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

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA ESPECIAL DE PRIMERA INSTANCIA

ARIEL AUGUSTO TORRES ROJAS
Magistrado Ponente

SEP108-2024
Radicación N°52188
CUI 11001020400020180034700
Aprobado mediante Acta Extraordinaria N° 91

Bogotá D.C., primero (1) de noviembre de dos mil veinticuatro (2024)

ASUNTO

Finalizada la audiencia de juzgamiento sin que se observen causales de nulidad, conforme al rito de la Ley 600 de 2000, procede la Sala a dictar el fallo de primera instancia en esta causa seguida en contra del exgobernador encargado del Departamento del Magdalena FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA, por su presunta participación en las conductas delictivas de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales* en concurso heterogéneo y sucesivo con *peculado por apropiación en favor de terceros*, tipificadas en los artículos 410 y 397 de la Ley 599 de 2000.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

IDENTIDAD DEL PROCESADO

FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA, identificado con la cédula de ciudadanía N°12.539.940 expedida en la ciudad de Santa Marta, residente en la carrera 1° N°28-70, apartamento 1601C, Edificio Bahía Linda, Bellavista de esa misma ciudad. Hijo de Pedro Antonio Infante (fallecido) y Alicia Mercedes Vergara, casado con Marcela Vives Gutiérrez, padre de cuatro hijos; ingeniero civil egresado de la Universidad del Norte de Barranquilla, con título de especialización en *"Finanzas y Gerencia de Mercados"* y *"Gerencia de Proyectos"* expedidos por la Universidad Jorge Tadeo Lozano y la Universidad de los Andes, respectivamente; dedicado a la contratación para la construcción y diseño de edificaciones, salvo en el interregno comprendido entre julio a diciembre del año 2007, en el cual se desempeñó como gobernador encargado del Departamento del Magdalena.

1. HECHOS

El proceso tuvo origen en el *hallazgo penal* suscrito por la Gerente Departamental del Magdalena[1] el 8 de febrero 2010, en el cual se consignan las siguientes irregularidades en el contrato N°372 de noviembre 19 de 2007[2], suscrito por el entonces gobernador encargado del Departamento del Magdalena FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA y la representante legal del Instituto Prestador

[1] Observable a folio 98 del cuaderno original 1° de la Fiscalía.
[2] Observable a folios 491 a 496 del cuaderno original N°3 de la Corte.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

de Salud Eidys Campo Laboratorio Clínico (en adelante IPS)[3]:

"no se evidenciaron las 3 propuestas presentadas como lo establece el contrato en el literal "c" y de acuerdo al artículo 20 del Decreto 2170 de 2002; de igual forma no se evidenciaron los documentos que soporten la ejecución del contrato, tales como los pretest y test VIH, capacitación de prevención de enfermedades de transmisión sexual en el departamento del Magdalena y demás documentos que demuestren el procedimiento de tamizaje brindada a los 4.000 pacientes atendidos"[4].

El 8 de febrero 2010, la Gerente Departamental del Magdalena ofició a la Fiscalía General de la Nación dando a conocer las irregularidades encontradas en la celebración del contrato N°372 de noviembre 19 de 2007, el cual tenía por objeto la prestación de servicios de salud para la atención de la población pobre en lo no cubierto con subsidio a la demanda del segundo nivel de atención, consistente en tamizaje a cuatro mil pacientes, incluido pretest VIH, test VIH y capacitación de prevención de la enfermedad catastrófica[5] conocida por sus siglas: SIDA, actividad que debía desarrollarse en todo el citado ente territorial por un valor de $443.850.000.

2. ANTECEDENTES RELEVANTES

2.1. El 18 de noviembre de 2015, la Fiscalía delegada profirió resolución de apertura de instrucción formal en

[3] Folio 6 al 9 del cuaderno original N°1 de la Fiscalía.
[4] Folio 98 del cuaderno N°1 de la Fiscalía, oficio 000232 suscrito por la gerente departamental del Magdalena María Patricia Suárez Leyva, calendado el 8 febrero de 2010, dirigido al director de Fiscalías William Baquero Namén.
[5] Artículo 16 del Decreto 5261 de 1994 consagra: *"Las enfermedades ruinosas o catastróficas son aquellas que representan una alta complejidad técnica en su manejo, alto costo, baja ocurrencia y bajo costo efectividad en su tratamiento".*

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

contra de FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA, quien fue vinculado mediante indagatoria el 25 de enero de 2016[6], por su presunta participación en las conductas delictivas de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación.

2.2. Mediante resolución de 21 de febrero de 2017[7], la Fiscalía define situación jurídica a FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA, resolviendo «*abstenerse de imponer medida de aseguramiento por los delitos las conductas delictivas de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación*»[8].

2.3. El 11 de agosto de 2017, se ordenó la clausura de la instrucción y el traslado a los sujetos procesales para alegar de conclusión, conforme con lo previsto en el artículo 393 de la Ley 600 de 2000.

2.4. El 15 de diciembre de 2017, la Fiscalía profirió resolución de acusación en contra del exgobernador del Departamento del Magdalena INFANTE VERGARA, atribuyéndole la comisión de los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación en favor de terceros en concurso heterogéneo sucesivo, con las circunstancias de mayor punibilidad previstas en los numerales 1, 9 y 10 del artículo 58 de la

---

[6] Folio 109 del cuaderno N°2 de Fiscalía.
[7] Folio 106 a 167 del cuaderno de la Fiscalía N°3.
[8] Concluyó la Fiscalía a folio 165 de la resolución de definición de situación jurídica: *"La medida de aseguramiento cumple con los requisitos formales y sustanciales, pero no con los criterios de necesidad y proporcionalidad que procuran el cumplimiento de los fines constitucionales de la misma, por ello lo adecuado y razonable en este caso es abstenerse de imponer medida de aseguramiento en contra de Francisco Infante Vergara."*

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

Ley 599 de 2000[9]. Decisión que quedó ejecutoriada el 8 de febrero de 2018[10].

3. RESOLUCIÓN DE ACUSACIÓN

La Fiscalía le atribuye a FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA haber incurrido en la conducta punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, en las modalidades de celebrar y liquidar el contrato 372 de 19 de noviembre de 2007 sin verificar el cumplimiento de requisitos legales esenciales.

Tras analizar la materialidad de este delito, indicó que recolectó pruebas de la observancia de las irregularidades sustanciales tanto en la fase precontractual como en la de liquidación.

Afirma que por tratarse de un negocio jurídico celebrado bajo la modalidad de contratación directa relacionado con la prestación de un servicio de salud, el gobernador debía cumplir las exigencias previstas en los artículos 20 y 24 de las Leyes 527 de 1999 y 10 de 1990, respectivamente, que obligan a evaluar mínimo dos (2) propuestas de oferentes inscritos en el registro especial del Ministerio de Salud.

Igualmente, que el pliego de condiciones refería que los oferentes debían tener la calidad de "*personas jurídicas,*

[9] Folio 149 a 240 del cuaderno de la Fiscalía N°5.
[10] Folio 240 del cuaderno N°5 de Fiscalía.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

consorcios o uniones temporales", sin embargo, dentro del proceso se demostró que Eidys Esther Campo Lacera, en su condición de persona natural, se encuentra registrada en la Cámara de Comercio de Santa Marta con la matrícula N° 0009917707, en la cual está inscrita como actividad económica "*Laboratorio de Análisis Clínico*", el certificado de 19 de septiembre de 2006 no fue renovado durante los tres (3) primeros meses de cada año, a tal punto, que su estado en el Registro Único Empresarial aparece como "*cancelada*"[11], por haber transcurrido cinco (5) años sin que se hubiera cumplido la obligación de renovación prevista por los artículos 33 del Código de Comercio[12] y 31 de la Ley 1727 de 2014.

De esa manera la gobernación del Departamento del Magdalena en cabeza de FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA, para el segundo semestre de 2007, modificó uno de los requisitos habilitantes de carácter objetivo exigido a los proponentes para participar en el proceso de selección, relacionado, se itera, con la capacidad jurídica.

Destaca que los funcionarios delegados de la Contraloría General de la República y la Fiscalía General de la Nación, en distintas fechas realizaron inspección a los archivos de la gobernación sin hallar las propuestas presentadas por ONCOVIHDA MAGDALENA IPS y el *IPS Eidys Campo Laboratorio Clínico*, siendo estas dos (2) de las

[11] A folio 26 del cuaderno original 5 de la Fiscalía, se observa que en la resolución de acusación se allega el "pantallazo" web del Registro Único Empresarial.
[12] Decreto 410 de 1971

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

tres (3), propuestas que la defensa asegura fueron presentadas ante el comité evaluador de la entidad.

Acota haber encontrado contradicciones en el texto del contrato, dado que en uno de sus apartes consignó que la selección del contratista se realizó entre *dos (2) propuestas,* oponiéndose al contenido del literal "c" del mismo documento, en el que se afirma que el contratista fue seleccionado previo estudio de tres (3) de ellas.

En ese sentido, precisa la Fiscalía, la única documentación hallada en la gobernación correspondió a la de DXSALUD IPS LTDA, echando de menos del *IPS Eidys Campo Laboratorio Clínico* y ONCOVIHDA MAGDALENA IPS, cuyos documentos y anexos brillaron por su ausencia.

Agrega que el *IPS Eidys Campo Laboratorio Clínico* no contaba con el registro especial de prestadores de servicios de salud, ni con la autorización para contratar con entidades públicas, como tampoco logró acreditar que tuviese la experiencia específica y el número de profesionales de la salud suficientes para la prestación del servicio.

Resalta que el testimonio de Eidys Esther Campo Lacera confirma que su laboratorio carecía de la infraestructura técnica, física y tecnológica para poder desarrollar el objeto del contrato, pues al preguntársele sobre los profesionales en el área de la salud que

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

ejecutaron el contrato 372 de 19 de noviembre de 2007, manifestó «*no tener certeza de cuántos participaron y desconocer sus nombres*», limitándose a indicar que «*les contrató para ejecutar el convenio*», situación que de igual manera surge irregular toda vez que la subcontratación no estaba permitida.

Esa anomalía, asevera el ente acusador, es corroborada con el testimonio de la bacterióloga Solangel Sierra Díaz, quien sostuvo que fue llamada por Campo Lacera en el año 2006 o 2007 para que la apoyara en un contrato en el Departamento del Magdalena relacionado con el VIH, y porque necesitaba conformar un equipo de trabajo.

De esos testimonios infiere que al momento de ofertar, el laboratorio clínico registrado en la Cámara de Comercio de Santa Marta a nombre de Eidys Campo Lacera no contaba con la infraestructura, ni el recurso humano necesario para la ejecución del contrato, teniendo en cuenta que los activos vinculados al supuesto establecimiento de comercio del que era dueña la contratista tan solo ascendían a la suma de quinientos mil pesos ($500.000), cifra irrisoria frente al monto del contrato, que en todo caso no se compadecía con la infraestructura y capacidad mínima exigida para afrontar el objeto contractual.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

En relación con la fase de suscripción del contrato 372 de 2007, afirma que el acusado decidió celebrarlo en contravía de los principios de transparencia, responsabilidad y selección objetiva, toda vez que seleccionó una persona natural no registrada en el Ministerio de Salud como prestadora de dicho servicio, y sin capacidad operativa para ejecutar el objeto contractual ni soporte técnico y administrativo.

Agrega, que estas falencias se reflejaron en la fase de ejecución contractual, pues mientras en el pliego de condiciones se indicaba que el servicio de salud debía desarrollarse en todos municipios del Departamento del Magdalena, la contratista afirmó, en el acta de inicio de 20 de noviembre de 2007, que la actividad contractual abarcaría tan solo diez (10) municipios, en los cuales, a la postre, se certificó no haberse prestado los servicios de salud de tamizaje, incluido pre-test VIH, test VIH y capacitación de prevención del SIDA.

Y en cuanto a la fase de liquidación, la Fiscalía aseveró que a pesar de haberse demostrado que el objeto contractual no fue cumplido, el gobernador INFANTE VERGARA liquidó el contrato declarando a la contratista a "*paz y salvo*" por todo concepto, desconociendo flagrantemente su obligación de velar por el interés general y dar cumplimiento a los fines esenciales del Estado.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

En lo que concierne al delito de peculado por apropiación, señala que la contratista aperturó en el Banco de Bogotá la cuenta corriente N°564390011, empero omitió acompañarse de un representante de la gobernación, con lo cual desconoció lo estipulado en el numeral 8° de la cláusula 5° del contrato 372 de 19 de noviembre 2007.

De esa forma, concluyó haber establecido que el aforado causó con su comportamiento delictivo un detrimento al erario por valor de $809.251.296, por no haberse prestado el servicio de salud a los cuatro mil (4000) pacientes en el Departamento del Magdalena.

Al respecto precisó que el número de personas supuestamente atendidas no fue de cuatro mil (4000), tal como lo dijo la contratista y como lo aceptó la administración departamental, pues la suma de las cédulas verificadas arroja un total de tres mil setecientos treinta y dos (3.732), comprobándose que al menos doscientos sesenta y ocho (268) pacientes no fueron atendidos; asimismo, que setecientos noventa y siete (797) números de cédulas no existen o muestran inconsistencias, de manera que el número de personas no atendidas asciende a mil ciento sesenta y cinco (1065).

Es decir, la Fiscalía encontró demostrado que el objeto contractual se incumplió al menos en un treinta por ciento (30%), bajo la hipótesis que las personas allí relacionadas recibieran la atención objeto del contrato; empero, precisa,

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

no ha sido posible establecer que los pacientes identificados con las dos mil novecientos treinta y cinco (2935) cédulas restantes hayan participado en la jornada de tamizaje, toda vez que la defensa no aporta prueba alguna en ese sentido.

Respecto a las labores desarrolladas en la fase de instrucción con la finalidad de verificar el número de ciudadanos que supuestamente fueron atendidos por la contratista, señaló, que la perito contable del Cuerpo Técnico de Investigación -en adelante C.T.I.- en su dictamen tomó como muestra los pacientes con cédulas N°12.539.622 y N°845.55 en el establecimiento carcelario de la ciudad de Santa Marta, de quienes estableció que para los meses de noviembre a diciembre de 2007 no se hallaban como internos en ese centro penitenciario en la base de SISIPEC WEB.

Asimismo, asegura la Fiscalía que la experta contable realizó un estudio de mercado en los laboratorios de la ciudad de Santa Marta con el fin de establecer el valor de los servicios del contrato para la época de los hechos y determinar si la suma pactada en él se ajustaba al valor real, obteniendo como resultado que: *(i)* ninguno de los laboratorios consultados hacía capacitaciones preventivas en VIH, *(ii)* los pre-test no tenían valor distinto porque hacen parte de la prueba y están incluidos en el valor del test, y *(iii)* considerando el valor más alto relacionado[13] el

[13] Se afirma en el informe de policía judicial que el valor o precio fue aportado por el Laboratorio Clínico Mariela Ospina.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

promedio del pre-test y test de VIH para el año 2007 era de veintinueve mil ochocientos treinta y tres pesos ($29.833).

En conclusión, con base en la prueba practicada durante la fase de instrucción, la Fiscalía acusó al procesado por haber permitido que la contratista se apropiara de los recursos del Departamento del Magdalena, junto con los daños y los perjuicios causados con las conductas delictivas, cuyo valor ascendió a la suma de ochocientos nueve millones doscientos cincuenta y un mil doscientos noventa y seis pesos ($809.251.296).

4. ACTUACIÓN ANTE LA CORTE

4.1. En vigencia el Acto Legislativo 001 de 2018, el proceso fue remitido a esta Sala Especial, instancia que resolvió el 20 de mayo de 2020, AEP 046-2020, las solicitudes probatorias presentadas por los sujetos procesales y dispuso oficiosamente:

«*Pedir al Cuerpo Técnico de Investigación (CTI), adscrito a la Sala, actualice el dictamen pericial N°96162 de abril 3 de 2017 respecto de los daños y perjuicios que hayan podido causar con las conductas punibles atribuidas de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación en favor de terceros, imputadas por la Fiscalía a INFANTE VERGARA».*

4.2. Por lo anterior, el 7 de septiembre de 2020, la experta rindió el dictamen pericial N°2020-04, mediante el cual calculó el daño emergente *actualizado* en $869.393.526.17 y el monto total de daños y perjuicios en

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

$1.818.860.548,62[14]. El 10 de junio de 2022[15] presentó informe aclaratorio[16].

4.3. El 17 de marzo de 2023, la defensa objetó por error grave el dictamen pericial N°2020-04, dándose inicio al trámite incidental previsto en el artículo 139 de la Ley 600 de 2000, durante el cual la Sala resolvió decretar la práctica de un nuevo informe contable, el cual se rindió el 30 de agosto de 2023 por un nuevo perito del C.T.I., quien concluye que el valor actualizado del daño ocasionado con las conductas delictivas asciende a $1.134.436.833,98[17].

4.4. En sesión de audiencia pública de juzgamiento de 22 de marzo de 2023, una vez cerrada la etapa probatoria los sujetos procesales presentaron sus alegatos conclusivos, encontrándose la actuación para emitir sentencia.

5. Audiencia de juzgamiento

5.1. Intervención de la Fiscalía Delegada

Solicitó fallo de condena por estimar que de las pruebas arrimadas al plenario surge diáfana la certeza de la existencia y materialidad de las conductas delictivas de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación a favor de terceros, en concurso

[14] Folio 355 del cuaderno original N°2.
[15] Folios 1021 y siguientes del cuaderno original N°5.
[16] A instancia de la solicitud presentada por la defensa del aforado en enero de 2022, tal como se observa a folio 992 del cuaderno original N°2.
[17] Folio 64 del cuaderno original N°1 del incidente de objeción al dictamen pericial.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

heterogéneo sucesivo, en las que incurrió INFANTE VERGARA, con las circunstancias de mayor punibilidad de que tratan los numerales 9 y 10 del artículo 58 de la Ley 599 de 2000, en los términos del artículo 232 de la Ley 600 de 2000.

La Fiscalía afirma haber recaudado pruebas suficientes para demostrar que el procesado en su condición de gobernador encargado lideró las etapas precontractuales del contrato de prestación de servicios de salud N°372 de 19 de noviembre de 2007.

Destacó haber logrado probar que vulneró los principios de selección objetiva, transparencia y responsabilidad en la fase preliminar del contrato de prestación de servicios de salud N°372 de 19 de noviembre de 2007, al desconocer *(i)* los requisitos exigidos por el artículo 20 del Decreto 2170 de 2002 que rige la contratación directa, referidos a la obligación de obtener y evaluar mínimo dos (2) propuestas, y *(ii)* que los oferentes estuvieran inscritos en el registro especial del Ministerio de Salud, tal como lo dispone la Ley 10 de 1995.

En relación con el primer requisito de obtener y evaluar mínimo dos (2) propuestas, afirma que a pesar de que el entonces Secretario de Salud departamental Milton Cantillo Lara, mediante oficio fechado 28 de septiembre de 2007, comunicó al Gobernador INFANTE VERGARA que el comité evaluador había seleccionado la propuesta más favorable de las tres (3) presentadas, tal afirmación no se

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

corresponde con la realidad, pues en los archivos de la gobernación del Magdalena no aparecieron las propuestas allí relacionadas de ONCOVIDA MAGDALENA IPS y la del *IPS Eidys Campo Laboratorio Clínico*, siendo esta última la persona jurídica finalmente seleccionada.

Precisa, que aun cuando en el expediente obra el oficio calendado 14 de septiembre de 2007 sin firma[18], documento en el cual supuestamente la contratista Eidys Campo Lacera, en su calidad de representante legal del IPS *Eidys Campo Laboratorio Clínico*, remite a la Secretaría de Salud del Magdalena su oferta por la suma $443.850.000, tal documento no reúne los requisitos exigidos en el numeral 1° del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, rotulándolo de «*remedo de propuesta*» o *«un documento general, frívolo, informal»*.

Para la Fiscalía carece de veracidad lo expresado por el Secretario de Salud Milton Miguel Cantillo Lara al Gobernador INFANTE VERGARA en la comunicación del 28 de septiembre de 2007, en cuanto a que la oferta presentada por el *IPS Eidys Campo Laboratorio Clínico* fue seleccionada porque cumplía con los requisitos exigidos en el pliego de condiciones, pues en ningún fragmento de su contenido se informa: *(i)* qué es lo que ofrece el IPS para el cumplimiento del objeto contractual, *(ii)* en qué condiciones propone que puede cumplir con ese objeto, *(iii)* cuál es su propuesta económica, *(iv)* cuál es la experiencia que tiene para desarrollar ese objeto y *(v)* cuál es la infraestructura y

[18] Observable a folio 114-123 del cuaderno anexo 3 de la Fiscalía.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

el recurso humano con el que cuenta para ejecutar el objeto contractual.

Relieva que en este caso, tal irregularidad se ratifica con lo manifestado en el informe de policía judicial N°9-96222 del 31 de marzo de 2017 rendido por el investigador Arley Alvarado[19], quien tras adelantar la diligencia de inspección a la oficina del archivo documental, calificó como «*incuestionable la inexistencia de la propuesta seleccionada y de sus anexos, pues tales documentos no fueron hallados en la Gobernación del Magdalena, en donde por elemental lógica debían reposar, lo cual corrobora la irregularidad de la forma como se tramitó dicho contrato (sic)».*

El no hallazgo de la oferta supuestamente presentada por el *IPS Eidys Campo Laboratorio Clínico,* es corroborada con la declaración del funcionario departamental Eduin Jesús Padilla Cabrera, quien da cuenta que en oficio del 28 de marzo de 2017 informó al policía judicial Arley Alvarado que en los archivos de la gobernación del Magdalena no se encontró la propuesta del *IPS Eidys Campo Laboratorio Clínico*.

Considera que en este caso la inobservancia de los principios de la contratación estatal es tan protuberante, que la misma contratista afirmó en el juicio que "*la invitación no exigía nada extraordinario"* y, al ser exhortada para que ejemplificara su afirmación, señaló que no le exigieron tuvieran diez (10) años de estar laborando en ese

[19] Folio 236 del cuaderno original de la fiscalía N°3.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

asunto, u ocho (8) años de experiencia en tamizaje, o acreditar haber suscrito cinco (5) o seis (6) contratos para demostrar la experiencia, concluyendo que le pidieron *"lo básico, lo normal", "lo que yo podía entregar, lo que entregué."*

Agrega que en la ampliación del testimonio de Eidys Esther Campo Lacera practicado en el juicio, ella reiteró que la gobernación del Magdalena no le exigió acreditar experiencia, bastándole presentar su hoja de vida y la de los integrantes de su equipo de trabajo, el cual conformó con posterioridad a la suscripción del contrato, cuando le surgió la necesidad de contactar a profesionales de la salud para que trabajaran en los diferentes municipios del Magdalena, sin que le pidieran un número específico de profesionales, ni verificaran sus estudios universitarios.

En cuanto a infraestructura, afirma, que la contratista señaló que tan solo le requirieron tuviera el laboratorio clínico certificado por la Secretaría de Salud y, finalmente, no recuerda que le hayan exigido certificar idoneidad financiera o administrativa para la época de la contratación estudiada.

Precisa que el asesor jurídico de la Secretaría de Salud Manuel Salvador Ospino al referirse a la supuesta propuesta presentada por el *IPS Eidys Campo Laboratorio Clínico*, expresó: «*ahí no hay ninguna experiencia, no aparece en la propuesta esa, no se está ofreciendo ninguna experiencia, el portafolio no está, no aparece».*

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

Ahora bien, en cuanto a la existencia o no de una segunda oferta, el ente acusador afirma que en el expediente contractual N°372 de 2007 del archivo digital de la gobernación del Magdalena tampoco se halló la oferta de ONCOVIHDA MAGDALENA IPS LTDA durante la diligencia de inspección[20] realizada por el investigador Arley Alvarado, empero que "*milagrosamente*" la defensa la obtuvo en los archivos personales de Milton Cantillo Lara, quien fungió como Secretario de Salud, con el rótulo *"oficio de 10 de septiembre de 2007*", prueba documental que fue aportada en la etapa del juicio, específicamente durante el traslado del artículo 400 de la Ley 600 de 2000.

Añade respecto de esa supuesta oferta presentada por ONCOVIHDA MAGDALENA IPS LTDA, que se llevó a cabo una nueva inspección judicial a la oficina de archivo central de la gobernación del Magdalena el 8 de abril de 2022, la cual fue atendida por el funcionario Edwin Jesús Padilla Cabrera[21], quien al respecto declaró que luego de revisar los noventa y cinco folios que componen la carpeta rotulada: *"GOBERNACIÓN DEL MAGDALENA-ARCHIVO CENTRAL, SERIE CONTRATOS, TÍTULO: CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS 372 DE 2007. EIDYS ESTHER CAMPO LACERA-EIDYS CAMPO LABORATORIO CLÍNICO FECHAS EXTREMAS: 2007-2007 CAJA 2246 CARPETA 3"*, dejó constancia que no se halló la propuesta presentada por la señora Andrea Lucila Martínez Páez, representante legal de la citada persona jurídica.

---

[20] Informe de policía judicial N°9-96222 de 31 de marzo de 2017, obrante a folios 228 del cuaderno N°3 de la Fiscalía.
[21] La diligencia de inspección judicial también fue atendida por Yesid Alfonso García Rodríguez, afirma la Fiscalía en sus alegatos finales.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

Para el ente acusador, los referidos elementos probatorios permiten evidenciar que en el presente caso no se cumplió con el requisito contemplado en el artículo 20 del Decreto 2170 de 2002, que exige la presentación de mínimo dos (2) ofertas para ser evaluadas, dado que en el archivo de la gobernación del Magdalena no se hallaron las propuestas u ofertas supuestamente presentadas por el *IPS Eidys Campo Laboratorio Clínico* y ONCOVIHDA MAGDALENA IPS LTDA, y el documento que se pretende se tenga como oferta de aquella, además, no reúne las condiciones exigidas en la ley 1150 de 2007 para considerarla como tal.

Asimismo, indicó que el exgobernador del Magdalena INFANTE VERGARA contrarió lo ordenado en el artículo 24 de la Ley 10 de 1990[22], al omitir constatar que el *IPS Eidys Campo Laboratorio Clínico* no contaba con la inscripción en el Registro Especial de Prestadores de Servicios de Salud –en adelante REPS-, pese a que para el cumplimiento de tal deber bastaba con acceder a la página WEB del Ministerio de Salud y, en consecuencia, terminó celebrando un contrato de prestación de servicios de salud con una persona natural que carecía de ese requisito para contratar.

Añade que el *IPS Eidys Campo Laboratorio Clínico* tampoco cumplió con el requisito establecido en la invitación a ofertar de la Secretaría de Salud

[22] Norma relacionada con la autorización para que las entidades públicas contraten con personas privadas especializadas en la prestación de servicios de salud, siempre y cuando se encuentren inscritas en el registro especial del Ministerio de Salud.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

Departamental del Magdalena, específicamente en lo previsto en el acápite titulado «*persona jurídica requerida para la prestación del servicio de salud*», pues en dicha convocatoria se señaló: «*pueden participar personas jurídicas, consorcios o uniones temporales, con idoneidad y estructura para garantizar el acceso a los servicios de salud*»; aspecto inadvertido al momento de la supuesta evaluación y selección de la propuesta, pues en el pliego de condiciones no se contempló la posibilidad de que una persona natural pudiese ser la contratista, empero fue en esa condición en la que actuó la oferente.

Respecto a esta ilegalidad, argumenta que el secretario de salud Milton Cantillo, en el testimonio rendido en audiencia de juzgamiento, hace una apreciación personal y subjetiva del decreto reglamentario 2170 de 2002 al afirmar que «*que podían participar como oferentes: las personas jurídicas, los consorcios y "tácitamente" las personas naturales*», al estar incluida en dicha norma la expresión "*además*".

De lo anterior, la Fiscalía deduce la inexistencia "*jurídica y formal*" de la oferta del *IPS Eidys Campo Laboratorio Clínico* y, en consecuencia, que ha quedado desvirtuada la autenticidad del documento aportado por la defensa.

Con base en las reseñadas pruebas testimoniales y documentales, la Fiscalía estima haber demostrado que el exgobernador INFANTE VERGARA omitió ejercer sus deberes de vigilancia, control y supervisión del trámite

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

precontractual referido, bastándole obtener un documento al que formalmente o, mejor aún, en apariencia se le pudiera denominar "*oferta y/o propuesta*", para satisfacer su interés doloso.

En síntesis, señala que el Gobernador INFANTE VERGARA vulneró flagrantemente el principio de selección objetiva, dado que contrató a una persona natural que tenía a su nombre un laboratorio clínico estándar, para que realizara en todo el Departamento del Magdalena una jornada de tamizaje y capacitación, contando escasamente con su experiencia personal y la de otra bacterióloga para atender a un gran universo de pacientes, no en su laboratorio ubicado en Santa Marta sino en los distintos municipios del ente territorial, sin que contara con el personal idóneo y suficiente para ello y mucho menos con los equipos tecnológicos y la infraestructura física y logística necesaria para adelantar la labor[23].

En relación con la calidad de sujeto activo, agregó que esta se halla plenamente probada en la actuación por su carácter de servidor público y su competencia funcional como ordenador del gasto para tramitar, celebrar y liquidar los contratos.

En cuanto a la figura de la delegación de la fase precontractual alegada por la defensa, afirma el ente acusador que el exsecretario de Salud Milton Miguel Cantillo Lara en relación con el manejo de la contratación,

[23] Afirma la fiscalía a folio 1237 del cuaderno original N°6 de la SEP.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

atestiguó que los secretarios no tenían la facultad de contratar, pues al momento de su posesión halló un decreto suscrito por el gobernador encargado FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA, mediante el cual derogaba las delegaciones de las secretarías para contratación, encontrándose éstas exclusivamente facultadas para «*hacer la invitación y la evaluación de las ofertas, trámite que enviaban al gobernador para que éste con su equipo jurídico determinara su viabilidad*».

Sin embargo, complementa que al interrogarse al exsecretario de Salud Cantillo Lara sobre la conformación del comité para evaluar las ofertas presentadas, el testigo señaló que «*aquel venía funcionando de tiempo atrás, es decir, desde la administración anterior, asegurando que él ni quitó ni puso a funcionario alguno porque no tenía esa capacidad para hacerlo, ni estaba dentro de sus funciones*».

Contrariando así el Gobernador INFANTE VERGARA otro de los requisitos consagrados en el acápite de "*análisis y evaluación de la propuesta*", pues en éste se estipulaba: "*La evaluación se efectuará por parte del Comité que para el efecto conforme el secretario de salud*".

Luego de contrastar los testimonios del exsecretario de salud Milton Miguel Cantillo Lara, el del jefe financiero y el abogado de esa cartera Emilio Araos y Manuel Ospino, respectivamente, rendidos en la fase de juzgamiento, concluye que no existió el acta de designación del comité de evaluación, de lo cual infiere éste nunca funcionó, ni

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

evaluó, ni seleccionó la supuesta propuesta del *IPS Eidys Campo Laboratorio Clínico*.

Sin embargo, advierte la Fiscalía que el testigo Cantillo Lara al interrogársele sobre aquellos documentos aportados por la defensa en el término del traslado del artículo 400 del Código de Procedimiento Penal[24], manifestó que *«no observaba el acta interna del comité evaluador que consta de 4 folios y que hacía parte del oficio del 28 de septiembre de 2007 que remitió al gobernador»,* razón por la que solicitó al Magistrado comisionado que *«le permitiera enviarla a través de WA* [-WhatsApp-][25] *para que todos los intervinientes en la diligencia la conocieran; petición a la cual accedió el funcionario habida cuenta que se trataba de un documento que estaba consultando el testigo (sic)*».

Respecto a la incorporación de esa supuesta acta de evaluación, solicita que ese documento no se le valore por *«su repentina y sospechosa aparición a último momento y su inexistencia dentro del expediente contractual*», ofreciendo una serie de hechos indicadores que infirman su veracidad, los cuales serán objeto de análisis en la parte considerativa de este proveído.

En cuanto a la irregularidad sustancial probada con la suscripción del contrato, afirma la Fiscalía que el entonces Gobernador INFANTE VERGARA a pesar de conocer las irregularidades sustanciales registradas

[24] Obrantes a folios 45 a 184 del cuaderno original N°1 de la SEP.
[25] Afirmó la Fiscalía en su intervención: "WA", refiriéndose al chat de la aplicación de telefonía celular WhatsApp.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

durante el trámite precontractual, decidió celebrar ese acto jurídico, comprometiendo así los recursos del Departamento del Magdalena con quien no cumplía los requisitos mínimos para prestar el servicio requerido, pues, contrario a lo exigido en los pliegos de condiciones (invitación), eligió como contratista a una persona natural y no a una jurídica, quien no estaba registrada en el Ministerio de Salud, ni tenía la capacidad operativa, técnica y administrativa para ejecutar el objeto contractual, vulnerando así su deber de vigilancia, control y supervisión que le imponía la obligación de verificar que se cumplieran los requisitos legales y los lineamientos trazados por el ente territorial en el pliego de condiciones o en la invitación a ofertar.

La Fiscalía afirma que el aforado materializó el tipo objetivo de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, tanto en la etapa precontractual como al momento de la suscripción del contrato, pues tenía en esa fase la obligación de verificar el apego a la ley de la tramitación antecedente y no lo hizo.

Agrega que la etapa de liquidación tampoco se adelantó con el cumplimiento de los requisitos legales, pues a pesar de que la actividad contratada no se ejecutó con apego a las obligaciones contractuales, el entonces gobernador declaró a la contratista a paz y salvo, renunciando a reclamaciones posteriores.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

Seguidamente relaciona las anomalías que impedían que el INFANTE VERGARA, como ordenador del gasto liquidara el contrato N°372 de 2007 a partir de las obligaciones contractuales estipuladas en la cláusula quinta, y de conformidad con el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, antes de la modificación introducida por la Ley 1150 de 2007, cuales son:

Primera, el *IPS Eidys Campo Laboratorio Clínico* no involucró en la actividad de tamizaje a todos los municipios del Departamento del Magdalena como se le exigía tanto en la convocatoria como en el análisis de conveniencia y oportunidad, sumado a la resolución que aprueba las garantías, pues en el documento que se pretende tener como oferta, el cual está anexo a continuación del oficio del 14 de septiembre de 2007, se plasmó expresamente que el «*departamento se clasificó por zonas y se hizo la selección de los municipios representativos*».

Sumado a que en el texto de la *"selección de propuestas*", al que alude la supuesta evaluación de las ofertas, nada se dice sobre este tópico, pese a que era un aspecto determinante para el análisis y evaluación a fin de proceder a la selección de la mejor propuesta.

Precisa que en el acta de inicio de la ejecución del contrato de 20 de noviembre de 2007, suscrita por el interventor Nilson Parodys Movilla y la contratista Eidys Esther Campo Lacera, se lee que la actividad *"deberá desarrollarse en todo el departamento"*; no obstante, en

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

forma contradictoria en otro fragmento de ese mismo documento se señala que el departamento se clasificó por zonas y se hizo la selección de los municipios representativos de cada una por índice de vulnerabilidad.

