuyó la condición de determinadores.

En consecuencia, acorde con el estudio adelantado en el Eje Temático dos, la Corte absolverá a todos los acusados por los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales e interés indebido en la celebración de contratos, en razón a la atipicidad objetiva que registran las conductas a ellos atribuidas.

## 2. PECULADO POR APROPIACIÓN

La Corte precisó en el acápite pertinente, que la condición de servidores públicos opera, respecto de quienes tienen la función de recaudo y administración en la EPS COOMEVA, por ocasión del carácter de fondos parafiscales que reportan los dineros pagados por sus afiliados, en consonancia con lo establecido en el artículo 20 del C.P.

Como esa actividad, acorde con lo referido en la Ley 100 de 1993, no es delegable y, además, la función pública de la prestación del servicio de salud también radica de manera exclusiva y directa en la EPS, no existe ningún fundamento normativo o contractual que entregue a los socios o contratistas vinculados a Medicamentos de Occidente, la calidad de servidores públicos.

En un plano abstracto, entonces, solo los empleados al servicio de COOMEVA EPS, pueden ser sujetos del delito de peculado en el caso concreto, al tanto que los socios de medicamentos de Occidente, cuando más, en tratándose de

un delito de sujeto activo calificado, deben estimarse intervinientes o cómplices.

Al efecto, entiende necesario la Corte, definir, acorde con los hechos delimitados por la fiscalía y los falladores, cuál es la intervención que debe pregonarse de los tres socios de Medicamentos de Occidente.

**Calidad de intervinientes de los procesados ÉDGAR ANTONIO RICARDO GARCÍA, MARINA CONCEPCIÓN CARBONELL JIMENO y JAIRO ALONSO ESTARITA MONROY**

Respecto del contenido y alcances del último inciso del artículo 30 del C.P., la Corte ha desarrollada amplia jurisprudencia que, en su esencia, se caracteriza por dos momentos claramente diferenciables; uno inicial, en el cual se partía del criterio amplio del término, hasta concluir que incluye toda forma de participación en el delito; y, otro, vigente, que parte de un concepto restringido, hasta asimilarlo sólo a quien actúa como verdadero coautor en delitos de sujeto activo calificado, pero no posee las calidades del mismo.

En muy reciente decisión<sup>6</sup>, la Sala explicó el cambio, así como la naturaleza que encierra el instituto del interviniente, de esta manera:

*4. Según el inciso final del artículo 30 de la Ley 599 de 2000, «al interviniente que no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal concurra en su realización, se le rebajará la pena en una cuarta parte». Sobre la comprensión de la figura del interviniente, la jurisprudencia de la Sala ha precisado sus alcances en reiterados pronunciamientos. De este modo, ha señalado:*

*«En un primer estadio jurisprudencial, la calidad de interviniente era aplicable respecto de cualquier modalidad de autor o partícipe, en palabras de la Sala, «De ahí que se pueda ser interviniente a título de autor, en cualquiera de las modalidades de autoría (art. 29), o se pueda ser interviniente a título de partícipe (determinador o cómplice)», derivándose consecuencias distintas respecto del quantum punitivo según el nivel de intervención en la conducta. Así, tratándose del determinador o del autor interviniente la rebaja consistiría en una cuarta parte de la pena y, para el cómplice interviniente, daría lugar a una doble rebaja por concurrir estas dos condiciones.*

*En una segunda fase, la Corte reconsideró el alcance del interviniente, razonando que si el determinador y el cómplice no requieren las calidades especiales exigidas en el tipo, pues el primero no ejecuta directamente la conducta y el segundo tiene un papel accesorio en su comisión, no les era aplicable la figura.*

*Bajo este entendido, y establecida «la exclusión que a tales partícipes hace el inciso final del precitado artículo 30», la Sala advirtió que no se justificaba un tratamiento punitivo adicional más favorable a aquellos, consistente en la rebaja de la pena en una cuarta parte, por una calidad que no tenía incidencia alguna en la contribución que efectuaban respecto del comportamiento delictivo.*

---

<sup>6</sup> Radicado 58225, del 21 de julio de 2022.

*Desde aquel momento la Corporación ha venido reiterando que el concepto de interviniente no permea toda modalidad de concurrencia en la ejecución de la conducta punible, sino que hace referencia a un dispositivo amplificador de la autoría en la comisión de reatos especiales cuando no se cuenta con la cualificación o condición prevista en el tipo penal. Puesto en otros términos, la calificación legal del interviniente corresponde a quien realiza «actos de (co)autor en delito especial pero carece de las calidades exigidas en el tipo».*

*En este orden de ideas, la imputación de responsabilidad en tal condición presupone que el sujeto asista la ejecución del verbo rector realizando la conducta como suya, es decir, como un verdadero autor, ejerciendo cierto dominio o codominio funcional o material sobre la comisión del ilícito.*

*De manera que la figura del interviniente corresponde a quien, en concurso con el autor, ejecuta como suya la conducta descrita en el verbo rector de un delito especial sin tener la cualificación jurídica, profesional o natural, exigida en él, de modo que la sanción penal, in abstracto, destinada para los partícipes en este tipo de punibles no se ve alterada por el hecho de carecer o no de las condiciones especiales requeridas en el reato, en tanto el extraneus es el único acreedor de la disminución punitiva prevista en el inciso final del artículo 30 de la Ley 599 de 2000». (CSJ SP, 21 oct. 2020, rad. 53434).*

4. *De esta manera, conforme a la jurisprudencia actual de la Sala, la figura del interviniente es un recurso normativo para distinguir a quien, naturalísticamente, realiza el verbo rector de la descripción típica, como (co)autor y, por lo tanto, ejerce dominio o codominio funcional o material de la conducta. Sin embargo, se trata de un sujeto activo que desempeña ese papel en delitos especiales, es decir, en aquellos que exigen sujeto activo calificado, sin contar con la calidad jurídica, profesional o natural exigida por el tipo respectivo.*

5. *El interviniente, por lo tanto, más que una forma de participación fenomenológicamente diferenciada, es un modo de catalogar la actuación del coautor que, sin la cualificación legislativamente exigida, concurre a la realización de un tipo especial. Por esta razón, la participación a título de interviniente*

*supone la previa verificación de que se ha actuado, realmente, bajo los supuestos fácticos de la coautoría. Si ello no es verificado, no hay modo alguno de graduar el desvalor de la conducta al amparo de dicha figura.*

Ahora bien, ya la Corte señaló las razones que impiden considerar a los socios de Medicamentos de Occidente, como servidores públicos. También advirtió la naturaleza eminentemente privada de los dos contratos o negocios jurídicos celebrados con COOMEVA EPS.

De igual manera, la Sala sostuvo que la obligación de recaudo y administración de los recursos parafiscales, radica exclusivamente en cabeza de COOMEVA EPS, en el entendido que, además, gozan de autonomía para prestar los servicios de salud con sus propios medios o de contratarlos con terceros, a su elección, siempre y cuando se cumplan determinadas exigencias consignadas en la Ley 100 de 1993.

A lo largo de la acusación y los fallos objeto de controversia en casación, se advirtió la forma en que los 5 acusados al servicio de COOMEVA EPS o COOMEVA COOPERATIVA, coaligaron su voluntad para decidir cómo o a quién entregar los contratos de prestación de servicios, disponiendo, así, de los dineros parafiscales que tenían como norte necesario la atención en salud de los afiliados.

Bajo este criterio, para la Corte es incuestionable que los socios de la entidad contratista, Medicamentos de Occidente,

intervinieron de forma activa y decisiva en la ejecución y consumación del delito de peculado, pues, no sobra recalcar, gracias a su cercanía con los directivos de la COOPERATIVA -determinadores del delito-, para lo cual, incluso, se afiliaron a ella, fue posible que se realizaran los contratos en las ventajosas condiciones ya referenciadas, a manera de indispensable contraparte, de lo cual se sigue evidente el codominio funcional respecto de la ejecución del ilícito examinado.

Pero, como no son, ni puede entenderseles, servidores públicos -sujeto activo calificado respecto del delito de peculado-, no es posible entenderlos coautores, tal cual reclama su intervención material efectiva, y, en consecuencia, se debe asumir la calidad de intervinientes, en el entendido que se trata de personas que desarrollan directamente la conducta punible, pero carecen de las calidades especiales demandadas por el tipo penal, como se despejó en la jurisprudencia antes citada.

A efectos de despejar dudas en torno de la posibilidad de prescripción que surge de la adscripción típica ahora asumida, es necesario significar que el delito de peculado por apropiación objeto de examen en esta sede, corresponde a la delimitación formal consignada en el inciso segundo del artículo 397 del C.P., previo a su modificación por la Ley 890 de 2004, con lo cual se delimita una pena que oscila entre 6 y 22.6 años de prisión.

Esta sanción, acorde con la disminución dispuesta para el interviniente por el artículo 30 del C.P. (en una cuarta parte), deriva en nuevo quantum que va desde 4 años y 6 meses, hasta 16 años y 11 meses de prisión.

Si se atiende al lapso que determinó el A quo en la decisión que después revocó el Tribunal, los hechos ocurrieron en el decurso que va desde diciembre de 2003, cuando se firmó el primer contrato, hasta “finales del año 2005”, de lo cual surge que el asunto no prescribió en la fase de instrucción, pues, la resolución de acusación se ejecutorió el 22 de marzo de 2017.

Tampoco ha ocurrido ello en la etapa del juicio, se añade, dado que la interrupción del término genera que se contabilice este por la mitad -8 años, 5 meses y 15 días-, lapso que, desde la ejecutoria de la resolución de acusación, no se ha cubierto.

En este punto, la Corte debe advertir que las resoluciones de acusación de primero y segundo grados no precisaron al detalle cuál de las varias conductas insertas en el artículo 397 –acorde con las cuantías- es la estimada ejecutar, al punto que solo se transcribió la norma, sin ninguna manifestación que la explique.

Incluso, al momento de delimitar los hechos, a partir de la suma apropiada de manera ilegal, el ente acusador significó que hasta ese momento la misma no estaba completamente definida, pero que era factible su cuantificación, cuando menos, en el equivalente a las ganancias que como intermediario obtuvo Medicamentos de Occidente, detalladas en una experticia contable.

El A quo, sin que en ello hiciera alguna modificación el ad quem, al momento de resolver la apelación sobre el tema, advirtió en la audiencia preparatoria, cuando decretó la prescripción de la acción penal en favor de los tres socios de Medicamentos de Occidente, que el delito de peculado por apropiación se registra dentro del inciso primero del artículo 397 del C.P., ante la indefinición respecto del monto de lo indebidamente entregado.

Sin embargo, para lo que corresponde a los términos del fallo que ahora se proyecta, el Fiscal del caso, una vez practicadas las pruebas en el juicio, acorde con las posibilidades ofrecidas en el artículo 404 de la Ley 600 de 2000, de forma expresa manifestó que la cuantía estimada del punible asciende a \$3.411,367.363,84.

En consideración a ello explicó, también de manera expresa, que el delito se inserta en el inciso segundo del artículo 397 del C.P.

Como quiera que este tipo de modificaciones son propias del sistema inserto en la Ley 600 de 2000, particularmente, cuando se busca determinar una conducta más grave que la propia de la acusación, no se discute la validez de lo detallado por el Fiscal, entre otras razones, porque, pese a algunas manifestaciones de los casacionistas y del Ministerio Público en su concepto, referidas a que la actuación asoma extemporánea por anticipación –error generado por la fecha inserta en el escrito que para el efecto presentó la Fiscalía-, no cabe duda de que la intervención procesal operó después de practicadas las pruebas en la audiencia pública de enjuiciamiento.

Dilucidados los criterios dogmáticos que gobiernan el examen de la responsabilidad personal que cabe atribuir a los acusados por el delito de peculado por apropiación en favor de terceros, la Sala examinará los cargos específicos que respecto de cada uno de ellos reportan las demandas de casación.

### **EXAMEN PARTICULAR DE CADA DEMANDA**

Se precisa que los cargos a estudiar deben abordarse desde la óptica del único delito que referencia tipicidad objetiva, pues, huelga anotar, ya no caben consideraciones concretas en torno de los punibles de contenido contractual.

Previo al examen individual anunciado, en aras de contextualizar el debate se hace necesario delimitar las razones que llevaron a las instancias a emitir sentencia de condena en contra de todos los acusados, en calidad de coautores.

Así, los falladores, acorde con lo expresado por los testigos, en su gran mayoría empleados de COOMEVA EPS o COOMEVA COOPERATIVA, auditores y expertos, advirtieron que la concesión específica de dos acuerdos de prestación de servicios –para atender integralmente a los pacientes de VIH sida, el uno, y con el propósito de realizar reemplazos articulares de rodilla y cadera, el otro-, gracias a los cuales se dilapidaron enormes recursos de SGSSS, entendidos aportes parafiscales, vino consecuencia del actuar mancomunado de todos los involucrados, quienes conjugaron su voluntad con ese propósito.

Así, se entregó la calidad de determinadores a MELBA LUCÍA FLÓREZ TORO –Gerente Corporativo de Salud- y LAUREANO NOVOA GUEVARA –Gerente Nacional de la Cooperativa-, pues, a pesar de no desempeñar una función específica en COOMEVA EPS, si tenían posibilidad de injerir en sus decisiones, dada la integración vertical existente entre las diferentes empresas del holding, en tanto, la EPS fue constituida por este.

A título de determinados y, a su vez, coautores del delito de peculado por apropiación, se condenó a JORGE HUMBERTO CÉSPEDES –Gerente General de la EPS COOMEVA-, MANUEL HUMBERTO LEÓN AVELLANEDA – Director Nacional de Salud de la EPS- y CARLOS ARTURO PARRA OROZCO –Jefe Nacional de Alto Costo de COOMEVA EPS-.

Ello, atendido que en ellos radicaba directamente la contratación –CÉSPEDES-, o tenían como función específica verificar las condiciones del contratista y el efectivo cumplimiento de lo pactado –PARRA y LEÓN AVELLANEDA.

Acorde con lo que entendieron probado las instancias ordinarias, por acción u omisión, los citados permitieron que se celebraran las contrataciones irregulares, pese a no cumplir con los presupuestos de la Ley 100 de 1993, viabilizaron el pago de los dineros comprometidos en ellas y omitieron ejercer el control necesario sobre las prestaciones.

Finalmente, también dentro del escenario de la intervención, a los tres socios de Medicamentos de Occidente –CARBONELL, ESTARITA y RICARDO-, se les advierte participando directamente en los actos de distracción de los dineros públicos, en tanto, sin poseer la logística necesaria, el patrimonio o la habilitación legal para el efecto, realizaron una labor de simple intermediación que les reportó enormes ganancias, con detrimento efectivo para el Sistema de Salud,

pues, las labores ejecutadas podían realizarse directamente con su red de servicios por la EPS, o era factible adquirir los medicamentos con el distribuidor original.

A la par, respecto de la forma en que se ejecutó la ilícita apropiación, el ente acusador y los falladores remitieron a factores tales como doble facturación, inclusión de pacientes fallecidos, inexistente o ya atendidos por otra IPS, sobrecostos en medicinas y prótesis, pago de atenciones glosadas, etc.

Establecido el contexto, la Sala, como se anotó, examinará los cargos particulares insertos en las varias demandas, que se relacionan con el eje concreto de responsabilidad penal en el delito de peculado por apropiación.

Comoquiera que varios de los argumentos de los demandantes, acorde con la participación que se atribuye a sus representados, operan comunes, la Sala estima necesario abordarlos en conjunto, para evitar reiteraciones innecesarias.

En este sentido, se examinará, en primer lugar, la posibilidad de que varias personas concurren, en calidad de determinadores o coautores, como lo despejaron las instancias, a ejecutar el delito de peculado, acorde con sus atribuciones y en atención, no puede pasarse por alto, a la

condición que surge de recaudar, administrar y custodiar los dineros parafiscales.

Se dijo ya, pero debe reiterarse aquí, que la naturaleza del delito, en el caso concreto, surge de que los dineros involucrados corresponden a fondos parafiscales, para cuyo recaudo, administración y custodia, atribuye la ley la condición de servidores públicos a los encargados de ello.

El debate planteado por los defensores estriba, entonces, en que sus representados, con excepción del gerente de la EPS COOMEVA, JORGE HUMBERTO CÉSPEDES IBARRA, eran ajenos a esas funciones y se limitaron a cumplir con sus obligaciones.

La discusión, en principio, puede aparecer compleja, en tanto, no existen referentes concretos, dentro de las entidades públicas, que puedan aplicarse sin matices a las EPS, dada la condición reglamentada que delimita la actuación de los servidores públicos adscritos a las primeras, acorde con lo que de forma expresa consagran la ley y el manual o reglamento específicos.

No puede dejar de mencionarse, eso sí, que en tratándose de las funciones específicas de administración y custodia de dineros públicos, esta Sala y la Corte Constitucional han adoptado un criterio expansivo o, mejor, material, al amparo del cual, incluso en los casos en los que

la ley o el reglamento no atribuyen de forma expresa o directa las tareas en cuestión, si en la práctica, por ocasión del reparto de funciones en la entidad u orden concreta, se desarrollan las mismas, el servidor público debe responder, dentro de la órbita del peculado, por el mal uso o distracción del bien a su cargo.

Ello tiene su fundamento, cabe agregar no solo en la naturaleza del bien objeto de apropiación, sino en la condición de servidor público de la persona –que despeja una sujeción particular con deberes anejos al servicio- y la disponibilidad material o jurídica, en cuanto, le permite o facilita ese apoderamiento.

Junto con lo anotado, la Corte no duda en torno de la posibilidad de intervención de varias personas, como coautores, esto es, en calidad de sujetos activos calificados que de forma directa realizan la conducta, en el delito de peculado por apropiación.

Esto, en el entendido que dentro de las entidades públicas puede presentarse un trabajo compartimentado que obliga, para la materialización del delito, de la conjunción de varias voluntades y tareas subsecuentes, complementarias o coincidentes, sin las cuales no podría consumarse la pretensión.

En estos casos, se agrega, la disponibilidad opera conjunta (siempre y cuando, desde luego, todos posean la calidad de sujetos activos calificados), como quiera que un solo acto o voluntad, individual, no permite la disposición material o jurídica del bien.

Las precisiones anteriores se hacen necesarias para determinar cómo debe operar el análisis del caso concreto, pues, no es posible, tal cual se anotó antes, hallar una adscripción normativa o reglamentaria concreta, que permita disponer sin ambages y con carácter absoluto, a qué empleado de COOMEVA EPS le competen las tareas de recaudo, administración y custodia de los fondos parafiscales, o, dentro de otra arista, cuál de ellos posee la disponibilidad sobre los mismos.

El tema, así, debe abordarse desde una perspectiva eminentemente material, que diga relación con la forma en que se distrajeron los dineros públicos y la intervención específica que en ello tuvieron los acusados, bajo el criterio, indiscutible, de que las EPS, necesariamente y dentro de su esencia, desarrollan una tarea delegada por el Estado, que implica indispensable la administración de fondos parafiscales, de lo cual se sigue, para lo debatido, que sus empleados guardan una sujeción directa con la debida custodia, administración y disposición de los mismos, cometido que no asoma aislado, coyuntural o excepcional.

Por manera que, la auscultación del objeto de controversia pasa por delimitar cómo intervinieron los coautores en el desvío ilegal de los dineros y si ello fue fundamental para que así sucediera, de cara a las funciones que les competían.

Ello implica destacar que en el asunto estudiado la distracción de los dineros parafiscales se ha hecho consistir en la naturaleza y efectos de dos contratos o acuerdos pactados con Medicamentos de Occidente, el primero, con destino a la atención integral de un grupo de pacientes aquejados con VIH sida; y, el segundo, para efectos de atender la cirugía de implantación de prótesis de cadera y rodilla, todas represadas.

En las sentencias atacadas se advirtió que la indebida apropiación en favor de terceros vino consecuencia de varios factores, que es factible condensar en dos grupos: (i) innecesaria intermediación de Medicamentos de Occidente, pues, no solo carecía de la capacidad para prestar directamente los servicios, sino que estos podían ser atendidos directamente con sus medios logísticos y humanos, o mejor, con sus IPS, por COOMEVA EPS; (ii) sobrecostos, cobros injustificados, prestación inexistente de servicios –fallecidos o atendidos por otras entidades-, anticipos y tipos de cobro ajenos a los dispuestos por la Ley 100 de 1993.

Ya la Corte estableció que las irregularidades insertas en la forma de contratación, incluso si se apartan de las exigencias puntuales de la Ley 100 de 1993, no representan los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales o interés indebido en la celebración de contratos, acorde con un criterio específico de legalidad o estricta tipicidad.

Ello no significa, desde luego, que las actividades contractuales deban asumirse legales, adecuadas o insertas en los cometidos precisos del servicio público de salud; ni tampoco, que, precisamente, esa contratación no haya llevado, por sí misma o en virtud de sus resultados, a la efectiva distracción de los dineros parafiscales.

Entonces, en un plano enteramente dogmático, si se dice que la Ley 100 de 1993 prohíbe a las EPS contratar servicios de simple intermediación médica, entre otras razones, porque ello constituye un indebido encarecimiento de la prestación, que repercute directamente en el uso, disponibilidad y finalidades de los recursos parafiscales, perfectamente puede concluirse que aquellos contratos celebrados con determinadas IPS, entidades privadas o profesionales independientes, que destinen dichos dineros a pagar la prohibida intermediación, determinan objetiva la apropiación indebida que rotula el delito de peculado por apropiación en favor de terceros, limitada, cabe precisar, al monto que perciben esos terceros, se le puede llamar ganancia, por la innecesaria tarea.

En estos casos, es pertinente relevar, no se trata de sostener que la prestación médica no fue cubierta o que la totalidad de los dineros entregados al contratista constituyen la indebida apropiación, pues, es claro que otro tercero sí prestó el servicio o entregó los medicamentos, sino de hacer radicar el daño en la diferencia entre la suma pagada por la EPS y el dinero entregado a quienes efectivamente realizaron la prestación, pues, emerge elemental, si COOMEVA hubiese acudido directamente a estos, esa sería la suma ahorrada.

Bajo estas consideraciones, no cabe duda de que al gerente de la EPS COOMEVA –en este caso, JORGE HUMBERTO CÉSPEDES IBARRA-, en cuanto, encargado de suscribir los contratos con las IPS o los prestadores independientes de servicios de salud, le cabe directa responsabilidad en el delito de peculado por apropiación, dado que la indebida distracción del dinero, se repite, ocurre necesariamente por la forma de contratación y sus efectos específicos.

Pero, ya en lo que toca con la segunda de las modalidades de apropiación expuesta –sobrecostos, pagos injustificados, etc.- es factible advertir la presencia de otros actores directos, que con su acción u omisión propiciaron dichos pagos indebidos.

Es lo que ocurre con CARLOS ARTURO PARRA OROZCO y MANUEL HUMBERTO LEÓN AVELLANEDA, en tanto, a más de advertirse su tarea directa en la determinación de requisitos básicos a fin de escoger a los contratistas y, consecuentemente, la vinculación con los dineros distraídos en la labor de intermediación atribuida a Medicamentos de Occidente, también se significó en los hechos jurídicamente relevantes delimitados por la Fiscalía, acogidos por los falladores de las instancias ordinarias, que realizaron actividades relacionadas con la aprobación de pagos por actividades médicas puestas en entredicho.

En este sentido, a través de lo declarado por auditores y empleados de la EPS COOMEVA, se concluyó que ambos procesados pertenecían al equipo conformado por la acusada MELBA LUCÍA FLÓREZ TORO, para seleccionar los contratistas y tipos de servicios entregados a estos.

Desde luego, ya está definido que los delitos contractuales no pueden despejarse en este caso, motivo por el cual, la atribución de responsabilidad penal no reposa en ese hecho escueto.

Sin embargo, como se anotó respecto del coprocesado CÉSPEDES IBARRA, en el caso de la intermediación entregada a Medicamentos de Occidente, entendido que la misma se aparta de las normas legales regulatorias de la prestación del servicio de salud, a más que generó evidente

detrimento patrimonial, representado por el valor de la misma, sí se hace factible determinar, en su cariz objetivo, la tipicidad del delito de peculado por apropiación en favor de terceros, en el entendido que dentro de su labor los acusados tenían disponibilidad jurídica respecto del destino de los dineros y con su conformidad efectuaron una actividad trascendente en la distracción de estos.

A su turno, considerado que los procesados MANUEL HUMBERTO LEÓN y CARLOS ARTURO PARRA, en su calidad de Director Nacional de Salud y Jefe Nacional de Alto Costo de la EPS COOMEVA, respectivamente, desarrollaban funciones de verificación de atención y control de pagos, necesarias para que los dineros efectivamente se entregaran a Medicamentos de Occidente, no cabe duda de que su anuencia resultó significativa en el detrimento patrimonial que deriva, acode con lo referido por los auditores y lo consignado en los diferentes informes de Policía Judicial, de los pagos dobles, sobrecostos, pagos a fallecidos, consignaciones anticipadas, conciliación de glosas, etc.

Esto, se reitera, bajo la consideración que en su esencia la EPS se ocupa primordialmente de prestar el servicio de salud a la población afiliada, a través del uso de los dineros pagados por estos, estimados bienes parafiscales, de lo cual se sigue que el deber de custodia, administración y adecuada destinación, se difumina a todo lo largo de su estructura, aunque, desde luego, la responsabilidad penal radica en

personas específicas cuya actividad funcional y conducta concreta se adviertan fundamentales en el detrimento patrimonial.

De esta manera, la línea que adopta la Corte en torno de la responsabilidad penal por el delito de peculado por apropiación, al interior de este tipo de entidades prestadoras de salud, se soporta en criterios eminentemente materiales, pues, la remisión a cualesquiera reglamentos o manual de funciones de la entidad, no permite abarcar el aspecto sustancial que gobierna el tema, entre otras razones, porque a más del criterio general de custodia y administración de dineros parafiscales, los procesados en mención ocupan altos cargos dentro de la EPS, con absoluto deber de sujeción respecto del destino y uso de los recursos en cuestión, acorde con el objeto de la entidad, además del deber específico que surge de su labor de supervisión de la efectiva prestación del servicio de salud y la posibilidad de glosar o negar el pago al contratista, en los casos en los cuales este se registre inadecuado, inexistente, indemostrado o exagerado en su costo.

De otro lado, la responsabilidad penal despejada en contra de JOSÉ LAUREANO NOVOA GUEVARA y MELBA LUCÍA FLÓREZ TORO, respecto del delito de peculado por apropiación, opera dentro del instituto de la determinación, circunstancia por la cual, se releva, no es necesario definir la calidad de servidores públicos de estos, ni algún tipo de

actividad relacionada con el recaudo, administración, custodia o destinación de los bienes parafiscales.

Esto, por cuanto, se recuerda, los procesados en reseña, altos directivos del holding COOMEVA, el uno como Gerente Nacional de la Cooperativa y la otra en calidad de Gerente Corporativo de Salud, si bien, estatutariamente no tenían injerencia en la actividad de la EPS COOMEVA, particularmente, en los contratos ejecutados por esta, la selección de los contratistas, el tipo de prestaciones y los pagos efectivos, en la práctica incidían directamente en ello, dada la condición de socia de la EPS, cuya creación gestó NOVOA GUEVARA.

De esta manera, aunque el encargado de la contratación en la EPS, acorde con su cargo de Gerente de la misma, lo era JORGE HUMBERTO CÉSPEDES IBARRA, en la práctica –como lo reconoce este –la selección de los contratistas y delimitación del tipo de servicio a contratar, cuando no de la disponibilidad de los dineros y pagos efectivos, eran asuntos puntuales dispuestos por aquellos, en típica labor de determinación respecto de quienes tenían esa labor específica al interior de la EPS.

Esto, además, dentro del que se ha destacado como comportamiento teleológico de NOVOA GUEVARA, quien elaboró todo un andamiaje corporativo dirigido a beneficiar a los socios de la Cooperativa Coomeva, para lo cual se utilizó

la EPS COOMEVA, a partir de la entrega de contratos de prestación de servicios de salud a las IPS de propiedad de estos, las más de las veces a través de interpuestas personas.

Fue por ello, acorde con lo consignado en las sentencias, que LAUREANO NOVOA designó en el recién creado cargo de Gerente Corporativo de Salud, a MELBA FLÓREZ TORO, a efectos de que se encargara de materializar la entrega dirigida de los contratos de prestación de servicios de salud; y, a la vez, extrajo de la órbita regional los contratos suscritos con Medicamentos de Occidente, para que su vigilancia y pagos fueran radicados en el equipo de trabajo de esta, particularmente, CARLOS ARTURO PARRA OROZCO y MANUEL HUMBERTO LEÓN AVELLANEDA.

Ahora bien, puede surgir algún tipo de discusión dogmática en lo que se refiere a la que ha sido llamada por los auditores “Carta acuerdo”, que suscribieran MELBA LUCÍA FLÓREZ y el Director Financiero de COOMEVA, el 1 de noviembre de 2004, con Medicamentos de Occidente.

No se discute, ni siquiera por la defensa de la procesada, que la capacidad contractual en la EPS COOMEVA, para ese momento, radicaba en cabeza de su Gerente y representante legal, JORGE HUMBERTO CÉSPEDES, motivo por el cual, en estricto sentido legal, MELBA FLÓREZ no podía comprometer los dineros de la entidad, ni adquirir

determinada prestación de servicios, en este caso, cirugía de prótesis de rodilla y cadera.

Sin embargo, en la práctica dicha carta acuerdo fue suficiente para que se ejecutara el contrato, con las consecuencias que se conocen en punto de sobrecostos e intermediación.

Como no se discute ya la posibilidad de ejecución de los delitos contractuales, el examen del comportamiento de la procesada debe dirigirse a determinar la calidad que asume frente al punible de peculado por apropiación, pese a comprobarse que no cuenta con las calidades propias del sujeto activo calificado -a partir de las cuales significarla autora-, lo que, en principio, conduciría a definirla interviniente, acorde con lo contemplado en el inciso cuarto del artículo 30 del C.P.

No obstante, estima la Sala que en el caso concreto la distracción de los dineros no vino consecuencia de la carta acuerdo en mención, dada su absoluta insignificancia jurídica para el efecto, sino de la omisión atribuible al Gerente de la EPS, HUMBERTO CÉSPEDES, en su calidad de sujeto determinado, pues, si se entendiera que el documento en cuestión apenas representaba una especie de acuerdo de buenas intenciones o elemento pre contractual, carente por sí mismo de vínculo obligacional -no se duda, también ajeno a cualquier función de MELBA LUCÍA

FLÓREZ, dada su ninguna vinculación con la EPS-, no puede discutirse que el efecto material finalmente producido vino consecuencia de que este permitiera su vigencia y aplicación, como si lo hubiese firmado.

En el trámite procesal, a través de lo dicho por testigos directos, se concluyó que, finalmente, el procesado CÉSPEDES IBARRA aceptó conocer de la carta acuerdo, hasta permitir que se desarrollara su objeto, en cuyo cometido se distrajeron dineros que se consideran aportes parafiscales.

Desde esta óptica, entonces, es posible admitir que la apropiación ilegal se inscribe dentro del espectro de la determinación, consignado en la acusación y los fallos ordinarios. Aspecto que, cabe agregar, reporta la anuencia de MANUEL HUMBERTO LEÓN y CARLOS ARTURO PARRA, encargados de verificar la habilitación del contratista, vigilar la efectiva prestación y facultar los pagos.

Se insiste, en atención a la inocuidad que en términos legales registra la Carta Acuerdo en examen, la materialización de algún tipo de pacto contractual que llevara a pagar indebidamente los dineros de la EPS, surge de la conducta adoptada por todos los procesados al servicio de la EPS, al extremo de poder señalar que, en atención al origen completamente espurio de las obligaciones bilaterales

desarrolladas, lo pagado por la EPS debe entenderse indebido.

Ahora, en relación con el tipo de atribución penal que es dable hacer radicar en cabeza de los tres socios de Medicamentos de Occidente, ya la Sala, al inicio de este ítem, definió su calidad de intervinientes.

Solo se agregará, acorde con lo estimado probado por los falladores, que su vinculación con el que se determinó acuerdo común de las directivas, encaminado a entregar la contratación a los socios de la COOPERATIVA COOMEVA, surge de que, apenas pocos meses antes de recibir los jugosos contratos, los propietarios de Medicamentos de Occidente se afiliaron a la misma, en sucesión cronológica que ata de forma inescindible uno y otro hechos.

Definido, de manera general, el tipo de responsabilidad que cabe atribuir a los acusados, la Corte estima necesario, a fin de contextualizar la discusión probatoria planteada en algunos cargos por los demandantes, a cuya resolución apunta este apartado, resumir de forma sucinta los fundamentos en los cuales se basaron las instancias para determinar la responsabilidad penal de aquellos, en lo que corresponde al delito de peculado por apropiación en favor de terceros:

1. El procesado LUREANO NOVOA, Gerente General de COOMEVA COOPERATIVA, se propuso favorecer a los asociados a esta, para lo cual asumió necesario entregarles contratos de prestación de servicios de salud, que se pagan con fondos parafiscales a cargo de la EPS COOMEVA.

2. Para ese efecto, se creó un equipo de trabajo liderado por MELBA LUCÍA FLÓREZ TORO, a quien se asignó el cargo, recién creado, de Gerente Corporativo de Salud de COOMEVA COOPERATIVA, e integrado con MANUEL HUMBERTO LEÓN AVELLANEDA, Director Nacional de Salud de la EPS COOMEVA y CARLOS ARTURO PARRA OROZCO, Jefe Nacional de Alto Costo de la EPS COOMEVA.

3. En seguimiento de las directrices trazadas por el Gerente General de COOMEVA COOPERATIVA, la EPS COOMEVA pacta dos acuerdos con Medicamentos de Occidente, cuyos socios habían pasado a ser, a la vez, pocos meses antes, socios de COOMEVA COOPERATIVA: a) Contrato de prestación de servicios de salud, fechado el 1 de diciembre de 2003, entre Medicamentos de Occidente y COOMEVA EPS, en cuya calidad firma el Gerente, MANUEL CÉSPEDES, para la atención integral de pacientes de VIH SIDA; b) Carta-acuerdo, fechada el 1 de noviembre de 2004, firmada por Medicamentos de Occidente, con MELBA LUCÍA FLÓREZ TORO, para realizar cirugías represadas de implantación de prótesis de cadera y rodilla.

4. Ambas negociaciones fueron realizadas a partir de la orden de MELBA LUCÍA FLÓREZ y el avenimiento de su equipo, en particular, CARLOS ARTURO PARRA y HUMBERTO LEÓN AVELLANEDA, contando también con la conformidad del Gerente de la EPS, JORGE HUMBERTO CÉSPEDES, quien firmó el primer contrato y cohonestó el efecto de la carta acuerdo.

5. En esas negociaciones, contrato y carta acuerdo, se pasó por alto que Medicamentos de Occidente no cumplía con los requisitos consagrados en la Ley 100 de 1993, y los artículos 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17 y 41 del Decreto 2309 de 2010, para actuar como contratista de servicios de Salud adquiridos por las EPS en aras de cubrir las necesidades básicas de sus afiliados, pues, a más de carecer de habilitación legal para actuar como IPS, no contaba con medios patrimoniales y logísticos que le permitieran atender a la población beneficiaria.

6. En atención a estas limitaciones patrimoniales y logísticas, finalmente, Medicamentos de Occidente terminó realizando una indebida e ilegal intermediación que representó un enorme detrimento respecto de los recursos de la salud manejados por la EPS COOMEVA, pues, esta se hallaba en posibilidad de atender por sí misma las prestaciones contratadas -tanto que, finalmente, su red fue la utilizada para materializar la prestación de los servicios- o contratarlas con sus proveedores directos.

7. además del detrimento patrimonial inserto en la intermediación, se verificó -gracias a los informes técnicos de Policía Judicial y las auditorías internas y externas- que la prestación del servicio de salud por parte de Medicamentos de Occidente implicó recibir pagos con sobrecostos, doble facturación o respecto de gastos y prestaciones no adelantadas efectivamente -pacientes ya fallecidos, no registrados, que no pagaron sus cuotas de afiliación o fueron atendidos por otras IPS-, e incluso, respecto de cuentas glosadas.

Ello, pese al control que de la prestación del servicio debían realizar los altos empleados de COOMEVA EPS, esto es, JORGE HUMBERTO CÉSPEDES IBARRA, CARLOS ARTURO PARRA OROZCO y MANUEL LEÓN AVELLANEDA, quienes, además, habilitaron el pago de esas cuentas cumpliendo órdenes verbales de LAUREANO NOVOA GUEVARA y MELBA LUCÍA FLÓREZ TORO.