Esta ilegalidad, junto con otras pasaron por el filtro del gobernador INFANTE VERGARA quien estaba obligado no solo a advertirlo sino también a tomar las medidas administrativas correspondientes desde el mismo momento de realizarse la supuesta evaluación, pues el incumplimiento de la presunta oferta en relación con los lugares donde se llevaría a cabo la actividad, ya era razón suficiente para descalificar la oferta.

Sin embargo, esa condición de que se ejecutara la prestación del servicio de salud en todo el Departamento del Magdalena fue incumplida por la contratista irregularmente escogida e ignorada irresponsablemente por el Gobernador INFANTE VERGARA, circunstancia que sin lugar a duda constituye una variación ilegal del objeto contractual.

Seguidamente, el ente acusador califica como "*insólito*" que dentro del mismo texto del acta de inicio se modifica por segunda vez el lugar de ejecución del contrato, pues en un principio se dice que sería *"dentro de la cárcel de Santa Marta*" y los municipios de "*El Banco, Guamal, Pijiño del Carmen, Santa Ana, Plato, Sitio nuevo, Ciénaga, zona*

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

bananera y Fundación"[26], sin embargo, a reglón seguido excluye los municipios de Guamal y Fundación, e incorporan a los de Ariguaní y Salamina, razón por la que infiere que "*la contratación departamental era un juego para el entonces gobernador Infante Vergara, pues cambiaba a su capricho, de manera arbitraria y sin fundamento alguno, las condiciones… consignadas en la convocatoria"*[27].

Indica que la existencia de esa irritualidad se corrobora con el testimonio de la contratista Eidys Esther Campo Lacera[28], quien relató que les propuso a Miguel Aguilar y a Nilson Parodys Movilla, médico auditor de cuentas de la Secretaría de Salud del Departamento del Magdalena y el interventor del contrato, respectivamente, que la actividad se desarrollara en una muestra representativa de diez (10) municipios, dada la dificultad que existía de acceder a algunos de estos entes territoriales.

Agrega, que la contratista en su testimonio rendido en marzo 2 de 2022 en la etapa del juicio, en contraposición a lo mencionado en sus primeras intervenciones procesales, puntualizó que el cambio del lugar donde se ejecutaría la actividad obedeció a una decisión de la administración, aclarando que desconoce si la orden fue emitida por el gobernador u otro funcionario.

Luego de destacar las inconsistencias del testimonio de Nilson Parodys Movilla, quien fungiera como interventor

[26] Acta de inicio del contrato visible a folios 154 a 157 del cuaderno original N° 1 de la Fiscalía.
[27] Ibidem
[28] Folios 202 y 203 del cuaderno N°2 de la Fiscalía.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

del contrato N°372 de 2007, la Fiscalía lista diferentes pruebas documentales que obran en la actuación, a partir de las cuales, afirma, es posible deducir una *"falacia"*[29] que la contratista Eidys Esther Campo Lacera acudiera a los centros de salud y hospitales consignados en el acta de inicio del 20 de noviembre de 2007.

Destaca que este incumplimiento contractual se corrobora con los elementos materiales probatorios practicados durante la fase de juzgamiento, tales como los dos oficios suscritos el 23 y 24 de septiembre de 2020[30] por el director del establecimiento penitenciario de Santa Marta -EPMECSM-, y el testimonio rendido el 28 de enero de 2016 por Joymer de Jesús Rodríguez.

De tales elementos probatorios concluye, existen razones fundadas para establecer que la contratista con la ayuda de la administración departamental del Magdalena incumplió con las obligaciones contractuales, porque al no haberse realizado la convocatoria de la población a través de las secretarías de salud de las alcaldías, omitió garantizar que el desarrollo del objeto contractual se hubiese dirigido a la *"…población pobre en lo no cubierto por subsidio a la demanda del II nivel de atención*"[31].

---

[29] Folio 1253 del cuaderno original N°6 de la SEP
[30] Folios 387 y 412 del cuaderno N° 2 de la SEP, en los cuales se informa «*Que verificado los libros radicadores y de minutas, al igual que en el archivo de la oficina de Sanidad del Establecimiento se pudo constatar que para los meses de noviembre y diciembre del año 2007, no se encuentra registro en el cual se haya ordenado remisión externa o atención interna para toma de muestra a privados de la libertad de tamizaje de VIH.*»
[31] Folio 1257 del cuaderno original N°6 de la SEP.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

Resalta que conforme a los hallazgos reportados en el informe de policía judicial N°786169 de junio 26 de 2013, en el cual se analiza la evidencia valorada por el coordinador de soporte técnico de informática para la identificación[32], mediante oficio de junio 28 de 2013[33], se logró determinar que el número de personas supuestamente atendidas no fue de cuatro mil (4000) como lo dice la contratista y como lo aceptó la administración departamental al momento de liquidar el contrato, pues la suma de las cédulas de ciudadanía verificadas arroja un total de tres mil setecientas treinta y dos (3.732), comprobándose de entrada que al menos doscientos sesenta y ocho (268) pacientes no fueron atendidos, sumado a que setecientos noventa y siete (797) números de cédulas no existen o muestran inconsistencias, de manera que el número de personas que no fueron atendidas asciende a mil sesenta y cinco (1065), de lo cual, colige la Fiscalía, que el objeto contractual se incumplió en un 30% o en su totalidad, toda vez que no obra prueba de que las personas relacionadas como pacientes recibieron la atención objeto del contrato.

Acota que otra "*prueba que robustece el incumplimiento contractual*" es el informe de policía judicial N° 815667[34], toda vez que en este se expresa de manera categórica que los documentos aportados por Eidys Campos Lacera como soporte de la ejecución del contrato

[32] Informe de Policía Judicial N°786169 del 26 de junio de 2013, obrante a folios 238 a 240 del cuaderno N° 1 de la Fiscalía.
[33] Obrante a folios 243 del cuaderno N° 1 de la Fiscalía.
[34] Folios 282-295 del cuaderno N°1 Fiscalía.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

presentan inconsistencias respecto de pacientes reportados, pues al seleccionar quince (15) al azar se advierte que no corresponden en nombre y número.

Agrega que en la inspección realizada en la oficina de archivo de la gobernación del Magdalena[35] se obtuvieron tres oficios fechados a 30 de noviembre, 10 y 20 de diciembre de 2007, dirigidos a Milton Cantillo Lara, sin sello y firma de recibido en la Secretaría de Salud, en los que se afirma que la contratista hace entrega de los informes de actividades I, II y III, distintos a los que estaba obligado el "interventor" y debieron ser requeridos para la liquidación del contrato.

Sin embargo, para la Fiscalía tales documentos no demuestran la existencia de los aludidos informes, ni mucho menos la ejecución efectiva del contrato, de la cual debió dar cuenta el interventor, a quien le correspondía conforme a la cláusula décimo sexta contractual presentar tres informes parciales, los que sencillamente no existen en el presente asunto, lo que se colige del informe de policía judicial N° 591822 del 8 de marzo de 2011, en el cual consta que al evacuar la solicitud de "*recaudar los informes rendidos por el interventor*", se anexan varios documentos, pero ninguno corresponde a lo solicitado.

Igualmente señala que Carlos Efraín Corredor Camargo[36], Víctor Manuel Pérez Arguelle[37], José Rafael

[35] Informe de policía judicial N°591822 de 8 de marzo de 2011, obrante a folios 127 a 131 del cuaderno N° 1 Fiscalía.
[36] Folio 110 y 111 del cuaderno N°2 de la Fiscalía.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

Ospino, Digna Rosa Ibáñez, Jamie Sussane Méndez, Otilia Rosa Salinas Ortiz[38], Rosmira de las Mercedes Castro Molina[39], Roberto David Calderón Arrieta[40], Gilbert Gutiérrez Serrano[41] y Pedro Ardila Luna[42], quienes aparecen en el listado de pacientes atendidos en la jornada de tamizaje, convergen en señalar que no conocen a Eidys Esther Campo Lacera ni a Solangel Sierra, como tampoco haber participado en la toma de muestras para VIH.

La Fiscalía le reprocha al procesado INFANTE VERGARA haber tenido una actitud complaciente ante la existencia de tan notorias irregularidades, pues no halló prueba alguna de que hubiese conminado al interventor o al secretario de salud, para que le informaran como se ejecutó el contrato 372 de 2007 y qué informes parciales se presentaron en relación con éste, resaltando que no existe evidencia alguna de que el aforado supervisara, controlara, ni vigilara la ejecución efectiva de las obligaciones del contrato para el momento de proceder a su liquidación.

Alega que el comportamiento omisivo de INFANTE VERGARA no puede quedar «*justificada en la labor de supervisión asignada al interventor y en la confianza depositada en su equipo de trabajo*», pues a pesar que afirma se reunía con sus secretarios, quienes le daban a conocer el desarrollo de los procesos contractuales, el ente

---

[37] Folio 111 del cuaderno N°2 de la Fiscalía
[38] Testimonio practicado el 15 julio de 2022, obrante en el cuaderno N°6 de primera instancia.
[39] Ibidem.
[40] Folio 1122 del cuaderno N°6 de Primera Instancia.
[41] Folio 1094 a 1195 del cuaderno N°6 de Primera instancia.
[42] Folio 1115 -1116 del cuaderno N°6 de Primera instancia

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

acusador no halló prueba alguna que se hubiera llevado a cabo por parte del procesado algún procedimiento para verificar que la prestación del servicio de salud contratado se estaba cumpliendo en las condiciones pactadas.

Y en lo atinente al delito de peculado por apropiación a favor de terceros, señala la Fiscalía que el contrato 372 del 19 de noviembre de 2007, celebrado por el entonces gobernador del Magdalena INFANTE VERGARA y Eidys Esther Campo Lacera, se pactó el valor de $443.850.000 de pesos, IVA incluido; el 50% se pagaría como anticipo una vez legalizado el mismo y el 50% restante a la presentación de la facturación y certificación del supervisor o "*interventor*" sobre el cumplimiento del contrato.

Acota que en el informe técnico contable N°996162 de 3 de abril de 2017 y sus anexos[43], se reseña cómo fue cancelado el anticipo para cubrir el 50% del valor total se emitió la orden de pago N° 5702 del 14 de diciembre de 2007[44] por la suma de $221.925.000; mientras que el restante 50% fue cancelado en febrero de 2008[45], con las órdenes de pago números 623868, 623969, y 624070 del 26 de diciembre de 2007, por las sumas de $237.306.416, $156.150.000 y $50.393.584, respectivamente.

---

[43] Folio 202 y siguientes del cuaderno N° 3 fiscalía.
[44] Folio 11 del cuaderno N° 1 fiscalía
[45] Folio 13, cuaderno N° 1 fiscalía. Respecto a este tópico, aclara el ente acusador, que la perito contable en el informe de Policía Judicial N° 9 1100184 de 12 de mayo de 2017, visible a folios 277 y ss. del cuaderno N° 3 de la Fiscalía, afirmó: *"Por error involuntario de digitación en la relación de los comprobantes de egreso (folio 206) del informe en mención, se colocó a los comprobantes N° 1316 y 1378 fecha 29/02/2007, siendo lo correcto 29/02/2008, sin embargo, en el folio 216 y 217 se enuncia que son del mes de febrero de 2008, así mismo, en el cuaderno Anexo Copia Nro. 7 Folio 16 y 17 se encuentra copia auténtica de los Comprobantes de Egreso 1316 y 1378 del 29/02/2008».*

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

Adiciona que en el informe técnico contable N°996162 de 3 de abril de 2017, se hace constar que la cuenta corriente N°564390011 del Banco de Bogotá, a nombre de Eidys Campo Laboratorio Clínico, NIT 367246251, se registra con fecha de 19 de diciembre de 2007 una transacción del Departamento del Magdalena a dicha cuenta por la suma de $221.925.000. Y que en relación con el 50% del saldo del valor del contrato el estudio técnico estableció: *"Los pagos efectuados en el mes de febrero por parte del Departamento no los realizaron a la cuenta en mención y no se logró constatar el medio de pago".*

En ese mismo informe, afirma el ente acusador, se señala al detalle el estudio de mercado que se realizó en los laboratorios de Santa Marta, con el fin de establecer el valor de los servicios del contrato para la época de los hechos, y determinar si la suma pactada en él se ajustaba al valor real. Del resultado del estudio se concluyó que: (i) ninguno de los laboratorios consultados hacía capacitaciones preventivas en VIH; (ii) los pre-test no los cobran por separado, porque hacen parte de la prueba y están incluidos en el valor del test; y (iii) considerando el valor más alto relacionado por el "*Laboratorio Clínico Mariela Ospina*", el promedio del pre-test y test de VIH para el año 2007 era de $29.833.

Sumado a que en ese mismo informe contable se lograron determinar dos factores que aumentaron injustificadamente el valor del contrato: primero, *el ítem*

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

adicional de la capacitación, por el cual cobró $25.000; y, segundo, el denominado pretest, al cual se le asignó un valor de $9.500, montos que al ser multiplicado por 4000 pacientes permiten poner en evidencia un sobrecosto y, atendiendo la ausencia de prueba del cumplimiento del objeto del contrato 372 del 19 de noviembre de 2007, que la contratista Eidys Esther Campo Lacera «*se apropió de recursos públicos*»[46].

De ese modo, la Fiscalía afirma que INFANTE VERGARA con su comportamiento delictivo causó un detrimento al erario del Departamento del Magdalena por un valor de $809.251.296[47], monto que corresponde a solo a daño emergente, según informe contable de abril 3 de 2017[48], el cual fue actualizado a septiembre 5 de 2020 ascendiendo a $869.393.526,17, el que sumado al lucro cesante se calculó en $1.818.860.548,62[49].

Agregó que con el fallo del proceso fiscal emitido por la Contraloría General de la República se sancionó fiscalmente a la contratista Eidys Esther Campo Lacera y el supervisor Nilson Parodys Movilla, a quienes condenaron a pagar la suma de $484.199.515.80, por el daño patrimonial causado al Estado, se ratifica el detrimento sufrido en las arcas del Departamento del Magdalena.

---

[46] Folio 85 del memorial de los alegatos finales de la fiscalía.
[47] Folio 202 del cuaderno de la fiscalía N°3
[48] Dictamen pericial N°96162 de abril 3 de 2017.
[49] Folio 355 del cuaderno original N°2.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

Acota que el aforado decidió voluntariamente, junto con los empleados a su cargo, iniciar, suscribir y liquidar un trámite contractual, sin la observancia y el cumplimiento de los requisitos legales esenciales, revelando con este comportamiento un desprecio por la legislación de la contratación estatal.

Aduce que durante la investigación y el juicio no fue posible establecer ni hallar medios probatorios idóneos y concluyentes que dieran cuenta de que el Gobernador INFANTE VERGARA realizó control, supervisión y vigilancia efectiva sobre el trámite, celebración, liquidación y ejecución del contrato, pues no se hallaron actas, informes u oficios que den cuenta que en los supuestos consejos de gobierno el secretario de salud le informara del estado en el que se encontraba el trámite del contrato 372 de 2009 o la ejecución del mismo.

Considera al entonces Gobernador encargado INFANTE VERGARA como una persona preparada profesionalmente y con una trayectoria importante en su desempeño laboral privado como constructor, condiciones que le permitían tener pleno conocimiento de su rol como ordenador del erario y tomar las máximas precauciones en aras de preservar el cumplimiento de los principios que regulan la función contractual administrativa.

Anota que el procesado lesionó el bien jurídico protegido de la administración pública, al utilizar indebidamente las facultades derivadas de su cargo como

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

Gobernador del Departamento del Magdalena, desconociendo los deberes que le asistía de obrar con imparcialidad, pulcritud, transparencia y moralidad en su gestión, por tratarse del erario destinado al sector la salud y el servicio dirigirse a la "*población pobre en lo no cubierto por subsidio a la demanda de II Nivel de atención*".

Concluye el ente acusador sus alegaciones, señalando que el aforado conocía que su actuar era antijurídico, dado que su condición profesional lo facultaba para comprender que actuar como lo hizo, con mayor razón, siendo funcionario público versado en contratación, implicaba atentar contra intereses generales de la sociedad magdalenense a la cual estaba representando, por tanto, le era exigible en razón del ejercicio de sus funciones haber obrado en forma distinta a como lo hizo; sin embargo, decidió actuar en forma contraria a sus deberes.

5.2. Intervención de la parte civil

En términos generales el apoderado judicial de la Contraloría Departamental del Magdalena, luego de hacer referencia a los hechos jurídicamente relevantes y al análisis de la tipicidad y responsabilidad penal del enjuiciado, concluyó con una solicitud de condena penal y, como consecuencia de ello, del pago de los perjuicios materiales derivados del daño sufrido por el Departamento del Magdalena.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

En punto de la tipicidad, después de asumir como demostradas la condición de servidor público del acusado, afirma que en ejercicio de sus funciones como Gobernador y su intervención en las distintas etapas del contrato 372 de 2007 pretermitió los principios de la contratación estatal, en particular, los de selección objetiva, transparencia e igualdad[50], toda vez que se presentaron evidentes irregularidades en la fase pre-contractual, tales como que: (i) no se cumplió con el requisito que exige la presentación de mínimo dos ofertas para ser evaluadas, (ii) no fue seleccionada una persona jurídica, ni una que contara con el personal necesario y suficiente para el cumplimiento del objeto contractual y acreditara experiencia específica en el área de la salud, como tampoco que tuviera registro vigente ante el Ministerio de Salud.

En relación con la fase de liquidación asevera que INFANTE VERGARA la llevó a cabo sin el cumplimiento de los requisitos legales, dado que no tuvo en cuenta que la actividad contratada no se ejecutó de conformidad con las obligaciones adquiridas por la contratista y, aun así, contra todo pronóstico y en forma insólita se declararon a paz y salvo las partes y renunciaron a reclamaciones posteriores.

En referencia a la conducta delictiva de peculado por apropiación en favor de terceros, asegura que al suscribir el contrato N°372 de 2007, junto con el paz y salvo a pesar del no cumplimiento de las exigencias de la invitación a ofertar y de las obligaciones contractuales, *facilitó o permitió*

[50] Principios previstos en el artículo 209 de la constitución política, la Ley 80 de 1993 y el Decreto 2170 de 2002.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

que la contratista Eidys Esther Campo Lacera se apropiara de los recursos públicos, causando al Departamento del Magdalena un detrimento patrimonial de ochocientos nueve millones doscientos cincuenta y un mil doscientos noventa y seis pesos ($809.251.296).

En ese orden, concluye, al enjuiciado se le debe reprochar penalmente haber incursionado en la comisión de los delitos previstos en los artículos 410 y 397 del Código Penal con menoscabo económico del erario, por tanto, deberá pagar a la entidad territorial el daño emergente cuantificado debidamente indexado desde la fecha de los desembolsos hasta la de verificación del pago.

5.3. Intervención del Ministerio Público.

La Procuradora Delegada solicitó se profiera sentencia condenatoria en contra de FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA por el delito de peculado por apropiación en favor de terceros en calidad de coautor, y absolutoria por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, tras considerar que no existe prueba que conduzca a la certeza de su ocurrencia.

En orden a sustentar su postura, hizo una síntesis de los testimonios rendidos por el Secretario de Salud del Departamento del Magdalena Milton Cantillo Lara y su asesor Manuel Salvador Ospino, así como del Secretario General departamental Raúl Sánchez, del coordinador financiero de la gobernación Emilio Arauz Sánchez, del

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

Secretario del despacho del Gobernador José Barreneche, de la integrante del grupo de contratación estatal de la oficina jurídica de la gobernación Claudia Pricole; y del profesional universitario Fabián Granados, concluyendo de tales declaraciones que:

Primero, el contrato 372 celebrado en noviembre de 2007 "*al no ser un caso de connotación, fue tramitado por la secretaría de salud con una justificación y una necesidad que bastaba con la presentación de dos propuestas u ofertas tal como lo exigía la ley vigente para la época de los hechos*"[51], esto es, el artículo 20 del Decreto 2170 de 2002, junto con los principios de economía, planeación y responsabilidad consagrados en la legislación de contratación pública.

Segundo, la no existencia de relación alguna entre el Gobernador INFANTE VERGARA y la empresa contratista seleccionada, así como de interés alguno en que esa propuesta fuera la seleccionada.

Tercera, del acopio de los testimonios de los funcionarios departamentales se puede inferir que *"la propuesta de ONCOVHIDA MAGDALENA IPS si existió y que la misma fue escogida a través del trámite que se les daban a todos los contratos, es decir, a través del comité evaluador*"[52].

[51] Folio 1303 del cuaderno original N°7 de la SEP.
[52] Folio 1013 del cuaderno original N°7 de la SEP.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

Cuarto, los testigos "*coincidieron en afirmar que el trámite contractual consistía en una división de funciones, desde la secretaría de salud, secretaría de hacienda, secretaría jurídica y asesores del despacho del gobernador*", por tanto, pide se rechace la dolosa intención del gobernador de apartarse de la ley, porque ninguno de los declarantes afirmó haber objetado la celebración del contrato, a pesar de la participación de abogados y técnicos en el proceso contractual.

Quinta, afirma la procuradora que en cuanto a la verificación del cumplimiento de los requisitos legales de la fase precontractual y de suscripción del contrato 372 de 2007, uno de los declarantes manifestó que éste "*se tramitó en físico y no había control en su momento*"[53], por tanto, concluye que "*escapa de la órbita del gobernador INFANTE VERGARA*"[54] la inexistencia dentro del expediente de la oferta seleccionada y sus anexos, pues "*independientemente que haya sido el jefe de la entidad le era imposible estar verificando, mirando, controlando, custodiando todos los documentos que llegaban a su despacho, porque de ser así no podría cumplir con su función".*

Sexta, en lo concerniente a la fase de liquidación, concluye la delegada del Ministerio Público que no existía fundamento alguno para que el procesado se abstuviera de haber liquidado el contrato cuestionado, pues no fue advertido de ninguna irregularidad, ni existía hasta ese

[53] Folio 1304 del cuaderno original N°7 de la SEP.
[54] Ibidem.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

momento asomo de duda sobre el incumplimiento del objeto del contratado, pues en su condición de ordenador del gasto y con el fin de desempeñar a cabalidad su función debió apoyarse en su equipo de trabajo, conformado por las distintas secretarías, basado en el principio de confianza.

Así concluye la procuradora que "*ante la imposibilidad de verificar la oferta seleccionada y sus anexos no se puede predicar que en la fase precontractual se desconocieron los principios de planeación, transparencia, economía, responsabilidad y selección objetiva por parte del gobernador JOSÉ INFANTE VERGARA*"[55], por lo tanto, solicita se emita sentencia de carácter absolutoria.

Prosiguió con la *valoración probatoria* respecto del *delito de peculado por apropiación*, concluyendo que se ha logrado demostrar la materialidad de ese punible, por las siguientes razones:

En primer lugar, porque en el sumario reposa prueba documental y testimonial indicativa de que no se ejecutó el objeto del contrato, al punto que al contrastar unos listados de presuntos pacientes atendidos con los testimonios de ciudadanos escogidos aleatoriamente por esta corporación, tales como Otilia Rosa Salina, Gilberto Gutiérrez Serrano, Rosmira de las Mercedes Castro, Roberto David Calderón y Pedro Ardila Luna, manifestaron que no les fue realizado el examen de VIH ni haber estado en ningún programa parecido.

[55] Folio 1305 del cuaderno original N°7 de la SEP.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

Segundo, afirma que el entonces Gobernador INFANTE VERGARA, en su calidad de ordenador del gasto del Departamento del Magdalena, al momento de autorizar el pago a la contratista a finales de 2007 debió constatar el cumplimiento de ese negocio jurídico, empero como omitió realizar tal control y supervisión, ésta se apropió de cuatrocientos cuarenta y tres millones ochocientos cincuenta mil pesos ($443.850.000), tal como se evidencia a partir de las tres órdenes de pago que obran en el expediente.

Considera la Procuradora delegada que es un hecho desafortunado y lamentable que en el presente asunto el interés privado haya prevalecido sobre el general, y que así los recursos del Estado se hubieran desviado, hecho que tiene su origen en la falta de control y supervisión por el entonces Gobernador INFANTE VERGARA, al haberse apartado de hacer respetar los principios de contratación estatal y de salvaguardar el erario.

Luego de destacar que el tipo penal de peculado por apropiación a favor de terceros "*es calificado como de infracción del deber, en donde el fundamento de su autoría radica, más que en un dominio del hecho, en la infracción de los deberes en que incurre el agente, y que trae como consecuencia la realización de la conducta punible*"[56], solicita se profiera sentencia condenatoria en contra del acusado por considerar incumplió los deberes y

[56] Folio 1307 del cuaderno original N°7 de la SEP.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

atribuciones consagradas a su cargo en el artículo 305 de la constitución política.

5.4. Intervención de la defensa técnica

En lo que respecta al cargo por contrato sin cumplimiento de requisito legales, la tesis defensiva principal apunta a demostrar que se configura la atipicidad objetiva, toda vez que el comportamiento de FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA no se adecúa en el verbo rector omisivo de "*tramitar sin la observancia de requisitos legales esenciales o celebrarlo o liquidarlo sin verificar el cumplimiento de los mismos"*, ni creó un riesgo jurídicamente desaprobado para el bien jurídico de la administración pública, necesario para la imputación objetiva del resulto, pues obró bajo el principio de confianza legítima en las actuaciones de sus subordinados.

En cuanto a la tesis defensiva subsidiaria, sostiene que en el acusado no concurre el elemento cognitivo del dolo derivado de un error de tipo invencible, al haber creído que con las actuaciones que realizó se satisfacían plenamente sus deberes de verificación del cumplimiento de requisitos legales en todas las etapas del contrato 372 de 2007 y porque creyó que estos se cumplieron en cada una de ellas.

Y, finalmente, como tesis alternativa hace referencia a la duda razonable, pues afirma que la Fiscalía ha pretendido resolverla en contra del acusado para suplir las deficiencias de la investigación, derivadas del paso del

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

tiempo y la pérdida de la información por una gestión documental antitécnica por parte del archivo de la Gobernación del Magdalena.

En orden a desarrollar la enunciada tesis principal, la defensa estima haber aportado varios documentos durante el traslado del artículo 400 de la Ley 600 de 2000, entre ellos las propuestas presentadas "*por Eidys Campo Lacera gerente de EIDYS CAMPO LABORATORIO CLÍNICO IPS (14 de septiembre de 2007), Elva Rosa Bolaño Campo gerente de DX SALUD IPS (12 de septiembre de 2007) y Andrea Lucila Martínez Páez gerente de ONCOVIHDA MAGDALENA IPS LTDA (10 de septiembre de 2007)",* precisando que "*no le consta el origen y autenticidad de los mismos"*, pues "*Milton Cantillo Lara, secretario de salud departamental de la época se los entregó a FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA"*[57].

Considera demostrado en el presente caso su defendido cumplió el requisito previsto en el artículo 20 del Decreto 2170 de 2002, referido a que la Gobernación del Magdalena obtuviera por lo menos dos ofertas de personas naturales y jurídicas que prestaron este tipo de servicios y que se encontraron inscritas en el registro especial del Ministerio de Salud en lo referente al contrato N°372 de 2007, por lo que no se desconoció ningún requisito legal y no se vulneró el principio de selección objetiva, con base en las siguientes cinco (5) pruebas:

[57] Folios 1150 y 1151 del cuaderno original N°6 de la SEP.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

La testigo Andrea Lucila Martínez Páez reconoció haber trabajado en ONCOVIHDA MAGDALENA IPS hasta el año 2008, fecha posterior a la de presentación de la oferta, que en su rol de representante legal presentaba ofertas de este tipo a nombre de la sociedad y que el certificado expedido por la Cámara de Comercio de 21 de agosto de 2020 hacía constar que ella ya era la representante legal para el 10 de septiembre de 2007, fecha de presentación de la oferta ante la Secretaría de Salud, por lo que concluye la defensa que la citada empresa sí presentó una oferta de servicios de salud para ser seleccionada como contratista.

Eidys Esther Campo Lacera confirma que ella sí presentó la oferta como representante del IPS Eidys Campo Laboratorio Clínico, junto con los documentos que la Gobernación del Magdalena exigía.

Precisó, que tras exhibírsele la oferta calendada 14 de septiembre de 2007, documentos aportados por la defensa durante el traslado del artículo 400 de la Ley 600 de 2000, la testigo Campo Lacera los reconoció y afirmó que faltaban algunos otros que presentó, entre ellos, su cédula de ciudadanía, el certificado del registro único tributario (RUT), las pólizas y el permiso de la Secretaría de Salud.

Tercera prueba, durante la inspección judicial realizada el 8 de abril de 2022 a la sede del archivo de la Gobernación del Magdalena, se obtuvo la carpeta del contrato de prestación de servicios N°372 de 2007, que

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

consta de 95 folios y que revisado cada uno se encontró copia de la propuesta presentada por Andrea Lucila Martínez Páez en representación de ONCOVIHDA MAGDALENA IPS LTDA.

Cuarta prueba, destaca que el testigo Edwin Jesús Padilla Cabrera, profesional especializado del área de gestión documental del Departamento del Magdalena, "*precisó que entre ese fondo documental acumulado que no cumplía con las reglas y principios generales de la función archivística del Estado (Ley 594 de 2000), se encontraba la carpeta del contrato 372 de 2007"*[58].

Y esa prueba testimonial, afirma la defensa, debe valorarse atendiendo lo dispuesto en el Manual de Organización de Fondos Documentales Acumulados, en el cual señala que "*fondos acumulados son documentos reunidos por una entidad en el transcurso de su vida institucional sin un criterio archivístico determinado de organización y de conservación*"[59].

De esa manera arguye que la ausencia de documentos del trámite y ejecución del contrato 372 de 2007 se origina en la "*situación de desidia institucional histórica*" de la gobernación del Magdalena, conforme lo declara el testigo Padilla Cabrera, sin que pueda esta negligencia atribuirse a su defendido INFANTE VERGARA, por haber este

[58] Folio 1154 del cuaderno original N°6 de la SEP.
[59] Folio 1156 ibidem.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

desempeñado el cargo de gobernador por tan solo seis (6) meses.

Añade que Padilla Cabrera afirmó haber revisado la plataforma *INFODOC* con el fin de constatar que envió al policía judicial Arley Alvarado Villa la respuesta 20179734 de 28 de marzo de 2017, en la cual informa que tras revisar "*el expediente del contrato 372 de 2007 no se encontró la propuesta presentada por Eydis Esther Campo Lacera"*[60].

Destaca la defensa que Padilla Cabrera respondió la solicitud formulada por la Fiscalía, la cual versaba exclusivamente sobre la oferta de Eydis Esther Campo Lacera y no respecto de la presentada por Andrea Lucila Martínez Páez, como representante legal de ONCOVIHDA MAGDALENA IPS LTDA.

Sin embargo, en punto de la oferta de Andrea Lucila Martínez Páez, en representación del IPS ONCOVIHDA MAGDALENA, el testigo Edwin Jesús Padilla Cabrera manifestó no haber observado ese documento en la carpeta digital de gestión documental de la gobernación, porque su función era la de *recibir la consulta en el archivo central y trasladarla a quien le correspondiera*[61], en ese caso a la oficina de asesoría jurídica.

Quinta prueba, refiere que el testigo Milton Cantillo Lara también evidenció que en la información del

[60] Folio 1155 ibidem
[61] Ibidem

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

expediente contractual que le pusieron de presente no se encontraba el acta que el comité evaluador de las propuestas, conformado por Manuel Salvador Ospino y Emilio Araos Sánchez, envió al gobernador INFANTE VERGARA para comunicarle la verificación y selección de la propuesta a partir de una evaluación jurídica y financiera.

En lo que atañe a esa acta, agrega la defensa, que según el dicho de Cantillo Lara: (i) en su contenido se relacionaban las tres las propuestas que evaluó el comité, la de ONCOVIHDA MAGDALENA IPS LTDA, la de DXSALUD IPS LTDA y la del IPS EIDYS CAMPO LABORATORIO CLÍNICO; y (ii) que él lo único que hizo fue redactar el oficio dirigido al gobernador INFANTE VERGARA para comunicarle que el comité había seleccionado una propuesta y trasladarle como anexo el acta del comité evaluador de 28 de septiembre de 2007, llamándole la atención que en la acusación tan solo se enuncia la existencia del oficio, mas no el acta.

Afirma que de las cinco pruebas previamente reseñadas es posible advertir que el comité evaluador "*ponderó conforme a criterios técnicos*" la oferta presentada por el IPS Eidys Campo Laboratorio Clínico y "*verificó que cumpliera todos los requisitos*" establecidos en la ley y los consignados en el pliego de condiciones, dictaminando ese grupo integrado por expertos en contratación estatal que esa propuesta cumplía con las condiciones de la invitación.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

Precisa que el jurídico de la Secretaría de Salud Manuel Salvador Ospino y el jefe financiero Emilio Araos, integrantes del comité evaluador, a quienes les correspondía determinar que los contratistas elegidos cumplieran con todos "*los términos de referencia y los requisitos legales*"[62], fueron los que elaboraron el informe de evaluación de las propuestas, y lo pasaron al secretario de salud Milton Cantillo Lara, siendo cada uno ellos, en su rol de asesores y "*con su firma, los que le certificaron al gobernador que la oferta seleccionada cumplía todos requisitos y era la más favorable a los intereses del departamento del Magdalena*"[63].

Así, arguye que su defendido tan solo actuó "*confiando legítimamente*"[64] en lo dispuesto por los integrantes de un comité de evaluación, esto es, en expertos que lo asesoraban en "*un asunto que excedía la competencia y conocimiento específico*" de FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA, pues este es un ingeniero civil de profesión, mientras que el contrato 372 de 2007 versa sobre un tema de salud pública. Precisó al respecto:

Que INFANTE VERGARA con su conducta no creó un riesgo jurídicamente desaprobado para el bien jurídico de la administración pública, pues él podía esperar legítimamente que los funcionarios del comité evaluador cumplieran su rol con responsabilidad, pues estaba integrado por Manuel Salvador Ospino, un profesional

[62] Folio 1158 del cuaderno original N°6 de la SEP.
[63] Ibidem
[64] Folio 1159 ibidem.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

jurídico experto en contratación estatal y Emilio Araos Sánchez un profesional financiero adscritos a la Secretaría de Salud, y con base en esa creencia actuó, «*máxime cuando el secretario de salud Milton Cantillo Lara, que era la persona que en la práctica estaba en la posibilidad de advertir algún tipo de irregularidad en el trámite de esta etapa, nunca le informó de alguna sospecha de incompetencia, error o dolo*»[65].

Relieva la defensa que la mayoría de los requisitos que la Fiscalía le reprocha a su defendido haber omitido en la etapa precontractual son de tipo contractual, siendo tan solo uno de carácter "*legal esencial*", referido a la *"omisión en la cantidad de propuestas"* que debían ser evaluadas por la gobernación, respecto de la cual en el *"juicio se demostró que se presentaron y evaluaron las tres*"[66] ofertas exigidas por la normativa especial.

Y en cuanto a los demás requisitos esenciales legales, arguye que el exgobernador veló por la realización de los principios de selección objetiva, transparencia, igualdad y responsabilidad a través de los siguientes actos:

«- Designación de una persona experta, capacitada e idónea como Secretario de Salud (Milton Cantillo Lara, médico especialista en administración de salud con amplia experiencia) para que dirigiera la cartera y coordinara y controlara la aplicación de las normas y proyectos del sector salud, conforme al manual de funciones del cargo.

- Verificación de que existiera un Comité Evaluador de las propuestas, que estuvo conformado por un abogado experto en

[65] Folio 1162 del cuaderno original N°6 de la SEP.
[66] Folio 1163 del cuaderno original N°6 de la SEP.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

contratación estatal y un profesional en finanzas, ambos pertenecientes a la dependencia técnica correspondiente.»[67]

En relación con los hechos de la acusación frente a la fase de suscripción del contrato, refiere brevemente lo dicho en la fase de juicio por los siguientes testigos: (i) el secretario privado de la gobernación José Eduardo Barreneche Ávila; (ii) el profesional universitario Fabián Granados Codina; (iii) la abogada de la oficina jurídica departamental Claudia Pricole, (iv) el jefe de la oficina jurídica Paul Correa Silva, (v) el secretario general de la gobernación Raúl Enrique Sánchez Varela, y (iv) el secretario de salud Milton Cantillo Lara, concluyendo que:

"*se advierte que en el proceso intervinieron al menos cuatro profesionales jurídicos que le certificaron que habían revisado los documentos y establecido que ese proceso de contratación cumplía con todos los requisitos legales y requeridos en los términos de referencia de los pliegos de condiciones. Tras esta cadena de revisiones y aprobaciones por parte de los funcionarios competentes, frente a los que se espera que se comporten en cumplimiento de sus deberes funcionales y acatando el principio de autorresponsabilidad, Francisco José Infante Vergara en su condición de gobernador podía confiar de buena fe en la información que sus subalternos le dieron sobre el contrato 372 de 2007, que no fue otra que el cumplimiento riguroso de los requisitos. En esa medida, se estima que el gobernador Francisco José Infante Vergara al celebrar el contrato 372 de 2007 verificó el cumplimiento de los requisitos legales esenciales, pues empleó cuidadosamente todos los controles de que disponía y atendió la información que funcionarios idóneos le brindaron sobre el trámite del contrato*"[68].

Frente a la etapa de liquidación del contrato, la resolución de acusación atribuye al acusado haber faltado a sus deberes de vigilancia, control, supervisión y cuidado

[67] Folio 1163 del cuaderno original N°6 de la SEP.
[68] Folios 1169 a 1170 ibidem

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

como ordenador del gasto, porque liquidó el contrato 372 de 2007 sin que se hubiera cumplido lo pactado. Es decir, declaró a "*paz y salvo a la contratista*", luego de omitir advertir que la actividad contratada no se ejecutó de conformidad con las obligaciones adquiridas por ésta.

Al respecto, la defensa aduce que durante la fase de instrucción se recolectaron múltiples pruebas que "*informan se ejecutó el contrato y que la contratista entregó a la gobernación del Magdalena y a la contraloría soportes de ello*", tales como:

> *"1. Veinte (20) AZ, correspondiente a órdenes de servicios, copia de resultado de laboratorio y pre test VIH. /2. Una (1) carpeta con informe de la actividad./ 3. Una (1) carpeta con soporte de costos por cuentas de cobro de profesionales, de contrataciones de publicidad y alquiler y copia de recibos de caja menor de gastos de alimentación, transporte y estadía. / 4. Listado de relación de pacientes atendido por municipios."*[69]

Añade la defensa a las previamente listadas cuatro pruebas documentales, "*el fallo absolutorio de 18 de marzo de 2015 proferido por la contraloría delegada para investigaciones, juicios fiscales y jurisdicción coactiva de la gerencia departamental*".

En cuanto al primer reproche que se le hace al aforado por haber variado el ámbito territorial en que se debió ejecutar el contrato 372 de 2007, arguye que esa modificación atendió a la propuesta realizada por el supervisor del contrato Nilson Parodys y el médico auditor

[69] Afirmación de la defensa obrante a folios 1173, 1174 y 1176 del cuaderno original 6 de la SEP.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

Miguel Aguilar Sequea, siendo el responsable el secretario de salud Milton Cantillo Lara, por ser el superior jerárquico y nominador de aquellos, el cual a la postre "*nunca le informó"* al gobernador INFANTE VERGARA "*sobre algún hecho o circunstancia que le llevara a dudar de la probidad o idoneidad del supervisor del contrato, por lo que su convencimiento"* sobre la idoneidad del funcionario a cargo *"no sufrió ninguna alteración durante el devenir contractual"*.

Respecto al segundo de los reproches atribuidos a su defendido, "*referido al procedimiento aplicado por la contratista para la convocatoria de la población interesada, toma y procesamiento de muestras"*, arguye la defensa que los funcionarios de los hospitales de los municipios en los que se practicaron las pruebas dieron respuesta a la solicitud de información sin comprender el sentido de esa petición[70].

Seguidamente, afirma que la no existencia de constancia o prueba documental que el supervisor del contrato hubiera elaborado informes parciales sobre la ejecución del contrato que materialicen su labor de inspección y control, obedece a "*que el expediente contractual no es una fuente fiable pues en el juicio se demostró que estaba incompleto, probablemente a causa de la pobre gestión documental del archivo de la gobernación para esa época."*[71]

[70] Folio 1174 del cuaderno original 6 de la SEP.
[71] Folio 1176 del cuaderno original 6 de la SEP.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

Relieva que durante la fase del juicio se practicaron una serie de declaraciones juramentadas de personas a las que, según información presentada por la contratista, se les practicó el tamizaje de VIH, sin que los jueces de los municipios de residencia de los testigos citaran a la defensa y al procesado a tales diligencias, a pesar de que esta Sala *"les había remitido"* a tales autoridades judiciales *"los datos de contacto de los sujetos procesales con este propósito"*[72]*,* razón por la que alega la vulneración a la defensa del derecho de «*contradicción*».

En punto del delito de peculado por apropiación a favor de terceros, afirma que la Fiscalía para determinar la materialidad de la conducta punible relaciona como prueba las órdenes de pago del anticipo y del saldo final e introduce "*la especulación de que la contratista incumplió la obligación contractual de abrir una cuenta bancaria conjunta con la gobernación del Magdalena para el manejo del anticipo",* a pesar de que existe, afirma la defensa, "*una certificación expedida por Adriana Rodríguez Ramírez en calidad de gerente del Banco de Bogotá que señala que la cuenta tiene firma conjunta registrada con el señor Milton Cantillo Lara"*, quien fungía como secretario de salud.

Refiere que el monto del detrimento al erario se estableció en $809.251.296, mediante un dictamen pericial practicado en la fase de instrucción, el cual se ordenó actualizar en la fase de juzgamiento, que comprende el daño emergente derivado del pago del contrato

[72] Folio 1177 del cuaderno original 6 de la SEP.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

($443.850.000) y un presunto mayor valor injustificado de la oferta seleccionada ($98.666.667), razón por la que solicita se tenga en cuenta "*la objeción que por error grave*" presentó en contra de este último, al "*haberse incluido un perjuicio que no fue objeto de la acusación, como es el caso del lucro cesante*"[73].

Seguidamente, luego que la defensa cita fragmentos de la jurisprudencia de esta corporación respecto del principio de confianza, entre ellas la sentencia de marzo 17 de 2022, SEP025-2022, para seguidamente afirmar que "*en el juicio se probó que el exgobernador INFANTE VERGARA verificó el cumplimiento de los requisitos legales esenciales en las fases precontractual, de celebración y liquidación del contrato 372 de 2007*", y que *"cumplió con su deber legal de instruir, vigilar, controlar y corregir el proceder de los funcionarios que intervinieron en cada una de las etapas"*.

La defensa demandó la absolución del acusado bajo el entendido que actuó bajo un error de tipo invencible, es decir, bajo el convencimiento que estaba liquidando el contrato 372 de 2007 con pleno cumplimiento de los requisitos legales esenciales, siendo imputable el resultado a los funcionarios que falsearon la realidad contractual e indujeron en error al gobernador, toda vez que estaba autorizado a confiar en la gestión realizada por sus subordinados conforme el principio de confianza.

73 Folio 1177 del cuaderno original 6 de la SEP.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

Sostiene que INFANTE VERGARA en el corto periodo de tiempo que ejerció el cargo de gobernador (6 meses) desplegó todas las acciones de que disponía para orientar, verificar y controlar las acciones de sus subordinados, desde designar en la secretarías a profesionales que cumplían con los criterios de formación, conocimiento y experiencia e idoneidad, hasta mantener una comunicación constante con el secretario de salud y su asesor jurídico, sumado a la realización de consejos de gobierno en los que requería información y explicaciones puntuales de los proyectos adelantados por esta área, sin que en ninguna de esas oportunidades se le hayan advertido circunstancias constitutivas de culpa o dolo que le llevaran a dudar de los funcionarios que integraban el comité evaluador o del supervisor del contrato, en quienes, resalta, "*sí se concentran los reproches de la fase precontractual y de liquidación"*, respectivamente.

Insiste en detallar lo que denomina los "*numerosos hechos generadores de confianza en el gobernador FRANCISCO INFANTE*", entre los cuales lista:

- La existencia de un comité evaluador de las propuestas integrado por funcionarios técnicos como un asesor jurídico y un coordinador financiero.

- El aval que este comité dio a la oferta seleccionada por haber superado las evaluaciones realizadas, relacionadas con el cumplimiento de los requisitos legales y de los términos de referencia de al convocatoria.

- Concepto favorable de la oficina asesora jurídica para la firma del contrato, que constaba de dos vistos buenos de abogados, la funcionaria Claudia Pricoli y el asesor jurídico Paul Correa.

- La revisión por parte de los asesores de su despacho.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

- Que para la supervisión de la ejecución del contrato se designó al funcionario que ostentaba el cargo de Coordinador de Salud Pública de la Secretaría Salud.

- Que los informes del supervisor no denotaban alguna irregularidad, ejecución incompleta o parcial del contrato.

- Que el Secretario de Salud nunca le notificó de alguna anomalía en la ejecución del contrato, por el contrario, le informó que todo marchaba bien conforme a la información que recibía del supervisor, quien debía verificar directamente la ejecución. Tampoco tenía algún motivo para dudar de la idoneidad de los funcionarios de la Secretaría de Salud porque su Secretario, que era la persona que en la práctica estaba en la posibilidad de advertir algún tipo de irregularidad en la celebración del contrato, nunca le informó de algún suceso sospechoso, error o dolo.

-Que el supervisor certificó que el contrato se había ejecutado en un 100% y que había recibido a satisfacción la prestación del servicio por parte de la contratista.[74]

Concluyó que no es posible atribuirle a FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA las conductas de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación a favor de terceros, toda vez que no creó jurídicamente un riesgo desaprobado para el bien jurídico tutelado, en la medida en que intervino en las distintas etapas contractuales amparado por el principio de confianza, y solicita para ello se tenga en cuenta que: *(i) el aforado no es abogado,* (*ii) ni tenía formación ni experiencia específica en el campo de la contratación estatal*, razones por las que requería de la asistencia del personal jurídico de la gobernación y, seguidamente, enfatiza en la inexistencia de prueba documental o testimonial indicativa de que su defendido sugiriera a sus subordinados favorecer a un oferente determinado.

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA

[74] 1183 y 1184 del cuaderno original 6 de la SEP.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

6.1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2018 y el artículo 235, numeral 5° de la Constitución Política, la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia es competente para emitir sentencia contra gobernadores, y aunque FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA no ostenta en la actualidad tal calidad, el fuero que lo ampara se mantiene en tanto la conducta descrita en la resolución de acusación guarda relación con el cargo que desempeñó como gobernador encargado del Departamento del Magdalena, desde el 26 de junio al 31 de diciembre de 2007.

Sobre la calidad foral se debe indicar que a través del Decreto 2354 del 25 de junio de 2007 expedido por el Ministerio del Interior y de Justicia fue designado gobernador encargado del Departamento del Magdalena, tomando posesión del cargo al otro día ante el Tribunal administrativo del citado territorial, culminando su periodo el 31 de diciembre de 2007, según el certificado 0587 de 8 de noviembre de 2010 de esa entidad. En vista de lo anterior y según las propias manifestaciones del aforado, en tal condición suscribió el contrato 372 de 19 de noviembre de 2007, el cual es materia de análisis en este juicio.

6.2. Requisitos para condenar

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

Conforme a lo normado por el artículo 232 del Código de Procedimiento Penal de 2000, a diferencia del grado de conocimiento que la ley exige para imponer medida de aseguramiento o proferir resolución de acusación, para dictar sentencia condenatoria se requiere que concurra al proceso la prueba suficiente que trasmita al juzgador la certeza de las categorías de la conducta típica y de la responsabilidad del procesado.

La ley reclama, además, que el acervo probatorio sea valorado en su integridad de cara a los postulados de la sana crítica, ellos son: la lógica, las máximas de la experiencia y las ciencias, y los conocimientos científicamente afianzados, asignándole siempre razonadamente a cada medio de prueba el mérito que le corresponda, a fin de determinar las condignas consecuencias jurídicas[75].

Ahora bien, es relevante precisar que la Sala abordará el estudio de los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación a favor de terceros, en los términos previstos en los originales artículos 410 y 397 de la Ley 599 de 2000, sin considerar el aumento punitivo establecido en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, en aras de garantizar los *principios de congruencia, confianza legítima*, *lealtad* y *seguridad jurídica*, por las razones que se expondrá a continuación.

[75] Artículo 238 Ley 600 de 2000.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

Es cierto que, conforme lo ha señalado la Corte Constitucional, por regla general la aplicación del precedente debe ser inmediata, sin embargo, cuando el cambio de jurisprudencia puede afectar derechos fundamentales, el juez de conocimiento como excepción a tal regla puede inaplicar un criterio jurisprudencial en vigor al momento de proferir el fallo. En tal sentido ha precisado la referida Corporación lo siguiente:

(…) la autoridad judicial tampoco puede pasar por alto que, en ciertos escenarios concretos, la actuación de los sujetos procesales pudo estar determinada por la jurisprudencia vigente para entonces, por lo que el fallador, al momento de proferir su decisión, debe establecer, a partir de una análisis fáctico, si el cambio de jurisprudencia resultó definitivo en una posible afectación de derechos fundamentales al modificar las reglas procesales con base en las cuales, legítimamente, habían actuado los sujetos procesales y, en este sentido, el juez de conocimiento puede, como excepción a la regla general de aplicación de la jurisprudencia, inaplicar un criterio jurisprudencial en vigor al momento de proferir el fallo, pero contrario a uno anterior que resultó determinante de la conducta procesal de las partes[76].

En este orden, relevante resulta recordar que el viraje jurisprudencial de la Corte el 21 de febrero de 2018 (SP379-2018, radicado 50472), respecto de la aplicación de la Ley 890 de 2004 a aforados constitucionales fue la postura asumida por la Sala de Casación en proveído de 6 de diciembre de 2017 (AP8413-2017, radicado 50969) en el cual abordó el asunto de la posibilidad de aplicar el *principio de oportunidad* a los procesados por la Ley 600 de 2000. Es decir, la Corte allí dio viabilidad a la aplicación de dicho principio a cambio de una información significativa y

[76] CC, Sentencia SU 406 de 2016.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

eficaz, postura que reiteró en auto de 7 de septiembre de 2018 (AP3847-2018, radicado 50969).

En dicho contexto, los aforados constitucionales procesados por la Ley 600 de 2000 se podían acoger a los beneficios por colaboración eficaz en las fases previas antes de ser condenados. No obstante, para acceder a los beneficios previstos en el inciso segundo del artículo 323 de la Ley 906 de 2004 era necesario que se acogieran antes de la audiencia de juzgamiento.

Ahora, debe precisarse que en la sentencia de 21 de febrero de 2018 (SP379-2018, radicado 50472), la Sala de Casación retomó la postura vigente entre 2005 y 17 de enero de 2012, en cuanto a la viabilidad de la aplicación del incremento punitivo de la Ley 890 de 2004 en casos de Ley 600 de 2000 para los hechos acaecidos bajo su vigencia, o sea, a partir del 1 de enero de 2005.

Al respecto señaló que los aforados constitucionales acogidos a *sentencia anticipada* podían beneficiarse de los descuentos punitivos previstos para *allanamientos* en la Ley 906 de 2004, *siempre y cuando* la petición se hiciera en la oportunidad prevista en el artículo 40 de la Ley 600[77], caso en el cual debía aplicarse igualmente el incremento del artículo 14 de la Ley 890.

No obstante, si bien aplicó la disminución de pena de la Ley 906 para el *allanamiento a cargos*, no hizo lo propio

[77] El lapso previsto para solicitar *sentencia anticipada* es a partir de la indagatoria hasta antes de la ejecutoria del cierre de investigación.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

con el incremento punitivo de la citada legislación arguyendo que para el momento de la aceptación de cargos por sentencia anticipada *se encontraba vigente el criterio jurisprudencial anterior que propendía por la inaplicación del artículo 14 de la Ley 890 de 2004 a casos tramitados por Ley 600*.

Empero, en la sentencia de 21 de enero de 2020 (SP095-2020, radicado 51795), la Sala de Casación Penal dijo que *no es posible aplicar por favorabilidad los porcentajes de descuento que por allanamiento a cargos contempla la Ley 906 de 2004 a casos seguidos dentro de los lineamientos de la Ley 600 de 2000, en la que se consagra la sentencia anticipada, porque a más de no tratarse de dos institutos asimilables*, dado que el primero hace parte del régimen de preacuerdos y debe examinarse de manera integral con estos y sus consecuencias, que no tiene referente en la Ley 600, *también su aplicación iría aparejada de los incrementos dispuestos por la Ley 890 de 2004.*

Esta postura fue modificada por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 17 de julio de 2024 (SP1845-2024, radicado 65949) al señalar que en el caso concreto allí estudiado era viable que los procesados al acogerse a la sentencia anticipada (art. 40 Ley 600 de 2000) por vía del *principio de favorabilidad* sean acreedores del descuento del artículo 351 de la Ley 906 de 2004, pues cuando pusieron de manifiesto su voluntad de *aceptar cargos* (24 de octubre

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

de 2022), la doctrina imperante de la Corte era la plasmada en la sentencia de 21 de febrero de 2018 (SP379-2018).

De aquí en adelante se ha mantenido la misma línea jurisprudencial en el sentido de que el incremento de la Ley 890 se aplica a congresistas y otros aforados que: *(i)* estén siendo investigados y juzgados por la Ley 600 de 2000; *(ii)* los hechos hayan sido cometidos a partir de 1 de enero de 2005; *(iii)* hubieran tenido la ocasión de solicitar la aplicación del principio de oportunidad, y se haya dado a conocer en la acusación.

En síntesis, la aplicación del artículo 14 de la Ley 890 de 2004, ha atravesado diferentes épocas en la jurisprudencia nacional, cuya imposición a casos de Ley 600 de 2000 ha estado sometida a diferentes criterios y cambios: *(i*) un primer período de 2005 a 17 de enero de 2012, en el que se ligó su aplicación a la entrada en vigencia de la Ley 906 de 2004; *(ii)* un segundo período de 18 de enero de 2012 a 21 de febrero de 2018 que determinó que la Ley 890 era aplicable únicamente donde rigiera el sistema de Ley 906 de 2004, exceptuando los procesos regidos por la Ley 600 de 2000; *(iii)* tercer periodo a partir de 22 de febrero de 2018, en el que se hace distinción entre aforados y no aforados. El aumento de penas fijado por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004 aplica tanto para casos adelantados por la Ley 906 como por la Ley 600 para hechos cometidos con posterioridad al 1º de enero de 2005, salvo las excepciones que la misma Ley 890 contempla en su artículo 15.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

Ahora, en las sentencias de 15 de marzo de 2023 y 31 de marzo de 2024[78](SP089-2023 y SP084-2024, radicados 59034 y 63725), si bien la Sala de Casación dijo reiterar la jurisprudencia vigente desde el 21 de febrero de 2018 sobre la viabilidad de dar aplicación al incremento de penas previsto en la Ley 890 de 2004 a procesos regidos por la Ley 600 de 2000, también señaló que para ello era necesario verificar que: *i)* la conducta haya sido cometida con posterioridad a 1 de enero de 2005; *ii)* la sentencia haya sido adoptada con posterioridad a febrero 21 de 2018, *salvo que antes de esa fecha el procesado hubiera aceptado los cargos formulados*[79]; *iii)* La imputación jurídica contenida en la resolución de acusación haya hecho expresa mención del *quantum* punitivo debidamente incrementado.

En esos pronunciamientos consideró la Sala de Casación que para dar aplicación al incremento del artículo 14 de la Ley 890 de 2004 a los casos tramitados por la Ley 600 de 2000, *lo relevante y trascendente es verificar si al procesado le fue puesto de presente, de manera oportuna y expresa, el monto de la pena a la que podría enfrentarse en caso de condena*[80], pues ese conocimiento le permite al procesado determinar tanto su conducta procesal como su estrategia de defensa, de suerte que pueda contemplar anticipadamente la alternativa de beneficios por colaboración eficaz regulados en los códigos procesales coexistentes.

---

[78] De las que la Sala de Casación se apartó en SP339-2023, radicado 64824 de 21 de febrero de 2024. CSJ. AP2682-2018, radicado 48509; AP2985-2018, radicado 44730.

[80] Cfr. SEP089-2023.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

Por consiguiente, si en las oportunidades en las que era procesalmente viable acceder a rebajas de pena a cambio de colaboración con la justicia, el marco punitivo de referencia atribuido ya contemplaba el aumento previsto por la Ley 890 de 2004, ello se constituye en una realidad procesal que hace viable tener en cuenta dicho aumento para efectos de la pena imponible.

En otros términos, si en la resolución de acusación la Fiscalía atribuyó al procesado las disposiciones jurídicas violadas con el incremento de la prenombrada normatividad y éste tuvo la posibilidad de acceder a beneficios por colaboración, es procedente la aplicación de dicho aumento, de lo contrario no, porque lesionaría los *principios de buena fe, confianza legítima, seguridad jurídica* e *igualdad material.*

Siguiendo la jurisprudencia de la Sala de Casación, a partir de las decisiones SEP0046-2022 y AEP056-2022, radicado 28016 y radicado 40647, respectivamente, esta Sala ha sido del criterio de que para aplicar la jurisprudencia inmediatamente se ha de verificar:

(i) que los hechos hayan ocurrido después del 1° de enero de 2005, teniendo en cuenta la progresividad en la entrada en vigencia de Ley 906 de 2004, (ii) que el procesado haya tenido la posibilidad de acogerse a los beneficios por colaboración eficaz durante el trámite de la actuación y, (iii) que la aplicación inmediata del nuevo criterio jurisprudencial no afecte derechos y garantías fundamentales a los sujetos procesales, conclusión a la que se llegará tras hacer un estudio en cada caso en particular, de suerte que si se vulneran derechos como

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

la buena fe, la confianza legítima[81], la seguridad jurídica y el derecho a la igualdad[82], no se procede su aplicación.

En la AEP056-2022 en el proceso adelantado contra un congresista seguido por la Ley 600 de 2000, la Sala no impuso el incremento de la Ley 890 de 2004, a pesar de tratarse de hechos de 2009 (posteriores a 1 de enero de 2005) y haber tenido el investigado la posibilidad de acogerse a los beneficios por colaboración eficaz de la Ley 906 de 2004, porque de haberse aplicado *inmediatamente* la jurisprudencia vigente (CSJ. SP379-2018, radicado 50472 de 21 de febrero de 2018), se hubieran lesionado los *principios de buena fe*, *confianza legítima*, *seguridad jurídica* e *igualdad material* del acusado, puesto que en las etapas anteriores al juicio (situación jurídica, resolución de acusación y solicitud de prescripción) no se hizo mención del incremento de la Ley 890 de 2004, por tanto, concluyó: *aplicarlo atentaría contra dichos principios al no respetarse el marco punitivo que tuvo en consideración para la toma de dichas decisiones*.

Para la Sala la omisión de poner de presente el incremento en dichas decisiones generó en el procesado la seguridad de que las reglas punitivas le serían respetadas en el juicio y probablemente incidieron en su estrategia

---

[81] Corte Constitucional SU-406 de 2016.
[82] Corte Constitucional T-030 DE 2017: *La Corte ha determinado que la **igualdad** es un concepto multidimensional pues es reconocido como un principio, un derecho fundamental y una garantía. De esta manera, la igualdad puede entenderse a partir de tres dimensiones: i) formal, lo que implica que la legalidad debe ser aplicada en condiciones de igualdad a todos los sujetos contra quienes se dirige; y, ii) material, en el sentido garantizar la paridad de oportunidades entre los individuos; y, iii) la prohibición de discriminación que implica que el Estado y los particulares no puedan aplicar un trato diferente a partir de criterios sospechosos construidos con fundamento en razones de sexo, raza, origen étnico, identidad de género, religión y opinión política, entre otras.*

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

defensiva, de tal manera que imponerle *a posteriori* un incremento adicional arrasaría con la confianza puesta en las decisiones judiciales no solamente suya, sino de la comunidad jurídica y la sociedad en general, con mayor razón si éstas provienen del máximo tribunal de justicia ordinaria, que tiene entre uno de sus fines la *unificación* de la jurisprudencia, lo que por demás, socavaría la *igualdad material* que implica que los asuntos similares sean definidos del mismo modo por los jueces.

Sobre el *principio de igualdad* (CSJ. SEP00046-2022 *ibidem)*, la Sala, citando la SU-406 de 2016 de la Corte Constitucional, en un caso similar, sostuvo que la realización de la *igualdad material* en la administración de justicia exige que el precedente no ha de aplicarse de forma automática e irreflexiva, de manera que, si por un lado, ante casos semejantes debe darse el mismo tratamiento legal, por el otro, frente a casos distintos se dé un trato diferenciado cuando ello resulte razonablemente justificado[83] y que tal manifestación material de la igualdad, que parte de la aplicación igualitaria de la ley ante circunstancias fácticas y jurídicas semejantes, y que supone el trato diferenciado a supuestos fácticos y/o jurídicos distintos, conduce a que en determinadas situaciones el funcionario judicial pueda apartarse del precedente con el propósito de conceder una mayor garantía

---

[83] Al respecto esta Corporación desde sus primeros años sostuvo en la Sentencia C-221 de 1992 sobre el principio de igualdad que éste "es objetivo y no formal (…) Con este concepto sólo se autoriza un trato diferente si está razonablemente justificado (…) Se supera también, con la igualdad material, el igualitarismo o simple igualdad matemática". Este alcance ha sido reiterado en fallos más recientes como en las Sentencias T-262 de 2009, T-387 de 2012 y T-386 de 20123, entre otras.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

de los derechos fundamentales, y así realizar la igualdad material mencionada.

Ahora bien, en reciente jurisprudencia (SP339-2023 de 21 de febrero de 2024), la Sala de Casación Penal varió el criterio que venía empleando la Sala al señalar que el aumento de la Ley 890 de 2004 a casos de Ley 600 de 2000, aplica bajo las siguientes tres condiciones: *(i)* que la conducta haya sido cometida "con posterioridad" al 1 de enero de 2005; *(ii)* que la sentencia sea posterior al 21 de febrero de 2018; y, *(iii)* que se haya hecho mención expresa al incremento en la resolución de acusación.

Empero, a pesar de reconocer que en el caso que analizaba no se hizo conocer al procesado el aumento de penas de la Ley 890 de 2004, lo impuso, aduciendo que la acusación *es solo el marco de referencia para la dosificación punitiva ejercicio en el que es al juez a quien corresponde ocuparse del acierto y legalidad de la adecuación típica allí contenida (norma aplicable en los casos de tránsitos y modificaciones legislativas), con miras a establecer la pena a imponer*, de tal suerte que es el juzgador en la sentencia quien examina la procedencia del aumento contemplado en la citada ley a delitos ocurridos "*con posterioridad al año 2005"* (sic) y, en consecuencia, arguyendo razones de *igualdad, seguridad jurídica* y *estricta legalidad*, determinó aplicar el incremento de la Ley 890 de 2004.

En el marco expuesto, debe expresar la Sala que participa parcialmente de esta reciente tesis de la Sala de Casación Penal, solo en cuanto a que la Ley 890 de 2004 es

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

aplicable en todos los casos regidos por la Ley 600 de 2000 a congresistas, gobernadores y no aforados, a partir de su vigencia, incluso en los distritos judiciales en los que aún no había entrado a regir la Ley 906 de 2004 (Art. 530), porque de no hacerlo se violaría el *principio de igualdad*, si el acusado tuvo la posibilidad de acogerse al *principio de oportunidad*.

Vale recordar que hasta esta decisión la Sala ha venido sosteniendo que en estos eventos no se aplica el incremento porque la Ley 890 de 2004 solo opera para los casos regulados por la Ley 906 de 2004 en razón a que su expedición se produjo para no vulnerar el *principio de proporcionalidad* cuando se redujera la pena por los beneficios de la justicia premial sopesándola con el daño causado por el delito; argumento que ahora debe flexibilizarse porque pese a ello es que, en los casos en que entró en vigencia gradualmente el sistema acusatorio, igual si el procesado tuvo la ocasión de acogerse al *principio de oportunidad*, debe aplicarse el aumento generalizado de la Ley 890, de lo contrario se violaría el *principio de igualdad*, frente a los demás eventos analizados.

No ocurre lo mismo respecto del argumento de que la *calificación típica provisional* de la acusación sea simplemente el *marco de referencia* para la dosificación punitiva y, por ende, sea al juez a quien corresponde en la sentencia determinar la pena a imponer y allí examinar el tópico relacionado con el incremento punitivo, por lo que no sería necesario imputar antes del juicio el artículo 14 de la

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

Ley 890 de 2004 para determinar su procedencia en la sentencia.

Pues, en criterio de la Sala, como se ha venido sosteniendo, incrementar la pena con base en la Ley 890 de 2004 sin imputación previa antes del juicio viola los *principios* de *congruencia, confianza legítima*[84]*, seguridad jurídica*[85] *y lealtad procesal*[86]; pues si no se atribuyó y se sorprende en el fallo, se agravaría la situación de los procesados ya que se aumentaría la pena en la proporción prevista en la citada normativa sin habérsele dado a conocer antes, lo que vulneraría el *principio de legalidad* de los delitos y de las penas.

En esto último radica el respetuoso disenso con la Sala de Casación Penal, pues, contrario a ésta, la Sala estima de la mayor importancia en aras de la salvaguarda de los derechos fundamentales del procesado, que es presupuesto de la imposición del aumento punitivo de la Ley 890 de 2004 el que antes del juicio sea conocido por el procesado a través del ente acusador, para que con base en ese conocimiento tenga la posibilidad de determinar su actitud procesal o su estrategia de defensa, y no se lo

---

84 Entendida como la expectativa genuina que alberga el particular, de que las reglas establecidas por el Estado no serán modificadas súbita o intempestivamente, pues «*el ciudadano debe poder evolucionar en un medio jurídico estable y previsible, en cual pueda confiar"* (C.C., sent. C-131 de 2004).

85 «*La seguridad jurídica es un principio central en los ordenamientos jurídicos occidentales. La Corte ha señalado que este principio ostenta rango constitucional y lo ha derivado del preámbulo de la Constitución y de los artículos 1, 2, 4, 5 y 6 de la Carta // La seguridad jurídica es un principio que atraviesa la estructura del Estado de Derecho y abarca varias dimensiones. En términos generales supone una garantía de certeza. Esta garantía acompaña otros principios y derechos en el ordenamiento*» (C.C. sent. C-502 de 2002).

86 Principio «*que consiste en actuar (el juez, las partes, los terceros y demás) de conformidad estricta con las reglas procesales apuntando al desarrollo pleno de la organización, celeridad, eficiencia y eficacia del proceso*» (C.C., sent, C-099 de 2022).

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

sorprenda en la sentencia cuando ya no tenga tal posibilidad teniendo en cuenta los argumentos antes dichos que han venido sosteniendo la postura de esta Sala, aclarando eso sí que siempre y cuando se constate que el procesado tuvo la posibilidad de acogerse a los beneficios de la Ley 906 de 2004.

Considera la Sala que solo con la condición señalada es posible atribuir en la sentencia el aumento del artículo 14 de la Ley 890 de 2004.

Ahora bien, analizadas las circunstancias específicas del supuesto que ocupa la atención de la Sala, se advierte que esta causa transitó mayoritariamente por la época en que la jurisprudencia[87] de la Sala de Casación Penal de la Corte consideraba que a los procesos tramitados bajo la égida de la Ley 600 de 2000 no le era aplicable el incremento punitivo de que trata el artículo 14 de la Ley 890 de 2004.

En efecto, tanto la apertura formal de la investigación que data del 18 de noviembre de 2015[88], la diligencia de indagatoria de 25 de enero de 2016, la resolución de la situación jurídica de 21 de febrero de 2017[89], y la

---

[87] En un comienzo la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 18 de enero de 2012, radicado 32764, señaló que la Ley 890 de 2004 regía solo para las conductas perpetradas a partir del 1° de enero de 2005 y según la implementación gradual del sistema acusatorio en los diferentes distritos judiciales, conforme con lo previsto en el artículo 530 de la Ley 906 de 2004; por tanto, para el caso en estudio, tal incremento punitivo no aplicaba porque en la ciudad de Santa Marta tan solo entró a operar la ley 906 de 2004 a partir del 1° de enero de 2008, esto es, con posterioridad a la ocurrencia de los hechos que se juzgan en esta actuación.
[88] Folio 109 y siguientes del cuaderno original 2 de la Fiscalía.
[89] Folio 106 a 167 del cuaderno de la Fiscalía N°3.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

calificación sumarial que se dio el 15 de diciembre de 2017[90] y adquirió firmeza el 12 de febrero de 2018[91], como la audiencia preparatoria, realizada el 11 de agosto de 2020[92], se llevaron a cabo bajo la tesis jurisprudencial reinante en la época (CSJ SP 18 ene 2012, Rad. 32764), etapas en las que, además, no se le puso de presente al acusado el incremento de penas previsto en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004.

Lo anterior permite afirmar que, aunque hubo un breve interregno del procedimiento que tuvo lugar con posterioridad a la decisión del 21 de febrero de 2018, radicado 50472, pues se inició la audiencia pública el 22 de marzo de 2023[93], la actuación del acusado estuvo determinada por el anterior criterio jurisprudencial[94], en el que no había lugar a la aplicación de los incrementos de la Ley 890 de 2004 a procesos regidos por la Ley 600 de 2000, ni a gozar de los mayores beneficios del sistema de justicia premial propio de la Ley 906 de 2004 con el correspondiente aumento de penas (principio de confianza legítima), razón por la cual no se dio a conocer en la resolución de acusación el aumento de la Ley 890 de 2004.