8. Debido a la dificultad de verificar por vía testimonial o técnica, a cuánto asciende el monto de la apropiación indebida de fondos destinados a la atención en salud, el pago de los perjuicios derivados del delito de peculado por apropiación en favor de terceros, se limita al valor probado de la intermediación, esto es, lo que corresponde a las ganancias que por los acuerdos en cuestión obtuvo

Medicamentos de Occidente, acorde con lo que sobre el particular definió el contador del CTI.

En concordancia con el resumen efectuado y por virtud del principio de limitación, la Corte examinará los cargos pertinentes, respecto de los temas que no hayan sido resueltos con anterioridad en esta providencia, de conformidad con lo planteado por los defensores de los acusados.

**1. A NOMBRE DE LOS SOCIOS DE MEDICAMENTOS DE OCCIDENTE -ÉDGAR RICARDO GARCÍA, MARINA CONCEPCIÓN CARBONELL JIMENO, JAIRO ALONSO ESTARITA MONROY-**

Los cargos 1, 2 y 3 de la demanda ya fueron cabalmente respondidos en apartados anteriores, al punto que se eliminó la posibilidad de condena por los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales e interés indebido en la celebración de contratos.

Algo similar sucede con la manifestación respecto a que los acusados nunca fueron servidores públicos, ni tenían la tarea de administrar fondos parafiscales.

Apenas se agregará, sobre el último tema, que una vez aceptada dicha condición por parte de la EPS COOMEVA, la solución no pasa, como se plantea en el cargo tercero, por

mutar el delito de peculado por apropiación en favor de terceros, hacia el abuso de confianza calificado, pues, no se duda que la empresa contratante sí recaudaba, administraba y custodiaba recursos parafiscales que finalmente fueron objeto de distracción, sino en derivar responsabilidad penal de los socios de la entidad contratista, tal cual se anotó en otro apartado del fallo, en la modalidad de intervinientes.

El cargo cuarto, que se anuncia subsidiario en la demanda, será examinado cuando se adelante la redosificación de la pena aplicable a los procesados en mención, dado que se debe eliminar de la misma el referente a los ilícitos contractuales y ha de fijarse la sanción dentro del concepto de intervinientes.

Esto, se advierte, porque nada más contiene la demanda presentada por el defensor, que permita realizar algún tipo de examen probatorio o de delimitación de participación efectiva, a fin de eliminar la responsabilidad penal despejada por las instancias.

**2. A NOMBRE DE JORGE HUMBERTO CÉSPEDES IBARRA Y MANUEL HUMBERTO LEÓN AVELLANEDA.**

Los cargos uno y dos presentados por el defensor común de ambos procesados -antes se señaló su completa coincidencia, pese a presentarse en dos diferentes

demandas-, ya fueron respondidos, en tanto, o corresponden a nulidades que de ninguna manera, de haberse presentado efectivamente, afectan a estos dos acusados; o se refieren a la naturaleza de las entidades involucradas en los contratos que se reprochan y, específicamente, a la materialidad de los delitos contractuales, asunto ya definido atrás por la Sala.

Respecto del cargo tercero, en el cual se reprocha el contenido del informe pericial en el que se basaron las instancias para determinar el monto de los perjuicios, la Corte hará un examen común, dado que similar controversia presentaron los defensores de JOSÉ LAUREANO NOVOA GUEVARA y MELBA LUCÍA FLÓREZ TORO.

Solo acotará la Corte, en torno de la discusión que planteó el defensor buscando demeritar la condición de servidores públicos de sus asistidos o la actividad concreta ejecutada por ellos, que ya fue decantado de forma amplia el criterio que gobierna la atribución referida al delito de peculado, a partir de definir la actividad concreta desarrollada por los altos directivos de COOMEVA EPS en la distracción de los dineros públicos.

Desde luego, si se advierte que JORGE HUMBERTO CÉSPEDES IBARRA actuó en el caso examinado como Gerente y representante legal de la EPS, incluso firmando uno de los acuerdos de prestación de servicios, directa se ofrece su vinculación con la indebida destinación de los

fondos parafiscales, pues, de un lado, se advierte cómo se pasaron por alto las normas que en la Ley 100 de 1993 y el Decreto 2309 de 2002, regulan la habilitación de las IPS con las cuales se contrata la directa ejecución de los planes de salud; y, del otro, fue definido que la intermediación en la cual, finalmente, operó Medicamentos de Occidente, representó grave deterioro de esos dineros de destinación específica.

La responsabilidad directa, a título de autor, atribuida al acusado CÉSPEDES IBARRA, no se demerita o disminuye porque cumpliera órdenes de MELBA LUCÍA FLÓREZ y LAUREANO NOVOA, en tanto, visto que estos no tenían injerencia legal en la EPS, el cumplimiento de las mismas por parte del procesado apenas verifica el contubernio delictuoso en el cual todos participaron, al punto que, conociendo que su autoridad fue desconocida por FLÓREZ TORO, quien firmó la carta acuerdo para la implantación de prótesis de cadera y rodilla, en lugar de echar abajo ese pacto ilegal, terminó por cohonestarlo.

Tampoco, finalmente, realizó algún trámite que permitiera cesar los pagos de ambos acuerdos, cuando se le informó de las irregularidades en su ejecución.

Estas afirmaciones, destaca la Corte, se consignan en los fallos y tienen como soporte las pruebas recogidas, sin que el demandante, al respecto, presentara algún tipo de crítica que

obligue de la Corte evaluar la valoración probatoria adelantada por las instancias ordinarias.

De similar manera debe pronunciarse la Sala en torno de la actividad y responsabilidad penal atribuidas a MANUEL HUMBERTO LEÓN AVELLANEDA, como quiera que de manera directa varios empleados de la EPS lo refirieron adscrito al equipo mediante el cual, con la dirección de MELBA LUCÍA FLÓREZ, se seleccionaban los contratistas y el tipo de contratos a ejecutar.

Dentro de su labor, es claro, supo de la intermediación entregada a Medicamentos de Occidente y de la forma en que FLÓREZ TORO intervino para entregar a esta entidad las cirugías de prótesis a través de una carta acuerdo por completo irregular, que trató de justificar, el procesado, como una suerte de “convenio financiero”, en tesis por completo absurda si se mira su contenido, expresamente dirigido a entregar la prestación de un servicio específico de salud.

Junto con lo anotado, la manifestación de LEÓN AVELLANEDA –consignada en la indagatoria-, en la cual significa que su función apenas remitía a verificar la calidad del servicio prestado -dirigida a eliminar cualquier intervención en los delitos contractuales-, de contera delimita ostensible su responsabilidad en el delito de peculado por apropiación en favor de terceros, conocidas las irregularidades que signaron la ejecución concreta de los

acuerdos de prestación de servicios de salud, no controvertidas en un cargo específico dentro de la demanda presentada por su defensor.

### **3. A NOMBRE DE JOSÉ LAUREANO NOVOA GUEVARA**

Aunque el recurrente enfiló su primer cargo por la senda de la nulidad, sin jamás precisar cómo se materializó esta o el espacio procesal que debe invalidarse, la Corte admitió su demanda en atención a que se hacen manifestaciones que ameritan examen de fondo.

Ello implica, acorde con los presupuestos que regulan el trámite casacional, que no se registren controversias formales respecto de la forma en que se plantean los cargos, que han de examinarse en su contenido material de fondo.

Debe decirse, entonces, que en los tres cargos planteados, el recurrente entremezcló variados tópicos, que van desde la naturaleza de las entidades involucradas en la contratación, pasando por la condición de servidores públicos de los procesados, hasta la determinación de los perjuicios causados o la entidad a la que se entiende afectada con el delito.

Al efecto, lo primero que cabe anotar es que la gran parte de lo planteado ya fue resuelto por la Sala, incluso de manera

favorable al demandante, como se registra respecto de la atipicidad de las conductas de contenido meramente contractual.

También se precisó por qué los altos directivos de COOMEVA EPS deben responder por el delito de peculado por apropiación, en virtud del origen y finalidad de los dineros entregados para su administración a la EPS.

En este sentido, la “solemnidad” que reclama el recurrente para que se adquiriera esa calidad de servidores públicos, surge precisamente del mandato legal inserto en la Ley 100 de 1993, dado que allí no solo se precisa la naturaleza de los dineros entregados por los beneficiarios afiliados a la EPS, sino que se advierte de la expresa delegación que hace el FOSYGA, para que la Empresa Prestadora del Servicio de Salud recaude los dineros públicos, cuya custodia, administración y destino también se delimitan en dicha normatividad.

Por lo demás, la crítica que se hace a la condición del acusado, quien no fue miembro o directivo de la EPS para cuando se registran ocurridos los hechos, a fin de significar que no puede estimársele funcionario público o que jamás se delimitó cómo adquirió esta condición, ni la forma en que a través de ella pudo apropiarse de dineros públicos, recibiendo algún lucro, pasa por alto dos cuestiones esenciales de la acusación y condena proferidos en su contra.

La primera, objetiva e incuestionable, atiende a que el procesado NOVOA GUEVARA fue acusado y condenado en calidad de determinador del delito de peculado por apropiación –único cuya tipicidad se mantiene incólume-, en el entendido, precisamente, que no ejecutó directamente la conducta, ni actuó en condición de funcionario público, sino que determinó o instigó –a través de órdenes verbales, como incluso lo admite el coprocesado JORGE HUMBERTO CÉSPEDES IBARRA- y por ocasión de su condición de máximo directivo del holding COOMEVA, a los servidores de COOMEVA EPS, para que seleccionaran contratistas que no cumplen mínimos de habilitación en el cometido de la prestación directa del servicio de salud y apenas operaban como intermediarios, o aceptaran pagar a Medicamentos de Occidente, pese a que no se cubrían adecuadamente estas prestaciones o el acuerdo evidenciaba ostensibles ilegalidades.

La segunda cuestión obviada por el demandante, atiende a que el delito despejado, peculado por apropiación en **favor de terceros**, desde su misma rotulación verifica que a LAUREANO NOVOA GUEVARA no se le atribuye algún tipo de beneficio o lucro personal con el desvío de los fondos parafiscales, en el entendido que esos terceros a los que alude el tipo penal, en el caso examinado, se representan por los socios de Medicamentos de Occidente que fueron favorecidos con pingües ganancias a través de la simple

intermediación contractual y la ineficiente o inexistente prestación del servicio.

Ahora bien, aunque el demandante sostiene que no existe prueba de los elementos de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, respecto de los tres delitos por los cuales se acusó, omite adelantar un examen concreto de los elementos de juicio en los cuales se basaron los falladores ordinarios para proferir condena, con lo cual, su crítica no pasó del mero enunciado.

En contrario, destaca la Sala cómo en las sentencias atacadas, no solo se resume el contenido de los muchos medios testimoniales, documentales y periciales allegados, sino que se examina estos en su contenido individual y conjunto, hasta llegar a la conclusión que, en efecto, LAUREANO NOVOA se valió de su condición de máxima cabeza del holding COOMEVA, para incidir directamente en la contratación de la EPS COOMEVA, acorde con su pretensión de favorecer a los socios del primero.

De esta manera, en el fallo de segundo grado se acude a lo referido por el coprocesado JORGE HUMBERTO CÉSPEDES IBARRA y la testigo Aura Nelly Vinueza, directiva de la COOPERATIVA COOMEVA, quienes detallan cómo fue que el procesado NOVOA GUEVARA, en razón del poder que emanaba de su condición de Gerente General del holding y Presidente de la Junta Directiva de la EPS COOMEVA, se

encargó de diseñar el esquema dirigido a concentrar en el nivel central y, particularmente, en la Gerencia Corporativa de Salud, a cargo de MELBA FLÓREZ TORO, las decisiones dirigidas a la selección de contratistas y el tipo de contratación, que cumplieran, tanto el Gerente Nacional de la EPS, como los Gerentes Regionales.

Estos mismos testigos determinaron el nepotismo que finalmente rigió la suerte de la COOPERATIVA, pues, LAUREANO NOVOA GUEVERA terminó ubicando en puestos claves a personas de su entorno familiar cercano –hijastros, yernos-, garantizando con ello la completa fluidez en el manejo de las órdenes y su ejecución sin contratiempos.

En corroboración de ello, citó el fallo de segundo grado, también, el Informe especial de Auditoría Forense presentado el 19 de julio de 2006, por la empresa JAHV MCGREGOR S.A., en el cual se advierte la irregularidad que registran las intervenciones de la Gerencia Corporativa de Salud, a cargo de MELBA FLÓREZ, en decisiones propias de la EPS, ajenas a dicha Gerencia, dada su autonomía como compañía prestadora de servicios de salud.

Ello, se agrega en el informe, fue posible por la autorización que entregó el Gerente General LAUREANO NOVOA GUEVARA, a las actuaciones de FLÓREZ TORO, y la plena tolerancia del Gerente de la EPS, JORGE HUMBERTO CÉSPEDES.

El fallo de segundo grado acudió también a lo expresado por Lilia Marmolejo, vinculada a la dirección financiera de una regional de COOMEVA EPS, quien advirtió de la informalidad que registraban las contrataciones, incluso a partir de órdenes verbales, durante el periodo en que coincidieron LAUREANO NOVOA GUEVARA, en la Gerencia General del holding, y JORGE HUMBERTO CÉSPEDES, Gerente de la EPS.

Añade el fallo de segundo grado, que LAUREANO NOVOA GUEVARA, si bien, no firmó el contrato de prestación integral para pacientes de VIH sida, con Medicamentos de Occidente, sí determinó a JORGE HUMBERTO CÉSPEDES para que lo hiciera, pese a conocer las irregularidades insertas en el mismo, que le fueron dadas a conocer directamente por Fernando Rada Barona, Auditor Corporativo de COOMEVA.

Del auditor en cuestión, resaltó el Tribunal sus afirmaciones, en las cuales dijo haber advertido directamente a NOVOA GUEVARA de las ilegalidades e inconvenientes del acuerdo suscrito para los reemplazos articulares con Medicamentos de Occidente, pese a lo cual, agregó, recibió una respuesta negativa de aquel, quien le sugirió cambiar el contenido de su informe.

Junto con lo anotado, la sentencia de primer grado citó lo revelado por otros empleados de las regionales de la EPS COOMEVA, que referencian la directa intervención de LAUREANO NOVOA en los aspectos de contratación y las irregularidades que registraban esas actividades.

Incluso, uno de dichos testigos se encargó de relatar cómo en la ciudad de Bogotá se entregó un contrato de prestación de servicios de salud a alguien recomendado por un senador de la República, dada la directa relación de este con el acusado.

Esos elementos de juicio, acota la Corte, no han sido controvertidos o atacados en su contenido y efectos por el demandante.

En estas condiciones, es claro que la propuesta casacional del recurrente, sobre este punto concreto, debe desestimarse, en cuanto, no obedece a la realidad que el Tribunal hubiese dejado de examinar la responsabilidad individual que le cabe a su representado en el delito de peculado por apropiación.

De otro lado, cuando el defensor del acusado sostiene que, en tratándose de fondos parafiscales, la EPS cuenta con “libertad” para usarlos, siempre que los destine al servicio de salud, de lo cual se sigue que no se comete, para el caso que ahora se estudia, el delito de peculado, apenas está

efectuando una afirmación carente de sustancia que, incluso, desconoce normas puntuales, ampliamente citadas en este proveído, las cuales regulan cómo deben utilizarse esos dineros, a partir de determinar su finalidad específica, el tipo de contratos que pueden realizarse y la necesaria habilitación de los contratistas.

Huelga anotar que la administración y custodia de los fondos –y en ello radica la asunción de funciones públicas– lleva ínsita la obligación, no solo de destinarlos a servicios de salud, sino de utilizarlos de forma adecuada en ese cometido.

Dentro del amplio espectro temático que desarrolló el impugnante en el primer cargo, se ocupó de controvertir la condición de parte civil que se otorgó a la representación de la EPS COOMEVA, en tanto, acota, el perjudicado con el peculado lo es el Estado, y la representación de esa entidad privada no demostró legitimidad o la existencia de un daño concreto.

Sobre el particular, lo primero que cabe señalar, es que el demandante, pese a sostener en abstracto que esa admisión rompe el equilibrio procesal, nada hizo para demostrar este aserto, ni la Corte observa algún efecto sustancial que permita asumir posible, si eso fuese lo buscado por el recurrente, decretar algún tipo de nulidad. Mucho menos, se acota, si en el plano estrictamente patrimonial, tal intervención no arrojó ningún perjuicio para

el acusado, en tanto, el pago de los perjuicios fue ordenado a favor de una entidad estatal y no de COOMEVA EPS.

Agréguese que la intervención de la EPS se fundó en que esta también se estimó afectada por el actuar de los acusados, no solo en el campo reputacional, sino por ocasión de los costos que dijo haber asumido en atención a las prestaciones pagadas de forma indebida.

Desde luego, que se demuestre después que no recibió algún daño –no limitado, cabe destacar, al aspecto meramente patrimonial- o que no se verificó su monto específico, de ninguna manera desnaturaliza la legitimidad de la demanda y de la intervención en el proceso de la reconocida como parte civil, pues, el cometido de la parte y la razón del trámite posterior se refiere a la demostración de lo propuesto y de las pretensiones planteadas.

Y, si no se condenó a COOMEVA EPS, al pago solidario de los perjuicios, es un tema que escapa a la órbita de interés y legitimidad que acompaña al defensor de NOVOA GUEVARA, en tanto, dada la carencia de argumentación que soporta esta manifestación, es claro que la decisión de no ordenar el pago de perjuicios en favor de la entidad privada, no la convierte, per se, en responsable de los mismos.

En el tercer cargo, como fue habitual en la demanda, el impugnante mezcló varios aspectos, que quiso conglobar

dentro de la violación indirecta de la ley por errores de hecho, limitados a falsos juicio de existencia, en tanto, dijo que las instancias pasaron por alto examinar varios medios suasorios vertidos en el expediente que, en su sentir, tienen efectos trascendentes, aunque nunca explicó por qué.

Al efecto, en primer lugar, se refirió al informe entregado por la empresa de auditoría JAHV Mc GREGOR S.A., del cual destaca el apartado en el que sostuvo que, acorde con la ley, el daño patrimonial se le ocasionó a la EPS y debe ser asumido por sus inversionistas.