Además, es necesario resaltar a su vez que para la fecha en la que fue emitida la providencia citada, ya se habían agotado prácticamente todas las etapas en las que

---

[90] Folio 1 a 235 del cuaderno original 5 de la Fiscalía.
[91] Folio 238 del cuaderno original 5 de la Fiscalía.
[92] Acta de audiencia preparatoria realizada el 11 de agosto de 2020, obrante a folio 275 del cuaderno original 2 de la SEP.
[93] Auto de 31 de octubre de 2022, obrante a folio 1128 del cuaderno original 6 de la SEP
[94] CSJ SP 18 ene 2012, radicado 32764.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

el procesado podía solicitar acceder a los beneficios de la Ley 906 de 2004[95], lo que a la postre sustenta el aumento punitivo consagrado en la Ley 890 de 2004 a casos regidos por el estatuto procesal del 2000[96] (principio de seguridad jurídica), pues muy seguramente no sabía del cambio jurisprudencial como para afirmar que pese a ello no se acogió a aquellos.

Así pues, en atención a la especificidad y diferencias del supuesto aquí analizado con aquellos en los que la Sala ha dado aplicación inmediata al precedente judicial reseñado y en aras de garantizar al enjuiciado el derecho a la igualdad material, el tratamiento del presente caso ha de ser disímil. En este punto, resulta relevante destacar lo expuesto por la Corte Constitucional al respecto:

(…) la realización de la igualdad material en la administración de justicia, exige que el precedente no ha de aplicarse de forma automática e irreflexiva, de manera que, si por un lado, ante casos semejantes debe darse el mismo tratamiento legal, por el otro, frente a casos distintos se dé un trato diferenciado, cuando ello resulte razonablemente justificado[97].

Es decir que, ante el presupuesto de la vinculación general e inmediata de la jurisprudencia, deben tenerse en cuenta las

---

95 *"La Ley 906 de 2004 consagra una amplia regulación de los beneficios que pueden otorgársele a los procesados, que abarcan desde las rebajas por el allanamiento unilateral a los cargos, hasta la posibilidad de otorgar inmunidad total o parcial en el ámbito del principio de oportunidad".* CSJ, STP 3187- 2023, 16 mar 2023, radicado T 76111220400120230004801.

96 En este punto, valga resaltar que la decisión del 21 de febrero de 2018, radicado 50472, fue puesta en conocimiento del público por la Relatoría de esta Corporación, según comunicación allegada al Despacho, el 23 de marzo siguiente, esto es, a escasos días de la iniciación del juicio oral.

97 Al respecto esta Corporación desde sus primeros años sostuvo en la Sentencia C-221 de 1992 sobre el principio de igualdad que *éste "es objetivo y no formal (…) Con este concepto sólo se autoriza un trato diferente si está razonablemente justificado (…) Se supera también, con la igualdad material, el igualitarismo o simple igualdad matemática"*. Este alcance ha sido reiterado en fallos más recientes como en las Sentencias T-262 de 2009, T-387 de 2012 y T-386 de 20123, entre otras.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

condiciones sustanciales y procesales de cada caso para evitar que, so pretexto de la aplicación formal del precedente, se desconozcan derechos fundamentales. De modo que, en tanto que la garantía del principio de igualdad no obedece a un quantum matemático, la aplicación de la jurisprudencia debe atender las situaciones particulares del caso, para que, cuando éstas lo ameriten y con una adecuada sustentación, el operador judicial adopte las medidas necesarias para que la aplicación del precedente se corresponda con la garantía de los derechos fundamentales de los sujetos procesales.

Tal manifestación material de la igualdad, que parte de la aplicación igualitaria de la ley ante circunstancias fácticas y jurídicas semejantes, y que supone el trato diferenciado a supuestos fácticos y/o jurídicos distintos, conduce a que en determinadas situaciones el funcionario judicial pueda apartarse del precedente con el propósito de conceder una mayor garantía de los derechos fundamentales, y así realizar la igualdad material mencionada[98]*.*

En conclusión, con el fin de garantizar *los principios de congruencia, confianza legítima*, *lealtad* y *seguridad jurídica*[99], a quien a lo largo del procedimiento se le endilgó los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación a favor de terceros de que tratan los artículos 410 y 397 del Código Penal, respectivamente, sin el aumento punitivo previsto en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, la Sala partirá de la penalidad que para esos punibles se hizo en la calificación sumarial (15 de diciembre de 2017), eso es, tal como los prevé originalmente la Ley 599 de 2000.

Ahora bien, valorando en conjunto los medios suasorios acopiados de cara a las reglas de la sana crítica, ha llegado la Sala a la conclusión que en este evento

---

98 CC, Sentencia SU 406 de 2016.
99 Sobre el principio de confianza legítima en actuaciones judiciales se ha pronunciado recientemente esta Sala Especial en sentencia del 29 de julio de 2021, radicado 52892.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

concurre la prueba exigida para condenar, por las razones que a continuación se exponen. Veamos:

6.3. Del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

La Fiscalía acusó al exgobernador del Departamento del Magdalena, FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA, como presunto autor responsable de la comisión del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales respecto del contrato N°372 de 2007.

Esta modalidad delictiva esta descrita en el artículo 410 de la Ley 599 de 2000, antes de la reforma de la Ley 890 de 2004[100], así:

El servidor público que por razón del ejercicio de sus funciones tramite contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a doce (12) años.

El supuesto de hecho descrito enmarca la conducta de un servidor público que entre sus atribuciones debe intervenir en un proceso de contratación, e incumple los requisitos sustanciales exigidos para su trámite o al

[100] Conforme al cambio del criterio jurisprudencial señalado por la Sala de Casación Penal a partir de la sentencia SP379-2018, radicado 50472, acogido por la Sala Especial de Juzgamiento de Primera instancia en sentencia de 28 abril de 2022, SEP0046-2022, reiterado en AEP056-2022, radicado 40647.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

celebrar o liquidar el contrato omite verificar que se hayan cumplido[101].

Encierra dos modalidades alternativas de ejecución: la primera, no observar los requisitos legales sustanciales en el trámite, lo que involucra todos los pasos previos hasta su celebración; y, la segunda, al momento de su formalización o de su liquidación omitir verificar que se hayan satisfecho[102].

De esta forma la ley penal distingue la conducta ejecutada por los servidores públicos facultados para tramitar el contrato, del comportamiento típico que realiza el representante legal o el ordenador del gasto en las fases de celebración o liquidación[103].

Las etapas previas y de ejecución son asignadas al personal de nivel ejecutivo, mientras que las de celebración y liquidación al ordenador del gasto, labor que éste debe ejecutar con estricto acatamiento de las formalidades legales en la etapa previa, por ser el funcionario autorizado por la constitución política y la ley para disponer de los recursos del ente territorial[104].

Esta distinción se fundamenta en las modalidades de delegación o desconcentración de competencias a través de

[101] Cfr. CSJ. SP18532-2017, rad. 43263 de 8 de noviembre de 2017.
[102] Cfr. CSJ. SP18532-2017, Rad. 43263 de 8 de noviembre de 2017.
[103] Cfr. CSJ. SP18532-2017, Rad. 43263 de 8 de noviembre de 2017.
[104] Cfr. CSJ SP18532-2017, Rad. 43263 de 8 de noviembre de 2017.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

las cuales, como más adelante se verá, actualmente se ejerce la función pública en las entidades estatales[105].

En el presente caso, atendiendo lo dispuesto en la resolución de acusación, se le censura a FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA, entonces Gobernador encargado del Departamento de Santa Marta, celebrar y liquidar el contrato 372 de 2007[106] sin verificar el cumplimiento de los requisitos legales esenciales.

En cuanto al ingrediente normativo del tipo penal denominado "*requisitos esenciales*", la jurisprudencia pacíficamente ha señalado que este alude al respeto y cumplimiento integral de los principios que rigen la contratación pública, como son: *planeación, economía, responsabilidad, transparencia y deber de selección objetiva*, contenidos en el preámbulo y el artículo 209 de la Carta Política, en la Ley 80 de 1993[107] y las disposiciones sucedáneas[108].

Lo anterior surge de una interpretación constitucional y sistemática de los valores y fines del Estado. Según el preámbulo y el artículo 2° del texto supralegal, corresponde al Estado servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en su texto[109].

---

[105] Cfr. CSJ. SP18532-2017, Rad. 43263 de 8 de noviembre de 2017.
[106] Resolución de acusación obrante a folios 31 y 32 del cuaderno original N°5 de la Fiscalía.
[107] Al respecto, Cf. CSJ. SP4463-2014, reiterado en CSJ. SP, 25 sep 2013, Rad. 35344; y, CSJ. SP15528-2016, Rad. 40383.
[108] Entre estas: Ley 1150 de 2007.
[109] Cfr. CSJ. SP15528-2016, rad. 40383de 26 de octubre de 2016.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

Asimismo, el artículo 209 del texto constitucional prescribe que la función pública está al servicio del interés general y se debe desarrollar con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones[110].

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

De otro lado, los cánones 1, 3, 23, 24, 25 y 26 de la Ley 80 de 1993, disponen que el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública tiene por objeto diseñar las reglas y principios que rigen la contratación de las entidades estatales[111], que no son más que los requisitos que deben observar los servidores públicos al tramitar, celebrar y liquidar los contratos, siendo razón fundamental para que en su ejecución las entidades cumplan no solo con los fines del Estado sino también con la prestación de los servicios públicos a la comunidad, y garanticen los derechos e intereses de los administrados[112].

[110] Cfr. CSJ. SP15528-2016, rad. 40383de 26 de octubre de 2016.
[111] Cfr. CSJ. SP15528-2016, rad. 40383de 26 de octubre de 2016.
[112]Cfr. CSJ. SP15528-2016, rad. 40383de 26 de octubre de 2016.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

El principio de planeación, en particular, debe irradiar todas las fases para el perfeccionamiento y liquidación de los contratos, con lo cual se impide la improvisación pues prevé una acción preventiva del daño antijurídico, lo cual refleja la importancia de establecer criterios de selección, de definición de las partidas presupuestales, diseños, pliegos de condiciones, estudios de oportunidad, conveniencia y de mercado[113].

Sobre el particular, el Consejo de Estado ha considerado el deber de planeación en tanto manifestación del principio de economía, tiene por finalidad asegurar que todo proyecto esté precedido de los estudios de orden técnico, financiero y jurídico requeridos para determinar su viabilidad económica y técnica y así poder establecer la conveniencia o no del objeto por contratar; si resulta o no necesario celebrar el respectivo negocio jurídico y su adecuación a los planes de inversión, de adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones, según el caso[114].

De ahí la importancia de la selección del contratista y de la celebración de los correspondientes contratos con respeto del régimen jurídico a aplicar. Su ejecución y posterior liquidación deben ser ajenos a la improvisación, y ser resultado de una tarea programada y preconcebida que permita situar las actividades contractuales de las entidades públicas dentro de las estrategias y orientaciones

[113]Cfr. CSJ. SP15528-2016, rad. 40383de 26 de octubre de 2016.
[114] Cfr. CE 07001233100019990054 6-01, 28 de mayo de 2012, Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

generales de las políticas económicas, sociales, ambientales o de cualquier otro orden, diseñadas por las instancias del Estado con funciones planificadoras[115].

Por su parte, el principio de transparencia[116] resguarda la imparcialidad y la selección objetiva del contratista. Su escogencia por regla general debe hacerse mediante licitación pública, con excepción de los casos previstos en la norma[117].

Es decir, el principio de transparencia está ligado al de selección objetiva, del cual deriva que la elección del contratista debe obedecer a razones de interés general para asegurar la oferta más favorable para la entidad, al margen de criterios subjetivos como la amistad, la conveniencia personal o el interés político.

Por tanto, la escogencia del contratista debe realizarse teniendo en cuenta la oferta más favorable a la entidad según los fines que se persigan, sin consideración de los mencionados criterios subjetivos[118].

El artículo 24 de la Ley 80 de 1993, determina las excepciones para no optar por la licitación o concurso públicos, entre ellas la menor cuantía de las obras, trabajos, bienes o servicios objeto del contrato, que se

---

[115] *Cfr.* CE 15001233100019880843101-8031, 5 de junio de 2008, Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo.
[116] Artículo 24 Ley 80 de 1993.
[117] *Cfr.* CE, Sentencia 29 de agosto de 2007, radicado 15234, Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo.
[118] *Cfr.* CSJ. SP. 26 may 2010, Rad. 30933

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

determina según el presupuesto anual de las entidades públicas, expresado en salarios mínimos legales mensuales. Incluso, la contratación directa está sujeta al cumplimiento de ciertos requisitos y procedimientos[119].

Para finalizar, conviene enfatizar que el bien jurídico de la administración pública es polivalente, es decir, protege tanto la función, que corresponde a lo que puede denominarse expresión dinámica del bien jurídico, como los bienes de la administración, la concepción estática del mismo[120].

A partir de esta noción es posible afirmar que el bien jurídico de la administración pública se lesiona o pone en riesgo cuando se infringen los principios de igualdad, imparcialidad, moralidad, eficacia, economía, celeridad y publicidad, que como se dijo antes, sustentan el quehacer de la administración, se encuentran determinados en el artículo 209 de la Constitución Política, y en concreto en las normas específicas que los desarrollan como la Ley 80 de 1993, y los Decretos 855 de 1994 y 2170 de 2002, aplicables a este caso por la época de comisión de la conducta[121](19 de noviembre de 2007).

Al decir de la Corte el tipo penal de contrato sin cumplimiento de requisitos legales ampara los principios fundamentales de la contratación con prescindencia del fin

---

[119] *Cfr.* CE, Sentencia 29 de agosto de 2007, radicado 15234, Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo.
[120] *Cfr.* CSJ. SP2294-2019, radicado 47475 de 26 de junio de 2019.
[121] *Cfr.* CSJ. SP2294-2019, radicado 47475 de 26 de junio de 2019.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

o detrimento económico. Por eso un contrato a pesar de ser favorable, puede ser ilegal, de tal manera que para su materialización basta que se transgredan los principios fundantes de la contratación oficial sin importar otras consecuencias.

En ese ámbito, el artículo 410 de la Ley 599 de 2000 está concebido en función de la protección, entre otros, del principio de transparencia y no del propósito económico. Por eso un contrato puede ser incluso beneficioso en términos económicos, pero igualmente ilegal, como ocurre cuando el proceso de selección se amaña con el fin de buscar la asignación del contrato a un particular mediante la exclusión de otros. Al obrar así, quien lo hace, irrumpe contra los principios de trasparencia e imparcialidad, al excluir a otros de la oportunidad de acceder a la contratación pública en igualdad de condiciones y bajo las mismas oportunidades del beneficiado. Esa es la dimensión del injusto [122].

Teniendo de presente este marco jurídico la Sala se adentrará en el examen, en específico, de los elementos del tipo penal en relación con la conducta presuntamente delictiva atribuida al acusado.

6.3.1. Tipo objetivo

En primer término conviene manifestar que no hay duda acerca de la calidad de sujeto activo calificado de FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA, acreditada con la constancia laboral N°0587 de noviembre 8 de 2010, que certificó su desempeño como gobernador del ente territorial desde el 25 de junio de 2007, designado según Decreto

[122] *Cfr.* CSJ. SP2294-2019, en ese mismo sentido SP3130-2021, radicado 58201 de 21 de junio de 2021.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

N°2354 del Ministerio del Interior y Justicia[123], lo que quiere decir que fungió como ordenador del gasto para la fecha de la celebración del contrato 372 de 2007, esto es, 19 de noviembre de 2007.

Conforme con la descripción normativa contenida en el artículo 410 de la Ley 599 de 2000, para lograr una plena adecuación típica es necesario establecer que el sujeto activo cualificado, esto es, en el presente caso, INFANTE VERGARA haya incumplido por lo menos uno de los requisitos esenciales o sustanciales en el trámite de un contrato, o lo haya celebrado o liquidado sin verificar su observancia, siempre que se hayan vulnerado dichos requisitos. La etapa de ejecución queda al margen de la prohibición penal prevista en la citada norma[124].

Comienza entonces la Sala por precisar la naturaleza del contrato 372 de noviembre 19 de 2007 suscrito por FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA, a fin de establecer si en realidad resultaron desconocidos sus requisitos legales esenciales.

6.3.1.1. Naturaleza jurídica del contrato 372 de 2009.

Respecto a este tópico, tal como lo ha precisado la Corte: *"lo que define la modalidad contractual, si es o no*

[123] Folio 112 del cuaderno original N°1 de fiscalía.
[124] C.C. Sentencia SU-214/2022, *citando a la* CSJ, *SP 11 Agos 2021,* Rad. 53219: *«Este delito "[s]anciona el incumplimiento de los requisitos legales esenciales de un contrato estatal en las fases de tramitación, celebración y liquidación; por tanto, las irregularidades consumadas en la etapa de ejecución son atípicas".*

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

contratación directa, es el 'PROPÓSITO' o las 'ACTIVIDADES' para las cuales se contrata, tal y como expresamente lo indican los artículos 2° de la Ley 393 de 1991 y 2° del D.L. 591 de 1991"[125].

Y como se verá en seguida como en este caso el objeto del contrato era de prestación de servicios de salud la modalidad de contratación era directa. Ciertamente, el análisis de conveniencia y oportunidad fechado *octubre de 2007* y suscrito por el entonces Secretario de Salud Milton Miguel Cantillo Lara consagra como objeto:

El objeto del presente lo constituye la prestación de servicios de salud a la población pobre en lo no cubierto por subsidio a la demanda de II nivel de atención, consistente en tamizaje a cuatro mil pacientes, incluido Pre-test VIH, Test VIH y Capacitación de prevención, actividad que deberá desarrollar en todo el Departamento. (sic).[126]

El contrato 372 de noviembre 19 de 2007, al que se lo denominó *"contrato de prestación de servicios"*[127], celebrado por un valor de cuatrocientos cuarenta y tres millones ochocientos cincuenta mil pesos ($ 443.850.000), prevé en su cláusula primera:

"OBJETO. El objeto del presente lo constituye la prestación de servicios de salud a la población pobre en lo no cubierto por subsidio a la demanda de II nivel de atención, consistente en tamizaje a cuatro mil pacientes, incluido Pre-test VIH, Test VIH y Capacitación de prevención, actividad que deberá desarrollar en todo el Departamento. (sic)."[128]

---

[125] *Cfr.* CSJ, AP, oct. 10 de 2010, Rad. 29726, y SP, 22 mar. 2017, SP3963-2017, Rad.40216
[126] Folio 175 del cuaderno original N°1 de fiscalía.
[127] Folio 6 del cuaderno original N°1 de fiscalía.
[128] Folio 7 del cuaderno original N°1 de fiscalía.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

Como obligaciones de la contratista se establecieron:

1.) Prestar lo (sic) servicios de salud a la población pobre en lo no cubierto por subsidio a la demanda del II nivel de atención, consistente en tamizaje a cuatro mil pacientes incluido pre-test VIH, Test VIH y capacitación de prevención. 2) Cumplir de manera idónea el objeto del contratado; 3) cumplir con el término del contrato; 4) Acompañar las cuentas con los soportes exigidos para el trámite de cancelación. 5) Pagar la publicación en la gaceta Departamental y los demás impuestos que se generen en virtud del contrato. 6) Otorgar las garantías estipuladas en este contrato. 7)Cumplir con la forma de ejecución del contrato. 8) Abrir una cuenta bancaria conjunta con la gobernación del Departamento para el manejo del anticipo. (sic)[129]

A partir de las obligaciones de la contratista y del objeto del contrato a que se refiere la actuación, contenidas en las precitadas cláusulas quinta y primera, respectivamente, surge diáfano que el contrato 372 de 2007 tenía por objeto emprender una campaña masiva de tamizaje en la población del Departamento del Magdalena con el objeto de "*detectar tempranamente la infección por VIH"*, en cumplimiento de las obligaciones *de "realizar las pruebas diagnósticas y confirmatorias"* de ser portadores del virus transmisor de la enfermedad SIDA, en los términos contemplados en los análisis de conveniencia y oportunidad legal, documento que, a su vez, replicaba lo previsto en la Circular N°0063 de septiembre de 2006 emitida por el Ministerio de Protección Social, la cual es del siguiente tenor:

En desarrollo de las competencias consagradas en la Ley 100 de 1993 y las facultades contenidas en el Decreto Ley 205 de 2003, este Ministerio como ente rector del Sistema General de Seguridad Social en Salud, con el propósito de que se cumplan las normas que

[129] Folio 7 del cuaderno original 1 de la fiscalía.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

regulan la cobertura de salud y teniendo en cuenta que de manera reiterada, se viene incumpliendo con la obligación de realizar las pruebas diagnósticas y confirmatorias para VIH, así como la entrega de medicamentos y la prestación de la atención integral a los pacientes con VIH/SIDA., se permite recordar que:

La Resolución 5261 de 1994, en el Capítulo VI del Libro I, fija las actividades, intervenciones y procedimientos de diagnóstico: las pruebas diagnósticas para VIH/SIDA, anticuerpos VIH 1; SIDA, anticuerpos VIH 2; SIDA, antígeno P24; SIDA, prueba confirmatoria (Western Blot, otros).

El Acuerdo 000306 de 2005 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, establece las acciones para promoción de la salud y prevención de la enfermedad y en lo referente a la cobertura incluye las actividades, procedimientos e intervenciones de protección específica y detección temprana, entendiéndose éstas últimas, como el diagnóstico oportuno de la enfermedad y atención de enfermedades de interés en salud pública. Señala el literal A. del artículo 2º del precitado Acuerdo 000306 de 2005 que la cobertura incluye las actividades, procedimientos e intervenciones de protección específica, detección temprana y atención de enfermedades de interés en salud pública, que comprende los diferentes insumos necesarios para el cumplimiento de las normas de calidad y guías adoptadas mediante las Resoluciones 412 y 3384 de 2000 y la 968 de 2002.

No cabe duda, entonces, que el objeto del contrato era la prestación de servicios de salud, por lo que la modalidad de contratación era la directa.

Respecto a esta modalidad de selección del contratista, el Consejo de Estado la concibe en los siguientes términos:

Es un procedimiento reglado excepcionalmente y de aplicación e interpretación restrictiva, al cual pueden acudir las entidades públicas para celebrar contratos, en determinados eventos tipificados en la ley, en una forma más rápida, sencilla y expedita para la adquisición de (…) servicios que por su cuantía, naturaleza o urgencia manifiesta no precisa ni requiere de los formalismos y múltiples etapas y términos

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

previstos para la licitación pública, aun cuando debe cumplir los principios que rigen la contratación pública.[130]

Y, en particular, a tono con tales características, en sentencia de primero de octubre de 2014 el alto Tribunal señaló respecto a los contratos de prestación de servicios de salud pública:

existieron varias excepciones a la entrada en vigencia de la Ley 80 a partir del 1 de enero de 1994, de conformidad con las cuales sus efectos empezarían a surtirse desde la misma fecha de su promulgación, es decir, desde el 28 de octubre de 1993, tal como ocurrió en los eventos previstos en el artículo 81 de ese cuerpo legal, dentro de las cuales se encontraba aquella relativa a las posibilidad de prescindir del procedimiento de licitación o concurso para los contratos que celebraran las entidades estatales para la prestación de servicios de salud, en cuyo evento, a partir de la promulgación de la Ley 80, procedería la contratación directa para esa tipología contractual con ese preciso objeto[131]

Por su parte, la Sala de Casación Penal al respecto ha señalado:

el art. 24 num. 1° lit. d) de la Ley 80 de 1993 disponía que, para la prestación de servicios profesionales que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales o jurídicas, la escogencia del contratista puede efectuarse a través de la contratación directa. En comparación con la licitación y el concurso público, dicha modalidad de selección se caracteriza por requerir menos formalismos y etapas regladas de tramitación, a fin de realizar la escogencia del contratista con mayor celeridad. De ahí que, en la contratación directa, la administración cuente con un más amplio margen de apreciación para efectuar la selección; sin embargo, tal ámbito de discrecionalidad se halla en todo caso limitado por la estricta observancia y acatamiento de los principios rectores para que no desemboque en un ejercicio arbitrario de la función administrativa (CE Sala de lo Contencioso Administrativo Secc 3ª sent. 29 de ago 2007, exp 15324; sent 03 dic

130 CE, sección tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del primero de 3 dic 2007, expediente 24715.
131 CE, sección tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del primero de octubre de 2014, radicación 47001-23-31-000-1997-05315-01 (35250).

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

2007, exp 24715 y sent 04 jun 2008, exp 17783). Pues, como tiene dicho esta Corte, de ninguna manera puede asumirse que la contratación directa es sinónimo de discrecionalidad absoluta o de arbitrariedad (CSJ SP 08 jul 2015, Rad. 38464).

En consecuencia, considera la Sala que acertó la Fiscalía al considerar que el contrato 372 de 2007, suscrito por el entonces Gobernador del Magdalena FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA con el laboratorio clínico de Eidys Esther Campo Lacera, era de prestación de servicios de salud con connotación preventiva, toda vez que una forma de impedir la propagación del virus de inmunodeficiencia adquirida (VIH) en el citado ente territorial era, precisamente, a través de "*la realización de las pruebas diagnósticas y confirmatorias para VIH"*, como así lo indicaban la Resolución 5261 de 1994 y la Circular N°0063 de septiembre de 2006.

Dilucidado, entonces, que el procedimiento que debía regir la contratación en los eventos analizados era el de contratación directa y no el licitatorio o de concurso público, se pasa a determinar cuáles son aquellos requisitos legales esenciales que debían cumplirse en este caso, en el cual el servidor público contratante no goza de discrecionalidad absoluta para la selección del contratista[132].

En ese orden, para llenar el tipo penal en blanco imputado en el presente caso, es procedente aplicar los principios de la contratación pública contenidos en el literal

[132] *Cfr.* CSJ, sentencia 22 de marzo de 2017, SP3963-2017, radicado 40216.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

"l" del numeral 1° del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, el cual se complementaba con el 20 del Decreto 2170 de 2002. Indicaba la primera norma citada:

1°La escogencia del contratista se efectuará siempre a través de licitación o concurso público, salvo en los siguientes casos en los que se podrá contratar directamente: (…)

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

Por su parte, el artículo 20 del Decreto 2170 de 2002 decía:

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

Acorde con esta última disposición, bastaba para celebrar dichos contratos con la obtención de dos (2) ofertas de personas natural o jurídica que pudieran prestar el servicio requerido y estuvieran inscritas en el Ministerio de Salud.

Lo anterior en concordancia con el carácter preventivo o de protección integral del servicio de salud, como se reconoce en el artículo 153 de la Ley 100 de 1993, cuyo texto es el siguiente:

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

Fundamentos del servicio público. Además de los principios generales consagrados en la Constitución política, son reglas del servicio público de salud, rectoras del sistema general de seguridad social en salud las siguientes: (…) 3. Protección integral. El sistema general de seguridad social en salud brindará atención en salud integral a la población en sus fases de educación, información y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación, en cantidad, oportunidad, calidad y eficiencia de conformidad con lo previsto en el artículo 162 respecto del plan obligatorio de salud[133].

También, en armonía con el artículo 4 de la Ley 10 de 1990, al señalar que "*el sistema de salud comprende los procesos de fomento, prevención, tratamiento y rehabilitación*".

Igualmente, los requisitos consagrados en el artículo 1° de la Resolución 1043 de abril 3 de 2006 del Ministerio de la Protección Social "*por medio de la cual se establecen las condiciones que deben cumplir los prestadores de servicios de salud para habilitar sus servicios*", consagraban las siguientes exigencias:

ARTÍCULO 1º.- Condiciones que deben cumplir los prestadores de servicios de salud para habilitar sus servicios. Los Prestadores de Servicios de Salud y todos aquellos establecimientos que presten servicios de salud, sea este o no su objeto social, deberán cumplir, para su entrada y permanencia en el Sistema Único de Habilitación, con lo siguiente:

a) De capacidad tecnológica y científica: Son los estándares básicos de estructura y de procesos que deben cumplir los prestadores de servicios de salud por cada uno de los servicios que prestan y que se consideran suficientes y necesarios para reducir los principales riesgos que amenazan la vida o la salud de los usuarios, en el marco de la prestación del servicio de salud que se adoptan en la presente Resolución. Comprenden: Recurso Humano, Infraestructura -

[133] *Cfr.* CSJ, sentencia 22 de marzo de 2017, SP3963-2017, radicado 40216.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

Instalaciones Físicas Mantenimiento; Dotación-mantenimiento; Medicamentos y Dispositivos médicos para uso humano y su Gestión; Procesos Prioritarios Asistenciales; Historia Clínica y Registros Asistenciales; Interdependencia de Servicios; Referencia de Pacientes y Seguimiento a Riesgos en la prestación de servicios de salud.

(…)

b) Suficiencia Patrimonial y Financiera: Es el cumplimiento de las condiciones que posibilitan la estabilidad financiera de las instituciones prestadoras de servicios de salud en el mediano plazo, su competitividad dentro del área de influencia, liquidez y cumplimiento de sus obligaciones en el corto plazo. Estas son: 1. Que el patrimonio total se encuentre por encima del cincuenta por ciento (50%) del capital social, capital fiscal o aportes sociales, según corresponda de acuerdo a la naturaleza jurídica de la institución prestadora de servicios de salud y de conformidad a los lineamientos señalados en el Plan General de Contabilidad Pública y el Plan de Cuentas para instituciones prestadoras de servicios de salud privadas. (…) 4. Que para la inscripción en el registro de prestadores de servicios de salud, se tomarán como base los estados financieros de la vigencia fiscal del año inmediatamente anterior al registro. Sin embargo, se podrán tomar como base estados financieros de períodos menores al año, cuando se realicen operaciones financieras dirigidas al cumplimiento de condiciones de suficiencia patrimonial y financiera. (…)

c) De capacidad técnico-administrativa: Son condiciones de capacidad técnico administrativa para una Institución Prestadora de Servicios de Salud, las siguientes: 1. El cumplimiento de los requisitos legales exigidos por las normas vigentes con respecto a su existencia y representación legal, de acuerdo con su naturaleza jurídica. 2. El cumplimiento de los requisitos administrativos y financieros que permitan demostrar que la Institución Prestadora de Servicios de Salud, cuenta con un sistema contable para generar estados financieros según las normas contables vigentes….

Si ello es así, para la Sala, se reitera, es evidente que el contrato por cuya celebración la Fiscalía atribuye responsabilidad penal a FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA no estaba sujeto al régimen de contratación pública a través de la licitación, sino al régimen excepcional de contratación directa, por corresponder su objeto a la

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

prestación de servicios de salud[134], encontrándose contempladas las exigencias normativas en el numeral 1° del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, el artículo 4° de la Ley 10 de 1990 y el numeral 3° del artículo 153 de la Ley 100 de 1993, sumado al artículo 20 del Decreto 2170 de 2002 y la Resolución 1043 de abril 3 de 2006, previamente citados.

No obstante, debe tenerse presente que todas las formas de contratación estatal, incluso la contratación directa está sometidas a los principios consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política y a los que rigen la contratación administrativa, como lo ha considerado de tiempo atrás la Sala de Casación Penal, al señalar:

si bien la administración tiene la posibilidad de celebrar este tipo de contratos, sin acudir a licitación o concurso público, tal libertad no es absoluta, toda vez que en la selección del contratista se deberá garantizar el cumplimiento de los principios de economía, transparencia y en especial el deber de selección objetiva, establecidos en la Ley 80 de 1993 [135].

En el mismo sentido, el Consejo de Estado en sentencia del 24 de julio de 2013, consideró:

la contratación directa, también sujeta al cumplimiento de requisitos y procedimientos específicos, es permitida, entre otros casos, cuando el contrato a suscribir no supera el monto de menor cuantía, que en este caso es el estipulado en el literal a) del numeral primero del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 vigente en la época de suscripción de los contratos bajo estudio. Sobre ella, el artículo segundo del Decreto 855 de 1994 estipula que "En la contratación directa el jefe o representante de la entidad estatal, o el funcionario en que hubiere

[134] *Cfr.* CSJ, sentencia 22 de marzo de 2017, SP3963-2017, radicado 40216.
[135] *Cfr.* CSJ, AP, oct. 10 de 2012, radicado 29726. En el mismo sentido, CSJ. SP 8 jul 2015, Rad. 38464 y SP 23 nov 2016, Rad 46037; SP 5 nov 2008, Rad. 25104 y SP 22 mar 2017, SP20262-2017 Rad. 40216.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

delegado, deberá tener en cuenta que la selección del contratista deberá garantizar el cumplimiento de los principios de economía, transparencia y en especial del deber de selección objetiva, establecidos en la Ley 80 de 1993. (…) En consecuencia, el desconocimiento de los principios, y en especial del principio de transparencia está expresamente prohibido en el numeral 8º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, en virtud del cual, "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[136].

Descartados los reproches genéricos y los carentes de relación con los elementos del citado tipo penal, los hechos jurídicamente relevantes de la acusación refieren que FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA, en calidad de gobernador encargado, por el mecanismo de la contratación directa decidió celebrar con el *IPS Eidys Campo Laboratorio Clínico*[137] el contrato de prestación de servicios de salud 372 de noviembre 19 de 2007, pese a presentarse las siguientes irregularidades en la fase precontractual:

1. Que la Gobernación del Magdalena no obtuvo ni evaluó el mínimo de dos ofertas o propuestas, en los términos exigidos en el artículo 20 del Decreto 2170 de 2002[138].

2. Que la oferente seleccionada como contratista "*no estaba inscrita en el registro especial del Ministerio de Salud"* como lo exige el artículo 20 del Decreto 2170 de

[136] C.E. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 24 de julio de 2013, radicado 25642.
[137] Conforme con los términos consagrados en el contrato de prestación de servicios 372 de 2007 obrante a folio 6 del cuaderno original 1 de la Fiscalía.
[138] Folio 20 del cuaderno original N°1 de la Fiscalía.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

2002, en concordancia con la Ley 10 de 1990, desconociéndose el principio de selección objetiva.

3. Que la oferente seleccionada como contratista no cumplía con la capacidad jurídica prevista en los términos previstos en la convocatoria o invitación a ofertar, pues se presentó como persona natural, con lo cual se desconocieron los principios de selección objetiva, transparencia e igualdad.

4. Que la oferente seleccionada como contratista no contaba con *la idoneidad y estructura técnica* exigida para desarrollar el objeto del contrato, soslayando los principios de selección objetiva, transparencia e igualdad.

5. En relación con la fase de liquidación, en la acusación, también, el ente acusador le censura al aforado haber declarado a paz y salvo a la contratista "*sin tener en cuenta que la actividad contratada no se ejecutó de conformidad con las obligaciones adquiridas"*[139] por esta.

Atendiendo las precisiones realizadas preliminarmente, procede la Sala a verificar si en el presente caso se cumplieron o no las exigencias normativas previstas en el numeral 1° de los artículos 24 y 25 de la Ley 80 de 1993, el artículo 4° de la Ley 10 de 1990 y el numeral 3° del artículo 153 de la Ley 100 de 1993, sumado al artículo 20 del Decreto 2170 de 2002 y la Resolución 1043 de abril 3 de 2006, "*por medio de la cual se establecen las*

[139] Observable a Folio 32 del cuaderno original N°5 de la Fiscalía.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

condiciones que deben cumplir los prestadores de servicios de salud para habilitar sus servicios", por tratarse de un contrato de prestación de servicios de salud y por la época de la celebración.

6.3.1.2. De las irregularidades sustanciales referidas a la celebración del contrato 372 de 2007.

Corresponde ahora a la Sala constatar la existencia de las irregularidades imputadas en la acusación, las cuales al parecer el exgobernador del Magdalena FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA no verificó al suscribir el contrato 372 de 2007, con el fin de determinar a partir de allí la materialidad de la conducta endilgada.

En primer lugar, para la Sala es ostensible la vulneración al principio de planeación, pues en la carpeta rotulada: *"GOBERNACIÓN DEL MAGDALENA-ARCHIVO CENTRAL, SERIE CONTRATOS, TÍTULO: CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS 372 DE 2007. EIDYS ESTHER CAMPO LACERA-EIDYS CAMPO LABORATORIO CLÍNICO FECHAS EXTREMAS: 2007-2007 CAJA 2246"*, no se hallaron los estudios previos de orden técnico, financiero y jurídico que debió haber realizado la Gobernación del Magdalena para el año 2007, con el fin de justificar la necesidad y conveniencia de "*la realización de las pruebas diagnósticas y confirmatorias para VIH",* a cuatro mil (4000) individuos que hicieran parte de la *"población pobre en lo no cubierto por subsidio a la demanda de II nivel de atención de los servicios público de salud",* en un periodo en que el índice poblacional de ese ente

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

territorial ascendía a un millón ciento treinta y seis mil ochocientos diecinueve (1.136.819)[140] habitantes y no se contaba con un reporte estadístico que permitieran establecer cuantitativa (número de personas vulnerables al contagio del SIDA) y cualitativamente (hombres-mujeres/niños-adultos) el sector que demandaba recibir tal servicio de detección temprana del citado virus.

Al respecto el Ministerio de Salud y Protección Social en el informe titulado "*Panorama VIH, SIDA en Colombia 1983 -2010. Un Análisis de la Situación*", señala[141]:

Hasta 1990, Colombia careció de un programa nacional de VIH/ SIDA suficientemente fuerte, así como de datos epidemiológicos fiables[142], con deficiencias en sus acciones preventivas y asistenciales, y persistencia de la epidemia en el tiempo[143]. ONUSIDA, por ejemplo, estimó 190.000 casos de VIH/ Sida para el año 2005, frente a una cifra menor reportada por el Ministerio de Protección Social. Así, mientras que hubo un incremento en la inversión en salud y el país ofreció terapia antirretroviral *(TAR) universal a las* Personas viviendo con VIH o Sida (PVVS)*, la prevalencia alcanzó y superó cifras entre 1% y 5% por ciento en grupos específicos vulnerables. ¿Qué significó esto en términos prácticos? Diversos autores atribuyen la raíz de esta situación a un asunto jurídico, la naturaleza del artículo 48 de la Constitución Nacional —promulgada en 1991— que convirtió la seguridad social en un servicio, y a la sanción de la Ley 100 de 1993, que reestructuró el Sistema Nacional de Salud para convertirlo en el*

---

[140] Según los estudios estadísticos realizados por el DANE 2005-2010, obrante a páginas 29 y siguientes de COLOMBIA ESTADISTICA 2000-2009. Fuente de consulta:
https://biblioteca.dane.gov.co/media/libros/COL_ESTADISTICA_2000_2010_TOMO1.PDF

[141] PANORAMA VIH, SIDA EN COLOMBIA 1983 -2010. UN ANÁLISIS DE LA SITUACIÓN. MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL. Fuente WEB consultada:

[142] Para 2002, ONUSIDA reportó 140.000 Personas viviendo con VIH o Sida (PVVS), mientras que el Ministerio de Protección Social los estimaba entre 170.000 y 200.000. Esta divergencia ha persistido hasta la fecha: uno de los objetivos del Observatorio es precisamente dinamizar la obtención de datos que permita, progresivamente, precisar el análisis y mejorar las condiciones de atención integral del VIH/Sida en PVVS dentro de la población general.

[143] Abadía, C. Políticas y sujetos del Sida en Brasil y Colombia. Revista Colombiana de Antropología, 2004, 40: 123-54.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

Sistema General de Seguridad Social en Salud, surgiendo en consecuencia un sistema de mercados regulados de seguros en salud y atención gerencial con clara perspectiva de privatización del sector, lo cual afectó tanto el acceso a la salud de las personas a los servicios de salud —en particular las Personas viviendo con VIH o Sida (PVVS)*— como la notificación y la capacidad diagnóstica y operativa para reportar los casos. Por ejemplo, en 2003, el gasto en VIH/Sida fue de 0,44% del gasto total en salud[144]. Al mismo tiempo, el Ministerio de Protección Social y ONUSIDA, basados en las estimaciones hechas en el año 2003 —cuando se promulgó la actual política de SSR—, proyectaron que en 2010 el número de* Personas viviendo con VIH o Sida *sería de 800.000, de los cuales 16.000 serían menores de 15 años[145]. Sin embargo, estas estimaciones no contaban con un buen número de estudios en las poblaciones más vulnerables que alimentaran los programas de estimación de forma que se contara con datos más próximos a la realidad del país[146].*

En el citado documento, la máxima autoridad administrativa encargada de copilar los datos estadísticos a nivel nacional respecto a los avances en la prevención del contagio del VIH en Colombia, señala que para septiembre de 2007, fecha en que la Secretaría de salud del Departamento del Magdalena expide la invitación a ofertar, no existían datos epidemiológicos fiables, por no haberse realizado procesos de tamizajes focalizados en las poblaciones vulnerables de cada departamento del territorio nacional.

La defensa no allegó prueba y en el expediente no obra elemento suasorio de la consulta que debió realizar la

144 Ibidem
145 ONUSIDA/Ministerio de la Protección Social - Dirección General de Salud Pública. Infección por VIH y Sida en Colombia - Estado del Arte 2000-2005. Bogotá: Ministerio de la Protección Social; 2006.
146 Quevedo, M. C.; Pastrana, E. M.; Krumeich, A.; van den Borne, B. & Abadía, C.E. Machismo, desigualdad social y turismo sexual: acción frente a la epidemia del VIH/Sida basada en el diagnóstico colectivo. En Arrivillaga, M. & Useche, B. (Editores). Sida y sociedad. Bogotá: Ediciones Aurora. 2011, p. 171-207. Ministerio de la Protección Social. Informe UNGASS 2010 - Seguimiento de la declaración de compromiso sobre el VIH/ Sida. Bogotá: Ministerio de la Protección Social. 2010.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

Gobernación del Magdalena a las secretarías de salud municipal con el fin de establecer en la base de datos del Plan de Atención Básica en Salud (PAB) el número de usuarios del nivel *"II de atención"* en el citado ente territorial para el año 2007, por ser estas las únicas entidades autorizadas para administrar dicha información de conformidad con los artículos 4, 10, 11 de la Resolución 4288 de 1996, la cual era imprescindible tanto para establecer la cantidad de *"Pre-test VIH y Test VIH"* que demandara ese grupo poblacional, como el plan de adquisición de tales pruebas diagnósticas a cargo del presupuesto departamental, y determinar los factores de idoneidad técnica y financiera que debía tener quien fuera elegido como contratista.

Por tanto, la Gobernación del Magdalena, en cabeza de FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA, sin haber efectuado un estudio de mercado, ni haber consultado la base de datos del PAB que dieran cuenta del número de personas que por pertenecer al nivel *"II de atención de los servicios público de salud"* en ese ente territorial demandaban la práctica de pruebas diagnósticas de VIH y capacitación preventiva, fijó arbitrariamente en la invitación a ofertar de 5 septiembre de 2007 tanto la cantidad de cuatro mil (4000) *"Pre-test VIH y Test VIH"* a adquirir, como la suma de cuatrocientos cuarenta y tres millones ochocientos cincuenta mil pesos ($443.850.000) a pagar al laboratorio clínico que fuera seleccionado como contratista y, por tanto, aceptaran obligarse a suministrarle

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

y aplicar tal cantidad de pruebas diagnósticas de dicho virus.

Al respecto, es importante recordar que la Corte Constitucional reiteradamente ha señalado:

La planeación contractual es una herramienta de gerencia pública, que exige estructurar el proceso contractual dedicando tiempo y esfuerzos para elaborar estudios previos, con el fin de determinar la necesidad que pretende satisfacer la Entidad Estatal y cuál es la mejor manera de hacerlo, consultando el tipo de bienes y servicios que ofrece el mercado y sus características, especificaciones, precios, costos, riesgos, garantías, disponibilidad, oferentes, etc. Lo anterior con la finalidad de realizar la escogencia diligente de la mejor oferta, para beneficiar los intereses y fines públicos inmersos en la contratación de las Entidades Estatales.[147]

Ante la inexistencia de un estudio de mercado, el plan de adquisición de cuatro mil (4000) pruebas diagnósticas a cargo del presupuesto no respondió a un análisis del sector económico, facilitando que la Gobernación del Magdalena incurriera en la mala praxis[148] de calificar la propuesta económica a partir del valor total de la misma, cuando se trataba de un contrato a precio unitario, pues debía determinarse cuál era el valor que tenían en el mercado cada unidad de *"Pre-test VIH"* y cada *"Test VIH"*, así como las jornadas de capacitación de prevención de contagio, para evitar se generaran sobrecostos, los que a la postre se traducen en cuantiosos perjuicios al erario, tal como

[147] C.C. Sentencia C-386 de 2024

[148] *En esta línea, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos ha adelantado estudios en los que desarrolla el concepto de inteligencia de mercados, según el cual, tan ineficiente es establecer precios que superen los del sector, como imponer a los proveedores precios que están por debajo de su dinámica. Las dos prácticas son expresiones de ausencia de gerencia y planeación y una negación arbitraria de la economía de mercado.*

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

ocurrió en el presente caso y analiza en detalle más adelante la Sala en los acápites pertinentes.

En segundo lugar, en lo que atañe a la exigencia referida a la obligación de obtener y evaluar mínimo 2 propuestas por parte de la Gobernación del Magdalena, conforme con lo previsto en el literal "l" del numeral primero del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 20 del Decreto 2170 de 2002, relevante resulta recordar que el artículo 20 del Decreto 2170 de 2002 consagra las siguientes exigencias:

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

La precitada norma contiene dos exigencias, la primera, referida a que las entidades estatales debían "*obtener por lo menos dos ofertas de personas naturales o jurídicas que prestasen*" los servicios de salud, requisito de carácter cuantitativo, y, la segunda, exige una cualidad específica en los ofertantes, que estos a más de prestar servicios salud deben contar con el aval de la máxima autoridad en esa área.

La Fiscalía en la acusación afirma que, en el presente caso se incumplieron tales requisitos, toda vez que: (i) en todas las oportunidades en que el ente instructor realizó

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

inspección judicial a la oficina de archivo central de la Gobernación del Magdalena, el funcionario a cargo de dicha dependencia certificó que la única propuesta u oferta presentada fue la de DXSALUD IPS LTDA, allegada por su representante legal Elva Rosa Bolaño Campo, pues luego de buscar en los noventa y cinco (95) folios contenidos que comprenden la carpeta correspondiente al proceso contractual 372 de 2007, no encontró las propuestas u ofertas presentadas por ONCOVHIDA MAGDALENA IPS y el IPS Eidys Esther Campo Laboratorio Clínico.

(ii) En la acusación, también se observa que la Fiscalía negó darle el valor de "oferta" o "propuesta" al oficio calendado 14 de septiembre de 2007 sin firma[149], presentado a la Secretaría de Salud del Magdalena supuestamente por la contratista Eidys Campo Lacera, en su calidad de representante legal del IPS *Eidys Campo Laboratorio Clínico*, rotulando dicho documento de «*remedo de propuesta*» por no contar con el registro especial del Ministerio de Salud, ni reunir los requisitos exigidos en el numeral 1° del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, ya que en ningún fragmento de su contenido se informa: (i) qué es lo que ofrece el IPS para el cumplimiento del objeto contractual, (ii) en qué condiciones propone que puede cumplir con ese objeto, (iii) cuál es su propuesta económica, (iv) cuál es la experiencia que tiene para desarrollar ese objeto, y (v) cuál es la infraestructura y el recurso humano con que cuenta para ejecutar el objeto contractual.

[149] Observable a folios 114 a123 del cuaderno anexo 3 de la Fiscalía.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

La Sala evidenció que en el expediente obra prueba de las reiteradas oportunidades en que la Fiscalía solicitó a la oficina de archivo de la Gobernación del Magdalena remitiera el original o las copias de las propuestas presentadas en virtud de la convocatoria que culminó con la celebración del contrato 372 de 2007, obteniendo como respuesta del funcionario a cargo de esa dependencia, Eduin Jesús Padilla Cabrera, el oficio E-2017-004031 de marzo 28 de 2017, que reza:

...informo a usted que luego de revisado el expediente del Contrato No. 372 de noviembre 19 de 2007 que reposa en el Archivo Central de la Gobernación del Magdalena, no se encontró la propuesta presentada por Eidys Esther Campo Lacera en su condición de Gerente de la IPS Esther Campo Laboratorio clínico.

Hecha la consulta en la Oficina de Contratación de la Gobernación del Magdalena, fuimos informados que este expediente fue remitido a Archivo Central con 96 folios, los mismos que hoy reposan en la carpeta.

Manifiesto a usted que el pasado 6 de marzo de 2017, mediante radicado R-2017-006364, recibimos solicitud de los mismos documentos por parte de la Fiscalía Once Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, dando respuesta en el mismo sentido a través del radicado E-2017-002690[150]*.*

De allí que en el informe de policía judicial N°9-96222 de 31 de marzo de 2017, el investigador del CTI Arley Alvarado Villa concluyera:

Hasta el momento no ha sido posible ubicar original o copia de la propuesta presentada por Eidys Esther Campo Lacera, en su condición de Gerente de la IPS Esther Campo Laboratorio Clínico, en virtud de la convocatoria que dio como resultado la celebración del contrato 372 del 19 de noviembre de 2007...[151]

---

[150] Folio 234 del cuaderno original de fiscalía N°3.
[151] Ibidem.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

En respuesta a este cargo la defensa técnica afirma haber aportado varios documentos durante la fase de juzgamiento, específicamente en el traslado del artículo 400 de la Ley 600 de 2000, entre ellos las propuestas presentadas por: (i) Eidys Campo Lacera gerente de EIDYS CAMPO LABORATORIO CLÍNICO IPS, calendada 14 de septiembre de 2007; (ii) Elva Rosa Bolaño Campo gerente de DXSALUD IPS LTDA, fechada 12 de septiembre de 2007, (iii) y Andrea Lucila Martínez Páez, en calidad de gerente de ONCOVIHDA MAGDALENA IPS LTDA, del 10 de septiembre de 2007, precisando que "*no le consta el origen y autenticidad de los mismos"*, toda vez que fueron entregados por Milton Miguel Cantillo Lara, Secretario de Salud departamental de la época, al procesado FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA[152].

Al efecto esta Sala en auto AEP-046 de 20 de mayo de 2020[153] resolvió, entre otras solicitudes, admitir como prueba documental la citada oferta o propuesta presentada por Andrea Lucila Martínez Páez, gerente de ONCOVHIDA MAGDALENA IPS LTDA, allegada por la defensa técnica en el traslado del artículo 400 de la Ley 600 de 2000, precisando lo siguiente:

2.10. Por dirigirse a debilitar las supuestas irregularidades en el trámite precontractual, se admite como prueba la siguiente oferta que según la defensa fue presentada en la convocatoria realizada por la gobernación con el fin de desarrollar el objeto contractual materia de

[152] Folios 1150 y 1151 del cuaderno original N°6 de la SEP.
[153] Folio 232 del cuaderno original N°1 de la SEP.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

investigación, la que según la acusación no fue encontrada en la Gobernación:

a) Propuesta de ANDREA LUCILA MARTÍNEZ PÁEZ, gerente de ONCOVHIDA -Magdalena IPS LTDA, de septiembre 10 de 2007»[154].

Asimismo, en el aludido proveído, la Sala resolvió que en el expediente obraban las pruebas documentales de las ofertas presentadas por DX SALUD IPS LTDA y el IPS Eidys Campo Laboratorio Clínico, al señalar:

Las dos siguientes ofertas pedidas por la defensa con el mismo objetivo, se negarán por repetitivas ya que reposan integralmente en el proceso a folios 64 a 70, 113 a 132, 71 a 111 del cuaderno de anexo 3:

b) Propuesta presentada por ELVA ROSA BOLAÑO CAMPO, gerente de DX SALUD IPS, de 12 de septiembre de 2007.

c) Propuesta de EIDYS CAMPO LACERA, gerente de la IPS EIDYS CAMPO LABORATORIO CLÍNICO, de 14 de septiembre de 2007.[155]

La Fiscalía con la finalidad de refutar *«la legalidad y autenticidad de los documentos allegados»* por la defensa en las condiciones anotadas, en memorial de 4 de agosto de 2020 solicitó el decreto de *pruebas de refutación*, entre ellas, realizar una nueva «*inspección judicial en la oficina de archivo central de la gobernación del Magdalena y escuchar el testimonio de la gerente de ONCOVHIDA MAGDALENA IPS LTDA»*[156], invocando para tal fin el criterio acogido por esta Sala en auto AEP040- 2020 de 29 de abril de 2020, Rad. 50184[157], argumentando que resultaba «*inexplicable que la documentación que buscó durante la etapa de instrucción»,* específicamente la relacionada *con* la oferta de ONCOVHIDA

[154] Folio 265 del cuaderno original N°2 de la SEP, página 34 del AEP-046 de 20 de mayo de 2020.
[155] Folio 265 del cuaderno original N°2 de la SEP, página 34 del AEP-046 de 20 de mayo de 2020
[156] Folios 223 a 230 del cuaderno original N°1 de la SEP.
[157] En AEP040- 2020 de 29 de abril de 2020, Rad. 50184 esta Sala establece la diferencia entre el concepto de prueba sobreviniente y prueba de refutación.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

MAGDALENA IPS LTDA, «*hubiese aparecido después de emitida la resolución de acusación (15 de diciembre de 2017), en la cual de manera contundente se indica que la propuesta de ONCOVHIDA jamás*» fue hallada en el archivo central de la Gobernación del Magdalena.

Con esa finalidad, en la fase de juzgamiento fueron escuchados los testimonios de Andrea Lucila Martínez PÁEZ, gerente de ONCOVHIDA MAGDALENA IPS LTDA en 2007, y Milton Miguel Cantillo Lara, Secretario de Salud del Departamento del Magdalena para ese mismo año; así como, Eduin Jesús Padilla Cabrera, profesional especializado en gestión documental del citado ente territorial, y Arley Alvarado Villa, quien se desempeñó como investigador del CTI de la Fiscalía.

Respecto a la autenticidad de los documentos allegados por la defensa en el término del traslado del artículo 400 de la Ley 600 de 2000, la testigo Andrea Lucila Martínez Páez en la declaración rendida el 10 de febrero 2022[158] nada pudo aportar, pues manifestó que si bien es cierto fue gerente y representante legal de ONCOVIHDA MAGDALENA IPS LTDA entre los años 2005 a 2007, también lo es que se retiró de ese cargo entre junio y julio de este último año, lo que significa que no tuvo la representación legal de la mencionada IPS en el mes de septiembre de 2007, en el que actuó como tal Karina Beatriz Valenzuela Yanes y supuestamente presentó la citada sociedad su oferta a la Gobernación del Magdalena,

[158] Folio 732 del cuaderno original 4 de la SEP.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

siendo esa razón por la cual la declarante no pudo suministrar información sobre los hechos por los que fue llamada a testificar.

Al respecto, es importante precisar que el defensor del procesado solicitó se escuchara la declaración de Karina Beatriz Valenzuela Yanes. La Sala en proveído de 25 de abril de 2022[159], resolvió denegar su práctica por considerarla inconducente e inútil para acreditar la existencia y representación legal de ONCOVIHDA MAGDALENA IPS LTDA en septiembre de 2007, por las siguientes dos razones: primero, en el plenario obra un documento que desvirtúa el dicho de la señora Martínez Páez, expedida por la autoridad competente, esto es, la Cámara de Comercio de Santa Marta (inconducencia de la prueba solicitada); y segundo, porque se había ordenado practicar la inspección judicial a la oficina del archivo central de la Gobernación del Magdalena con el objeto de averiguar si allí reposa o no la propuesta original presentada por la sociedad ONCOVIHDA MAGDALENA IPS LTDA dentro del trámite del contrato N°372 de 2007 y en caso de encontrarla, establecer quién la presentó, por qué medio, en qué fecha, y el motivo por el cual no se encontró en las inspecciones realizadas durante la fase de instrucción[160] (inutilidad de la prueba peticionada).

También fue indagado en la fase de juzgamiento Milton Miguel Cantillo Lara, quien se desempeñó en el año

[159] CSJ, AEP045-2022, radicado 52188.
[160] *Cfr.* AEP045-2022 de 25 de abril de 2002, obrante a folios 965 a 976 del cuaderno original 5 de la SEP.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

2007 como Secretario de Salud departamental del Magdalena, quien tras exhibírsele los documentos aludidos los reconoce afirmando: *"estos los tenía en mi archivo personal, como lo mostré en las actas"* [161]. Precisó el testigo lo siguiente:

PREGUNTADO: Doctor Milton Cantillo se afirma en estas diligencias, que usted entregó una serie de documentos al exgobernador INFANTE VERGARA, folios 45 a 184 del cuaderno original N°1, relacionados con las propuestas presentadas por IPS Eidys Campo Laboratorio Clínico, DXSALUD IPS LIMITADA y ONCOVIHDA MAGDALENA IPS LTDA, y de acuerdo con la investigación no fueron hallados en la gobernación del Magdalena, una vez solicitados por la Contraloría General de la República y la Fiscalía General de la Nación ¿Qué tiene que usted decir al respecto? y ¿Por qué tenía en su poder dicha documentación?

CONTESTA: Honorable magistrado cuando hice entrega del cargo al secretario que me sucedió, el doctor Carlos Retamozo Insignares, se hace entrega mediante esta acta que me dieron copia, que quedó una en la secretaría y uno que guardé, ahí está la relación de los contratos que se hicieron en la administración del doctor INFANTE VERGARA, por eso tengo esta acta que da fe de lo que entregué en la secretaría, y me quedé con ella en el archivo. No es por algo diferente, aquí es una cosa oficial de entrega al Secretario de Salud entrante[162].

El 5 de abril de 2022, se practicó el testimonio de Eduin Jesús Padilla Cabrera, profesional especializado en gestión documental de la Gobernación del Magdalena, quien manifestó lo siguiente:

---

[161] Del minuto 2:57:29 y siguientes de la audiencia de práctica testimonial llevada a cabo, el 22 de julio de 2022, por el Magistrado de la Sala Penal del Tribunal del Magdalena, en cumplimiento de la comisión que le hiciera la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia.

[162] Del minuto 2:44:07 y siguientes del disco compacto visible a folio 795 del cuaderno original 4 de la SEP, en el cual se registra la práctica del testimonio del 22 de julio de 2022, llevado a cabo por un Magistrado de la Sala Penal del Tribunal del Magdalena, en cumplimiento de la comisión que le hiciera la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

Bueno, efectivamente, efectivamente… nosotros les remitimos a los señores Arley Alvarado Villa y Carolina Cortés Baca, con fecha 28/03/2017, una respuesta al oficio que recibimos con el radicado R-20179734 y le informamos que luego de revisado el expediente del contrato 370 de noviembre 19 de 2007 no se encontró la propuesta presentada por Eidys Esther Campo Lacera, en su condición de gerente del IPS, luego de hecha la consulta en la Oficina de Contratación de la Gobernación de Magdalena, firmo informando que este expediente fue remitido al archivo central con 96 folios, los mismos que hoy reposan en la carpeta. Manifiesto usted que el pasado 06/03/2017 mediante el radicado R-2017-006364 recibimos solicitud de los mismos documentos por parte de la fiscalía 12 delegada ante la Corte Suprema de Justicia, dando respuesta en el mismo sentido a través del oficio radicado E2017-002690. Quiere decir que efectivamente sí le recibimos la solicitud del funcionario de la fiscalía y sí se dio respuesta en los términos en que está establecido en el documento[163]*.*

Igualmente, se llevó a cabo el 8 de abril de 2022[164], una nueva inspección judicial[165] a la oficina de archivo central de la Gobernación del Magdalena, especificándose como propósito de esa diligencia el «*establecer la existencia o no, de los documentos originales presentados en físico por la defensa del procesado, esto es, la propuesta de Andrea Lucila Martínez Páez, en representación de la sociedad ONCOVIHDA MAGDALENA IPS LTDA, dentro del trámite del contrato N° 372 de 2007*»[166]*.*

---

[163] Minuto 36:53 del disco compacto obrante a folio 795 del cuaderno original 4 de la SEP.
[164] Visible en auto de 28 de marzo de 2022 proferido por el Juez Segundo Penal del Circuito de Conocimiento de Santa Marta, en cumplimiento del despacho comisorio del 25 de marzo de 2022 emanado por la SEP, obrante a folio 833 del cuaderno orinal N°4 de la SEP.
[165] En cumplimiento de la orden emitida por la Sala en auto de 4 de marzo de 2022, proveído mediante el cual se ordenó practicar la inspección judicial a la oficina del archivo central de la gobernación del Magdalena con el objeto de averiguar si allí reposa o no la propuesta original presentada por la sociedad ONCOVIHDA MAGDALENA IPS LTDA dentro del trámite del contrato N°372 de 2007 y en caso de encontrarla, establecer quién la presentó, por qué medio, en qué fecha, y el motivo por el cual no se encontró en las inspecciones realizadas durante la fase de instrucción.
[166] En esos términos se hace constar en el acta de la inspección judicial el objeto de esa diligencia, visible a folio 862 del cuaderno original 5 de la SEP.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

La inspección judicial fue atendida por Eduin Jesús Padilla Cabrera[167], en su calidad de Profesional Especializado del área de gestión documental de la Gobernación del Magdalena, junto con el operador técnico Yesid Alfonso García Rodríguez, consignándose en el acta de dicha diligencia lo siguiente:

El Despacho le concede el uso de la palabra al doctor PADILLA CABRERA, quien, enterado del motivo de la diligencia, manifestó lo siguiente:

En el archivo central contamos con una base de datos consignado en el formato único de inventario documental (FUID), donde están descritas todas las series documentales que reposan en el archivo central.

PREGUNTADO: indique al despacho cual es el procedimiento utilizado y que se utilizara en esta diligencia para ubicar la carpeta antes mencionada, contentiva del contrato No. 372 del 2007.

CONTESTÓ: Una vez recibida la solicitud se consulta el FUID y se define la existencia de la carpeta y su ubicación geográfica dentro de la bodega. El operador hace la respectiva búsqueda de la carpeta solicitada.

PREGUNTADO: Al respecto de la carpeta contentiva del contrato No.372 del 2007, indíquenos que resultado arrojó el FUID.

CONTESTA: El FUID arrojó como resultado que la carpeta se encuentra almacenada en la caja 2246 carpeta 3. Una vez ubicada por el operador el señor GARCÍA RODRIGUEZ, se pone a disposición del Despacho. El Despacho deja constancia que el señor PADILLA CABRERA pone a disposición y de las partes una carpeta de cuatro aletas con un rotulo que dice: "GOBERNACIÓN DEL MAGDALENA-ARCHIVO CENTRAL-SERIE CONTRATOS, TITULO: CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS 372 DE 2007. EIDYS ESTHER CAMPO LACERA- EIDYS CAMPO LABORATORIO CLÍNICO FECHAS EXTREMAS: 2007-2007 CAJA 2246 CARPETA 3". Procede el Despacho a verificar la carpeta en presencia de los intervinientes. El Despacho deja constancia que la carpeta contiene noventa y cinco (95) folios y que revisados uno a uno no se encuentra dentro de la misma la propuesta presentada por la señora ANDREA LUCILA MARTÍNEZ PÁEZ,

[167] La diligencia de inspección judicial también fue atendida por Yesid Alfonso García Rodríguez, afirma la Fiscalía en sus alegatos finales.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

en representación de la sociedad ONCOVIHDA-MAGDALENA IPS LTDA. (sic)»[168] (subrayado fuera del texto original).

En la mencionada diligencia, también precisó el testigo que *"en el año 2017 se hizo el levantamiento del inventario en estado natural, con cambio de unidad de conservación, es decir, la carpeta y respetando el orden encontrado, esta actividad la cumplió la Unión Temporal Gestión Magdalena 2017",* siendo posible inferir de sus dichos que los documentos verificados en la inspección son los únicos que reposan en relación con el contrato 372 de 2007, entre los cuales no se halla la oferta de ONCOVIHDA-MAGDALENA IPS LDTA.

En ese mismo sentido, Arley Alvarado Villa, quien se desempeñó como investigador del CTI de la Fiscalía, al interrogársele sobre el trámite dado a la mencionada solicitud de información al archivo central de la Gobernación del Magdalena, expresó:

"la otra actividad que se hizo fue la solicitud al jefe del archivo, al doctor Eduin, donde se requería la información referente a la copia de la propuesta presentada por Eidys Campo Lacera, gerente de la IPS contratista. También se obtuvo respuesta de la Secretaría de Salud, pues a esa también se le solicitó copia de las propuestas, no se obtuvo información positiva. Asimismo, en el despacho, en lo que tiene que ver con archivo de la Gobernación, en cabeza del doctor Eduin Padilla, fueron los resultados negativos.

PREGUNTADO: Señor Arley, explique por favor a la audiencia lo que recuerde en relación con la presencia suya en la oficina de archivo de la gobernación del Magdalena, lo que recuerda en relación con esa presencia suya allí[169]*.*

---

[168] Folios 862 y 863 del cuaderno original 5 de la SEP.
[169] Minuto 01:32:08 y siguientes del disco compacto en el que se registró el testimonio de Arley Alvarado Villa practicado en la audiencia pública de juzgamiento, obrante a folio 1142 del cuaderno original 6 de la SEP.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

CONTESTA: Pues eso, que se hizo presencia en las dependencias del archivo, se hizo reunión con el doctor Eduin Jesús Padilla, donde se le solicitó y se le insistió en el requerimiento del Despacho de la fiscalía, con el fin de obtener copia de la de la propuesta presentada[170]*.*

PREGUNTADO: ¿Qué era lo que le pedía?

CONTESTA: ¡Ah! pues copia de la propuesta presentada por la señora Eidys Campo Lacera que tenía que ver con el contrato… 372 de 2007, de prestación de servicio de salud en la población del Magdalena. No recuerdo bien el contenido, pero eso era lo que se solicitaba.

PREGUNTADO: Señor Arley. Antes de hacer usted presencia en esa oficina de archivo y correspondencia de la gobernación, usted le solicitó previamente al mencionado lo que requería.

CONSTESTA: Se le había explicitado previamente con oficio, con el propósito de adelantar la búsqueda del activo teniendo en cuenta la cantidad de documentos que se manejaban en dichas dependencias."[171]

Es decir, los testimonios de Arley Alvarado Villa y Eduin Jesús Padilla Cabrera convergen en señalar que en las diligencias de inspección judicial llevadas a cabo a la oficina de archivo central de la Gobernación del Magdalena a la carpeta titulada "*CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS 372 DE 2007*", no fue posible hallar las supuestas propuestas presentadas en la etapa precontractual por: (i) Andrea Lucila Martínez Páez, en representación de la sociedad ONCOVIHDA-MAGDALENA

---

[170] 01:32:26 y siguientes del disco compacto en el que se registró el testimonio de Arley Alvarado Villa practicado en la audiencia pública de juzgamiento, obrante a folio 1142 del cuaderno original 6 de la SEP.
[170] 01:33:05 y siguientes del disco compacto en el que se registró el testimonio de Arley Alvarado Villa practicado en la audiencia pública de juzgamiento, obrante a folio 1142 del cuaderno original 6 de la SEP.
[171] 01:35:06 y siguientes del disco compacto en el que se registró el testimonio de Arley Alvarado Villa practicado en la audiencia pública de juzgamiento, obrante a folio 1142 del cuaderno original 6 de la SEP.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

IPS LTDA e (ii) Eidys Campo Lacera, como gerente de IPS Eidys Campo Laboratorio Clínico.

Es más, verifica la Sala que como consecuencia del no hallazgo o inexistencia de las propuestas u ofertas presentadas en virtud del contrato 372 de 2007 en la oficina de archivo central de la Gobernación del Magdalena, se observan en la citada carpeta sendos oficios dirigidos en el año 2011 y 2012 por la Procuraduría Regional del Magdalena a la Unidad de Contratación Departamental de ese mismo ente territorial, en las que solicita con "*urgencia*" le expidan copia de los mencionados documentos con el fin de allegarlos a la investigación disciplinaria IUS-2010-59001.

De acuerdo con lo anterior, el problema que se presenta consiste en determinar: ¿Son auténticos y legales los documentos aportados por la defensa en el traslado del artículo 400 de la Ley 600 de 2000, específicamente, a lo que atañe a las propuestas u ofertas presuntamente presentadas por Eidys Campo Lacera gerente de EIDYS CAMPO LABORATORIO CLÍNICO IPS, calendada 14 de septiembre de 2007, y Andrea Lucila Martínez Páez, en calidad de gerente de ONCOVIHDA MAGDALENA IPS LTDA, adiada 10 de septiembre de 2007?

Al respecto, el artículo 259 de la Ley 600 de 2000 dispone que los documentos deben aducirse al proceso en original o copia auténtica, no siendo posible tener como

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

medios de prueba con aptitud probatoria elementos que no cumplan con cualquiera de estos presupuestos.

Conforme con la legislación procesal penal la copia de un documento es auténtica cuando existe certeza de que coincide con el original, convicción que legalmente se adquiere en los siguientes casos: "*cuando es autorizada por el funcionario donde se encuentra el documento genuino o copia autenticada del mismo; cuando una tal condición es certificada por notario; cuando es compulsada o cotejada en inspección Judicial; y, cuando la parte contra quien se aduce en el proceso penal no rechaza su contenido antes de la audiencia pública*"[172].