En torno de este medio suasorio cabe señalar, en primer término, que nunca fue desconocido o pasado por alto en los fallos, dado que, incluso, sirvió de fundamento para determinar la efectiva existencia de las conductas ilícitas atribuidas a los acusados, como fácil se ausculta con solo leer la sentencias.

Pero, si lo buscado por el demandante es sostener que se obvió examinar un aspecto central de lo consignado en dicho informe, lo propio era alegar un falso juicio de identidad por cercenamiento.

Dejando de lado el tópico formal, que se entiende superado con la admisión de la demanda, la Corte no observa la trascendencia del supuesto yerro -que tampoco desarrolla el recurrente-, en tanto, por fuera de la observación

normativa efectuada por la empresa de auditoría, la atribución penal por el delito de peculado por apropiación en favor de terceros reposa, acorde con la plural prueba recogida –que no fue contrastada por el casacionista–, en que los empleados de la EPS, por determinación de dos altos funcionarios de la COOPERATIVA, permitieron que se pagara una ilegal intermediación y servicios de salud sobrefacturados o inexistentes, con dineros de fondos parafiscales que tenían bajo su custodia y administración.

De esta manera, que la entidad de auditoría diga pasibles de asumir los perjuicios, por los accionistas de la EPS, no desvirtúa o despoja de tipicidad el hecho demostrado, atinente a que se hicieron objeto de ilícita apropiación los dineros públicos confiados a los procesados en mención.

De otro lado, dice el recurrente que también se desconocieron las certificaciones contables expedidas por COOMEVA EPS para los años 2003 a 2006, en las cuales se determina que durante ese lapso la entidad utilizó adecuadamente el porcentaje de las UPC dirigido a costos de operación.

Como el impugnante no desarrolla el tema, de cara al contenido específico del informe y su utilidad respecto del delito de peculado por apropiación y, en particular, de la responsabilidad penal atribuida al acusado, la Corte no

alcanza a percibir cuál es el efecto de la prueba, en términos de trascendencia, entre otras razones, porque la directa delimitación fáctica refiere que fueron los dineros destinados a la prestación efectiva del servicio de salud –se tiene claro que de la Unidad de Pago por Capitación, la EPS puede destinar una suma menor a gastos de administración-, los que se hicieron objeto de apropiación indebida, por vía de los acuerdos ilegales suscritos con Medicamentos de Occidente para ese exclusivo fin.

En otras palabras, la prueba que dice desconocida resulta impertinente de cara al delito que se examina, porque los hechos jurídicamente relevantes no apuntan a delimitar algún uso inadecuado del porcentaje de las UPC que se utiliza en gastos de administración o costos de operación, como los denomina el demandante.

Se desestimarán, así, los cargos planteados por el defensor de LAUREANO NOVOA GUEVARA, aunque, como se anotó atrás, el tema referido al monto del daño y el dictamen pericial que lo refleja, se examinará más adelante, en acápite común a varios demandantes.

#### **4. A NOMBRE DE CARLOS ARTURO PARRA OROZCO**

El grueso de las alegaciones consignadas en el primer cargo, dirigidas a controvertir la calidad de servidor público

del procesado o la naturaleza de los contratos y las actividades desarrolladas por este, ya fue respondido por la Sala cuando abordó los dos primeros ejes temáticos.

Se agrega a ello, de conformidad con lo argumentado en este primer cargo, que su responsabilidad en el delito de peculado no viene consecuencia de que firmara o interviniera directamente en los contratos –conductas cuya atipicidad ha sido definida por la Sala-, sino por consecuencia del deber de administración y custodia que le competía por virtud de participar en el equipo integrado por MELBA FLÓREZ TORO, que se encargaba de seleccionar los contratistas y determinar el tipo de servicio a ejecutar, a más que también se encargaba de verificar lo concerniente a las prestaciones de cuarto nivel.

En esta condición, el procesado intervino con su concepto, bajo las órdenes de su jefe directa, MELBA FLÓREZ, en el desarrollo de los contratos reprochados, al extremo, como lo acepta en la indagatoria, de recomendar la marca a utilizar en los reemplazos articulares, cuyos sobrecostos se integran al cúmulo de circunstancias que gobiernan el delito de peculado.

Álvaro Bustos Mejía, al servicio de COOMEVA EPS, sobre este particular precisó que, si bien, el procesado PARRA OROZCO, tenía funciones técnicas, estas implicaban

entregar información necesaria para determinar con quién contratar y el tipo de contrato a realizar.

Cuando el acusado afirma, en la misma indagatoria, que MABEL FLÓREZ TORO les dio instrucciones respecto de la manera en que se desarrollarían los contratos con Medicamentos de Occidente, termina por reconocer, no solo su participación directa en la ejecución de los mismos, sino la ilegalidad que de ello deriva, pues, se recuerda, aquella no tenía ni podía tener alguna intervención legal en la actividad de la EPS.

Por lo demás, si ya de entrada la contratación con Medicamentos de Occidente superaba cualquier límite legal, dentro de las exigencias de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 2309 de 2002, con ocasión de la ostensible y prohibida intermediación que representaba el servicio de salud contratado, no puede PARRA OROZCO advertir desconocimiento o ajenidad con sus funciones, cuando es claro que le correspondía auditar las prestaciones.

Con mayor precisión, José Julián Bonilla, Director Nacional de Cuentas Médicas de COOMEVA EPS, señaló que el auditor de alto costo, esto es CARLOS ARTURO PARRA OROZCO, se encargaba de confirmar las tarifas y usuarios a atender, además de glosar las cuentas irregulares.

Sobra recordar que una de las aristas del peculado deriva de que se advirtieran profundas irregularidades en los pagos de estos servicios, por sobre costos, falta de soporte, doble prestación o inexistencia de la misma, a más de pagos efectivos de las glosas, y anticipos ilegales.

José Julián Bonilla, sobre este tópico, añadió que recibía instrucciones de MANUEL HUMBERTO LEÓN y PARRA OROZCO, respecto de la forma en que se debía examinar el contrato de VIH sida, a partir de entenderlo contrato de capitación –que no obligaba examinar facturas sobre una concreta prestación médica, pues, se pagaba por usuario, independientemente de que requiriese o no el servicio- y no, como debía ocurrir, de prestación efectiva de servicios.

Ahora, gracias a los informes de Policía Judicial y lo advertido por auditores externos e internos de COOMEVA EPS, entre ellos, William González Camelo y Jaime Alberto Hernández Vásquez, se pudo determinar que, en efecto, los pagos realizados por virtud de los acuerdos suscritos con Medicamentos de Occidente para cumplir prestaciones propias del POS, comportaron las irregularidades que se detallan en el párrafo anterior, sin que el demandante, en este caso, haya planteado alguna crítica puntual a los mismos.

A lo anotado se agrega, a efectos de definir el comportamiento doloso de CARLOS ARTURO PARRA

OROZCO, que este fue informado directamente de las irregularidades que se estaban presentando en los pagos de las prestaciones pactadas con Medicamentos de Occidente, como expresamente lo reseña el Director Nacional de Auditoría Interna, William González Camelo, pero se ocupó, junto con MANUEL HUMBERTO LEÓN y MELBA LUCÍA FLÓREZ, de tratar de demeritar sus hallazgos.

Aquí, debe señalarse al defensor, acorde con lo consignado en el primer cargo, que la acusación vertida en contra de su representado opera dentro del tipo penal de peculado por apropiación en favor de terceros, motivo por el cual, lo buscado demostrar no es que el procesado tuviera la intención de “apropiarse” de los dineros, sino que, con su comportamiento doloso condujo a que otros lo hicieran.

En el segundo cargo, el demandante plantea la materialidad de supuestos errores de hecho por falso juicio de identidad, en el entendido que el Tribunal adicionó, mutiló y tergiversó las declaraciones surtidas por varios testigos.

Lo primero que cabe advertir respecto del cargo, es que no demuestra que de verdad el yerro propuesto se hubiese materializado, en tanto, este corresponde al tipo de vicio objetivo que reporta la inadecuada lectura de lo que contiene la prueba, sin relación con la valoración individual o conjunta que se haga del medio.

Es claro, así, que lo buscado por el demandante, no es determinar que el fallador obvió leer adecuadamente el contenido neutro de las declaraciones, sino la valoración que de las mismas efectuó la instancia judicial, en el entendido que con ellas, sugiere, se demuestra la inocencia de su asistido.

Sin embargo, el recurrente no plantea -ya en el campo de la valoración, que se ataca a través de la demostración de errores de raciocinio- cómo pudo el Tribunal violar la sana crítica, en su tríada de lógica, ciencia y experiencia.

Ya se dijo que los yerros formales, dado que se aceptó la demanda, no tienen la virtualidad de impedir el examen de fondo de lo planteado, pero sucede que la falta de argumentación respecto de cómo pudo afectarse la sana crítica, impide adelantar esa tarea dentro de un escenario concreto de debate.

Independiente de ello, lo que observa la Sala, es que lo resaltado por la casacionista como digno de examinar en cada testigo, carece de los efectos que pretende darle.

Así, no es cierto que solo por virtud de lo dicho por MELBA FLÓREZ, en cuanto, significó que PARRA OROZCO hacía parte de su equipo de trabajo, el Tribunal coligió que tuvo alguna participación en la celebración de los contratos.

Independientemente de la intrascendencia que ello reporta respecto de los punibles de contenido contractual, acorde con su atipicidad, es lo cierto que ambos falladores acudieron a variados medios para determinar cómo incidió el acusado en la contratación y, particularmente, el efecto que ello produjo en la apropiación de dineros públicos, sin que, debe destacarse, el examen de ambas sentencias permita verificar que de verdad lo expresado por MELBA FLÓREZ TORO, haya tenido importancia capital en las conclusiones de responsabilidad.

De otro lado, si, efectivamente, William Gonzáles Camelo no pudo explicar las razones por las que significó al acusado como parte del equipo de trabajo de MELBA FLÓREZ, ello no representa algún tipo de error de evaluación del fallador, sino, cuando más, la crítica a lo relatado por el testigo.

Sin embargo, la demandante no explica por qué el declarante debería precisar el punto, cuando es claro que en atención a su labor como auditor de la EPS COOMEVA, debería conocer ese aspecto; máxime, cuando el informe detectó varias irregularidades, necesariamente conectadas con las tareas desempeñadas por quienes vigilaban la prestación o determinaban los pagos.

Por lo demás, es el mismo recurrente quien advierte que la conclusión a la que llega el fallador no se asume aislada, solo con lo dicho por el testigo en cuestión, pues, líneas más

atrás sostuvo que, precisamente, esa afirmación –que el procesado hacía parte de su equipo de trabajo- la efectuó MELBA LUCÍA FLÓREZ, para no mencionar otros tantos testigos, ya referenciados por la Corte, que efectúan similar manifestación.

La intrascendencia de lo alegado, en consecuencia, se aprecia evidente.

En torno de lo declarado por Álvaro Bustos Mejía, Gustavo González, Aura Vinuesa y el coprocesado LEÓN AVELLANEDA, es poco lo que tiene que decirse, en tanto, se refieren a los delitos contractuales, por los cuales no se emitirá condena; relacionan actividades meramente “técnicas” del acusado, cuyos efectos para el delito de peculado se precisaron por la Corte en apartados anteriores, cuando se examinó el primer cargo; o sostienen que el procesado no se lucró con las irregularidades, aspecto por completo ajeno al delito de peculado por apropiación en favor de terceros, por el que se le juzga.

Finalmente, en lo que a este cargo respecta, la referencia que hace el demandante a lo que en curso de la indagatoria refirió el procesado, se ofrece por entero subjetiva, pues, no se contrasta con el fallo y su contenido, a efectos de determinar qué peso pudo tener la afirmación del Tribunal –que de lo afirmado en la injurada se extracta la posibilidad

de que los acusados conocieran de las ilicitudes- en la decisión de responsabilidad penal.

La crítica, entonces, tendría algún efecto si se dijera que lo dicho por el acusado se erigió en factor fundamental o trascendental en la definición de los hechos y lo atribuido a este.

El examen de las razones que llevaron a las instancias a condenar al acusado, en contrario, permite concluir que esa manifestación aislada del fallador careció de peso específico en dicho cometido, razón por la cual, el debate planteado asoma apenas anecdótico.

Líneas atrás, cuando se estudió el primer cargo, la Corte delimitó qué de lo dicho por el acusado en su indagatoria, contribuye a determinar aspectos fácticos necesarios para verificar los hechos, así como sus consecuencias, de cara a los elementos probatorios que, en conjunto, definen el criterio de responsabilidad penal.

El cargo, así, debe desestimarse.

En lo que atiene al tercer cargo presentado por la defensa, la Corte solo tiene que señalar, dada su nula argumentación, que la decisión de condenar a CARLOS ARTURO PARRA OROZCO, comporta absoluta lógica, dentro

de los parámetros legales que gobiernan la definición de responsabilidad.

No es cierto, así, que se carezca de prueba acerca de las funciones que adelantaba el procesado y de los medios que se utilizaron para generar la apropiación, por un tercero, de fondos parafiscales, así como de las razones que gobiernan la consideración de servidor público que cobija a PARRA OROZCO –solo, se repite, para el delito de peculado-.

Sobre ese particular, basta remitir al examen que se hizo cuando fue abordado el cargo primero.

A consecuencia de lo anotado, visto que varios de los planteamientos del demandante fueron acogidos para eliminar la tipicidad de los punibles de contenido contractual, la Corte solo confirmará la sentencia por el delito de peculado por apropiación en favor de terceros.

## **5. EN NOMBRE DE MELBA LUCÍA FLÓREZ TORO**

Respecto de los cargos uno y dos de la demanda presentada por el defensor de esta acusada, la Corte ya hizo las precisiones necesarias cuando abordó el eje temático número uno, sin que sea necesaria alguna acotación adicional, en tanto, se recuerda, lo discutido buscaba obtener la invalidez de parte de lo actuado por afectación de

los derechos de la procesada, radicado en que, de un lado, se dejaron de practicar las pruebas que surgían de lo dicho en indagatoria por ella; y, del otro, las sentencias no fueron suficientemente motivadas.

Atinente al tercer cargo, ello también ha sido respondido en gran parte, una vez determinado por la Corte que no es posible determinar la tipicidad de las conductas contractuales atribuidas a todos los acusados.

Y, si bien, la alegación allí consignada también se ocupa de controvertir la delimitación típica del delito de peculado por apropiación, en líneas anteriores detalló la Corte por qué en tratándose de la administración y custodia de fondos parafiscales, sí se verifica servidores públicos a los encargados de tales funciones, para el caso, JORGE HUMBERTO CÉSPEDES, MANUEL HUMBERTO LEÓN y CARLOS ARTURO PARRA.

Dado que, a la procesada MELBA LUCÍA FLÓREZ se le atribuye participación en el delito, a título de determinadora –incluso, respecto de la carta acuerdo para el reemplazo articular, como se explicó en precedencia–, carecen de efecto concreto las varias argumentaciones en las cuales la defensa destaca que su representada judicial no tenía ningún tipo de función o actividad al interior de la EPS COOMEVA, de cuya independencia y autonomía se hizo eco.

Respecto del cargo cuarto, la Corte no puede respaldar la tesis de inocencia pregonada por el defensor de la acusada, no solo por su evidente contrariedad con lo estipulado en el artículo 32-3 del C.P., norma que consagra la ausencia de responsabilidad derivada del cumplimiento de un deber legal, sino en atención a que lo demostrado en el encuadernamiento advierte cómo la intervención de la acusada no obedece a los nobles propósitos que ahora quiere destacar el profesional del derecho, sino al amplio poder e injerencia en la contratación que adquirió MELBA LUCÍA FLÓRES TORO, en razón del cargo que le defirió, para ese efecto, LAUREANO NOVOA GUEVARA, con clara intención de favorecer a determinados contratistas y evidente efecto en la dilapidación de recursos parafiscales.

En relación con lo primero, dejando de lado el dicho del defensor, atinente a la supuesta necesidad de atender a pacientes cuyas cirugías de reemplazo de cadera y rodilla se hallaban represados –argumento que más parece dirigirse a algún estado de necesidad-, es lo cierto que el demandante jamás precisa cuál norma legal establecía, así fuese de manera tácita, la obligación específica o función precisa, para la acusada, de realizar contrataciones o acuerdos en los que se atiende esta población, respecto del mal en reseña.

Incluso, resalta la Sala, es el mismo demandante quien se encarga de desvirtuar el soporte de su afirmación, pues, previamente buscó destacar que la procesada no tenía

ninguna relación legal o funcional con la EPS COOMEVA, en lo que compete a la labor de prestación de servicios de salud y consecuente contratación con los prestadores, de lo cual se sigue, entonces, que contrario a lo predicado, evidentemente no existía ninguna norma o deber legal a cumplir, que le permitiese injerir de manera indebida en las actuaciones propias del Gerente de la EPS.

El contrasentido es evidente y ninguna otra argumentación se requiere para dejar sin piso la solicitud de aplicación de la eximente de responsabilidad.

Agréguese, que no corresponde a la verdad sostener, como busca hacer el defensor para soportar la causal dentro de la violación directa de la ley, que los falladores hayan aceptado de manera expresa la existencia de una supuesta necesidad de atender inmediatamente a los pacientes represados para cirugías de cadera y rodilla, correspondiendo apenas a su especulación la referencia a presuntas atenciones urgentes.

Entonces, si se quisiera acudir a algún estado de necesidad de imperiosa obligación de atención, tampoco el impugnante ofrece elementos de juicio objetivos que verifiquen cubiertos los presupuestos de necesidad e inmediatez consustanciales al instituto.

Ello, para no hablar de la intervención ilegal de la acusada como único recurso a la mano en pro de conjurar el supuesto peligro, en tanto, nunca se explicó qué actividades pudo desarrollar ella, si de verdad era un propósito loable el que la animaba, para obtener que la contratación fuese realizada directamente por el encargado de la misma, el Gerente de la EPS, ni cuál pudo ser la razón para que se escogiera a Medicamentos de Occidente, pese a que no contaba con la capacidad logística en procura de prestar directamente el servicio y sí existían contratos previos, respecto de la misma prestación requerida, con IPS de reconocida trayectoria y capacidad.