El artículo 260 de la Ley 600 de 2000, a su vez, establece que "*salvo las excepciones legales, quien tenga en su poder documentos que se requieran en un proceso penal, tiene la obligación de entregarlos o permitir su conocimiento al funcionario que los solicite*", como ocurrió en este caso, en el que el testigo Milton Miguel Cantillo Lara, quien se desempeñara como Secretario de Salud del Departamento del Magdalena, informó al procesado FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA de la existencia en su archivo personal de los documentos relacionados con el contrato número 372 de 2007, argumentando los tenía en su poder porque al hacer entrega de su cargo al señor Carlos Retamozo, funcionario de la administración entrante, se quedó con una copia del acta y sus anexos[173], encontrándose listado

[172] *Cfr.* CSJ SP 2 Oct 2013, Rad 42311.
[173] *Cfr.* La jurisprudencia tiene establecido que, salvo prueba en contrario, *es auténtico el documento cuando se tiene conocimiento cierto sobre la persona que lo ha*

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

en ese documento el archivo referido al contrato 372 de 2007, *"el cual fue entregado y recibido por sucesor."*[174]

Atendiendo las pruebas documentales previamente reseñadas y analizadas, no existe duda en la Sala respecto de la configuración de la primera de las irregularidades imputadas por la Fiscalía al procesado, pues, se itera, durante toda la fase de instrucción en la oficina de archivo central de la Gobernación del Magdalena no fueron halladas las propuestas u ofertas presentadas en virtud del contrato 372 de 2007 por las representantes legales del IPS Eidys Campo Laboratorio Clínico y ONCOVIHDA MAGDALENA IPS LTDA, sin embargo, durante el traslado del artículo 400 de la Ley 600 de 2000, la defensa allegó al plenario copia de las tres (3) ofertas que supuestamente el entonces Secretario de Salud de la gobernación del Magdalena Milton Miguel Cantillo Lara afirmó haber recibido en la etapa precontractual y guardar en su archivo personal, estas son, las presentadas por: (i) Andrea Lucila Martínez Páez, en representación de la sociedad ONCOVIHDA-MAGDALENA IPS LTDA[175]; (ii) Eidys Campo Lacera, como gerente del IPS Eidys Campo Laboratorio Clínico[176] y (iii) Elva Rosa Bolaño Campo, gerente de DX SALUD IPS[177].

---

elaborado, hipótesis que se cumple en este caso, porque el testigo Milton Miguel Cantillo Lara los reconoce como propios y así lo aseveró bajo juramento en este proceso y a la actuación no se aportó ninguna evidencia que descarte esa situación, al respecto ver en CSJ, SP 8 Jun 2022, SP1958-2022, Rad. 58961. En ese mismo sentido, CSJ SP 2 Oct 2013, Rad 42311; SP1591-2020, SP2348-2021 y SP1793-2021.

[174] Folio1157 del cuaderno original N°6 de la SEP.
[175] Visible a folios 121 a 150 del cuaderno original 1 de la SEP.
[176] Obrante a folios 114 a 129 del cuaderno original de la fiscalía anexo 3
[177] Visible a folios 72 a 112 del cuaderno original de la fiscalía anexo 3

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

Aun con todos los cuestionamientos que se formularon y que la Sala advierte fundados respecto de la forma en que la defensa encontró y adujo a esta actuación las copias de las propuestas u ofertas presuntamente presentadas por (i) Andrea Lucila Martínez Páez, en representación de la sociedad ONCOVIHDA-MAGDALENA IPS LTDA y (ii) Eidys Campo Lacera, como gerente del IPS Eidys Campo Laboratorio Clínico, si por vía de hipótesis se resolviera otorgar valor suasorio a esa prueba documental de conformidad con lo dispuesto por las citadas normas (arts 259 y 260 L600/2000), por ese sendero interpretativo se podría llegar a considerar que se presentaron por lo menos dos (2) ofertas como lo demandaba la ley, con lo cual la exigencia cualitativa concurría, empero no así la cualitativa, por consecuencia, la irregularidad analizada de todas formas encuentra demostración.

En efecto, la segunda condición requerida por la citada norma, exige que las "*personas naturales o jurídicas que prestasen"* los servicios de salud *"se encuentren inscritas en el registro especial nacional del Ministerio de Salud"* al momento de presentar sus ofertas ante el ente territorial, pues recordemos que el artículo 20 del Decreto 2170 de 2002 consagra dos exigencias, una cuantitativa y otra cualitativa.

Obsérvese que la norma por medio del conjuntivo copulativo "y" cualifica doblemente al sujeto en la estructura gramatical, no bastando que las personas naturales o jurídicas que presentan sus ofertas ante una

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

entidad pública presten los servicios de salud, sino que, también, exige que cuenten con el aval de la máxima autoridad administrativa en esa área del servicio público, esto es, el Ministerio de Salud.

Tal como se puede observar a folio 96 del cuaderno original anexo 3 de la Fiscalía, Elva Rosa Bolaño, gerente de la empresa DXSALUD IPS LTDA, anexó a la oferta presentada ante la Secretaría de Salud del Magdalena copia del formulario de inscripción en el Registro Especial de Prestadores de Servicios de Salud (REPS) que data del 5 de octubre de 2007; por el contrario, las representantes legales de ONVOVIHDA MAGDALENA IPS LTDA[178] e IPS Eidys Campo Laboratorio Clínico[179], las otras dos proponentes, no habían allegado soporte que acredite se encontraran registradas en la citada base de datos pública para esa fecha.

En lo que atañe a ONCOVIHDA MAGDALENA IPS LTDA, no se observa formulario de inscripción en el Registro Especial de Prestadores de Servicios de Salud (REPS) en los documentos que presuntamente fueron allegados por Andrea Lucila Martínez PÁEZ, en calidad de representante legal de esa sociedad, visibles a folios 121 a 150 del cuaderno original 1 Corte, empero que, recordemos, la citada testigo en la declaración rendida el 10 de febrero 2022[180], luego de habérselos exhibido no reconoció elaborar ni tampoco suscribir dicha oferta, tan solo expresó que se

[178] Folios 121 a 154 del cuaderno original 1 de la SEP.
[179] visibles de los folios 114 al 133 del cuaderno original anexo 3 de la fiscalía.
[180] Folio 732 del cuaderno original 4 de la SEP.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

trataba del "*portafolio de servicios de ONCOVIHDA con la prestación de servicios que prestaban entonces*", justificando su desconocimiento sobre la presentación de esa propuesta en que para el último trimestre de 2007 otra persona había asumido la representación legal de la mencionada empresa, leyendo del certificado de la Cámara de Comercio, fechado 21 de agosto de 2007[181], que la persona que aparece como gerente es Karina Valenzuela Llanos.

Corrobora la ausencia de dicho aval, el documento rotulado "*Asunto: selección de la propuesta para la prestación de servicios de salud por eventos*"[182], suscrito y remitido el 28 de septiembre de 2007 por el entonces Secretario de Salud Milton Miguel Cantillo Lara al gobernador Francisco José Infante Vergara, toda vez que en este se especifica, a modo de recuadro de calificación que ONCOVIHDA MAGDALENA IPS LTDA no contaba con "*certificado de habilitación*", esto es, la licencia otorgada por la Secretaría de Salud distrital, luego que el prestador de servicios de salud ha diligenciado y radicado el formulario de inscripción en el Registro Especial de Prestadores de Servicios de Salud ante la entidad territorial correspondiente[183].

Ahora, para aquella época el Decreto N°1011 de 2006 regulaba específicamente ese tema y en sus artículos 11°,

[181] Registro ante la Cámara de Comercio N°00061855 al 061857, expedido el 21 de agosto de 2007, visible a folios 151 a 154 del cuaderno original 1 de la SEP.
[182] Visible a folio 65 del cuaderno original 1 de la SEP.
[183] Artículo 13 del Decreto 1011 de abril 3 de 2006 del Ministerio de Protección Social.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

12° y 13° se evidencia la importancia de ese aval institucional, al consagrar tales preceptivas:

ARTÍCULO 11°. - Formulario de inscripción en el registro especial de prestadores de servicios de salud. *Los Prestadores de Servicios de Salud presentarán el formulario de inscripción en el Registro Especial de Prestadores de Servicios de Salud ante las Entidades Departamentales y Distritales de Salud correspondientes para efectos de su inscripción en el Registro Especial de Prestadores de Servicios de Salud. A través de dicho formulario, se declarará el cumplimiento de las condiciones de habilitación contempladas en el presente decreto. El Ministerio de la Protección Social establecerá las características del formulario.*

ARTÍCULO 12°. - Autoevaluación del cumplimiento de las condiciones para la habilitación. *De manera previa a la presentación del formulario de inscripción de que trata el artículo 11 del presente decreto, los Prestadores de Servicios de Salud deberán realizar una autoevaluación de las condiciones exigidas para la habilitación, con el fin de verificar su pleno cumplimiento. En caso de identificar deficiencias en el cumplimiento de tales condiciones, los Prestadores de Servicios de Salud deberán abstenerse de prestar el servicio hasta tanto realicen los ajustes necesarios para el cumplimiento de los requisitos.*

El prestador que declare un servicio, es el responsable del cumplimiento de todos los estándares aplicables al servicio que inscribe, independientemente de que para su funcionamiento concurran diferentes organizaciones o personas para aportar en el cumplimiento de los estándares.

Cuando un Prestador de Servicios de Salud se encuentre en imposibilidad de cumplir con las condiciones para la habilitación, deberá abstenerse de ofrecer o prestar los servicios en los cuales se presente esta situación.

ARTÍCULO 13°. - Inscripción en el registro especial de prestadores de servicios de salud. *Es el procedimiento mediante el cual el prestador de servicios de salud, luego de efectuar la autoevaluación y habiendo constatado el cumplimiento de las condiciones para la habilitación, radica el formulario de inscripción de que trata el artículo 11 del presente decreto y los soportes que para el efecto establezca el Ministerio de la Protección Social, ante la Entidad Departamental o Distrital de Salud correspondiente, para efectos de su incorporación en el Registro Especial de Prestadores de Servicios de Salud.*

La Entidad Departamental o Distrital de Salud efectuará el trámite de inscripción de manera inmediata, previa revisión del diligenciamiento del formulario de inscripción. La revisión detallada de los soportes entregados será posterior al registro especial de

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

prestadores de servicios de salud, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19 del presente decreto.

A partir de la radicación de la inscripción en la Entidad Departamental o Distrital de Salud, el Prestador de Servicios de Salud se considera habilitado para ofertar y prestar los servicios declarados.

Parágrafo 1.- *Cuando un Prestador de Servicios de Salud preste sus servicios a través de dos (2) o más sedes dentro de la misma jurisdicción Departamental o Distrital, deberá diligenciar un sólo formulario de inscripción.*

Cuando un Prestador de Servicios de Salud preste sus servicios a través de dos o más sedes dentro de dos (2) o más Departamentos o Distritos, deberá presentar el formulario de inscripción en cada una de las jurisdicciones Departamentales o Distritales de Salud en las cuales presta los servicios, declarando en cada una, una sede como principal.

Parágrafo 2.- *El Prestador de Servicios de Salud deberá declarar en el formulario de inscripción en el Registro Especial de Prestadores de Servicios de Salud, los servicios que se prestan en forma permanente. La inobservancia de esta disposición se considera equivalente a la prestación de servicios no declarados en el Registro Especial de Prestadores de Servicios de Salud y dará lugar a la aplicación de las sanciones establecidas en los artículos 577 de la Ley 09 de 1979, 49 de la Ley 10 de 1990 y 5 del Decreto 1259 de 1994 y las normas que las modifiquen o sustituyan.*

Agréguese, que el ente instructor anexó en la acusación la imagen de los soportes documentales que arroja la consulta en el Registro Especial de Prestadores de Servicios de Salud, base de datos de carácter público que tras ser compulsada certifica que el "*IPS Eidys Campo Laboratorio Clínico*" no contaba con un registro de inscripción para el 5 de septiembre de 2007[184], fecha en la que recibe *"la invitación a ofertar la prestación de servicios de salud por eventos"*, y presuntamente presenta la oferta ante la Gobernación del Magdalena careciendo del aval y reconocimiento del Ministerio de Salud, configurándose así el incumplimiento a ese requisito legal esencial, ya que el artículo 20 del Decreto 2170 de 2002, en concordancia con el Decreto 1011 de 2006, expresa con claridad el querer del

[184] Obrante a folio 113 del cuaderno original anexo 3 de la fiscalía.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

legislador de impedir que la administración haga ilusorio el trámite de selección objetiva del contratista y el ánimo de buscar el bien común, que subyace bajo todo negocio jurídico de esta índole.

El incumplimiento de los requisitos legales esencial de la referida preceptiva se corrobora aún más con las mismas manifestaciones de la contratista Eidys Campo Lacera, quien al ser exhortada respecto de los documentos que allegó ante la Secretaría de Salud al momento de presentar la oferta del *IPS Eidys Esther Campo Laboratorio Clínico*, tras exhibírsele para su reconocimiento; señaló "*no saber", "no recordar"* si son exactamente los que adujo ante la gobernación, echando de menos tan solo la copia del Registro Único Tributario (RUT) y de su cédula de ciudadanía, sin mencionar en manera alguna o traer a colación el formulario del Registro Especial de Prestadores de Servicios de Salud (REPS), el cual sí fue aportado en la oferta presentada por la representante legal de DXSALUD IPS LTDA.

La Sala evidencia que la testigo Campo Lacera respondió con evasivas cuando se le inquirió explicara la razón o causa de no haber aportado el formulario de inscripción en el registro especial de prestadores de servicios de salud al momento de presentar la oferta ante la Secretaría de Salud distrital, pese a tratarse de un requisito legal esencial en el trámite de contratación directa, pues al respecto afirmó:

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

PREGUNTADA: ¿Recuerda usted qué requisitos generales y especiales le fueron exigidos para el cumplimiento del objeto del contrato de prestación de servicios de salud a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda de segundo nivel de atención consistente en tamizaje, 4000 pacientes en el departamento del Magdalena? ¿Cuáles fueron los requisitos generales y especiales que le fueron exigidos?[185]

CONTESTA: Que lo que me exigieron fue mi documentación legal, RUT, Cámara de Comercio, fotocopia de cédula, mi, hoja de vida, la hoja de vida de todos los profesionales que iban a trabajar conmigo; que si tenía la capacidad financiera; las respectivas pólizas que se realizan dentro del contrato… Realmente era muy técnico el contrato como tal, era muy técnico. O sea, hacer el contrato era muy técnico, era hablar con las personas, tomar las muestras, ir y procesarlas.

PREGUNTADA: ¿Recuerda usted si la IPS Eidys Campo laboratorio clínico estaba inscrita en el registro especial del Ministerio de salud?

RESPONDE: Sí, señor. Precisamente por eso tenía instalaciones y la Secretaría de Salud, antes de realizar las contrataciones para poder abrir un IPS, tenían que hacer inspección física del sitio donde se iba a realizar la Secretaría de Salud distrital es la que estaba encargada de esa parte. Y bueno, ellos hicieron la inspección, pidieron toda la documentación necesaria, manuales y me dieron en ese momento la habilitación para poder realizar las actividades como el laboratorio clínico[186]*.*

PREGUNTADA: Yo le preguntaba por el registro especial del Ministerio de Salud.

CONTESTA: Ese es el registro del Ministerio de Salud, de la Secretaría de Salud Distrital[187]*.*

PREGUNTADA: ¿Ese registro tiene algún número o un documento o una resolución?

CONTESTA: No sé cómo se llama en esos momentos, nos entregaban era el sellito. Simplemente uno llena un formulario, ese formulario lo entregaban a la Secretaría de Salud Distrital y la Secretaría de Salud Distrital organizaba la visita, nos especificaba qué día realizaba la visita de inspección. Ese día iba todo el personal necesario, el financiero, el contador, el par bacteriólogo, médicos, etcétera, para realizar la inspección del sitio donde iba a estar ubicado

---

185 00:38:46 del disco compacto obrante a folio 795 del cuaderno original 4 de la SEP.
186 00:39:46 del disco compacto obrante a folio 795 del cuaderno original 4 de la SEP.
187 00:40:36 del disco compacto obrante a folio 795 del cuaderno original 4 de la SEP.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

el laboratorio clínico, y ese ese día me hicieron la inspección y me dieron la habilitación. Eso lo subían al Ministerio.

Las afirmaciones de la testigo permiten inferir que la razón por la que no anexó el formulario de inscripción ante el registro especial de prestadores de servicios de salud el 14 de septiembre de 2007, fecha en que presuntamente presentó ante la Gobernación del Magdalena la oferta como representante legal de la IPS Eidys Campo Laboratorio Clínico, es porque no contaba con ese documento para esa fecha.

Precisamente, la Fiscalía censura que la oferente Eidys Campo Laboratorio Clínico fuera seleccionada como contratista, pese a no encontrarse inscrita en el registro especial de prestadores de servicios de salud, constituyéndose en el segundo argumento de la acusación el incumplimiento del requisito esencial estipulado en el artículo 20 del Decreto 2170 de 2002.

Por lo tanto, concluye la Sala conforme a la prueba documental y testimonial analizada en el *sub judice* que le asiste razón al ente instructor, ya que probó que la Gobernación del Magdalena, encontrándose a cargo del aquí acusado FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA, desconoció los requisitos esenciales del contrato de prestación de servicios de salud previsto en el artículo 20 del Decreto 2170 de 2002, como quiera que dos (2) de las tres (3) ofertas supuestamente presentadas ante la Secretaría de Salud del Departamento del Magdalena no contaban con el registro especial de prestadores de

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

servicios de salud para el mes de septiembre de 2007, pese a que así se los exigía la citada normatividad.

Ahora bien, como se indicó en los apartes preliminares de este fallo, otro de los cargos que formula la Fiscalía desde la perspectiva de la vulneración del principio de selección objetiva, alude al incumplimiento de los requisitos esenciales previstos en el artículo 29 de la Ley 80 de 1993[188], en concordancia con el artículo 4° del Decreto 2170 de 2002:

ARTÍCULO 29°- 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.

[188] El artículo 29 de la Ley 80 de 1993 fue derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007 el 16 de enero de 2008, atendiendo la nota de vigencia consagrada en esta ley en su artículo 33, razón por la que se encontraba vigente aquella preceptiva en el último trimestre de 2007, momento en que se desarrolló la fase precontractual del asunto objeto del presente estudio.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

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."

El Decreto 2170 de 2002 desarrollaba en su artículo 4° lo siguiente:

ARTÍCULO 4°- Del deber de selección objetiva. En desarrollo de lo previsto en el artículo 29 de la Ley 80 de 1993 y en relación con los procesos de selección, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o términos de referencia, tendrán en cuenta los siguientes criterios:

1. La capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad administrativa, operacional y financiera del oferente serán objeto de verificación de cumplimiento pero no de calificación, sin perjuicio de lo previsto en el numeral 4o del presente artículo.

2. La oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación matemática precisa y detallada de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o términos de referencia, resulte ser la más ventajosa para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos y siempre que la misma resulte coherente con la consulta de precios o condiciones del mercado, de conformidad con lo establecido en el artículo 6 del presente decreto.

3. Sin perjuicio de lo previsto en el numeral 1° del presente artículo, para la contratación que tenga como objeto la adquisición o suministro de bienes con características uniformes, las entidades estatales tendrán en cuenta como únicos factores de evaluación aquellos relacionados con el precio y la garantía de calidad de los bienes ofrecidos.

4. Para la contratación que tenga por objeto la prestación de servicios especializados, se hará uso de factores de calificación destinados a valorar primordialmente los aspectos técnicos de la oferta, así como la experiencia relevante del oferente en el campo de que se trate.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

En los procesos para la adquisición de bienes y servicios para la defensa y seguridad nacional, se preferirá la aplicación de las normas contenidas en el presente decreto cuando ello sea posible.

Parágrafo. En desarrollo de lo previsto en el inciso 2o del numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, los documentos y requisitos allí relacionados podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación. (subrayas fuera del texto principal).

Como puede verse la norma distingue entre "*factores de cumplimiento*" y *"factores de calificación*" de los oferentes y los factores de cumplimiento que debía verificar las ofertas presentadas en septiembre de 2007, esto es, en la fase precontractual, están referidos a: "*La capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad administrativa, operacional y financiera del oferente".*

Dicho de otra forma, los factores mínimos que se debían verificar para que el oferente se tuviera por tal, estaban referidos a su *"capacidad jurídica, administrativa, operacional y financiera y las condiciones de experiencia".*

Ahora, los factores que debía tener en cuenta la Gobernación del Magdalena para calificar y seleccionar al contratista según el objeto del contrato 372 de 2007, eran "*los aspectos técnicos de la oferta, así como la experiencia relevante del oferente en el campo de que se trate."*

Es importante recordar que el Consejo de Estado mediante decisión de primero de abril de 2004 suspendió los efectos de la referida norma en el auto de admisión de una demanda de nulidad presentada contra ese precepto, atendiendo las siguientes consideraciones:

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

La Sala considera que las razones de orden legal que expone el actor son suficientes para que se suspendan provisionalmente los efectos de la norma acusada, como quiera que de su confrontación con los preceptos invocados de la ley 80 de 1993, resulta evidente que el reglamento excedió la ley.

En efecto, el artículo 29 de la ley 80 de 1993 parte del principio de que la selección del contratista siempre será objetiva y al definir que se entiende por ofrecimiento más favorable, exige la ponderación de diferentes factores de escogencia cumpliendo, experiencia, organización, equipos, plazo y precio, que la ley relaciona en forma enunciativa mas no taxativa.

Cuando la norma acusada distingue entre factores del cumplimiento y factores de calificación y establece que la oferta más favorable se obtiene teniendo en cuenta factores técnicos y económicos", solamente deja de lado otros que la ley no excluye.

Al señalar qué factores debe tener en cuenta la administración pública de acuerdo con el tipo de contrato, como lo hacen los numerales 3 y 4 del art. 4 del decreto 2170, descarta factores como el cumplimiento, la experiencia, la organización y el plazo, que de acuerdo con la ley pueden incluirse en los pliegos de condiciones o términos de referencia cuando la administración los considere necesarios y pertinentes para la selección del contratista, facultad que limita el decreto reglamentario.

En síntesis, la norma acusada es contraria a la ley y no podía establecer modificaciones a la forma de evaluación de las propuestas en ejercicio de la potestad reglamentaria, ya que la Constitución reservó a aquélla definir "la manera como se efectuará la evaluación de las propuestas" (art. 273 Constitución Política) y por ello es procedente que se acceda a la suspensión provisional solicitada.[189]

Aun cuando el efecto regulador del artículo 4° del Decreto 2170 de 2002 fue suspendido al emitir el Consejo de Estado el citado proveído, es importante comprender que se hace bajo la consideración de que esa norma, de inferior jerarquía que la Ley 80 de 1993, ingresaba criterios restrictivos (*numerus clausus*), al "*dejar de lado*" otros

[189] CE, Auto 1° abr de 2004, proferido por la sección tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo, radicado 11001032600020030007101 (26.105).

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

factores calificantes diferentes a los "*técnicos y económicos"*, imposibilitando a la entidad pública evaluar a los oferentes conforme a componentes tales como: "*experiencia, organización, equipos, plazo y precio*".

Por lo tanto, conforme al criterio de *numerus apertus* previsto en el artículo 29 de la Ley 80 de 1993, toda entidad pública contratante en el año 2007, entre ellas la Gobernación del Magdalena, se encontraba facultada para establecer como factores de cumplimiento y calificación de los oferentes, a más del *técnico* y el financiero, aquellos pertinentes a las especificaciones y especialidades del objeto contractual, dado que el Consejo de Estado había suspendido el efecto "*limitante*" que contemplaba el Decreto 2170 de 2002, tal como ocurrió en este asunto.

En efecto, observa la Sala que para la invitación a ofertar la prestación de servicios de salud[190] la Gobernación del Magdalena señaló, entre otras, las siguientes condiciones:

PERSONA JURÍDICA REQUERIDA PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE SALUD (sic)

En la presente convocatoria pueden participar personas jurídicas, consorcios o uniones temporales, con idoneidad y estructura para garantizar el acceso a los servicios de salud a la población pobre en lo no cubierto por subsidio a la demanda del II nivel de atención, consistente en tamizaje a cuatro mil (4.000) pacientes, incluido Pre- test VIH, Test VIH, capacitación de prevención, actividad que se deberá desarrollar en todo el Departamento.

Estas condiciones deberán acreditarse con el lleno de los requisitos y documentación contractual de orden jurídico, financiero y técnico que se detallan en la convocatoria."

[190] Visible a folio 65 del cuaderno original 1 de la SEP.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

El número mínimo de participantes hábiles es de uno (1). Se entiende por proponente hábil, aquel que cumpla con los requisitos de los términos de referencia. [191] (subrayas fuera del texto original).

Conforme al texto de la invitación a ofertar publicada por la Gobernación del Magdalena el 5 de septiembre de 2007, los factores de cumplimiento exigidos a los oferentes fueron dos: "*idoneidad*" y "*estructura*".

Empero, la adecuada comprensión de estos factores debe realizarse contextualizada, esto es, de cara al objeto del contrato 372 de 2007, pues sólo de esa forma puede interpretarse qué debe entenderse por "idoneidad" y "estructura".

Se reitera, el *"contrato de prestación de servicios de salud"*[192] 372 de noviembre 19 de 2007 prevé en su cláusula primera el objeto contractual en los siguientes términos:

El objeto del presente lo constituye la prestación de servicios de salud a la población pobre en lo no cubierto por subsidio a la demanda de II nivel de atención, consistente en tamizaje a cuatro mil pacientes, incluido Pre-test VIH, Test VIH y Capacitación de prevención, actividad que deberá desarrollar en todo el Departamento. (sic).[193]

De manera que el comité evaluador de la Secretaría de Salud de la Gobernación del Magdalena debía verificar en las propuestas presentadas que se cumplieran los siguientes requisitos:

---

[191] Visible a folio 65 del cuaderno original 1 de la SEP.
[192] Folio 6 del cuaderno original N°1 de fiscalía.
[193] Folio 7 del cuaderno original N°1 de fiscalía.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

(i) Que el prestador de servicio de salud fuese idóneo "*para garantizar el acceso a los servicios de salud a la población pobre en lo no cubierto por subsidio a la demanda del II nivel de atención consistente en tamizaje a cuatro mil (4.000) pacientes, incluido Pre- test VIH, Test VIH, capacitación de prevención, actividad que se deberá desarrollar en todo el Departamento.*"

(ii) Que el prestador de servicio de salud tuviera la estructura técnica suficiente "*para garantizar el acceso a los servicios de salud a la población pobre en lo no cubierto por subsidio a la demanda del II nivel de atención consistente en tamizaje a cuatro mil (4.000) pacientes, incluido Pre- test VIH, Test VIH, capacitación de prevención, actividad que se deberá desarrollar en todo el Departamento.*"

Y, en el plenario obra certificado de matrícula de persona natural[194] N°*99177*, expedida por primera vez "*el 19 de septiembre de 2006*" por la Cámara de Comercio de Santa Marta a "*Campo Lacera Eidys Esther*", identificada con cédula de ciudadanía 36724625 y NIT 36724625-1, "*en el que se señala como actividad económica "laboratorio de análisis clínico"* y teniendo como total de activos la cifra de *"500,000*", estos son, quinientos mil pesos[195].

Dentro del proceso logró demostrar la Fiscalía que el *certificado de matrícula de persona natural* allegado por Eidys Esther Campo Lacera no fue renovado dentro de los

[194] Folios 62 y 63 del cuaderno original 1 de la SEP.
[195] Folios 62 y 63 del cuaderno original 1 de la SEP.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

tres primeros meses de cada año, tal como lo prescribe el artículos 33 del Código de Comercio[196], de manera que cuando se llevó a cabo la selección de la supuesta propuesta por aquella presentada, esto es, septiembre de 2007, no estaba vigente el citado documento, resultando incontrastable que la Gobernación del Magdalena, en cabeza de INFANTE VERGARA, vulneró los principios de selección objetiva, transparencia e igualdad, porque en contravía de lo dispuesto en la invitación a ofertar, no solo se escogió como contratista a quien no reunía el requisito de persona jurídica con capacidad, experiencia e idoneidad para prestar los servicios de salud, sino que además se trataba de una persona natural que tampoco cumplía con las exigencias mínimas señaladas por la legislación comercial para ejecutar el objeto contractual.

De la referida prueba documental se advierte que Eidys Campo Lacera presentó oferta como persona natural, hecho que la Fiscalía censura al aforado, pues al contrastarse la oferta presentada y la invitación a ofertar de la Gobernación del Magdalena, es evidente que el comité de evaluación desconoció otro de los términos de la convocatoria, toda vez que esta se dirigía *a "personas jurídicas"* con la capacidad técnica y financiera requeridas para cumplir con el objeto contractual, en atención al alto nivel de complejidad que involucra "*garantizar*" que cuatro mil (4.000) pacientes del segundo nivel del SISBEN[197], que domiciliaran en el Departamento del Magdalena, accedieran

[196] Decreto 410 de 1971
[197] La sigla SISBEN significa Sistema de Identificación de Potenciales Beneficiarios de Programas Sociales.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

a los exámenes Pre- test VIH y Test VIH, junto con la capacitación de prevención de esa enfermedad catastrófica SIDA.

Es decir, se acreditó esta nueva irregularidad de la misma naturaleza de la anterior, referida a la suscripción del contrato 372 de 2007 por parte del entonces Gobernador INFANTE VERGARA, sin que ejerciera el control, supervisión y vigilancia sobre el trámite que se impartió, es decir, *"sin verificar como era su deber, por ser de su exclusiva competencia, el trámite previo y su conformidad con la ley"*, vulnerando el principio de *responsabilidad* del numeral 5 del artículo 26 de la Ley 80 de 1993, que terminó generando fallas en la ejecución contractual.

En relación con este cargo relativo al procedimiento de selección del contratista, se debe determinar si ¿Modificó la Gobernación del Magdalena los términos y condiciones de la invitación a ofertar con posterioridad a la aceptación de la oferta?

Al respecto, es importante recordar que el artículo 29 de la Ley 80 de 1993 ni el artículo 20 del Decreto 2170 de 2002, distinguen entre personas naturales y personas jurídicas prestadoras de los servicios de salud, pues ambos, en igualdad de condiciones se encuentran facultadas para ofertar, sin embargo, la normativa sí les exige "idoneidad", pues a más de requerirles desempeñen su actividad económica en el área de la salud, les impone la condición

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

de encontrarse inscritos en el Registro Especial de Prestadores de Servicios de Salud (REPS)[198].

En consecuencia, lo cierto es que resulta razonable que en la convocatoria se plasmara: *"PERSONA JURÍDICA REQUERIDA PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE SALUD. En la presente convocatoria pueden participar personas jurídicas, consorcios o uniones temporales, con idoneidad y estructura"*, pues no todo prestador de servicios de salud, menos aún tratándose de una persona natural, suele contar con la estructura técnica idónea y la capacidad jurídica y financiera para garantizar cobertura a un grupo poblacional en la cantidad y con las cualidades específicas exigidas por la precitada convocatoria, esto es, cuatro mil pacientes (4.000) pertenecientes al SISBEN nivel II, domiciliados en alguno de los (30) municipios del Departamento del Magdalena, respectivamente.

Sobre este tipo de obligaciones condicionadas en etapa precontractual de un negocio jurídico el Consejo de Estado expresó en el estudio de un caso similar, lo siguiente:

> [E]*s obvio que en caso de aceptación, todos los actos, tratos o conversaciones preliminares llevados a cabo con el fin de perfeccionar el acuerdo de voluntades, en un momento dado resultarían trascendentales, no sólo para desentrañar la verdadera intención de las partes, sino para ver cuáles fueron las reglas de juego, inclusive jurídicas, a las que se iban a someter, conductas que, desde luego, cobrarían mayor relieve si después de ocurrida la propuesta, así como su aceptación por el destinatario, aparecen ratificadas de modo expreso o tácito.*

[198] Artículo 13 del Decreto 1011 de abril 3 de 2006 del Ministerio de Protección Social.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

Así ocurre, por ejemplo, en los contratos que se gestan por el sistema del concurso, donde además de contener el aviso o la invitación las pautas del concurso, generalmente se señalan las características del negocio jurídico proyectado, así como las reglas fundamentales a las cuales quedaría vinculado quien lo convoca, si es que el anuncio o la invitación no constituye una auténtica oferta en los términos indicados en los artículos 845, 846 y 860 del Código de Comercio, pues si lo es, el proponente, anunciante, quedaría vinculado contractualmente si se produce la aceptación por alguno de los llamados a participar en su realización. Con todo, sea que el anuncio o la invitación contenga una verdadera propuesta o simplemente sea una convocatoria a formularla, no queda duda que en caso de participación, ese sólo hecho entrañaría la emisión de una declaración de voluntad, en cuanto conllevaría la aceptación por parte de los concurrentes de las reglas de juego contenidas en el anuncio o invitación a las que igualmente quedarían vinculados[199].

En un fallo precedente esa misma Corporación había precisado:

El derecho a la igualdad en los contratos estatales se plasma en el derecho a la libre concurrencia u oposición, el cual garantiza la facultad de participar en el proceso licitatorio a todos los proponentes que tengan la real posibilidad de ofrecer lo que demanda la administración.

Como ya se señaló anteriormente, este principio no es de carácter absoluto sino relativo, toda vez que el ordenamiento jurídico en aras del interés público le impone ciertas limitaciones por mandado legal o constitucional, con el propósito de asegurar la capacidad civil, la ausencia de inhabilidades e incompatibilidades, y las calidades técnicas, profesionales y económicas y financieras que aseguren el cumplimiento del contrato.

La libre concurrencia, entraña, entonces, la no discriminación para el acceso en la participación dentro del proceso de selección, a la vez que posibilita la competencia y oposición entre los interesados en la contratación. Consecuencia de este principio es el deber de

[199] CE, sentencia del 2 de julio de 2021 proferida por la sección tercera de la sala de lo contencioso administrativo, radicado 05001-23-31-000-2005-05377-01(51307), citando la sentencia del 12 de agosto de 2002, expediente con radicado interno N° 615, emitida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

abstención para la administración de imponer condiciones restrictivas que impidan el acceso al procedimiento de selección, por lo que resulta inadmisible la inclusión en los pliegos de condiciones de cláusulas limitativas que no se encuentren autorizadas por la Constitución y la Ley, puesto que ellas impiden la más amplia oportunidad de concurrencia y atentan contra los intereses económicos de la entidad contratante, en razón a que no permiten la consecución de las ventajas económicas que la libre competencia del mercado puede aparejar en la celebración del contrato.

Sin embargo, la libertad de concurrencia, admite excepciones fijadas por el legislador, con sujeción a parámetros de razonabilidad y proporcionalidad, que pueden tener como fundamento la necesidad de asegurar la capacidad legal, la idoneidad moral o las calidades técnicas, profesionales, económicas y financieras del contratista, además de la posibilidad que tiene el Estado de establecer inhabilidades e incompatibilidades para asegurar la transparencia en el proceso de contratación estatal.[200] (Subrayas fuera del texto original).