Si se requiriese acudir a un plano eminentemente material, es evidente la manera en que el recurrente busca soslayar con la simple manifestación de un supuesto propósito de ayuda coyuntural, la amplia cauda probatoria en la que se reporta cómo su prohijada hizo parte de un entramado clientelista dirigido a entregar la contratación a socios de la COOPERATIVA COOMEVA o allegados a su Gerente General, al extremo de asignarle un cargo creado para su perfil, que le sirvió de base en el cometido de disponer, pese a no desempeñar ninguna función en la EPS, a quién entregarle la prestación directa del servicio de salud y dentro de qué condiciones operaría lo contratado, para lo cual se valió de la plena anuencia y connivencia de los empleados de esta, a saber, JORGE HUMBERTO

CÉSPEDES, HUMBERTO LEÓN AVELLANEDA y CARLOS ARTURO PARRA.

Además, desconoce el impugnante, que la acusada no solo intervino en la carta acuerdo que derivó en la prestación del servicio de reemplazos articulares de rodilla y cadera por parte de Medicamentos de Occidente, sino que también determinó la contratación suscrita por JORGE HUMBERTO CÉSPEDES, con la misma entidad, para la atención de pacientes con VIH sida.

Y, por último, que la procesada, además de injerir en la selección del contratista y la determinación del tipo de contrato y montos, intervino expresamente en los pagos, para convenirlos y aceptar su cancelación, no obstante las evidentes irregularidades insertas en la prestación y consecuente facturación.

Al expediente se allegaron las declaraciones de auditores internos y externos de COOMEVA, así como las declaraciones de personas que trabajaron en la EPS COOMEVA, quienes de forma coincidente y reiterada atribuyen a MELBA LUCÍA FLÓREZ, la directa intervención en la selección de los contratistas y la ejecución de los pagos.

Es más, se advierte que esta, una vez informada de las irregularidades, directamente trató de descalificar los informes de auditoría o manifestaciones verbales que se le

hicieron sobre el particular, sin que, desde luego, se hubiese efectuado algún correctivo.

Irregularidades que, se resalta, no sólo operaron respecto de la contratación con Medicamentos de Occidente –que aquí se trata-, sino en torno de varios contratos realizados, incluso, con empresas de las cuales era socia, en la sombra, aspecto que, si bien, no se trata en este proceso, cuando menos permite adelantar un conocimiento global del poder que tenía la procesada dentro de la Cooperativa.

La Corte advierte que los medios de prueba no fueron controvertidos o desvirtuados en sus efectos, acorde con la valoración adelantada por las instancias, en la demanda de casación.

Por ello, apenas hará una relación sucinta de los medios suasorios y de su contenido pertinente, a efectos de detallar, en contra de lo sugerido por la defensa, que, en efecto, la responsabilidad penal de la acusada se ofrece evidente y que su comportamiento, a más de no reducirse a la carta acuerdo para reemplazos articulares, resultó transversal a toda la contratación y ejecución que llevó a la materialidad del delito de peculado:

-Paola Andrea Calderón declaró que MELBA FLÓREZ era quien tenía a su cargo la selección de contratistas de la EPS COOMEVA. Añadió que la EPS le otorgó un contrato de

prestación de servicios de salud a QRS, IPS en la que operaba como socia la procesada, aunque por interpuesta persona.

-El Contralor de COOMEVA, Fernando Rada Barona, a más de especificar las irregularidades insertas en la carta acuerdo de reemplazos articulares, describió la manera en que la procesada trató de descalificar su trabajo al darle a conocer el informe, que después, con otros, fue el sustento para que se desvincular a FLÓREZ TORO de la entidad, en tanto, favoreció contratos simulados con socios de la COOPERATIVA o con entidades carentes de capacidad económica y logística, irregularidades que se presentaron desde 2001, cuando se vincularon a altos cargos directivos los procesados MELBA FLÓREZ, JORGE HUMBERTO CÉSPEDES y LAUREANO NOVOA.

-Hugo Fernando Parra Álvarez, director de la EPS COOMEVA en Tuluá, describe cómo, pese a tratarse de contratos regionales, los proveedores o contratistas siempre acudían al orden nacional –MELBA LUCÍA FLÓREZ y LAUREANO NOVOA-, para obtener pagos o solucionar controversias. Acota que FLÓREZ TORO siempre estuvo a cargo de la contratación y cancelación de prestaciones con la IPS TU SALUD.

-William Gómez Camelo, Director Nacional de Auditoría Interna de COOMEVA, además de precisar al detalle las muchas irregularidades insertas en la contratación realizada

con Medicamentos de Occidente (carta acuerdo ilegal, falta de habilitación y capacidad, pagos irregulares por prestaciones no ocurridas o carentes de soporte, anticipos inadecuados, etc.), detalla que, igual a lo ocurrido con el Contralor Rada Barona, MELBA LUCÍA FLÓREZ y LAUREANO NOVOA, trataron de descalificar su informe y buscaron que lo modificara.

-Adolfo León Arana Rodríguez, sostiene que, cuando fue encargado de la regional Bogotá de la EPS COOMEVA, conoció de la orden directa entregada por MELBA LUCÍA FLÓREZ, para que se contratara el servicio de auditoría médica con una específica entidad, sin convocar a otras, pues, este era la recomendada de un congresista allegado a JOSÉ LAUREANO NOVOA. De forma verbal comunicó a FLÓREZ TORO, de la existencia de irregularidades en el contrato, sin efecto ninguno.

-Los informes de Auditoría externa presentados por JAHV Mc GREGOR, además de definir las muchas irregularidades de la contratación adelantada por la EPS COOMEVA, advierte que estas se presentaron desde que se creó la Gerencia Corporativa de Salud, a cargo de MELBA FLÓREZ TORO, quien tomaba decisiones sin facultades para ello.

-María Lida Ochoa, Directora Nacional Jurídica y Representante Jurídica de COOMEVA EPS, describe en qué

consistían, acorde con sus cláusulas, los acuerdos suscritos con Medicamentos de Occidente. Respecto de la intervención de MELBA LUCÍA FLÓREZ, sostiene que en el año 2004, era esta quien se encargaba de realizar los acercamientos con los contratistas y aceptaba las contrataciones. Contaba con un equipo conformado por los otros acusados vinculados a la EPS y dirigía la validación de la facturación.

Pero, si lo registrado no fuese suficiente, son los mismos coprocesados HUMBERTO CÉSPEDES y CARLOS PARRA, quienes verifican que, en efecto, toda la contratación era dirigida por MELBA LUCÍA FLÓREZ; incluso, advirtió el primero que LAUREANO NOVOA, de forma verbal, le comunicó de la atribución entregada a esta para tal efecto.

PARRA OROZCO, además, señaló que FLÓREZ TORO determinó la forma en que debían operar los acuerdos suscritos con Medicamentos de Occidente y cómo se pagaban las facturas a este operador.

En términos de la defensa, si es claro que MELBA LUCÍA FLÓREZ y LAUREANO NOVOA, no podían tener ningún tipo de intervención legal en la contratación o la ejecución de la prestación del servicio médico por parte de la EPS COOMEVA, ente autónomo e independiente, con su específica estructura jurídica y representación legal en manos de su Gerente Nacional, nada puede justificar, en términos de alguna eximente de responsabilidad penal, la

injerencia directa que aquellos tuvieron en la celebración de los acuerdos con Medicamentos de Occidente y la forma en que se pagaba la prestación, al extremo de intervenir expresamente en uno de esos acuerdos, supliendo al Gerente de la entidad.

En estas mismas condiciones, evidente y ostensible esa imposibilidad jurídica de intervención, el que los empleados al servicio de la EPS, HUMBERTO CÉSPEDES, CARLOS PARRA y MANUEL HUMBERTO LEÓN, decidieran sin discusión seguir las directrices de NOVOA GUEVARA y FLÓREZ TORO, apenas advierte de su connivencia delictiva.

Y, por último, vista la patente ilegalidad de los acuerdos, la falta de habilitación legal y la carencia de capacidad logística de su empresa, para no hablar de la simple intermediación inserta en lo pactado y la ausencia de justificación de muchos de los pagos, es evidente que los socios de Medicamentos de Occidente –quienes de una u otra manera participaron materialmente en la firma y ejecución de lo acordado- actuaron con pleno conocimiento y voluntad, en calidad de terceros favorecidos con la indebida apropiación de los dineros públicos.

Por ello, en consonancia con los cargos presentados por los distintos defensores en las varias demandas, la Corte verifica, en seguimiento parcial de lo definido por las instancias ordinarias, que deben responder por el delito de

peculado por apropiación en favor de terceros, acorde con el tipo de responsabilidad penal que antes dedujo la Sala.

### **EL MONTO DE LOS PERJUICIOS**

Como se anotó antes, se constituyó en lugar común de varios de los demandantes, el tópico referido a los supuestos yerros que comporta el estudio contable realizado por el perito al servicio de la Fiscalía, en reiteración de lo que también se alegó ante el juez de primer grado.

Previo a examinar la crítica puntual a la experticia, la Corte debe precisar el carácter autónomo, en términos probatorios, que se asigna a la definición de la tipicidad del delito, en contrastación con el monto de los daños.

Esto, para significar que no es posible controvertir la materialidad del punible de peculado a partir de las omisiones o yerros que pueda contener un medio de prueba individual, para el caso, el informe contable, pues, con ello se desconoce que a la definición de la existencia del delito y el tope que permite la concreta adscripción típica, se llega por virtud de amplio y convergente acervo probatorio, no controvertido en las varias demandas de casación.

La Sala no duda de que, en efecto, por ocasión de las muchas irregularidades insertas en la forma de acuerdo, la calidad del contratista y la ejecución de lo acordado, se

distrajeron los dineros que en calidad de ingresos parafiscales ingresaron como pagos entregados por los afiliados a COOMEVA EPS, en cantidades ingentes que necesariamente engrosaron el patrimonio de los socios de Medicamentos de Occidente.

Ello, en primer lugar, derivó de la ilegal e innecesaria intermediación que para el efecto realizó el contratista, pues, sin contar con medios económicos, logísticos y humanos necesarios para unas prestaciones que, acorde con el contenido mismo de los acuerdos, implicaban atención integral de pacientes de VIH sida –no solo el suministro de medicamentos- y la realización de cirugías de implantes de cadera y rodilla- no apenas, como se trató de hacer ver, la entrega de las prótesis-, recibió ingentes sumas de dinero y obtuvo cuantiosas ganancias.

Así, apenas como resumen de lo allegado, pues, tal cual se anotó, al respecto no se planteó una crítica concreta, distinta de la propia del informe contable, se cuenta, además de otros tantos informes que registran las irregularidades en facturación, cobros por prestaciones inexistentes, pagos dobles y sobrecostos -00888, del 21 de enero de 2008, 602417, del 24 de marzo de 2011, 592331, del 24 de junio de 2011, 641283, del 11 de noviembre de 2011-, con las declaraciones de quienes, al interior de las labores propias de la EPS o por virtud de auditorías realizadas a los contratos y su ejecución, detallan las muchas irregularidades.

En los fallos de instancia, se detallaron, entre otros testimonios, los siguientes:

-José Julián Bonilla, quien reveló cómo, a partir de desnaturalizar la esencia del contrato para la atención integral de VIH sida, que obligaba de la efectiva atención de los pacientes, se pagaron sumas totales por cada afiliado con esta dolencia, sin verificar si recibió alguna atención ni presentarse facturas de ello. Algo similar sucedió con las cirugías de implantes de cadera y rodilla, en tanto, las facturas llegaban por un valor global, sin que nadie las firmara.

-Aura Nelly Vinueza, a más de confirmar el tipo de contrato que correspondía a la atención por VIH sida, advirtió de los sobrecostos que se pactaron por cada paciente y del desbalance que surge de que sean los distribuidores de los medicamentos y no los precios del mercado o la EPS, quienes fijaran el precio base sobre el cual se pagaba la comisión por su intervención.

-Diego Felipe Sandoval significó la irregularidad consistente en que, incluso dos meses después de dejar de pagar su cuota un afiliado –razón legal para no suministrar el servicio, ni pagar al proveedor-, se ordenó que siguiera prestándose la atención y, consecuentemente, entregándose los pagos al contratista.

-Fernando Rada Barona, además de precisar que el contrato de VIH sida, lo era por evento y no por capitación, detalla cómo se pagaron los dineros al contratista, pese a que esta reportaba población inexistente, muerta o atenciones no prestadas.

Junto con ello, señaló que, independientemente de la efectiva prestación de las cirugías de implantes articulares, es lo cierto que el acuerdo no respeta la ley, porque se trata de una prohibida intermediación del contratista.

-En mayor extensión, William González Camelo describió los hallazgos de su auditoría, que se resumen, respecto del contrato de VIH sida, en el cobro por pacientes fallecidos, desafiliados, repetidos, no atendidos o cuya atención correspondió a otra entidad. Reporta ejemplos concretos de personas sin nombre o con cédulas diferentes, junto con sobrecostos –relata la manera en que poco a poco el prestador fue reduciendo el costo de la atención por cada paciente-.

Además, el auditor refirió la ostensible ilegalidad de la carta acuerdo a partir de la cual se prestó el servicio de reemplazos articulares, que de igual manera reportó la falta de habilitación del contratante, Medicamentos de Occidente, y su intervención como intermediario, pese a estar prohibido.

Junto con ello, advirtió de sobre costos en las cirugías de cadera y rodilla, pues, por paciente se cobraba, porcentualmente, el doble de lo que se facturaba por similares servicios en otros prestadores reconocidos, a saber, el Centro de Ortopedia y Fracturas, y la Clínica Imbanaco.

Destaca, acerca de este tema, que en razón a la costumbre de la EPS de contratar directamente con las Clínicas en mención las cirugías articulares, dado que Medicamentos de Occidente subcontractaba con ellas el servicio del cual apenas fungía como intermediaria, sucedía que se le facturaba directamente el servicio a COOMEVA EPS, con lo cual, finalmente, pagaba dos veces por la misma prestación.

Así mismo, verificó que las facturas no eran revisadas por un especialista médico, único que puede establecer su adecuación para glosarlas; que el trámite de las mismas no seguía el curso regular; que no existía base de datos de pacientes atendidos por VIH sida; que indistintamente se facturaba por paquete y por evento; que sin justificación se levantaron las glosas de 90 pacientes que se dijo no facturados en 2004, pese a que sí lo habían sido, lo que generó un doble pago por todos ellos; y, que se hizo un anticipo por la suma de \$624.750.000, respecto de 724 pacientes que requerían retrovirales, como si se tratase de un contrato por capitación y pese a que aún no empezaba la vigencia de lo pactado.

-Las anotadas irregularidades fueron corroboradas en la auditoría externa adelantada por JAHV Mc GREGOR, cuyo director aseveró que, en efecto, la llamada carta acuerdo es ilegal; que Medicamentos de Occidente operó como prohibido intermediario, a más que carecía de habilitación legal y capacidad para prestar los servicios contratados; que no existe comprobación de que las personas reportadas efectivamente fueran atendidas; y, que se verifican marcados sobrecostos en las prótesis.

-María Lida Ochoa Martínez y Alfredo Arana Velasco ratifican este tipo de irregularidades –facturas que ni siquiera contaban con la firma del paciente o su representante, sobrecostos, tasas de interés superiores a las del mercado, pagos por atenciones no prestadas-.

La suma probatoria en cita, concordante, convergente y suficiente en sus efectos, demuestra que efectivamente se dilapidaron o entregaron sin soporte, a través de variados mecanismos, cuantiosos recursos, que suman miles de millones de pesos, si solo se tuviese en cuenta el costo de la ilegal intermediación.

La tipicidad, entonces, del delito de peculado por apropiación en favor de terceros, no puede ser objeto de cuestionamiento, pues, aun si se encontrasen errores de fondo en el informe contable, ello no desvirtúa la

contundencia del amplio plexo probatorio referenciado en precedencia –ni tampoco se intentó de manera seria en las demandas presentadas por los defensores de los acusados- y apenas tiene como efecto controvertir el monto de los perjuicios finalmente dispuestos por los falladores.

Hecha la precisión, debe ahora examinarse el monto de los perjuicios y la forma como este fue despejado, como quiera que respecto de este tópico no ha existido uniformidad a lo largo del trámite procesal, fruto, no solo de la complejidad del tema, sino del contenido apenas parcial de los informes que al respecto se presentaron.

Ello, precisamente, fue objeto de directo pronunciamiento de parte del A quo, quien partió por referenciar el contenido concreto del informe cuestionado - 41313-827291, del 21 de noviembre de 2013-, para destacar que, si bien, allí se advierte que el monto de lo apropiado es mayor, cuando menos fue establecido que las ganancias por la indebida intermediación de Medicamentos de Occidente, ascendieron a la suma de \$3.411.367.363,84.

Así mismo, prosigue el A quo, en el acto a través del cual la Fiscalía modificó la acusación, expresamente consignó que, si bien, fue mayor el monto de lo apropiado, este debe fijarse en la suma determinada como ganancia de Medicamentos de Occidente, esto es, \$3.411'367.363,84.

El A quo, al respecto, advierte que la Fiscalía pidió en el alegato de cierre, que se condenara por suma superior a los veinticuatro mil millones de pesos, pero ello no puede atenderse, razón por la cual se limitará “a lo precisado en la resolución de acusación, más específicamente la variación de la calificación jurídica”.

Sin embargo, más adelante agrega sin ninguna explicación al respecto, que a ese monto debe acrecer la suma de \$905.779.436, que corresponde “a lo facturado a Coomeva EPS por el costo de prótesis y costo médico quirúrgico en lo que corresponde a la carta acuerdo de reemplazos articulares, lo que nos arroja como gran total, la suma de **\$4.317'146.799.84.**”.

El fallo de primer grado explica, a renglón seguido, que no es posible atender la petición de la Fiscalía porque ello significaría asumir, en contra de toda lógica, que de todo el dinero recibido por los acuerdos, no se destinó alguna suma a la prestación del servicio de salud.

Se entiende de lo argumentado en el fallo, que el agregado de \$905.779.436, corresponde a un presunto sobrecosto derivado de la Carta Acuerdo de suministro de prótesis, acorde con lo que también consigna el informe contable.