Por tanto, el comité evaluador debía actuar conforme a los *factores de cumplimiento* y *de calificación* consagrados tanto en la legislación como en "*la invitación a ofertar la prestación de servicios de salud por eventos"*, sin embargo, como lo señala el ente acusador, la Gobernación del Magdalena desconoció "*las reglas del juego*", pues en el oficio calendado 28 de septiembre de 2007, suscrito por el Secretario de Salud, Milton Miguel Cantillo Lara, remitido al entonces gobernador "*FRANCISCO INFANTE VERGARA*", el cual se rotuló: *"ASUNTO: selección de la propuesta para la prestación de los servicios de salud por eventos"*, señala:

Revisado los documentos contenidos en las propuestas presentadas por los proponentes ONCOVIHDA MAGDALENA IPS LTDA, DXSALUD IPS LTDA y IPS EIDYS CAMPO LABORATORIO CLÍNICO, se pudo verificar que el proponente IPS EIDYS CAMPO LABORATORIO

[200] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 24 de julio de 2013, Radicado 25642.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

CLÍNICO cumple con todos los requisitos exigidos por el término de referencia y es la más favorable para el Departamento del Magdalena y la Secretaría de Salud Departamental.[201]

En síntesis, se seleccionó como contratista al IPS Eidys Campo Laboratorio Clínico, pese a no contar con la inscripción en el Registro Especial de Prestadores de Servicios de Salud, contrariando el requisito esencial previsto en el artículo 20 del Decreto 2170 de 2002, y desconociendo los términos de la convocatoria se escogió a quien no tenía la capacidad jurídica exigida en la invitación a ofertar, pues se trataba de una "*persona natural*", la cual no adujo o exhibió documentos que dieran cuenta de su favorabilidad o idoneidad jurídica, técnica y financiera al Departamento del Magdalena para desarrollar el objeto contractual.

El incumplimiento de los requisitos de idoneidad, experiencia y capacidad financiera se confirman con los dichos de Eidys Campo Lacera, pues en la declaración que rindió el primero de abril de 2016[202], afirmó: "*No sé si eso sea jurídico o no, cumpla o no, pero eso era lo que tenía una empresa unipersonal*" y, agregó, que no tenía certeza de los profesionales que la acompañaron en la ejecución del contrato 372 de 2007, que "*no recordaba*" cuántos ni quiénes habían sido los médicos, enfermeras y auxiliares de enfermería, pues tan solo recordaba el nombre de su par profesional, la bacterióloga Solangel Sierra Diaz.

[201] Folio 67 del cuaderno original 1 de la SEP.
[202] Folios 277 a 280 del cuaderno original 1 de la fiscalía.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

En la ampliación del testimonio practicado en la fase de juzgamiento, es contundente al aseverar que la Gobernación del Magdalena en la fase precontractual no le exigió adujera documento alguno para acreditar su experiencia, ni su capacidad logística y financiera, pues no allegó soporte contable alguno, le bastó demostrar la existencia de un laboratorio clínico certificado por la secretaría distrital de salud, advirtiendo que no le había sido requerido tener una infraestructura grande, y que tan solo le fue exigida su hoja de vida y la de los integrantes de su equipo de trabajo, y aceptó que ese personal lo organizó con posterioridad a que se le comunicara que había sido seleccionada como contratista, pues fue luego de suscribir el contrato que le "*surgió la necesidad de contratar*" a los médicos, enfermeras, un bacteriólogo para poder trabajar en los municipios del Departamento del Magdalena, sin que la entidad territorial adelantara labores de verificación de la idoneidad de los aludidos especialistas en el área de la salud.

Respecto a este tópico, el entonces asesor jurídico de la Gobernación del Magdalena, Manuel Salvador Ospino, en su testimonio de 21 de febrero de 2022, tras exhibírsele los documentos que debió estudiar en calidad de integrante del comité evaluador, atestó no recordar si había integrado o no tal grupo, pues "*algunas veces lo conformaba Claudia Pricolli y otras Miguel Cantillo Lara*", y cuando se le exhortó para que señalara si había verificado la existencia de los documentos requeridos por la legislación a la proponente seleccionada como contratista, contestó con evasivas:

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

PREGUNTADO: pero por favor, explíquenos en forma concreta cuáles eran, Por favor, no, no me responda tan genéricamente, ¿Cuáles eran sus labores en concreto?

CONTESTO: O sea, las labores mías eran hacer los análisis de del estudio de conveniencia de los contratos ya, revisar si llegaba usted sabes si cumplían con los requisitos, la elaboración de póliza, hacer los contratos de prestación de servicio, mirar que si el personal o el contratista llenaba todo requisito de la contratación, que si ya presentaban la propuesta, y esa cuestión era lo que me correspondía a mí de analizar[203]

PREGUNTADO: ¿Sabe cuáles fueron los criterios atendidos para seleccionar Eidys Campo laboratorio clínico como contratista? CONTESTA: No, no, no tengo presente eso, señor magistrado.

PREGUNTADO: la IPS Eidys campo laboratorio clínico se encontraba registrada como persona jurídica.

CONTESTA: Tengo que tener a la mano los documentos para poder recordarlo, no en este momento después de 15 años no es muy difícil que uno recuerde detalles del contrato[204]*.*

PREGUNTADO: Sírvase señalar ¿Recuerda si el comité verificó la existencia del citado registro al momento de la escogencia?

CONTESTA: No sé.

PREGUNTADO: Informe si recuerda si la contratista contó con el registro especial de prestadores de servicios de salud, y con la infraestructura técnica, física y tecnológica.

CONTESTA: No recuerdo, señor magistrado, no tengo conocimiento, no recuerdo[205]*.*

En síntesis, el testigo Ospino Flórez, quien tenía el deber de evaluar la presunta propuesta presentada por Eidys Esther Campo Lacera, al interrogársele sobre los documentos aducidos por esa proponente para demostrar su idoneidad, respondió *no recordar* si el laboratorio clínico seleccionado como contratista se encontraba registrado

---

[203] Minuto 19:28 y siguientes del disco compacto visible a folio 795 del cuaderno original 4 de la SEP, en el cual se registra la práctica de la prueba testimonial el 21 de febrero de 2022, llevado a cabo por un Magistrado de la Sala Penal del Tribunal del Magdalena, en cumplimiento de la comisión que le hiciera la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia.
[204] 29:26 y siguientes del disco compacto visible a folio 795 del cuaderno original 4 de la SEP, en el cual se registra la práctica de la prueba testimonial el 21 de febrero de 2022, llevado a cabo por un Magistrado de la Sala Penal del Tribunal del Magdalena, en cumplimiento de la comisión que le hiciera la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia.
[205] Ibidem

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

como persona jurídica y *no saber* si el comité evaluador verificó esa exigencia al momento de emitir su calificación.

El otro integrante del comité evaluador, el coordinador financiero Emilio Araos, durante la práctica testimonial llevada a cabo el primero de marzo de 2022, también dijo "*no recordar nada del contrato 372 de 2007*", rechazando categóricamente haber integrado aquel grupo de calificación, pretextando que "*no era de su competencia la de adelantar tramites precontractuales ni contractuales*"; sin embargo, al exhibírsele el acta de evaluación adiada 28 de septiembre de 2007, reconoció su firma y señaló que la razón por la cual suscribió dicho documento es porque su función era dar "*fe de que existía disponibilidad presupuestal",* sin embargo, pretexta que *"como todo lo verificaba jurídica"* él hubiera podido ser asaltado en su buena fe.

Valorado este acervo probatorio la Sala llega a la conclusión que al igual que los dos anteriores la Fiscalía lo acreditó, porque contrario al argumento defensivo, se colige que: no existió una autentica evaluación y selección de la oferta más favorable para el interés público, pues quienes conforme a su cargo y funciones debieron ser miembros del comité de evaluación, desconocen haber llevado a cabo esa labor. Al seleccionar la gobernación como contratista a Eidys Campo Lacera incumplió los requisitos de la capacidad jurídica, idoneidad y estructura técnica exigida en la invitación a ofertar la prestación de servicios de salud para garantizar el desarrollo del objeto del contrato.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

No obstante ser evidentes las previamente analizadas deficiencias en el trámite precontractual, FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA, como gobernador del Departamento de Magdalena suscribió el contrato 372 de 2007 con el *IPS Eidys Campo Laboratorio Clínico*.

Dicho de otro modo, la dinámica de los hechos y su secuencia lógica permiten a la Sala encontrar fundada probatoriamente la atribución jurídica al procesado del punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales esenciales, en la modalidad de *celebrar sin verificar su cumplimiento* como se atribuyó en la acusación.

6.3.1.3. De la inoperancia del principio de confianza frente al punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales esenciales, atribuido al aforado en la modalidad de *celebrar sin verificar su cumplimiento*.

Solicitó la defensa y el ministerio público la absolución del exgobernador FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA, con fundamento en el principio de confianza.

Figura jurídica que según la Sala Mayoritaria debe analizarse en el tipo objetivo y de no probarse también en el subjetivo, por tal razón se constatará si el aforado creo un riesgo jurídicamente desaprobado concretado en el resultado típico. Encontrándonos en el análisis del primero se procederá a su estudio a continuación:

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

Con miras a determinar si el exmandatario pese a tener la obligación legal de verificar el cumplimiento de los requisitos no lo hizo amparado en el principio de confianza, es menester determinar el contenido y alcance de los siguientes tres institutos jurídicos[206], siguiendo la línea jurisprudencial de esta Sala[207].

En la administración pública es imposible que el ordenador del gasto pueda realizar todo el proceso contractual, razón por la cual la ley establece la eventualidad de adelantarlo en conjunto con diferentes órganos en una relación concatenada de trámites[208] a través de las figuras de delegación y desconcentración, regladas en los artículos 8° y 9° de la Ley 489 de 1998.

El numeral 10 del artículo 25 y el artículo 12 de la Ley 80 de 1993, preceptúan que los jefes y representantes legales de las entidades estatales podrán delegar total o parcialmente la competencia para celebrar contratos, con sujeción a las cuantías señaladas en las respectivas juntas y consejos directivos, y desconcentrar la realización de licitaciones en los servidores públicos que desempeñen cargos de nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes. En todo caso, la delegación y desconcentración no deriva en ausencia de responsabilidad del encargado de la contratación, pues la función de adjudicación está a su

[206] Se seguirá el marco teórico contenido en la decisión de esta Sala, CSJ, SPE00017-2021, radicado 49599.
[207] *Cfr.* CSJ, SEP00017-2021, radicado 49499; SEP000130-2021, radicado 49053, entre otras.
[208] Cfr. CSJ SP, 7 julio 2010, rad. 28508.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

cargo[209].

A la *delegación*[210] se le define como la posibilidad de transferir competencia, no la titularidad de la función. Se perfecciona con la manifestación positiva del funcionario delegante de su intención de hacerlo a través de un acto administrativo motivado, en el que determina si su voluntad de delegar la competencia es limitada o ilimitada en el tiempo, o general o específica[211]. La transferencia se realiza a través de un acto administrativo expreso, debe mediar autorización legal y el órgano que la confiere puede siempre y en cualquier momento reasumirla. Procede cuando hay relación de subordinación entre delegante y delegatario[212].

En la *desconcentración*[213], la atribución de

---

[209] Cfr. CSJ SP4413-2019, rad. 55967; reiterada en CSJ CSJ SP 00017-2020, rad. 49599.

[210] Ley 489 de 1998, en su artículo 9º, consagra: Delegación. Las autoridades administrativas, en virtud de lo dispuesto en la Constitución Política y de conformidad con la presente ley, podrán mediante acto de delegación transferir el ejercicio de funciones a sus colaboradores o a otras autoridades, con funciones afines o complementarias.
Sin perjuicio de las delegaciones previstas en leyes orgánicas, en todo caso, los ministros, directores de departamento administrativo, superintendentes, representantes legales de organismos y entidades que posean una estructura independiente y autonomía administrativa podrán delegar la atención y decisión de los asuntos a ellos confiados por la ley y los actos orgánicos respectivos, en los empleados públicos de los niveles directivo y asesor vinculados al organismo correspondiente, con el propósito de dar desarrollo a los principios de la función administrativa enunciados en el artículo 209 de la Constitución Política y en la presente ley.

[211] Cfr. CC C-372-2000.

[212] Cfr. Ibídem.

[213] La ley 489 de 1998, en su artículo 8º, consagra: "*Desconcentración administrativa. La desconcentración es la radicación de competencias y funciones en dependencias ubicadas fuera de la sede principal del organismo o entidad administrativa, sin perjuicio de las potestades y deberes de orientación e instrucción que corresponde ejercer a los jefes superiores de la administración, la cual no implica delegación y podrá hacerse por territorio y por funciones.*
PARÁGRAFO. En el acto correspondiente se determinarán los medios necesarios para su adecuado cumplimiento. Los actos cumplidos por las autoridades en virtud de desconcentración administrativa solo serán susceptibles del recurso de reposición en los términos establecidos en las normas pertinentes."

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

competencia se realiza directamente por el ordenamiento jurídico, se confiere a un órgano medio o inferior dentro de la jerarquía, se transfiere en forma exclusiva, es decir, la competencia debe ser realizada por el órgano desconcentrado y no por otro, y el superior no puede reasumir la competencia sino en virtud de nueva atribución legal. De cara a este instituto, el superior jerárquico no responde por los actos del órgano desconcentrado más allá de los poderes de supervisión propios de la relación jerárquica, criterio que ha sido reiterado por la Corte Constitucional en las sentencias C-561-1999 y C-727-2000, ambos fallos referidos al análisis de constitucionalidad de los preceptos de la Ley 489 de 1998.

Ahora bien, la delegación y la desconcentración de funciones no se excluyen, porque ambas tienen como propósito descongestionar los órganos superiores de la administración para facilitar y agilizar la gestión de los asuntos administrativos, que se encuentran al servicio de los intereses generales de los ciudadanos[214].

En total armonía, el delito consagrado en el artículo 410 de la Ley 599 de 2000, distingue las conductas ejecutadas por los servidores públicos encargados de tramitar un contrato, de la realizada por el representante de una entidad como ordenador del gasto en las fases de celebración y liquidación[215], al prever como hipótesis delictiva tramitar el contrato sin observancia de los

[214] Cfr. CC C-561-1999.
[215] Cfr. CSJ SP 26 mar 2009, radicado 29089.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

requisitos legales esenciales, y celebrarlo sin verificar su cumplimiento; diferenciación fundada en la forma desconcentrada como actualmente se cumple la función pública en las entidades estatales[216].

Por su parte, el principio de confianza es un criterio normativo aplicado dentro del trabajo en equipo, el cual requiere para operar que imprescindiblemente se haya cumplido con el deber legal de instruir, vigilar y controlar el proceder de los funcionarios en quienes estaba delegada o desconcentrada la función de adelantar las fases precontractual o de liquidación[217].

Su alcance y contenido han sido fijados por la jurisprudencia, así:

La Sala acepta que el trabajo es funcionalmente dividido en un Departamento, que el Gobernador como jefe de la administración se encuentra en imposibilidad de asumir directamente todos los asuntos, que para eso cuenta con una serie de secretarios que le colaboran, que establece con los mismos -es lo que se supone- una relación de confianza de doble vía y que por efecto de la que él deposita puede incurrir en hechos típicos originados en la actividad de sus colaboradores, frente a los cuales, sin embargo, es eventualmente admisible la realización de una conducta inculpable, por mediación del fenómeno del error[218].

El principio de confianza comporta una carga para quien pretende acogerse a él, consistente en el deber de vigilancia y control, razón por la que esta Corporación ha considerado:

---

[216] *Ibídem.*
[217] Cfr. CSJ SP 15528-2016, radicado 40383; SP4514-2020, radicado 55345.
[218] Cfr. CSJ SP 21 mar 2002, radicado 14124, reiterada en SP 26 jun 2008, radicado 26061.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

Se exige por el ordenamiento que despliegue la máxima diligencia y cuidado al momento de adoptar la decisión final que le corresponde, pues en ese instante asume la administración del riesgo y por ende se hace responsable de realizar una conducta prohibida, ya que la normatividad exige que sus actuaciones estén presididas por el cumplimiento de los principios y valores constitucionales, los fines de la contratación y la protección de los derechos de la entidad que representa, las reglas sobre la administración de bienes ajenos y los postulados de la ética y de la justicia[219].

Los límites del principio de confianza, por tanto, se encuentran en el principio de responsabilidad que tienen los gobernantes en su calidad de ordenadores del gasto, y en la vigilancia que debe ejecutar de los roles de sus subordinados, por corresponderle la indelegable función de la celebración o formalización del contrato, y su liquidación previa la verificación de requisitos legales[220].

Se reitera, la delegación automáticamente no exonera de responsabilidad al encargado de la contratación, en ciertos casos se le reconoce por las irregularidades cometidas en la fase precontractual por los delegatarios en virtud de la activación plena del principio de confianza, siempre y cuando no se compruebe que la delegación tuvo como objeto eludir la responsabilidad y que haya omitido ejercer las funciones de dirección, vigilancia y control derivadas de ese acto con este propósito[221].

En la desconcentración de tareas contractuales[222] por

---

[219] *Cfr.* CSJ AP 28 agos 2002, reiterada en SP2146-2016, radicado 40627.
[220] *Cfr.* CSJ SP 21 jun 2010, radicado 30677.
[221] *Cfr.* CSJ SEP016-2022, radicado 00255
[222] Que no es la desconcentración en general prevista en la Ley 489 de 1998.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

lo general no procede, en tanto supone la realización de actos de trámite que deben ser tutelados por el ordenador del gasto conservando la dirección de esa fase, toda vez que no hay acto administrativo transfiriendo la función[223].

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

En ese contexto, la Sala abordará el estudio en particular de la inoperancia en este caso del principio de confianza frente al tipo penal previsto en el artículo 410 de la Ley 599 de 2000, en la modalidad de celebrar contrato sin verificar el cumplimiento de requisitos legales.

Lo primero que cabe reseñar es que de la actuación procesal emerge demostrado que FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA para la época de los hechos desempeñó el cargo de gobernador encargado del Departamento del Magdalena, específicamente, desde el 25 de junio de 2007[224], hasta el 31 de diciembre de 2007[225]. En esa calidad, sobre él recaía la potestad de celebrar los contratos a nombre del ente territorial según se desprende del literal b del numeral 3º del artículo 11 de la Ley 80 de 1993.

Lo que en efecto ocurrió pues según las propias

[223] Ibidem.
[224] Decreto 2354 del 25 de junio de 2007 expedido por el Ministerio del Interior y de Justicia.
[225] Conforme con el certificado 0587 de 8 de noviembre de 2010 expedido por la gobernación del Magdalena.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

manifestaciones del aforado, fue en esa condición que suscribió el contrato 372 de 19 de noviembre de 2007, el cual es materia de análisis en este juicio.

En segundo lugar, la defensa y la delegada del Ministerio Público exigen la aplicación del principio de confianza como criterio excluyente de la imputación jurídica, aduciendo que si bien es cierto el exgobernador celebró el contrato, no lo es menos que el trámite precontractual lo había delegado en el Secretario de Salud departamental, Milton Miguel Cantillo Lara, y el interventor Nilson Parody Movilla, por lo que debe exonerársele de responsabilidad.

Sin embargo, la prueba acopiada demuestra que la conducta le es atribuible jurídicamente al acusado como quiera que al firmar el contrato 372 de 2007 no actuó amparado en el principio de confianza. Veamos:

Si bien la delegación era un mecanismo jurídico procedente para que el gobernador trasladara la competencia a otros funcionarios, en este caso al Secretario de Salud departamental Milton Miguel Cantillo Lara, este atestiguó que sus homólogos, los secretarios de la Gobernación del Magdalena no tenían la facultad de contratar, pues al momento de su posesión halló un decreto suscrito por el Gobernador encargado FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA, mediante el cual derogó las delegaciones de las secretarías para contratación, encontrándose éstas exclusivamente facultadas para «*hacer*

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

la invitación y la evaluación de las ofertas, trámite que enviaban al gobernador para que éste con su equipo jurídico determinara su viabilidad».

Conforme lo ha considerado la Corte Constitucional, debe concurrir el *«acto formal de delegación en el cual se exprese la decisión del delegante, el objeto de la delegación, el delegatorio y las condiciones de tiempo, modo y lugar para el ejercicio de la delegación»*[226]; presupuesto que en los términos establecidos en el artículo 10º de la Ley 489 de 1998[227] en esta actuación no se cumplió, pues los sujetos procesales en manera alguna lo allegaron al plenario y, por el contrario, negaron su existencia, de tal suerte que se tendrá como probado que tal facultad el aforado no la delegó.

Si bien no se encontró en el acervo probatorio el texto del Decreto 376 de 2007, que derogó la delegación existente en la administración anterior, ello no impide darlo por acreditado, toda vez que nos rige el sistema de libre valoración probatoria, razón por la que otros medios suasorios pueden demostrar su existencia.

En ese sentido tenemos que tal hecho es reconocido por FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA en diligencia de indagatoria y en el interrogatorio de la audiencia pública de juzgamiento, sumado a que es corroborado por el

---

[226] C.C. C-372 de 2002.
[227] *"Requisitos de la delegación. En el acto de la delegación, que siempre será escrito, se determinara la autoridad delegataria y las funciones o asuntos específicos cuya atención y decisión se transfieren..."*

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

testimonio rendido por el entonces Secretario de Salud Milton Miguel Cantillo Lara.

En la injurada[228], INFANTE VERGARA afirmó que mediante dicho decreto derogó los actos administrativos de su antecesor, relacionados con la ordenación del gasto y procedimientos de contratación administrativa adjudicada en algunos funcionarios (Decreto 1577 del 7 de abril de 2006), para asumir él directamente el control de las etapas contractuales ante las irregularidades que se venían presentando en la gobernación de Trino Luna.

Dicho ratificado en la ampliación del testimonio del Secretario de Salud Milton Miguel Cantillo Lara, quien sostuvo que su jefe, el Gobernador INFANTE VERGARA, expidió una normatividad para controlar las etapas contractuales. Precisó:

Las funciones del secretario de salud, fundamentalmente tiene que ver con: Inspección, vigilancia y control de lo que tiene que ver con la salud pública en el departamento del Magdalena a través de su red pública hospitalaria. Eso es fundamentalmente, nosotros somos inspección, vigilancia, control y estar pendiente, pues a todo lo que se presente desde el punto de vista brotes a nivel de salud pública, todos los brotes epidemiológico que se presente en el departamento. Lo otro representar oficialmente esa Secretaría, ya. Y, de hecho, no teníamos ninguna función desde el punto de vista de ordenación de gastos, porque cuando llegué ahí, pues encontré una resolución que había dado el doctor Francisco Infante, en el cual cualquier delegación que se la habían dado a los secretarios como ordenador de gasto de contratación quedaba abolida. Ya, aún yo la traje aquí por si las moscas, no sabía de qué era, pero yo digo, la voy a traer. O sea que, nosotros desde el punto de vista de la parte esa de contratación, solamente podíamos insinuar de esto, pero ya de decir esta es la

[228] Diligencia de indagatoria realizada el 25 de enero de 2016, obrante a folio 109 del cuaderno 2 de la fiscalía.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

contratación ni nada por el estilo, porque esa función nosotros no podíamos, no éramos ordenador de gasto[229].

De manera que para el segundo semestre del año 2007 el procesado reasumió todas las funciones en materia de contratación administrativa, concentrando el trámite contractual en la oficina jurídica, la cual se encargaría a partir de ese momento de la elaboración de todos los actos administrativos referentes a la contratación.

En consecuencia, la fase previa estaba desconcentrada, siendo un imperativo legal del acusado velar porque los funcionarios que intervenían en ella, la impulsaran respetando los requisitos legales esenciales, y por contera los principios de la contratación pública.

En ese orden, la prueba documental permite dar por acreditado que el líder de la etapa precontractual fue Milton Miguel Cantillo Lara, Secretario de Salud, en la que también participaron el jurídico de esa dependencia Manuel Salvador Ospino y el coordinador financiero, Emilio Araos[230], como integrantes del comité de evaluación.

Así lo ratificaron los testimonios de Milton Miguel Cantillo Lara, Paul Correa Silva, Claudia Pricoli Brigante, Manuel Salvador Ospino, el interventor del contrato y coordinador de salud pública Nilson Parody Movilla, el coordinador financiero Emilio Araos[231] y el médico auditor

[229] Minutos 08:33 a 09:53 del registro de la prueba testimonial practicada el primero de abril de 2016.
[230] Folio 137 a 138 del cuaderno original 2 de la Fiscalía.
[231] Ibidem.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

Miguel Aguilar Sequea; quienes convergen en pregonar que el trámite precontractual se adelantaba en esas dependencias, circunstancia de la cual el acusado tuvo conocimiento, como en efecto lo admitió en la indagatoria[232], al afirmar:

A un gobernador no se le puede endilgar la responsabilidad de imagínese quinientos o yo no sé cuántos contratos. No es imposible que un gobernador responda, para eso están los secretarios y para eso están los interventores. Yo he sido interventor de obras civiles. Varias veces me han encomendado la interventoría de obras civiles y el dueño de la obra. A la cual yo le entrego los informes delego en mí toda la responsabilidad. Y tienen la absoluta confianza en mí para que yo lo represente en la obra. Yo como interventor tengo la autonomía, la capacidad. No solo la capacidad sino la autonomía para supervisar que el contrato se ejecute, para que el objeto contractual se lleve a cabo para que la obra llegue a feliz término. De hecho, el señor el señor Parody tenía toda la autonomía de ese contrato, porque era en los municipios del Magdalena ¿El gobernador cómo puede estar pendiente de que 4000 enfermos de SIDA o potencialmente enfermos de SIDA, estén haciéndose los test y los pre test y los exámenes de laboratorio? A mí en lo particular me parece absurdo que un gobernador tenga que responder, por actuaciones de ese tipo, al gobernador le llega una información que tiene que darla de acuerdo al grado de confianza que se tiene con el equipo, tiene que aceptar como cierto. Así que, si yo recibí un contrato y pasó por todos los filtros, lo firmé y de igual los pagos los hice, porque por ese mismo filtro pasó todo el trámite de ese contrato. Yo personalmente pensaría que un gobernador no tiene por qué responder por ciertas actuaciones. El gobernador responde. Porque es el ordenador del gasto, pero hay personas que tienen que dar explicaciones del por qué esto o aquello[233].

RESPONDE: … Sí era todo concertado, porque como el doctor puede ser una persona muy amplia, una persona que le brindaba la confianza a uno. Y nosotros como servidores del departamento y como secretario de salud, también teníamos que estar ahí diciéndole todo lo que se podía hacer y lo que no se podía hacer.

---

[232]Diligencia de indagatoria realizada el 25 de enero de 2016.

[233] Al minuto 37:51 y siguientes de la diligencia de indagatoria realizada el 25 de enero de 2016, obrante a folio 109 del cuaderno 2 de la fiscalía.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

PREGUNTADO: ¿Tenía informado el gobernador de cualquier eventualidad?

RESPONDE: Claro que sí yo me acuerdo de todo. Por decir algo, si se hace un contrato… el contrato daba la vuelta en toda la gobernación, todos los secretarios que tienen que ver y luego con el jurídico, primero el jurídico de la Secretaría de Salud, después el jurídico del departamento, después ya el último era el señor gobernador, quien firmaba cuando todas las cosas estaban dadas, y luego venía ya la pared (sic), primero era la parte contractual. Después de la parte contractual, ya pues venía la selección de la persona, después de esa seleccionaba era cuando se venía a hacer la contratación. Y luego, venia el interventor. Y luego, pues se desarrollaba el contrato cuando ya estaba completamente legalizado, firmado con póliza, con todo, con todas las cosas normales de un contrato.

PREGUNTADO: O sea, ¿El gobernador siempre estaba enterado de todos los pormenores?

CONTESTA: De cada secretaría, porque de todas maneras cada secretario tenía que darle una información a él. Porque si no lo informábamos decía: "¿yo para que tengo este secretario?" Sino cuando me sucedan cosas, sí precisamente para eso era[234]*.*

PREGUNTADO: ¿Y esa información que usted le daba al gobernador respecto de cualquier contrato que se desarrollaba en virtud de las solicitudes de Secretaría de Salud, en este caso eran informes verbales o escritos?

CONTESTA: Había lo que se llamaba la reunión de junta de gobierno, que hacía el gobernador semanalmente. Todas las semanas hacían todos los secretarios y directores de institutos descentralizados departamento reunión con el señor gobernador, y cada quien hacía pues una exposición del motivo de su secretaría, de lo que estaba y de lo que se iba a hacer. Con base a eso, el señor gobernador tenía pues un conocimiento macro de toda la administración del departamento del Magdalena. Y cuando necesitaba ahondar más sobre equis secretaría, decía: "infórmame más o pásame al final algunas cosas por escrito". ¿Sí ve? pero eso es lo que se hacía en los consejos de gobierno.

PREGUNTADO: ¿De esos consejos de gobierno quedaban actas?

---

[234] Minuto 14:38 del registro de la prueba testimonial practicada el primero de abril de 2016.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

CONTESTA: Es claro que de las reuniones sí quedan actas, de las reuniones quedan actas de lo que se hacía, de lo que se decía, me supongo, pues no sé si en esas actas quedaban lástima que en esa época no había los audios, pero, en un acta se cogieron puntual, ya en esa época me supongo yo por qué no éramos nosotros lo que llevábamos el acta, debe haber otra persona al interior que llevaban las actas de lo que se hacía[235].

En consecuencia, la ausencia en el acervo probatorio del Decreto 376 de 2007 que derogó la delegación, expedido por el enjuiciado no es óbice para confrontar su actuación frente a las disposiciones nacionales, especialmente la Ley 80 de 1993 y el Decreto 2170 de 2002 reglamentario de tal normativa, pues no hay que olvidar que estamos ante un tipo penal en blanco, por tanto, se analizarán a efectos de determinar los parámetros que regulan las fases precontractual y contractual del negocio jurídico cuestionado.

Como se viene de decir, para que se pueda aplicar el principio de confianza, es indispensable que en cada caso en particular se acredite el acto jurídico por medio del cual se realizó la delegación de las funciones contractuales, y que el ordenador del gasto desplegó los deberes de instrucción, seguimiento, vigilancia y control sobre las actuaciones de los funcionarios que adelantaron el trámite precontractual, lo que en este caso no sucedió.

Se itera, la defensa no adujo, ni al proceso se allegó por ninguna vía prueba de que la etapa precontractual o de trámite estuviera delegada en alguna de las secretarías,

[235] Minuto 15:40 del registro de la prueba testimonial practicada el primero de abril de 2016.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

solo la defensa planteó como teoría fáctica alternativa para desvirtuar los hechos imputados a su prohijado aduciendo "*el error de tipo invencible"*, luego de tomar como base teórica de tal argumento *el principio de confianza*.

Ahora bien, de la valoración conjunta del caudal probatorio se evidencia que lo que concurre es una serie de circunstancias restrictivas que impiden reconocer la aplicación del principio de confianza, ya que pese a que INFANTE VERGARA, tenía a su cargo la responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual y la de los procesos de selección adelantados, por lo tanto, el deber legal de vigilancia y control de que la fase precontractual fuese adelantada con estricto apego a la legalidad, no lo realizó.

En ese orden INFANTE VERGARA tenía reservada la facultad de dirección y manejo de la actividad contractual, por lo tanto, le asistía la estricta labor de supervisión ya que cumplía el rol de garante en la fase precontractual. Era quien podía comprometer con su voluntad final los dineros del ente territorial, lo cual no cumplió, pues se probó que pese a las evidentes irregularidades de transcendencia penal cometidas, celebró el contrato sin verificar su legalidad. Anomalías que se concretan en:

1. La inaplicancia de presupuestos esenciales de los contratos de salud pública previstos en el artículo 20 del Decreto 2170 de 2002, en concordancia con la Ley 10 de 1990, ya que solo una de las tres ofertas presentadas ante

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

la secretaria de salud departamental del Magdalena contaba con la inscripción en el registro especial de prestadores de servicios de salud, pese a ello firmó el contrato, lo que no hubiera ocurrido de haber vigilado el proceder de sus subalternos.

2. Se trasgredió el principio de selección objetiva por incumplir los requisitos del artículo 20 del Decreto 2170 de 2002, ya que la contratista seleccionada no contaba y, por tanto, no presentó el formulario de inscripción en el registro especial de prestadores de servicios de salud; es decir, carecía del aval del Ministerio de Salud para desarrollar la actividad como laboratorio clínico, y pese a ello fue la elegida, procediendo el acusado a firmar el contrato sin detectar tan evidente deficiencia.

3. Se vulneró el principio de selección objetiva por cuanto soslayó los requisitos previstos en el artículo 29 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 4° del Decreto 2170 de 2002, como quiera que la oferente seleccionada incumplió con la capacidad jurídica, ya que no era una persona de esa naturaleza, ignorando, además, los principios de selección objetiva, transparencia e igualdad; irregularidad que hubiera sido fácilmente detectada por el procesado de haber cumplido con un mínimo de vigilancia y control sobre sus subalternos.

4. Se incumplieron los presupuestos del artículo 29 de la Ley 80 de 1993 y el 4° del Decreto 2170 de 2002, ya que la oferente seleccionada no contaba con la *idoneidad y*

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

estructura técnica exigida para desarrollar el objeto del contrato, vulnerando los principios de transparencia y selección objetiva, anomalías de fácil descubrimiento en el evento de que el aforado hubiera cumplido con el deber legal que estaba a su cargo.

5. El argumento defensivo consistente que el procesado confió en la actuación de su Secretario de Salud, Milton Miguel Cantillo Lara, porque delegó las funciones en él, en nada contribuyen a librarlo de responsabilidad, ya que no cumplió con su obligación de adelantar actividades de verificación, control y vigilancia.

Aceptar la postura opuesta sin la presencia de prueba que la demuestre, sería tanto como pregonar que el acusado en el proceso precontractual y contractual actuó como un convidado de piedra, un simple tramitador de las labores desarrolladas por sus subalternos o aceptar que solamente le competía firmar la minuta sin verificar el cumplimiento de los requisitos legales esenciales, cuando era su deber constatar que todo el trámite se adelantara conforme a la ley, ejerciendo los controles debidos[236].

Sobre la responsabilidad indelegable en la contratación administrativa, recientemente en decisión radicada 53263 del 24 de marzo de 2021, la Corte[237] reiteró:

---

[236] CSJ, SP 18 oct 2017, SP16915-2017, radicado 48231 "*Esto para significar que, desde luego, la Corte reconoce un tipo de responsabilidad indelegable en el funcionario a quien se ha atribuido funcionalmente la responsabilidad y dirección de todo el entramado complejo, en cuanto, ello cabe indiscutiblemente en su tarea de verificación y control.*"
[237] CSJ SP 21 jun 21 2010, radicado 30677, SP15528-2016, Rad. 40383 y por esta Sala, SEP00065-2019, Rad. 41817 y SEP105-2023, Rad. 00242.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

dicha conducta recae normalmente en cabeza de los representantes legales de las distintas entidades estatales, quienes tienen el deber de ejercer una estricta labor de supervisión, por ser garantes de la legalidad de la contratación estatal, precisamente porque son quienes pueden comprometer su voluntad final con dineros públicos. Por lo tanto, la jurisprudencia ha señalado, que no se trata de una simple firma del contrato, pues no se acepta excusarse en las actividades desarrolladas por su equipo de trabajo.