El fallador de segundo grado, ante el cual se alegó la impropiedad de lo que se determinó como total de perjuicios, prohió la tesis del A quo, hasta ratificar que ese monto deriva de las ganancias percibidas por Medicamentos de Occidente por razón del contrato de atención integral a pacientes con VIH sida, y del “mayor valor” cobrado por las prótesis, respecto de la carta acuerdo de intervenciones quirúrgicas para reemplazos articulares, “principalmente porque para prestar dichos servicios no hubo contrato, solo una Carta Acuerdo, sin validez alguna, luego Medicamentos de Occidente no tenía derecho a recibir ningún beneficio producto de esa irregular negociación”.

En el apartado destinado a examinar el pago de los perjuicios, de cara a lo ordenado por la primera instancia, el Tribunal sostiene que ello se corresponde con la realidad y la determinación consignada en el informe contable, pues, se trata de las ganancias obtenidas en el contrato de atención por VIH sida “y el costo de prótesis y médico quirúrgico que se pagó sin (sic) siquiera existiera contrato, dado que atañe a la “Carta Acuerdo”, ante lo cual no tenían derecho a recibir ningún dinero, por tanto, les corresponde devolverlos al SGSSS”.

Las críticas que sobre el tema específico de la fijación de los perjuicios –con efectos directo en el monto de la multa– detallaron varios de los demandantes, estriban en varios aspectos fundamentales; (i) la supuesta falta de idoneidad del

perito contable, dado que no contaba con conocimientos médicos; (ii) la inexistencia de análisis comparativos sobre costos, con otros proveedores, en los cuales, además, se precisara la influencia de la fluctuación del dólar; (iii) la falta de consideración de aspectos importantes –gastos de funcionamiento, pagos de empleados, impuestos-, cuando se determinó el monto de las ganancias, las que, así mismo, reflejan una contradicción al interior del peritaje; y (iv) la inconsonancia entre lo determinado como daño por la Fiscalía y el monto fijado por los juzgadores, que incluyó un ítem relativo a lo pagado por los reemplazos articulares.

Para responder a estos aspectos puntuales, la Corte debe comenzar por el último de los ítems citados en el párrafo precedente, pues, efectivamente asiste la razón a los defensores cuando critican el agregado que efectuaron las instancias ordinarias al monto que como perjuicios determinó la Fiscalía.

En este sentido, es preciso detallar, tal cual partieron por hacerlo los falladores, que siempre fue imprecisa la delimitación concreta del monto de lo indebidamente apropiado en favor de terceros, como quiera que, si bien, fue posible determinar muchas irregularidades en la ejecución de los contratos, que en sí mismas representan segmentos del perjuicio, no se obtuvo prueba suficiente que permitiera identificar todos los vicios, ni sumar su costo efectivo.

Desde luego, debe advertir la Sala que la definición de un elemento interesante al proceso, cual sucede con el detrimento patrimonial propio del delito de peculado por apropiación, no obliga de específico medio suasorio, dígase la prueba pericial, en tanto, es factible que por vía testimonial o documental se obtenga el conocimiento requerido.

De esta manera, por ejemplo, si lo que se demuestra es que la totalidad de lo pagado deriva ilegal porque nunca se prestó ningún servicio, la determinación del daño no obliga de un conocimiento especializado, sino, apenas, de la simple verificación de cuánto fue el dinero entregado, en el entendido, no sobra aclarar, que por medios adecuados se verificó la inexistencia de la prestación.

Y, en esta misma senda, si se detalla que hubo pagos que no contaban con respaldo u otros que exceden el monto de lo pactado para cada caso, es factible, a través de la inspección documental, llegar a la conclusión de cuánto fue lo indebidamente entregado, pues, ello no demanda de conocimientos contables especializados.

Para el caso que se examina, fueron muchos los exámenes de auditoría e inspecciones adelantadas por el CTI, respaldados en documentos concretos, que se aportaron al expediente para definir algunos pagos indebidos, excesivos o carentes de soporte.

Sin embargo, la Fiscalía nunca adelantó una verdadera labor probatoria encaminada a aglutinar esa verdad atomizada, actuación compleja, pero posible, limitándose a afirmar, desde la acusación, que el monto, si bien, no estaba determinado en su totalidad, era determinable.

Además, contando con la posibilidad de elaborar un estudio detallado, preciso y suficiente de los perjuicios, incluso con la solicitud o aporte de nuevos medios suasorios, decidió acudir, mejor, a uno de los informes presentados por el experto a su servicio y allí radicó, de manera parcial, el total de su pretensión de condena por los daños causados.

Cuando la Fiscalía decidió modificar, una vez practicadas las pruebas del juicio, el contenido de la acusación, presentó un escrito en el que, además de mutar la condición de intervinientes de tres de los acusados, hacia la de coautores, de forma expresa señaló que el monto de los perjuicios quedaba establecido en la suma de \$3.411'367.363,84, que corresponde exclusivamente a las ganancias obtenidas por Medicamentos de Occidente.

Entiende la Corte que esta manifestación concreta de la Fiscalía, no podía ser superada por las instancias, en esa especie de decisión *ultra petita* en que las sentencias definieron la responsabilidad civil, pues, de un lado, se sorprendió a las partes con un agregado monetario del cual no pudieron estas defenderse o controvertir –recuérdese que

la modificación de la calificación, en sede de la Ley 600 de 2000, busca proteger los principios de consonancia y congruencia, pero además, implica el respeto por los derechos de defensa y contradicción, al punto que, faculta de las partes pedir un nuevo espacio probatorio referido a la modificación-.

Asume la Sala, eso sí, que la modificación inserta en el artículo 404 de la Ley 600 de 2000, refiere, en principio, a que se presenten cargos más gravosos para el procesado, a partir de una nueva definición típica que lo afecte.

En el caso concreto, existe una indisoluble relación entre la modificación y el monto de los perjuicios establecido en ese acto por el ente instructor, como quiera que, a partir de ese hecho específico delimitó el delito de peculado por apropiación dentro del inciso segundo del artículo 397 del C.P.

Empero, sin mayores explicaciones y pese a advertir que se respetaría la definición que del monto de lo apropiado hizo la Fiscalía, los juzgadores de ambas instancias desbordaron ese marco fáctico concreto –inescindible, cabe destacar, en la conducta punible de peculado por apropiación-, para agregar la suma de \$905.779.436, de lo cual concluyeron que el perjuicio ascendía a **\$4.317'146.799.84."**

Evidente la incongruencia con el monto que fijó la Fiscalía, cuando menos era de esperar que el A quo detallara la razón para realizar el incremento descrito.

Sin embargo, nada dijo al respecto y apenas señaló, en un apartado entre paréntesis, el cuaderno y folio que presuntamente consigna ese valor, aunque pareció dar a entender que ello corresponde a un supuesto sobrecosto en los precios de las prótesis.

El ostensible desvío del A quo, completamente inmotivado, se resalta, tampoco fue cubierto de mejor manera por el Tribunal, pues, a más de hacer relación al informe contable y advertir que allí se fija la suma en cuestión, presenta una justificación contradictoria, en tanto, sin mencionar cómo el experto dedujo esa cifra o a qué específicos elementos remite, significa que se trata del valor correspondiente al sobrecosto en prótesis de cadera y rodilla, pero, a la vez, que refiere el total de lo fijado como pago en la ilegal Carta Acuerdo “ante lo cual no tenían derecho a recibir ningún dinero”.

La absoluta imprecisión del Ad quem, que ni siquiera específica a qué corresponde ese agregado, cómo se dedujo o por qué debe tomarse en cuenta, obliga su eliminación, si no fuese suficiente el factor procesal referido antes.

Incluso, el Tribunal soslayó responder a un cuestionamiento expreso que sobre este específico tópico presentó uno de los defensores en el escrito de apelación del fallo de primer grado, que hace suyo la Corte.

En efecto, el fallador A quo incurrió en profunda contradicción cuando, para negar la pretensión de la Fiscalía, consignada en el alegato de cierre del juicio, que pedía condenar en perjuicios por suma superior a los veinticuatro mil millones de pesos, recalcó la impropiedad de la petición, pues, referida al total de lo pagado en ambos acuerdos, desconoce que necesariamente algunas prestaciones médicas sí se ejecutaron y, por ello, deben descontarse del detrimento o apropiación indebida.

Entonces, alegó la defensa, con esta misma tesis no es posible que el monto del daño, en lo que toca con el acuerdo para las cirugías de prótesis de cadera y rodilla, se registre por la totalidad de lo contratado, pues, está claro que en la generalidad de los casos el servicio médico fue adelantado.

El ad quem, se repite, sin responder al cuestionamiento en cita, ni mucho menos, precisar a qué corresponde ese monto, se limitó a afirmar que dicha cifra fue consignada por el investigador en su informe, el cual, ningún examen crítico le mereció.

Por lo demás, si se dijera que el valor cuestionado solo corresponde a un supuesto sobrecosto en el valor de la atención o respecto del precio fijado para las prótesis, es lo cierto que las instancias omitieron cualquier tipo de análisis sobre el particular, así fuese para establecer el contenido específico de lo referido por el experto y su alcance, en absoluta falta de motivación que, también, reclama desechar el incremento estudiado, en tanto, jamás se justificó por que debe superarse el valor fijado de antemano por el ente acusador.

Dígase sobre este tópico, por último, que también asiste razón a los demandantes cuando cuestionan los montos que, en calidad de sobrecostos por el valor de las prótesis, fijó de manera concreta el investigador, en tanto, lo suyo no correspondió a un verdadero peritaje, sino que se limitó a confrontar el valor que por la atención integral de cada paciente cobraban las IPS reconocidas –Clínica Imbanaco Y Centro de Fracturas y Ortopedia-, frente asimilar costo establecido por Medicamentos de Occidente, para de allí derivar la diferencia meramente matemática.

No duda la Sala, vista esa diferencia sustancial –casi el doble del precio, en porcentaje-, que en razón a las muchas irregularidades delictivas insertas en la selección de los contratistas y la ejecución de los acuerdos examinados, efectivamente se presentaron sobrecostos.

Pero, como se trataba de demostrar, con criterios de certeza, cuál específicamente fue el monto de la ilegal apropiación, al investigador no le bastaba con la diferencia matemática en cita, si antes no había conseguido los insumos esenciales, esto es, la definición de las circunstancias precisas que gobernaron la atención quirúrgica –como prestación integral consignada en la Carta Acuerdo- y, en particular, el tipo de prótesis entregada y su valor.

Si la defensa advirtió siempre, como hipótesis que respalda su teoría del caso, que las prótesis adquiridas por Medicamentos de Occidente eran de mejor calidad –incluso se dijo que fueron importadas- y ello justifica los mayores costos, cuando menos, al investigador y la Fiscalía les cabía verificar qué elementos fueron los utilizados y cuál era la diferencia de precio con los entregados por los prestadores reconocidos en la zona.

En suma, por razones procesales y probatorias, la Corte debe eliminar del monto de perjuicios dispuesto por las instancias –con incidencia también en la pena de multa-, la suma de \$905.779.436.

Sigue vigente, así, como monto del perjuicio, el que fuera fijado por la Fiscalía en la modificación de la acusación, esto es, \$3.411'367.363, 84, que corresponden a las ganancias o

beneficio económico que obtuvo Medicamentos de Occidente por su labor de mero intermediario.

Sobre el particular, entiende la Corte que, en estricto sentido, la fijación de este monto no representa un verdadero peritaje, ni deriva de cualesquiera evaluaciones técnicas al alcance solo de versados en la profesión contable.

Con la sola verificación documental de lo consignado por la empresa contratista como dinero percibido por el contrato de VIH sida, a lo cual se restó el costo generado por el pago de los servicios prestados, se determinó el beneficio concreto de la intermediación, hasta considerar que ese monto debe asimilarse, por sí mismo y sin necesaria remisión a las irregularidades en atenciones, sobrecostos y pagos, como parte de la indebida apropiación, pues, se estima que corresponde al exceso de lo que debería haberse pagado si la contratación hubiese operado con el directo prestador de los servicios.

Esa consideración, que corresponde a un criterio jurídico y no contable, resalta la Sala, no puede pedirse - como intenta uno de los defensores para demeritar el trabajo del investigador- que haga parte de las conclusiones del informe o de cualesquiera conocimientos profesionales ajenos al derecho.

Por ello, no encuentra la Sala ningún vacío o irregularidad en lo expuesto por el investigador, a pregunta de la defensa, respecto a que la conclusión en torno de las ganancias reportadas en los contratos y su asunción como monto del perjuicio, correspondió al Fiscal del caso y no a él, así incurriera en el error de relacionar esa opinión en su informe.

En este caso, al investigador apenas le correspondía reportar un hecho objetivo –cuál fue la ganancia que obtuvo Medicamentos de Occidente en la ejecución de los acuerdos, producto de restar a los ingresos, los costos-, sin ninguna consideración a su contenido delictuoso o los efectos respecto del daño causado, dado que estos aspectos penales solo surgen a partir de consideraciones jurídicas, necesariamente enlazadas con la conducta y sus efectos.

Para el caso concreto, lo argumentó el Fiscal y ello fue prohiado por los falladores de instancia ordinaria, si de Medicamentos de Occidente se pregona haber pactado una intermediación prohibida por la ley, las ganancias de ello se deben reputar apropiación ilícita, por la elemental consideración que, de haberse prestado la atención en salud por el operador directo, el valor de la misma decrecería, precisamente, en esa cifra.

El criterio lógico jurídico que subyace a la conclusión se ofrece irrefutable, razón por la cual, la sola determinación, no

controvertida, de que, en efecto, la diferencia entre lo recibido como pago y lo entregado al directo prestador del servicio, representa el objetivo detrimento patrimonial, sumado como ganancia para Medicamentos de Occidente, no puede controvertirse a partir de simples especulaciones, como las que registran los defensores en sus alegaciones, soportadas en supuestos gastos de funcionamiento u operativos, pagos de servicios públicos o impuestos.

Como se dijo, el investigador solo detalló un hecho registrado documentalmente y en sí mismo neutro –el monto de las ganancias-, al cual se le ha dado, acorde con lo ocurrido, un efecto jurídico específico, que de ninguna manera puede controvertirse a partir de las críticas planteadas respecto de un dictamen pericial que en estricto sentido no lo es.

Por ello, si los recurrentes buscan desvirtuar el criterio que gobierna la tesis de apropiación, no asoma pertinente significar que las ganancias deben asumirse reducidas por cualesquiera factores externos –menos, si los mismos se ofrecen dentro de un concepto eminentemente abstracto que jamás detalla por qué se reputan existentes, cuál es su monto, por qué no se deben entender incluidos dentro de los costos reportados por la empresa y cómo afectan dichos beneficios económicos- que no inciden en la esencia misma del concepto.

Respecto de este tópico, en decisión que guarda identidad fáctica con el que aquí se estudia, ya la Corte tuvo oportunidad de sentar su criterio, de la siguiente manera (radicado 53479, del 17 de julio de 2019):

*El fallador A quo sostuvo que, de la diferencia de setenta y nueve millones de pesos, entre el precio comercial y el efectivamente pagado por el municipio, cabía restar las sumas explicadas por el acusado como destinadas a gastos propios del contrato, de lo cual concluyó que, finalmente, lo ilegalmente apropiado asciende a \$49.644.355.*

*La Corte no comparte esta apreciación, pues, pasa por alto que todo el trámite contractual resulta espurio y, por ello, los gastos generados en curso del mismo comparten igual efecto.*

*En este sentido, si se observa incontrastable que las Cooperativas no podían suministrar el tipo de maquinaria adquirido, sigue vigente la posibilidad de que directamente la distribuidora vendiera a precios del mercado el bien, cuyos costos se deben evaluar en abstracto, dado que no se conoce cuáles serían las condiciones particulares en que se desarrollaría el contrato.*

Ahora bien, en otro apartado discursivo, el defensor de MELBA LUCÍA FLÓREZ sostiene que el investigador ofreció dos cifras diferentes en torno de lo que se reporta como ganancias derivadas de los acuerdos examinados en esta decisión, a más que, resalta, para su conclusión tomó fechas anteriores a la de la vigencia de los mismos.

Respecto de lo primero, la Corte destaca que ello fue objeto de similar debate, planteado en la apelación del fallo

de primer grado, y el Tribunal le entregó adecuada respuesta, que ahora ignora el recurrente.

En el folio 213 del fallo de segundo grado, se explica la diferencia de conceptos, así:

*De la revisión del informe contable FGN.DNCTI.DISIN.GC No. 41313 – 827291 de 21 de noviembre de 2013, se advierte que no hay ninguna contradicción, dado que cada uno de los valores corresponde a conceptos diferentes, dado que el perito contador hace referencia a ingresos y costos respecto al contrato de atención a pacientes VIH SIDA, haciendo una diferencia entre estos dos rubros (ingresos -costos), para un total de \$3.411.367.363.84 a favor de Medicamentos de Occidente, que se repite es la utilidad o ganancia obtenida ilegalmente en virtud de esta contratación.*

*Y el valor de \$2.176.159.000.00, de acuerdo a lo resaltado por el señor perito corresponde a las utilidades generadas por la Sociedad Medicamentos de Occidente durante todo el periodo que estuvieron vigentes los contratos con Coomeva EPS, que son reflejados en los estados de resultados finales de la empresa, que varían dependiendo de ciertos factores contables de la empresa.*

Algo similar ocurre con la manifestación referida al presunto desfase temporal en que pudo incurrir el investigador, que solo surge consecuencia del examen sesgado realizado por el recurrente, en tanto, el funcionario claramente explicó que esa diferencia entre ingresos y costos, la radicó específicamente en lo que corresponde al contrato de servicios integrales para pacientes que padecen VIH sida, en el periodo que se registra partir de su vigencia, esto es, desde el año 2003.

De esta forma, sin lugar a confusión, se consigna en el informe presentado por el investigador<sup>7</sup>:

*Teniendo en cuenta lo anterior los ingresos originados y contabilizados de los contratos de prestación de servicios de salud, para el manejo integral de afiliados con diagnóstico VIH SIDA, con suministro de medicamentos a partir del 1 de diciembre del año 2003 fueron de \$23.557.935.465.00 y los costos originados de estos contratos y los cuales se reflejan en su mayoría por órdenes de prestación de servicios con Nit 805.000.427 de COOMEVA EPS S.A. por valor de \$20.146.5665.101.16, da como resultado una diferencia entre los ingresos y los costos de \$ 3.411.367.363.84.*

De conformidad con lo anotado, no encuentra la Sala ningún yerro trascendente en la información presentada por el investigador judicial, respecto de la diferencia entre gastos y costos, ni en la decisión judicial de estimar estos, en el caso de la intermediación contractual, como perjuicios objetivos, razón por la cual se mantendrá la suma de \$ 3.411'387.363, 84, como el valor que a título de perjuicios deben pagar los acusados. En igual cifra se determina el valor de la multa.

Comoquiera que ya se ha dado respuesta al contenido integral de las demandas, la Sala estima necesario recordar que a consecuencia de lo examinado, la sentencia se casará parcialmente para: (i) revocar la condena por los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales e interés indebido en la celebración de contratos, a favor de todos los

---

<sup>7</sup> Con numeración 41313-827291, del 21 de noviembre de 2015, inserto en el cuaderno 25

acusados y por virtud de demostrarse atípica la conducta; (ii) modificar la calidad en que responden los socios de Medicamentos de Occidente, EDGAR ANTONIO RICARDO GARCÍA, MARINA CONCEPCIÓN CARBONELL JIMENO y JAIRO ALONSO ESTARITA MONROY, para definirlos intervinientes del delito de peculado por apropiación en favor de terceros; (iii) reducir el valor de los perjuicios –con directa incidencia en la pena de multa-, a la suma de \$ 3,411.367.363,84.

Ello, se acota, obliga a redosificar la pena impuesta a los procesados, con consecuente examen del cumplimiento de los presupuestos que gobiernan los subrogados de la suspensión de la ejecución de la pena y prisión domiciliaria.

### **DOSIFICACIÓN DE PENA Y SUBROGADOS PENALES**

Debe relevarse que en la dosificación punitiva realizada por el A quo, este fijó las mismas condiciones para todos los acusados, ya como coautores, ora en calidad de determinadores, sin realizar ningún tipo de distinción.

A su vez, determinado por la primera instancia, que lo ejecutado correspondía a un concurso de dos delitos contractuales y el peculado por apropiación, luego de dosificar cada sanción, tomó como base de fijación punitiva la pena establecida para el último de los ilícitos citados.

En este caso, se añade, el sentenciador hubo de ubicarse en el primer cuarto de dosificación, dado que no se reportaron causales de mayor punibilidad y sí se entendió favorecer a los acusados la ausencia de antecedentes penales.

Sin embargo, el fallador no impuso el mínimo imponible para el delito, 72 meses de prisión, sino que incrementó a este 10 meses más, hasta derivar en 82 meses de prisión, por considerar que el delito reviste especial gravedad, entre otras razones, porque se conjugaron las voluntades de altos directivos, quienes, aprovechando sus cargos, construyeron un entramado para defraudar al Sistema General de Seguridad Social en Salud, con clara afectación de la población vulnerable que enfrentaba enfermedades catastróficas o de alto costo, hasta poner en riesgo su vida.

El defensor de los socios de Medicamentos de Occidente, con clara incidencia respecto de todos los acusados, sostuvo en uno de los cargos de su demanda, que la determinación de la pena desbordó los alcances del artículo 61 del C.P. y deriva, por ello ilegal, dado que tuvo en cuenta un factor extraño, el concurso de delitos, y se basó en la gravedad connatural a este tipo de conductas punibles. Agregó, que no se tuvo en consideración la carencia de antecedentes penales de los acusados.

Sin embargo, no asiste la razón al recurrente, pues, en primer lugar, dado que se trata de una circunstancia de menor punibilidad que habilita la ubicación en uno de los cuartos de dosificación, de forma expresa el juzgador de primer grado referenció la inexistencia de antecedentes penales y en razón a ello, conjugado con la ausencia de circunstancias de mayor punibilidad, se instaló en el primero de ellos.

De igual forma, aunque el fallador A quo se refirió a tres delitos cuando procedió a dosificar la sanción respecto del punible de peculado, ello ocurrió para contextualizar la conjunción de voluntades de los acusados, pero, finalmente, advirtió que el más trascendente es el escogido como base, dada la evidente afectación de bienes públicos.

No obedece a la realidad sostener que el sentenciador tomó los mismos ingredientes del delito para sumarle gravedad a la conducta, pues, lo que informa la dosificación es la remisión a factores que se apartan de la naturaleza abstracta del punible –apropiación ilícita de dineros públicos- para destacar cómo, en este caso, ello ocurrió por altos directivos de una entidad encargada de prestar un servicio vital, el de salud, con conjunción de voluntades y ostensible afectación de personas que atraviesan enfermedades catastróficas o de alto riesgo.

Dichos factores, por lo demás objetivos, se estiman adecuados y suficientes para generar el incremento de 10 meses dispuesto por el fallador, motivo por el cual se ha de dejar incólume.

Establecido en **82 meses de prisión** el monto de pena a descontar, el mismo se aplicará a JOSÉ LAUREANO NOVOA GUEVARA, MELBA LUCÍA FLÓREZ TORO –estos, en calidad de determinadores, que reciben el mismo tratamiento punitivo atribuido a los autores, de conformidad con el inciso segundo del art. 30 del C.P.-, JORGE HUMBERTO CÉSPEDES IBARRA, MANUEL HUMBERTO LEÓN AVELLANEDA y CARLOS ARTURO PARRA OROZCO. En igual término se fija la sanción accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

Ello, cabe relevar, porque se emite absolución respecto de los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales e interés indebido en la celebración de contratos, en torno de los cuales el A quo incrementó, para cada uno, 4 meses, hasta definir una pena total de 90 meses de prisión.

La multa se reduce, como también se dijo antes, a la suma de \$3.411'367.363,84, en cuanto, equivale al valor de lo apropiado –art. 397, C.P.-, fijado en este monto por la Fiscalía.

Ahora bien, como la Sala atemperó la forma de intervención penal de MARINA CONCEPCIÓN CARBONELL JIIMENO, EDGAR ANTONIO RICARDO GARCÍA y JAIRO ALONSO ESTARITA MONROY, a la condición de intervinientes en el delito de peculado por apropiación en favor de terceros, se obliga realizar la correspondiente dosificación punitiva que consulte esa variación.

El monto básico de sanción establecido por el inciso segundo del artículo 397 del C.P., entonces, oscila entre 6 años y 22.5 años de prisión.

Este debe reducirse, acorde con lo dispuesto por el inciso cuarto del artículo 30 del C.P., en proporción de una cuarta parte.

En consideración a lo fijado por el ordinal 1° del artículo 60 del C.P., el porcentaje de atemperación se aplica por igual al mínimo y al máximo, de lo cual se sigue que el nuevo parámetro de dosificación se mueve entre 4 años y 6 meses, y 16 años y 11 meses de prisión. De allí se genera un ámbito de movilidad punitiva de 149 meses, que dividido en cuatro cuartos, genera para cada uno un monto de 37 meses y 7 días.

El primer cuarto, en el cual debe ubicarse la Corte dado que no existen circunstancias de mayor punibilidad y sí se advierte la de menor punibilidad de carencia de antecedentes

penales, va desde 54 meses, hasta 91 meses y 7 días de prisión.

En respeto de las razones que gobernaron el incremento dispuesto por la primera instancia, ya examinadas, la Sala realiza una simple operación aritmética para advertir que, si por un mínimo de 72 meses, se realizó un incremento de 10 meses, que equivale al 13.8 %, este porcentaje, radicado en 54 meses, corresponde a 7 meses y 13 días, hasta derivar en pena última, de **61 meses y 13 días de prisión**. Este mismo lapso opera para la inhabilitación en derechos y funciones públicas.

De igual manera, como la multa para el autor o determinador equivale al valor de lo apropiado, ello debe reducirse en una cuarta parte, de lo cual se sigue que la sanción pecuniaria asciende a \$2.558.525.522,88.

Fijadas las sanciones, es necesario significar que el monto de las mismas, en lo que corresponde a los coprocesados JOSÉ LAUREANO NOVOA GUEVARA, MELBA LUCÍA FLÓREZ TORO, JORGE HUMBERTO CÉSPEDES IBARRA, MANUEL HUMBERTO LEÓN AVELLANEDA y CARLOS ARTURO PARRA OROZCO, no representa ningún cambio significativo respecto de las razones objetivas que impelieron al A quo a negarles los subrogados de la suspensión de la ejecución de la pena y prisión domiciliaria.

Sigue vigente, así, la necesidad de que cumplan en prisión efectiva la pena impuesta.

Algo similar ocurre con MARINA CONCEPCIÓN CARBONELL JIMENO, JAIRO ALONSO ESTARITA MONROY y EDGAR ANTONIO RICARDO GARCÍA, en lo que toca con el sustituto de la suspensión de la ejecución de la pena establecido en el artículo 63 del C.P., dado que, para cuando ocurrieron los hechos, esta norma obligaba el cumplimiento de un requisito objetivo, referido a que la pena ordenada no fuese superior a 3 años, monto superado aquí.

Y, si bien, la modificación introducida con la Ley 1709 de 2004, estableció dicho tope en 4 años, estos tampoco se cubren con la sanción ordenada por la Sala.

En lo que toca con la prisión domiciliaria, es necesario señalar que la normatividad vigente, artículo 38 del C.P., modificado por la Ley 1709 de 2014, no resulta benéfica para los procesados en mención, pues, aunque incrementó a 8 años el monto de pena mínima imponible, establece la prohibición de otorgarlo a delitos cometidos contra la administración pública.

En contrario, el original artículo 38 sí favorece a los acusados, socios de Medicamentos de Occidente, como quiera que no fija limitaciones por el tipo de delito cometido

y delimita el requisito objetivo en 5 años –de la pena imponible, no de la fijada por el juez-.

En el caso concreto, ese requisito objetivo se entiende cumplido, dado que en atención a la condición en la cual se condena a los tres procesados en cita, intervinientes, el monto de la pena mínima imponible se reduce a 54 meses de prisión.

Debe examinarse, sin embargo, el elemento subjetivo que integra la norma original, consignado en su numeral segundo, en cuanto, demanda determinar *“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”*.

Se pide, así, que el funcionario judicial adelante un examen prospectivo en torno de la posibilidad, acorde con el desempeño de los acusados, en todos los órdenes, de que no se evada el cumplimiento de la pena o no se ponga en peligro a la comunidad.

La Corte, en ese sentido, no posee elementos de juicio que conduzcan a concluir la posibilidad de evasión de la pena por parte de los procesados en reseña, quienes, por lo demás, han acudido a los llamados judiciales y se les advierte prestos a lo que el proceso demanda.

No obstante, la evaluación en torno del peligro para la sociedad, que en este caso corresponde a la posibilidad de que se sigan ejecutando conductas del mismo tenor, emerge negativa para los procesados, pues, la Sala no puede soslayar del examen de la cuestión, el hecho demostrado, que se han dedicado ellos a los suministros o prestaciones médicas –incluso con compañías que van mutando o fusionándose-, las más de las veces al servicio de las EPS (recuérdese que antes de ejecutar las conductas en examen, ya contrataban con COOMEVA EPS), sin que sea posible advertir de manera objetiva que desde su sitio de residencia no puedan seguir adelantando este mismo tipo de contrataciones irregulares.

Como se sabe, antes de la contratación objeto de verificación en esta providencia, los procesados poseían otras compañías, en lo básico dedicadas solo a suministros de medicamentos, pero ya con ocasión de su vinculación como socios de la COOPERATIVA COOMEVA, mutaron esa condición original, crearon la empresa Medicamentos de Occidente y se valieron de la connivencia delictiva con los altos directivos de COOMEVA –Cooperativa y EPS-, para hacerse a los jugosos acuerdos que representaron la apropiación de ingentes sumas de dinero.

Comportamiento puntual, el destacado, que perfectamente puede reiterarse, en atención, no solo a la experiencia y actividades de los acusados, sino a la

normatividad porosa que, como se vio a lo largo de este proveído, irradia la contratación en servicios de salud por parte de las EPS.

Cierto, sí, que han discurrido varios años desde que se ejecutaron los hechos objeto de condena. Pero que no se conozca, como podría aducirse a manera de contra argumento, que los procesados hayan persistido en este tipo de conductas, no resulta factor suficiente para enervar el pronóstico negativo en cita, entre otras razones, porque dichas actividades, de un lado, no necesariamente tuvieron que ser descubiertas y, del otro, tampoco debieron reportarse en este asunto, si se investigan.

Se precisa, no es que la Corte suponga o especule acerca de la supuesta reiteración delictiva de los acusados, sino que verifica la insuficiencia del solo paso del tiempo, para llegar a conclusión contraria.

Dado que la Corte, en términos de la norma original, no puede deducir “seria, fundada y motivadamente”, que los acusados no pondrán en peligro a la comunidad, se negará el beneficio de prisión domiciliaria.

En mérito de lo expuesto, la **Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

## **R E S U E L V E**

**Primero: CASAR parcialmente** la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cali, el 28 de septiembre de 2021, confirmatoria de la expedida el 17 de julio de 2020, por el Juzgado 12 Penal del Circuito de esa ciudad.

**Segundo: REVOCAR** la condena y, en su lugar, **ABSOLVER** a JOSÉ LAUREANO NOVOA GUEVARA, MELBA LUCÍA FLÓREZ TORO, JORGE HUMBERTO CÉSPEDES IBARRA, CARLOS ARTURO PARRA OROZCO, MANUEL HUMBERTO LEÓN AVELLANEDA, MARINA CONCEPCIÓN CARBONELL JIMENO, EDGAR ANTONIO RICARGO GARCÍA y JAIRO ALONSO ESTARITA MONROY, de los cargos que por los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales e interés indebido en la celebración de contratos, elevó en su contra la Fiscalía General de la Nación.

**Tercero: MODIFICAR** la pena impuesta en contra de JOSÉ LAUREANO NOVOA GUEVARA, MELBA LUCÍA FLÓREZ TORO –en calidad de determinadores-, JORGE HUMBERTO CÉSPEDES IBARRA, CARLOS ARTURO PARRA OROZCO y MANUEL HUMBERTO LEÓN AVELLANEDA –a título de coautores-, por su responsabilidad en el delito de peculado por apropiación en favor de terceros, que se fija en **OCHENTA Y DOS (82) MESES DE PRISIÓN**, multa en cuantía de \$3.411'367.363,84, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por igual término.

**Cuarto: MODIFICAR** de autores a INTERVINIENTES, la calidad en la que responden MARINA CONCEPCIÓN CARBONELL JIMENO, EDGAR ANTONIO RICARDO GARCÍA y JAIRO ALONSO ESTARITA MONROY, por el delito de peculado por apropiación en favor de terceros.

En consecuencia, imponer a estos, pena de **SESENTA Y UN (61) MESES Y TRECE (13) DÍAS DE PRISIÓN**, multa en cuantía de \$2.558.525.522,88, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por similar lapso.

**Quinto: MODIFICAR** la suma dispuesta como monto de los perjuicios, para reducirla a \$3.411'367.363,84.

**Sexto:** En lo demás, permanecen vigentes las determinaciones tomadas en los fallos reseñados.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

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



HUGO QUINTERO BERNATE

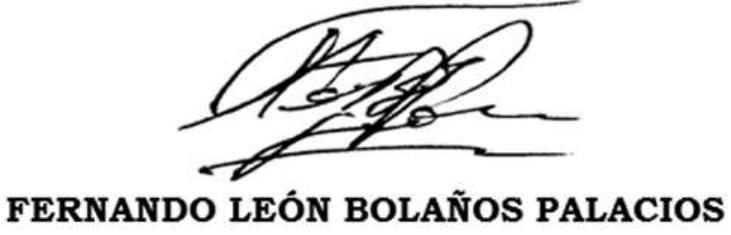
**Presidente**



**JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA**



**MYRIAM ÁVILA ROLDÁN**



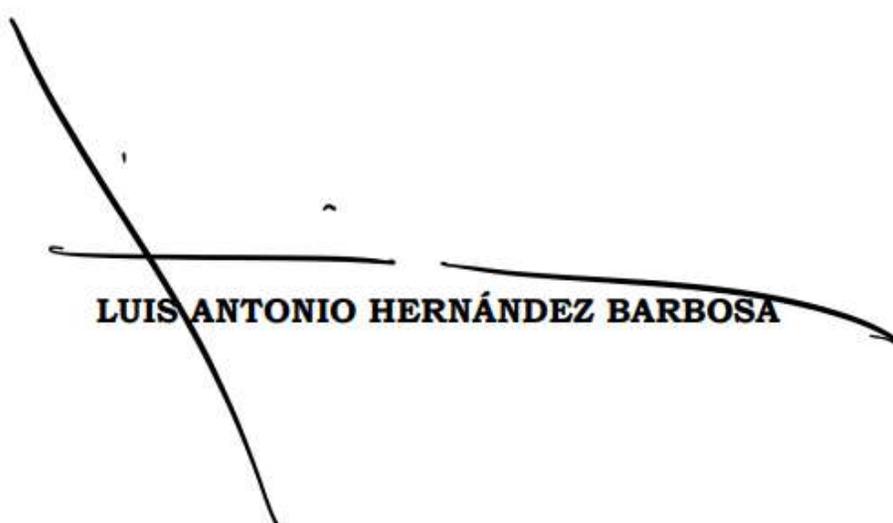
**FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS**



**GERSON CHAVERRA CASTRO**  
**SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO**



**DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN**



**LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA**



**FABIO OSPITIA GARZÓN**

Nubia Yolanda Nova García  
Secretaria

**SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO**

**SP064/2023**

**Casación No.61125**

Ha decidido la Sala en este asunto revocar la sentencia recurrida en casación para, en su lugar, absolver a todos los procesados de los cargos que les fueran imputados por los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales e interés indebido en la celebración de contratos; modificarla para condenar a Edgar Antonio Ricardo García, Marina Concepción Carbonell Jimeno y Jairo Alonso Estarita Monroy ya no como coautores, sino a título de intervinientes, en la comisión del punible de peculado por apropiación y confirmarla en cuanto condenó a Laureano Novoa Guevara y a Melba Lucía Flórez Toro en condición de determinadores de este delito y a Manuel Humberto León Avellaneda, Carlos Arturo Parra Orozco y Jorge Humberto Céspedes Ibarra en tanto coautores del mismo ilícito.

Si bien, estoy de acuerdo con dicha decisión en cuanto confirmatoria, me permito respetuosamente disentir de las restantes determinaciones adoptadas, esto es de la modificación de la condición bajo la cual fueron condenados los socios de la IPS Medicamentos de Occidente y de la revocatoria de la condena que había sido irrogada contra todos los procesados por los punibles de contrato sin cumplimiento de requisitos legales e interés indebido en la celebración de contratos, por considerar la mayoría que no concurría en aquellos y por los mencionados respectos, la calidad de servidores públicos, con lo cual se incurrió además en grave incoherencia en la medida en que cometidos los delitos objeto de juicio en relación de medio a fin, se tuvo a los acusados, específicamente a los directivos de la EPS, como servidores públicos para efectos del peculado, pero se les

negó esa calidad en torno a la celebración de los contratos utilizados como medio para defraudar el erario.

Ciertamente, ninguna duda cabe en este proceso que tanto la EPS Coomeva como la IPS Medicamentos de Occidente corresponden a entes privados, pero eso por sí mismo no excluye la posibilidad de que ejerzan transitoriamente funciones públicas o que sus directivos se consideren, para efectos penales, servidores públicos ya porque desarrollen una función de tal naturaleza o administren, como en este caso, y por delegación legal, recursos del Estado destinados exclusivamente al servicio de salud.

Tal supuesto fue desconocido por la decisión de mayoría pues, aunque reconoce con acierto que los recursos administrados por la EPS y contratados con la IPS son parafiscales, olvida que quienes intervengan en su gestión deben ser, conforme con el artículo 20 del Código Penal, considerados servidores públicos para *“todos los efectos de la ley penal”*, porque en esas condiciones se trata de personas particulares que administran los recursos a que se refiere el artículo 338 de la Constitución.

Las EPSs, en nombre del Estado y a fin de cumplir con el servicio de salud, han sido designadas por disposición de la Ley 100 de 1993 para recaudar y administrar los dineros entregados por los beneficiarios de éste que así pertenecen al Sistema General de Seguridad Social en Salud, SGSSS, de ahí, que salvo los recursos per capitación, no ingresan al patrimonio de aquellas y por eso deben ser consignados en cuenta especial, distinta de las propias de la empresa.

Que la EPS no sea un ente del Estado, aunque actúe por mandato legal en su nombre, no implica que sus directivos no puedan adquirir en un momento dado la condición de servidores

públicos para todos los efectos de la ley penal y no solo, como equivocadamente se entendió, para fines del delito de peculado, si administran bienes parafiscales; eso tampoco excluye la posibilidad de que los contratos sean considerados bajo los parámetros de la Ley 80 de 1993 porque, se reitera, son celebrados en nombre del Estado por delegación legal e involucran dineros del erario, calidad que debe hacerse extensiva a los contratistas a quienes en virtud del convenio no solo se les encargaría la gestión de recursos públicos, sino que además se comprometerían a desarrollar una función pública, como el servicio de salud, máxime que en términos del artículo 56 de la citada ley *“Para efectos penales, el contratista, el interventor, el consultor y el asesor se consideran particulares que cumplen funciones públicas en todo lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebren con las entidades estatales y, por lo tanto, estarán sujetos a la responsabilidad que en esa materia señala la ley para los servidores públicos”*.

Condiciona la decisión de mayoría la naturaleza de los contratos aquí cuestionados y la calidad de quienes los suscribieron a que deban celebrarse con una entidad estatal, aserto que bien puede entenderse desde el punto de vista administrativo y estrictamente de la contratación, pero no para efectos penales porque en estos operan como dispositivos amplificadores los citados artículos 20 de la Ley 599 de 2000 y 56 de la Ley 80 de 1993, de conformidad con los cuales los particulares que recauden o administren recursos públicos parafiscales, así como quienes hayan sido contratados para su ejecución, deben ser considerados para efectos de la ley penal, servidores públicos.

Ahora, es apenas obvio que la Ley 80 en mención sólo haga referencia a entidades del Estado porque ciertamente no son los servidores quienes contratan a título personal, pero por eso

mismo la tipificación de los punibles contra la administración pública supone no sólo como sujetos activos a los correspondientes servidores públicos, más aún cuando en nuestro ordenamiento no se prevé la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sino además a los particulares que se hallen en alguna de las situaciones previstas en el artículo 20 del Código Penal.

Es claro así que la EPS, por asignación legal, actúa en nombre del Estado al recaudar y administrar esos recursos parafiscales pero, en tanto persona jurídica, es evidente que no tiene en nuestro ordenamiento responsabilidad penal, ésta le corresponde es a sus directivos tanto en esa específica actividad como en su contratación, de la cual derivaría para los contratistas la calidad igualmente de servidores públicos para efectos penales no solo por tratarse de bienes del erario, sino por materializar la función pública referida al servicio de salud. Es que, como lo reconoce la propia sentencia de la cual disiento parcialmente, la EPS en cuanto recauda y administra esa clase de recursos *“desarrolla una labor eminentemente estatal, por delegación”*, luego, si esto es así, las personas que actúan en nombre de aquella tienen para todos los efectos de la ley penal y no solo para fines de peculado, la calidad de servidores públicos.

No se entiende por eso la afirmación según la cual *“quienes se encargan de la labor de recaudo y administración de los dineros entregados por los cotizantes o beneficiarios del SGSSS, entendidos parafiscales, al interior de una EPS privada, en lo que se estudia, efectivamente deben ser considerados servidores públicos para efectos penales”*, pero a estos sólo se les da un alcance restringido en torno al punible de peculado o a los contratistas a quienes a pesar de eso se les califica como intervinientes y no como coautores no obstante que por manejar esa clase de bienes y materializar una función pública, tendrían también la condición de servidores públicos.

La EPS tiene una asignación legal para desarrollar una labor eminentemente estatal, no así la IPS, pero sí por mediación de un convenio con aquella, luego orgánica y funcionalmente la actividad de los directivos de aquella o de los socios de ésta suponen la ejecución de funciones públicas, aquella recaudar y administrar recursos del sistema y ésta materializar con los mismos el servicio de salud.

No es por lo mismo exacto afirmar, como lo hace la decisión de mayoría, que en el tercer nivel las IPS o profesionales privados no adelantan tareas de administración de bienes parafiscales; acaso no los recauden, pero sí los administran por virtud de un contrato celebrado con una entidad que, aunque privada, ha sido designada por ley para desarrollar una actividad eminentemente estatal.

Y si bien es cierto, el contrato que se suscriba entre la EPS y la IPS no comporta precisamente un acto de delegación, no menos lo es que sí connota el desarrollo o ejecución de una función pública referida al servicio de salud, que a cargo de aquella revela una actividad eminentemente estatal. Por eso, tampoco es exacto, en orden a eludir la calidad de servidor público del contratista, decir que los recursos parafiscales comprometidos ingresan al peculio de la IPS o del profesional privado quienes los pueden utilizar "*como a bien quieran*", cuando es claro que tienen una destinación específica y que los contratos para su ejecución, como los que da cuenta este proceso, obligan a que esos recursos, que la EPS tiene en cuenta separada distinta de las propias, sólo puedan ser utilizados para el servicio de salud, objeto por demás de los contratos que obligan al contratista y lo limitan a esa específica destinación.

La contratación que la EPS haga de un tercero para materializar el servicio de salud, implica que éste se encuentra obligado a ejecutar la específica prestación objeto del convenio,

efectos para los cuales la EPS, en nombre del Estado, le ha trasladado los correspondientes bienes parafiscales de específica destinación.

Menos acertado resulta afirmar que, en un plano de estricta tipicidad, el artículo 20 del Código Penal no relaciona la asunción de la condición de servidor público solo por el origen del dinero – fondos parafiscales-, cuando en su literalidad expresa que también tal calidad, para efectos penales, la adquieren las personas que administran los recursos de que trata el artículo 338 de la Constitución.

Por tanto, en contra de lo señalado en la decisión de mayoría, deben considerarse servidores públicos, para todos los efectos penales, no solo para fines de peculado como inconsistentemente se concluyó, tanto los directivos de la EPS, como los socios de la IPS, porque por delegación legal y como lo expresa la misma sentencia, aquella desarrolla una actividad eminentemente estatal por tratarse del servicio de salud, mientras ésta, por convenio con la legalmente delegada, se encarga de materializar esa actividad con recursos del erario destinados específicamente a esa función.

Menos acertado resulta afirmar que esa calidad de servidor público no les es dada a los que actúen en nombre de un u otra porque nada al respecto dice la Ley 100 de 1993, como si dentro del ordenamiento sistemáticamente observado, no existiera el artículo 20 del Código Penal que, sin duda alguna, incide en la responsabilidad de aquellos en tanto dentro de sus parámetros se les asigne esa condición. Las regulaciones administrativas contenidas en aquella en manera alguna excluyen los efectos penales que determinadas conductas de quienes actúan en nombre de la EPS o la IPS puedan connotar.

La propia decisión de la cual disiento lo avizora al transcribir jurisprudencia constitucional (C-563 de 1998), según la cual: *“conviene advertir que el contrato excepcionalmente puede constituir una forma, autorizada por la ley, de atribuir funciones públicas a un particular; ello acontece cuando la labor del contratista no se traduce y se agota con la simple ejecución material de una labor o prestación específicas, sino en el desarrollo de cometidos estatales que comportan la asunción de prerrogativas propias del poder público, como ocurre en los casos en que adquiere el carácter de concesionario, o administrador delegado o se le encomienda la prestación de un servicio público a cargo del Estado, o el recaudo de caudales o el manejo de bienes públicos.*

*En consecuencia, cuando el particular es titular de funciones públicas, correlativamente asume las consiguientes responsabilidades públicas, con todas las consecuencias que ella conlleva, en los aspectos civiles y penales, e incluso disciplinarios, según lo disponga el legislador.*

*En el artículo 56 de la ley 80/93, se adiciona la regulación de la responsabilidad en materia penal del contratista, el interventor, el consultor y el asesor, cuando al asimilarlos a "particulares que cumplen funciones públicas", se les sujeta "a la responsabilidad que en esa materia señala la ley para los servidores públicos".*

*Las razones antes expuestas sirven para justificar la constitucionalidad de este artículo pues, de acuerdo con la Carta, nada obsta para que los consultores, interventores y asesores externos respondan penalmente en los mismos términos que los servidores públicos.*

*Ahora bien: en contra de lo afirmado por el demandante, es claro que a dichos sujetos no se les está elevando a la categoría de servidores públicos, ni desconociendo su condición de particulares. Simplemente el legislador, como autoridad competente para definir la política criminal, ha considerado que la responsabilidad penal de las personas con las cuales el Estado ha celebrado contratos para desarrollar una obra o cometido determinados, debe ser igual a la de los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado, o la de funcionarios al servicio de entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Tal tratamiento que, se insiste, no implica convertir al particular en un servidor público, tiene una justificación objetiva y razonable, pues pretende garantizar que los fines que se persiguen con la contratación administrativa y los principios*

*constitucionales que rigen todos los actos de la administración, se cumplan a cabalidad, sin que sean menguados o interferidos por alguien que, en principio, no está vinculado por ellos.*

*En otras palabras, la responsabilidad que en este caso se predica de ciertos particulares, no se deriva de la calidad del actor, sino de la especial implicación envuelta en su rol, relacionado directamente con una finalidad de interés público.*

*Algo más: es conveniente precisar y reiterar que el artículo demandado asimila la conducta del particular a la de un servidor público sólo para efectos penales; otro tipo de responsabilidad derivada de la actuación oficial, como la disciplinaria, se continúa predicando con exclusividad de los funcionarios, que tienen con el Estado una relación legal y reglamentaria.*

*El artículo 63 del Código Penal, modificado por la ley 190/95, art. 18, considera servidores públicos para fines penales, entre otros, a los miembros de las corporaciones públicas, a los empleados y trabajadores del Estado, a los integrantes de la fuerza pública y a "los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria".*

*La figura que utiliza la norma para considerar al particular como servidor público, se sustenta en la exigencia especial de que éste cumpla funciones públicas. Es esta cualificación del sujeto la que da lugar a la asimilación jurídica, de manera que existirá o dejará de existir si el particular ejerce o deja de ejercer dichas funciones.*

*La referida disposición, incorporada en la parte general del Código Penal, no tiene otra pretensión que la de regular, para efectos penales, una situación específica en que se extiende la noción de servidor público, en relación con los particulares que ejercen funciones públicas, en forma permanente o transitoria, sin tener que recurrir a enumeraciones en las descripciones de los diferentes tipos penales en los que el servidor público es sujeto activo del ilícito.*

*La asimilación a servidor público de los particulares que ejercen funciones públicas en forma permanente o transitoria, se compadece con el sentido incito en el artículo 123 de la Constitución, en la medida en que objetivamente quien ejerce una función pública adquiere la condición de servidor público".*

Por consiguiente cuando un ente de naturaleza privada, como la EPS, que por designación legal desarrolla una actividad eminentemente estatal, en cumplimiento de sus obligaciones de recaudo y administración de bienes parafiscales compromete éstos a través de un convenio con otro ente privado, ninguna duda cabe que uno y otro están ejerciendo funciones públicas referidas al servicio de salud, aquella por delegación legal y ésta por convenio facultado por la misma ley a quien designó en su nombre como recaudador y administrador.

Ninguna explicación ofrece la decisión en torno al por qué el ente legalmente delegado se encuentra imposibilitado para que, a través de un contrato, delegue a otro ente privado la labor de naturaleza estatal, mucho menos cuando la práctica enseña precisamente que, como en este caso, la EPS si bien no delega en estricto sentido, sí contrata para que un tercero ejecute en nombre suyo y por ende del Estado la función pública.

La condición que ahora exige la decisión de mayoría para que los directivos de una o socios de otra se consideren servidores públicos acerca de que el contrato debe celebrarse con un ente estatal, no solo desconoce el contenido del artículo 20 del Código Penal, sino que además omite considerar que las EPS cumplen una actividad eminentemente estatal por delegación legal, que recaudan y administran recursos parafiscales y que por convenio éstos pueden comprometerse con una IPS o terceros en orden a cumplir su específica destinación.

Dada la configuración legal y constitucional de nuestro Estado de Derecho y la naturaleza del servicio de salud, no es por tanto cierto afirmar que en esta clase de contratos, para que las partes se entiendan servidores públicos el contratante debe ser un ente estatal, pues no es exacto sostener que *“es el único legitimado para delegar una labor inherente al mismo”*, cuando el proceso ha demostrado precisamente que las EPS, en nombre del

Estado y por delegación legal, tienen asignada una actividad eminentemente estatal para cuya ejecución puede contratar con terceros.

Al estar investidas las EPS o las IPS, por tanto, bien por delegación legal o por convenio, de funciones públicas, de actividades que corresponden al Estado, los contratos que en desarrollo de las mismas se celebren deben responder a los condicionamientos propios de todo contrato que comprometa la función estatal y por ende en relación con los mismos es posible cometer los delitos por los que en este asunto se profirió sentencia de absolución.

En mi opinión, el fallo en cuestión parte de una concepción de servidor público restringida simplemente a las prescripciones normativas de la Ley 80 de 1993, donde, como ya dije, es apenas obvio que se refiera a los entes estatales como contratantes, sin considerar, no solo que entre nosotros no se encuentra regulada la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sino principalmente el efecto amplificador del artículo 20 de la Ley 599 de 2000, o cuando ninguna valoración se hizo en torno al hecho de que por delegación legal las EPS ejecutan en nombre del Estado, como dice la sentencia, una actividad eminentemente estatal.

El ánimo de lucro tampoco es criterio que con suficiencia explique la negación de esa calidad a los directivos de la EPS o a los socios de la IPS en el tema de contratación, como si en los contratos con entes estatales aquél no existiera en los contratistas, o como si aquellos no tuvieran que observar principios de economía y transparencia.

Para todos los efectos penales, en consecuencia, incluidos los delitos imputados, no solo el peculado, los directivos de la EPS Coomeva y los socios de la IPS Medicamentos de Occidente

han debido ser considerados servidores públicos y en ese orden responsables no solamente del peculado por apropiación, sino también de la celebración de contratos sin requisitos legales e interés indebido en la celebración de contratos, todos a título de coautores y por supuesto como determinadores los directivos de Coomeva Cooperativa acusados.

Es que, cómo entender que se les asigne tal calidad para efectos del delito de peculado, pero se les niegue en relación con los otros punibles objeto de acusación, cómo comprender que, por lo menos los directivos de la EPS, fueron considerados servidores públicos para cometer el peculado pero no para celebrar los contratos o convenios a través de los cuales se produjo la apropiación en favor de terceros. O cómo es que a los socios de la IPS no se les considere servidores públicos a pesar de que fueron contratados para cumplir una función pública, el servicio de salud, con dineros parafiscales exclusivamente destinados para esa actividad, considerada eminentemente estatal.

El tema, por demás ya había sido debatido en la Sala (SP1909-2022, Rad. 60571), pero el precedente fue desestimado en la decisión de mayoría bajo la consideración de que no se había ahondado sobre el mismo o porque la sentencia fue finalmente absolutoria, sin advertir que allí se sostuvo con acierto que: *“...la función de quien representa una ARS o una IPS permite adecuarla al concepto de servidor público previsto en el artículo 20 de la Ley 599 de 2000 por tratarse de “particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria”, norma que se articula con el artículo 123 de la Constitución Política al disponer que la ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.*

*Entonces, quienes representen legalmente a las Administradoras de Régimen Subsidiado o a las Instituciones*

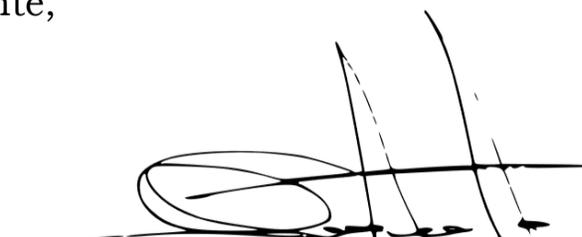
*Prestadoras de Salud, pese a su naturaleza privada, como ocurre en este caso con la ARS CAJASALUD representada por ARMANDO ARIZA y con la IPS Clínica Medilaser representada por MARÍA CRISTINA VARGAS, tienen la condición de servidores públicos, no solo por la función que desempeñan dichas empresas, sino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

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

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

No era, por tanto, en mi opinión, procedente, con sustento en una inexistente atipicidad objetiva, revocar la condena impuesta en las instancias por los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales e interés indebido en la celebración de contratos, como tampoco lo era condenar a los socios de la IPS como intervinientes en la comisión del peculado por apropiación.

Cordialmente,

  
**GERSON CHAVERRA CASTRO**  
**Magistrado**

Fecha ut supra.