En la administración pública la observancia de las funciones contractuales es compleja, y requiere la intervención de varios funcionarios para la coordinación y dirección del ente territorial del orden departamental en cabeza del gobernador, pero la misión de éste no se agota con el examen formal de la actuación sino con su deber ineludible de observar, estudiar, examinar y controlar la verificación de los requisitos legales esenciales que demanda el cumplimiento de los principios de planeación y responsabilidad[238].

Bajo ese derrotero, es inadmisible la invocación del principio de confianza pues la prueba evidenció que INFANTE VERGARA no cumplió con el deber de vigilancia y control derivado de la desconcentración de la etapa contractual, sin que sea posible cifrar en terceros una actuación debida cuando él mismo participaba de ella.

Es claro que de la celebración del contrato sin detectar las presentadas anomalías en su trámite, se infiere que debió mediar común acuerdo con el Secretario de Salud Milton Miguel Cantillo Lara, creándose un riesgo

[238] Cfr. CSJ, SP 9 mar. 2022, SP682-2022, Rad. 59741

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

jurídicamente desaprobado, ya que se abstuvo de ejecutar los deberes legales de vigilancia y control, el cual se concretó en el resultado típico, la suscripción de un contrato ilegal en su trámite.

El hecho que los supuestos integrantes del comité evaluador de las ofertas afirmen no recordar haber integrado ese grupo, ni las labores allí desarrolladas, pese a exhibírseles el texto del contrato 372 de 2007 y los documentos que cuentan con su visto bueno o su rúbrica, tal como ocurre con el Coordinador Financiero, Emilio Araos y el jurídico de la Secretaría de Salud, Manuel Salvador Ospino; o que el grupo de abogados adscrito a la Secretaria de Salud, entre ellos Claudia Patricia Pricoli Brigante[239], nieguen haber revisado previamente el contrato 372 de 2007 y ponerle su visto bueno; es indicativo que el exmandatario no implementó control alguno, ni ejerció labores de vigilancia sobre las actividades desconcentradas en sus subalternos, sino que se limitó a suscribir el texto contractual, cuando era su deber vigilar y controlar sus atribuciones.

En esa línea, en diligencia de indagatoria el procesado terminó aceptando que simplemente se limitó a suscribir el texto contractual sin vigilar y controlar las funciones de sus subalternos, pues consideraba que con haber cambiado la planta de personal una vez se posesionó, los recién nombrados debían responder por toda consecuencia de sus

[239] Minuto 35:13 del registro de la prueba testimonial rendida por Claudia Patricia Pricoli Brigante el primero de marzo de 2022.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

acciones, liberándolo de toda responsabilidad:

PREGUNTADO: ¿Usted sabe doctor, si el contrato si el objeto contractual del contrato 372 de 2007, se cumplió cabalmente?

CONTESTA: Yo tengo que decir que se cumplió porque el informe del interventor dice que sí se cumplió totalmente. Definitivamente hay un acta final que dice que así se hizo. Y tengo que confiar en que eso fue así[240]. (…)

PREGUNTADO: Doctor Infante, de modo que la razón por la cual usted considera que se dio cabal cumplimiento del contrato es porque tuvo a su disposición el acta de inicio, el acta final.

CONTESTA: No, más allá de eso, yo tengo la certeza de que ese contrato se ejecutó. ¿Por qué? porque los procesos que se dieron, fueron vigilados. A mi despacho llegaba la documentación ya vigilada y supervisada de gente muy seria y muy honesta, eso es más allá del acta final o el acta inicial. Se hicieron los nombramientos correctos. Creo que el interventor era una persona que si lo nombró Cantillo debió ser de confianza absoluta de Cantillo y cuando a mí me llegaba a mi despacho, cuando a mí me traían ya los documentos para firmar, ya habían surtido todo el trámite que me permitía a mí tener la tranquilidad de hacerlo… ¿Cómo explico? Eso quizá es lo que a mí más me tiene tranquilo en todo este proceso de este contrato, es que yo no tenía gente corrupta. Ya la corrupción había pasado, ya había salido o ¿qué sé yo? cuando yo entro, yo meto gente muy buena, gente muy sana, gente que estaba a toda prueba revestida de su idoneidad, además, la parte jurídica, los secretarios, así que si hay un interventor que me firmó un acta inicial y después quizás me presentó informe y al final me dice: «señor, el contrato se ejecutó, aquí está el certificado», ¿yo qué más puedo decir?[241]

(…)

00:54:08 FISCAL: ¿Pero entonces las medidas de control que usted como gobernador debía implementar?

INDAGADO: ¿Dónde está el interventor? ¿Dónde está el interventor? La medida fue nombrar una persona que responda.[242]

El hecho de haber cambiado la planta de personal una vez se posesionó, afirmando desconfiar de la de su antecesor por las acciones corruptas adelantas por Trino

[240] Minuto 44:58 y siguientes de la diligencia de indagatoria realizada el 25 de enero de 2016, obrante a folio 109 del cuaderno 2 de la fiscalía.
[241]Minuto 47:46 y siguientes de la diligencia de indagatoria realizada el 25 de enero de 2016, obrante a folio 109 del cuaderno 2 de la fiscalía.
[242] Minuto 00:54:12 y siguientes de la diligencia de indagatoria realizada el 25 de enero de 2016, obrante a folio 109 del cuaderno 2 de la fiscalía

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

Luna, y que hubiese ordenado adelantar los trámites cumpliendo con los principios de la contratación pública, en manera alguna lo exonera de responsabilidad. Tenía el deber de verificar, vigilar y controlar que los mismos se adelantaran de acuerdo con la ley, y al celebrar el contrato verificar que este se hubiera cumplido; pero ello no se realizó, lo que se comprueba es que todos ellos cohonestaron la celebración irregular del contrato avalado por el procesado.

No podía atenerse solo al informe del interventor que aseguraba que todo se había cumplido, debió vigilar que esta persona hubiese realizado la labor a él encomendada, para ahí si confiar en el informe cuando llegara a su aprobación, lo que claramente no hizo; como también, que los documentos llegaran a su escritorio ya vigilados, porque precisamente debía verificar que los subalternos que intervenían estaban cumpliendo con los requisitos legales exigidos, y cuando los tuviera en sus manos proceder a revisarlos para constatar que el trámite si se hubiese adelantado conforme a la ley de contratación pública, no restringirse a confiar cuando no había vigilado su proceder, que los vistos buenos se hubiera colocado sin ningún control.

El aseverar que no tenía conocimiento del servicio de salud pública, tampoco lo exímia del deber de controlar a sus subordinados en el adelantamiento del trámite precontractual, para ahí si confiar que cuando llegaba la documentación a su despacho esta correspondía a lo

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

contralado y vigilado.

Así lo ratifica la valoración en conjunto de cara a las reglas de la sana crítica del contenido de los testimonios de Milton Miguel Cantillo Lara, Manuel Salvador Ospino, Emilio Araos y Nilson Parodys Movilla, servidores de confianza del gobernador INFANTE VERGARA; la cual denota que de haber cumplido con sus funciones habrían descubierto a primera vista las irregularidades que presentaba el trámite del contrato 372 de 2007, tanto al momento de evaluar las ofertas como al modificar el objeto contractual, de suerte que si no hubiese actuado en connivencia con sus subalternos, estos le habrían informado de inmediato sobre las mismas mediante los informes escritos que estaban obligados a presentarle, y que el acusado no hubiese exigido revisar los informes del supervisor lo que indica es que las conocía.

También lo avala el que no se hubiesen incorporado las actas de las reuniones del gobierno con las que se evidenciarían los supuestos informes exigidos por el acusado sobre el proceder de sus subalternos en relación con el trámite del contrato.

En esas condiciones es claro que el procesado no puede ampararse en el principio de confianza e invocarlo como argumento defensivo, pues era consciente de que el trámite se adelantó de forma amañada y luego descargar toda la responsabilidad penal en sus subalternos al aducir que confiaba en que estaban actuando conforme el deber

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

ser; cuando lo que se demostró fue que se abstuvo de ejercer control y vigilancia sobre ellos y que firmó el contrato sin constatar que se hubiese adelantado conforme a la ley.

Concluye entonces la Sala que la Fiscalía probó que el entonces Gobernador encargado del Departamento del Magdalena incumplió sus deberes de vigilancia y control en el trámite y celebración del contrato 372 de 2007, por tanto, le es atribuible jurídicamente la conducta delictiva de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, en el grado de certeza exigido por el tipo objetivo previsto en el artículo 410 de la Ley 599 de 2000.

6.3.2. Ingrediente subjetivo del tipo penal previsto en el artículo 410 del C.P., en la modalidad de celebrar el contrato 372 de 2007 sin el cumplimiento de requisitos legales.

En cuanto a la configuración del ingrediente subjetivo, la Sala de Casación Penal se ha pronunciado en el siguiente sentido:

El elemento subjetivo del tipo dispuesto en el artículo 410 del Código Penal, resulta del simple hecho de celebrar el contrato sin acatar los principios y normas de carácter constitucional y legal que rigen la contratación administrativa, pues, el objeto de protección es el principio de legalidad en la contratación estatal. De ahí que, cuando se desconozcan principios como el de selección objetiva, eludiendo el procedimiento preestablecido para privilegiar a unos contratistas en detrimento de otros, el beneficio de aquellos surge de la adjudicación de un contrato tramitado irregular e ilícitamente[243] *y se estructura*

[243] CSJ, AP 20 agos 2002, Rad. 18029.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

objetivamente el tipo penal aún en el evento de que el resultado favorezca a la administración y genere desventaja para el contratista.[244]

El dolo, entonces, se configura cuando el agente actúa con el conocimiento de que con su actuar se distancia de los principios y normas de carácter constitucional y legal que rigen la contratación estatal y aun así procede a contratar.

De la causal de atipicidad alegada por la defensa (error de tipo).

La defensa técnica alega que si aceptara la Sala en gracia de discusión que las actuaciones de su defendido contienen alguna irregularidad, lo cobijaría la causal de ausencia de responsabilidad del numeral 10 del artículo 32 del Código Penal, el error de tipo, que se configura cuando el sujeto activo de la acción ignora que su comportamiento se adecúa al tipo penal, el cual excluye el dolo porque afecta su aspecto cognitivo[245].

Esta causal de ausencia de responsabilidad se encuentra establecida, así:

Artículo 32. Ausencia de responsabilidad. No habrá lugar a responsabilidad penal cuando: (…)

10. Se obre con error invencible de que no concurre en su conducta un hecho constitutivo de la descripción típica o de que concurren los presupuestos objetivos de una causal que excluya la responsabilidad. Si el error fuere vencible la conducta será punible cuando la ley la haya previsto como culposa.

---

[244] *Cfr.* CSJ, AP 25 ene 2017, AP241-2017, Rad. 48134.
[245] CSJ, SP1832-2017, radicado 43263

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

Cuando el agente obre en un error sobre los elementos que posibilitarían un tipo penal más benigno, responderá por la realización del supuesto de hecho privilegiado.

Para iniciar su abordaje es necesario recordar que en el esquema del delito acogido por la ley penal colombiana se instituyó una concepción avalorada del dolo, relativa al conocimiento y voluntad de los supuestos fácticos de la descripción típica, de ahí que el artículo 22 de esa normativa disponga que: *«La conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización»*. En caso de faltar el conocimiento por error vencible se desvirtúa el dolo y la conducta será punible si admite la modalidad culposa —numeral 10° del artículo 32 del Código Penal—[246].

Consecuente con esta descripción, el error de tipo, ha señalado la Sala, "*se caracteriza por el desconocimiento de una circunstancia objetiva (descriptiva o normativa) perteneciente al tipo de injusto, que deja impune la conducta cuando es invencible y también cuando es superable y la respectiva modalidad delictiva sólo está legalmente establecida en forma dolosa*"[247].

Esta clase de error puede ser invencible[248] cuando ni aún actuando en forma diligente y cuidadosa el autor habría

---

[246] Artículo 32. No habrá lugar a responsabilidad penal cuando: (…) 10. Se obre con error invencible de que no concurre en su conducta un hecho constitutivo de la descripción típica o de que concurren los presupuestos objetivos de una causal que excluya la responsabilidad. Si el error fuere vencible la conducta será punible cuando la ley la hubiere previsto como culposa.
[247] CSJ SP 23 May 2007, Rad. 25405.

[248] CSJ, SP084-2024, Rad 63725.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

podido llegar a otra conclusión. Y vencible en el caso que la falsa representación pudiera evitarse o superarse si el autor hubiere puesto el esfuerzo explicativo a su alcance que le era exigible, de acuerdo con las circunstancias que rodearon el hecho. En este caso, la conducta será punible si está prevista como culposa[249].

Ahora bien, FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA cuenta con una vasta formación académica (ingeniero civil), que unida a su experiencia profesional, acumulada desde sus inicios en el sector público, pues afirma haber participado en múltiples oportunidades en procesos de licitación pública como interventor, lleva a la Sala a colegir que conocía la trascendencia de la contratación pública como medio para concretar los fines del Estado, así como la necesidad de adelantarla respetando las normas que la regulan y con mayor razón por quien tiene la potestad de disponer de los recursos estatales.

Por ello, no es posible admitir que el procesado cuyo nivel de preparación académica es superior al promedio y fue caracterizado por quienes trabajaban a sus órdenes como meticuloso y exigente, no advirtiera la importancia que aparejaba su función de ordenador del gasto, ni las irregularidades evidentes que se presentaron en el trámite contractual.

En consecuencia, carece de razón el defensor al plantear la presencia del error de tipo arguyendo que debido

[249] CSJ, SP18532-2017, Rad 43263.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

a su profesión (ingeniero civil), el acusado no conocía que estaba obligado a verificar el cumplimiento de los requisitos legales esenciales dentro de la celebración del contrato por parte de sus subalternos, pues no solo era experto en contratación pública lo que implica que conocía ese deber legal, sino, además, que estaba enterado de las anomalías que se presentaron durante el trámite de selección de la contratista.

Ciertamente, aceptó en diligencia de indagatoria conocer el manual de contratación[250], esto es, el reglamento que rige los trámites internos aplicables a la actividad contractual del Departamento del Magdalena, y siendo consciente que aun cuando podía desconcentrar la competencia para contratar en sus subalternos, seguía en su cabeza radicado el deber de dirección, vigilancia y control en el proceso contractual, sin embargo, aun conociendo las anomalías presentadas en la fase previa celebró el contrato.

Las pruebas referidas por la defensa no conducen a concluir que el acusado actuó bajo un error, sino que por el contrario, reafirman el momento cognoscitivo y volitivo del dolo.

En efecto, la Sala debe definir si en el presente asunto se encuentra acreditado que INFANTE VERGARA sabía: *i)* que dentro de sus deberes legales se encontraba vigilar y controlar la función desconcentrada; y *ii)* que en la

[250] Folios 65 y siguientes del cuaderno original 1 de la SEP.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

tramitación del contrato se había omitido cumplir con las exigencias establecidas en la ley, *iii)* y pese ello al firmar la minuta omitió verificar si se habían cumplido los mismos.

Para la Sala no existe duda de que el acusado conocía los deberes que como primera autoridad del Departamento del Magdalena le asistían, puesto que su condición de ingeniero civil, constructor y especialista lejos de mostrarlo como una persona neófita en la materia, lo exhibe como conocedor de las distintas etapas contractuales, con mayor razón si ya llevaba meses al frente de la gobernación y que era de su conocimiento las cuantías y la naturaleza especial de los servicios para determinar la modalidad de la contratación.

No se puede soslayar que al momento de suscribirlo, ya contaba con una amplia experiencia como interventor y contratista en el sector público, atendiendo su profesión de ingeniero civil, reconocida por él en la indagatoria y en el interrogatorio de la audiencia pública de juzgamiento, por tanto, sabía de las exigencias especiales que rigen la contratación directa y aquellas por licitación, y que de acuerdo con lo descrito en el numeral 1° del artículo 305 de la Constitución Política de Colombia, son atribuciones específicas de los gobernadores de departamento cumplir y hacer cumplir la constitución, las leyes, los decretos del gobierno y las ordenanzas de las asambleas departamentales.

También, que como representante legal del ente

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

territorial debía apersonarse de la actividad contractual, esto es, dirigir, vigilar y controlar que en los trámites en esa materia se cumpliera con absoluta observancia lo previsto en la Ley 80 de 1993 y los decretos reglamentarios.

Y que, en virtud del principio de responsabilidad descrito en el artículo 26 de la Ley 80 de 1993, por su calidad de servidor público estaba obligado a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, y por consiguiente vigilar y controlar la fase precontractual con el fin de garantizar el cumplimiento del objeto del contrato y proteger así los intereses y derechos de la entidad, del contratista y de terceros, por cuanto la dirección de la actividad contractual como de los procesos de selección corresponde, en todo caso, al jefe o representante legal de la entidad estatal.

Asimismo, *i)* que de conformidad con el numeral 3° del artículo 11 y 12 de la Ley 80 de 1993 tenía la competencia para dirigir los procesos contractuales y celebrar los respectivos negocios jurídicos, funciones que podía delegar total o parcialmente y/o desconcentrar y, *ii)* que le correspondía ejercer control administrativo, esto es, constatar y asegurar que las actividades y funciones se cumplieran en armonía con las políticas gubernamentales, los principios descritos en la referida ley y de conformidad con los planes y programas adoptados.

Para la Sala no existe duda que el aforado conocía que en la tramitación del contrato 372 de 2007 se había omitido

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

cumplir con las exigencias establecidas en la ley, no obstante, de manera deliberada se apartó del proceso contractual y decidió suscribirlo.

Así lo evidencia que no se detuviera a analizar de qué manera el laboratorio clínico de Eidys Campo Lacera, registrada recientemente en la Cámara de Comercio (en el año 2006) como una empresa unipersonal, que no contaba con el registro especial de los prestadores de salud para funcionar, sin capacidad financiera y técnica, pudiera cumplir el compromiso de realizar a cuatro mil (4000) habitantes de treinta municipios que comprenden el Departamento del Magdalena, que pertenecieran al nivel II de SISBEN, las prueba Pretest VIH y test VIH, sumado a la capacitación sobre la prevención de contagio de la enfermedad de SIDA.

Pretermisión de la que se deduce la intención del acusado de direccionar, en contubernio con subalternos, por lo menos con su Secretario de Salud, la selección de la contratista IPS Eidys Campo Laboratorio Clínico, con la que se pretendió darle apariencia de legalidad al proceso contractual.

Además, conocía el reglamento del trámite previsto en el manual de contratación[251], por tanto, siendo consciente que pese a estar facultado para desconcentrar o delegar la competencia en otros funcionarios, era su deber dirigir, vigilar y controlar los procesos contractuales y celebrarlo,

[251] Folios 65 y siguientes del cuaderno original 1 de la SEP.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

sin embargo, de manera soslayada decidió pasarlos por alto.

No queda duda que el acusado consciente y voluntariamente suscribió el contrato sin verificar que en el trámite se hubieran observado los requisitos legales esenciales.

Frente a este panorama es totalmente inadmisible aceptar que el aforado erróneamente firmó el contrato creyendo que sus subordinados habían tramitado la selección de la contratista conforme a la ley, pues lo evidente en el proceso, se reitera, es que era consciente que la fase precontractual cursaba con total desapego de la normativa, y por ello se abstuvo de vigilar que hubiese cursado por los cauces legales.

Así, entonces, se deniega el reconocimiento del supuesto error de tipo invocado, y por el contrario se da por acreditado en grado de certeza el tipo subjetivo, el dolo en el comportamiento del acusado.

6.3.3. Tipo objetivo del artículo 410 de la Ley 599 de 2000, en la modalidad de liquidar el contrato sin el cumplimiento de requisitos legales.

De conformidad con la acusación, la Fiscalía como hecho jurídicamente relevante destacó, además, que el exgobernador INFANTE VERGARA liquidó irregularmente el contrato 372 de 2007 por valor de $443.850.000 con acta

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

de 26 de diciembre de 2007[252], pese a que no obran en el plenario documentos que soportaran su ejecución, esto es, que se hubiera llevado a cabo por parte de la contratista el procedimiento de tamizaje a cuatro mil (4.000) pacientes en el Departamento del Magdalena.

Frente a este cargo la defensa técnica alega que su representado obró amparado también en el principio de confianza, toda vez que (i) el interventor designado Nilson Parodys suscribió el acta final certificando que el contrato se cumplió en un 100% y que en su calidad de coordinador de salud pública de la Secretaría de Salud manifestó haber recibido a satisfacción la prestación de servicios objeto del contrato 372 de 2007, sumado a que (ii) el auditor médico, Miguel Aguilar Sequea, expidió una orden de aceptación, dando cuenta de los soportes de ejecución del contrato aducidos por la contratista, documento que indujeron a INFANTE VERGARA en un error de tipo invencible, al distorsionar el proceso cognitivo de los elementos fácticos.

La Sala empieza por precisar el concepto y alcance del trámite de la liquidación del contrato estatal, apoyada en la jurisprudencia del Consejo de Estado[253].

Etimológicamente el concepto *"liquidar"* se relaciona con la necesidad de dejar una situación o un estado de cosas específica de la manera más diáfana, clara y comprensible. *Liquidus* advierte sobre la propiedad que tiene algo de fluir, por manera que, aplicándola a aspectos

[252] Obrante a folios 142, 143 y 144 del cuaderno original N°1 de la fiscalía.
[253] C.E, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia 13 abr 2016 Radicado 25000-23-26-000-1999-02026-01 (33850).

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

puramente intelectuales, con la liquidación se pretende hacer inteligible algo que no lo es total o parcialmente[254].

Para la semántica la palabra *"liquidar"* significa dar claridad a una relación crediticia específica (hacer el ajuste formal de una cuenta), así como darla por finalizada (saldar o pagar enteramente una cuenta)[255].

En relación con el concepto de *liquidación* del contrato el Consejo de Estado[256] ha venido sosteniendo que: *"La liquidación final del contrato tiene como objetivo principal, que las partes definan sus cuentas, que decidan en qué estado queda después de cumplida la ejecución de aquél; que allí se decidan todas las reclamaciones a que ha dado lugar la ejecución del contrato, y por esa razón es ese el momento en que se pueden formular las reclamaciones que se consideren pertinentes. La liquidación finiquita la relación entre las partes del negocio jurídico, por ende, no puede con posterioridad demandarse reclamaciones que no hicieron en ese momento".*

En el mismo sentido, en sentencia de agosto 29 de 2012 sostuvo:

La liquidación es un ajuste o rendición final de cuentas que se produce con el objeto de que las partes contratantes establezcan, con fundamento en el desarrollo del contrato, las acreencias pendientes o saldos a favor o en contra de cada uno o se declaren a paz y salvo, según el caso, para extinguir el negocio jurídico estatal celebrado. Tiene por objeto (…) *definir cómo quedó la realización de las prestaciones mutuas a las que se comprometieron las partes; efectuar*

---

[254] *Cfr.* CSJ, sentencia 11 agos 2023, SEP105-2023, radicado 00242.
[255] Diccionario de la Lengua Española. Real Academia de la Lengua. Vigésima Primera Edición. Tomo II. Madrid. 2000. Fuente consultada: https://dle.rae.es/liquidar
[256] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 10 de abril de 1997, expediente 10608, C.P. Daniel Suárez Hernández. Reiterada en las sentencias de esta misma Sección del 4 de diciembre de 2006, expediente 15239, y del 10 de marzo de 2011, expediente 15935.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

un balance de las cuentas y pagos para establecer quién le debe a quién y cuánto, esto es, precisar su estado económico y el de los derechos y obligaciones de las partes con ocasión a su ejecución; proceder a las reclamaciones, ajustes y reconocimientos a que haya lugar; declararse a paz y salvo de las obligaciones o derechos a cargo de las mismas y finiquitar así el vínculo contractual[257]:

En síntesis, la liquidación del contrato es el acto jurídico por medio del cual las partes de manera consensuada o la administración de forma unilateral, o el juez del contrato, determinan el cumplimiento de su objeto, así como el estado de ejecución de las obligaciones de cada una de las partes luego de su ejecución y sólo en aquellos eventos en que la ley lo determina[258].

La *liquidación* supone, por lo tanto, considerar en su totalidad las obligaciones con el fin de verificar su cumplimiento por virtud de la fuerza obligatoria del contrato. En ella se dará cuenta de los pagos efectuados y los pendientes, así como de los bienes y servicios recibidos en contraprestación, definiendo si existen prestaciones por ejecutar y su valoración económica. Todo lo anterior conducirá a la conformidad de las partes y a la definición de las posibles inconformidades o salvedades que luego del proceso liquidatorio no pudieron ser superadas por consenso. El proceso liquidatorio así adelantando permitirá dar por finalizada la relación contractual[259].

---

[257] *Cfr.* Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia 29 agos 2012, expediente 21315. En ese mismo sentido, sentencia 6 nov 2003, expediente 24041 y Sent 6 jun 2005, expediente 14113; sentencia 28 oct 2004, expediente 22261 y sentencia 20 abr 2005, expediente 14213; sentencia 26 may 2010, expediente 18606, y sentencia 29 feb 2012.
[258] *Cfr.* CSJ, sentencia 11 agos 2023, SEP105-2023, radicado 00242.
[259] *Cfr.* CSJ, sentencia 11 agos 2023, SEP105-2023, radicado 00242, citando al Consejo de Estado, en sentencia 13 abr 2016, radicado 25000-23-26-000-1999-02026-01 (33850).

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

En cuanto a su contenido el Consejo de Estado en la referida sentencia, destacó que *"en la liquidación del contrato (cualquier que se sea su modalidad) se busca ofrecer claridad en torno de su cumplimiento, lo que se traduce en la determinación del grado de ejecución de las prestaciones asumidas por cada una de las partes: bienes u obras ejecutadas, servicios prestados y pagos realizados. Lo anterior, sin más permitirá a los sujetos negociales* (sic) *declararse a paz y salvo o definir las inconformidades resultantes de la valoración del estado de sus obligaciones, con las consecuentes salvedades"* [260].

En ese mismo proveído se puso de relieve que "*al acto de liquidación del contrato le son ajenas las prestaciones ejecutadas por las partes que no tengan una relación directa y necesaria con el objeto contractual"*[261], porque esto desborda la naturaleza misma del referido acto, *"el cual debe concentrarse, limitarse y sujetarse a las prestaciones que dimanan del negocio generatriz de su vínculo obligacional que, en consecuencia, representará el marco de la acción liquidatoria en el negocio bilateral, el acto unilateral e, incluso, la decisión judicial"*[262].

De ahí que el Consejo de Estado haya puesto énfasis en que *"(…) únicamente las actuaciones del contratista que se lleven a cabo dentro del marco de ejecución del contrato*

---

[260] Cfr. C.E. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia 13 abr 2016, radicado 25000-23-26-000-1999-02026-01 (33850).
[261] Ibidem
[262] ibidem

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

estatal debidamente perfeccionado se podrán entender como parte de la ejecución del objeto contractual, y por ende el acta de liquidación del mismo sólo podrá consignar materias atinentes a las actividades contractuales"[263].

Esto porque no puede llevar a equívocos la facultad otorgada por el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, conforme con la cual en el acta de liquidación "*(…) constarán los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas",* por tanto, dicha actuación solamente puede estar referida y circunscrita a las prestaciones derivadas de la relación contractual y no a otras que, si bien podrían tener por antecedente próximo tal vínculo por su contenido y alcance le exceden y, por lo mismo, le son extrañas.

En resumen, el acto de la liquidación del contrato a que hace referencia el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, debe estar siempre referido a la verificación del cumplimiento de los compromisos contractuales pactados en el respectivo contrato. Incluso, los acuerdos, conciliaciones y transacciones a los que pueden arribar las partes en el trámite de liquidación, resultan plenamente viables siempre y cuando versen sobre asuntos que derivan de la ejecución de las prestaciones propias del contrato, y que guarden una relación de conexidad y necesidad suficientes con el cumplimiento de su objeto.

---

263 CE, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. sentencia 5 nov 2005, radicado 01588.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

En ese orden, la Sala de Casación Penal[264] ha expresado que la liquidación debe versar sobre el cumplimiento a cargo de las partes de las prestaciones mutuas *convenidas en el contrato* y de todos los hechos o circunstancias que, aun cuando sean ajenos a las partes puedan afectar la ejecución normal del mismo, y el estado en el que quedarían las partes al respecto para establecer el resultado final de la *ejecución del objeto acordado*, máxime cuando aquélla finiquita la relación contractual.

Por consiguiente, los contratantes están en la obligación de declarar y consignar en el acta de liquidación las condiciones reales sobre *el cumplimiento del objeto convenido*, así como las vicisitudes que se presentaron en su ejecución, aquellas que hayan dificultado o imposibilitado su concreción sean o no ajenas a las partes, así como las prestaciones pendientes por satisfacer a cargo de uno de ellos o de ambos al cabo de la ejecución del contrato, siempre que hayan sido conocidas antes de la suscripción del acta, en aras de establecer qué compromisos deben asumir los involucrados con posterioridad a la culminación del vínculo contractual[265].

Así las cosas, el *acto de liquidación* está previsto para verificar el cumplimiento de las obligaciones surgidas de las cláusulas del contrato que se líquida, de tal manera que involucrar elementos ajenos a éste, se reitera, entraña una clara vulneración del Estatuto General de Contratación de

[264]CSJ, AP 28 jun 2018, AP2711-2018, radicado 45695.
[265] Cfr. CSJ, sentencia 11 agos 2023, SEP105-2023, radicado 00242.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

la Administración Pública, con relevancia penal en la fase de liquidación de cara al tipo penal del artículo 410 del Código Penal[266].

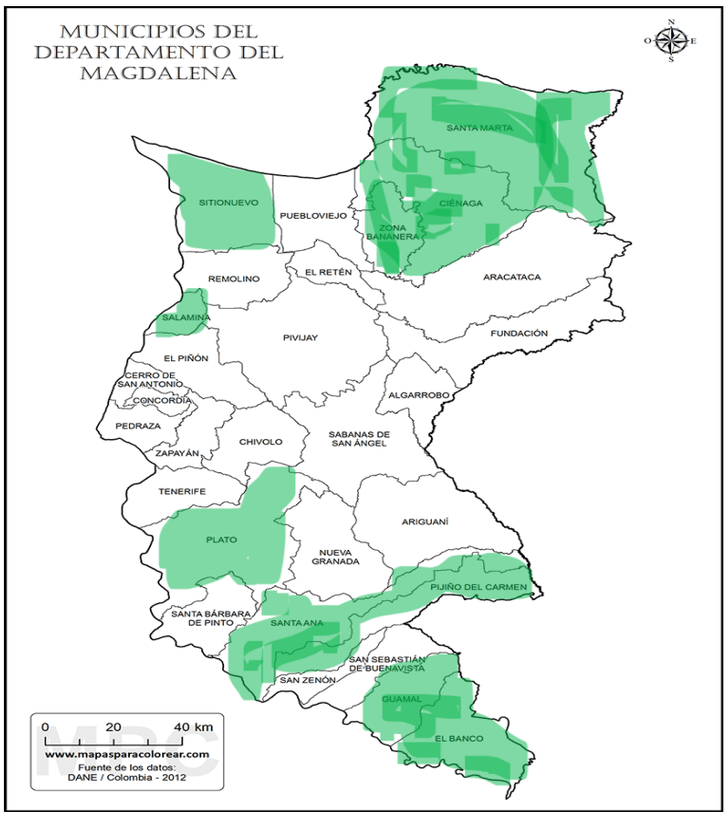
Fue ello precisamente lo ocurrido en este caso, en el que el aforado en su condición de gobernador cambió las condiciones del objeto del contrato con el acta de inicio de 20 de noviembre de 2007, y no obstante ello procedió a liquidarlo sin verificar soportes o prueba de su ejecución.

En efecto, en el plenario obra el acta de inicio de la ejecución del contrato de 20 de noviembre de 2007[267], documento firmado por la contratista, Eidys Esther Campo Lacera y el interventor designado Nilson Parodys Movilla, en el que se plasmaron tres contradicciones. Al comienzo se consignó que el procedimiento de tamizaje "*deberá desarrollarse en todo el departamento del Magdalena*", replicando lo dispuesto en la invitación a ofertar y en el texto del contrato 372 de 2007; empero, a reglón seguido sostiene que el ente territorial se clasificó por zonas, seleccionándose a los municipios más representativos de cada una por índice de vulnerabilidad, los cuales fueron: *"El Banco, Guamal, Pijiño del Carmen, Santa Ana, Plato, Sitionuevo, Ciénaga, Zona Bananera y Fundación"*; así como a los reclusos de "*La cárcel de Santa Marta*". No obstante, una línea después excluyó los municipios de "*Guamal*" y "*Fundación*", e ingresaron al listado los de "*Ariguaní*" y "*Salamina*".

[266] Ibidem
[267] Folio 154 del cuaderno original 1° de la fiscalía.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

En la siguiente imagen se puede observar la ubicación geográfica de los diez (10) municipios seleccionados en el citado documento (acta de inicio) para la ejecución del objeto contractual:



Sobre la causa o motivo de la modificación de las condiciones contractuales, fueron interrogados Nilson Parodys Movilla y Milton Miguel Cantillo Lara, el primero por ser el interventor designado y el segundo por tener la calidad de Secretario de Salud; manifestando ambos total desconocimiento y desprecio por la legalidad del trámite contractual.

Milton Miguel Cantillo Lara, por su parte, sostuvo que a pesar de que en el acta de inicio se indique que la actividad se desarrollaría en diez (10) municipios, que no en los treinta (30) que conforman el Departamento del

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

Magdalena, "*considera*" que "*la labor de tamizaje se realizó en todo el departamento del Magdalena"*, dado *"que la incidencia del VIH está sectorizada en esas localidades"*, siendo esta una consideración subjetiva e infundada del testigo, en tanto no ofreció sustento alguno, menos aún se soporta con un razonamiento científico o regla de experiencia, toda vez que precisamente la prueba de tamizaje objeto del contrato 372 de 2007, si se hubiera ejecutado, era la fuente de información fidedigna de la *"Investigación epidemiológica que mide la magnitud y la tendencia de la infección por VIH en grupos poblacionales específicos, utilizado para conocer indirectamente el comportamiento epidemiológico de la infección"*[268]*,* tal como lo exigía el Decreto 1543 de 1997.

Nilson Parodys Movilla, en relación con este asunto, afirmó que "*cree se seleccionaron los municipios más afectados por este tipo de enfermedades, pues no todos están en las mismas condiciones de vulnerabilidad*"[269], destacando que *"imagina"* que la selección se acordó entre el Secretario de Salud y la contratista, agregando que firmó "*el acta de inicio buena fe*".

Irregularidades que fueron corroboradas por el dicho de la contratista Eidys Campo Lacera, quien en declaración rendida en la fase de instrucción el primero de abril de 2016, afirmó que fue ella quien propuso al interventor y al médico auditor de cuentas, que la labor de tamizaje poblacional se desarrollara en muestras representativas de

[268] Artículo 2 del Decreto 1543 de 1997.
[269] Folios 202 y 203 del cuaderno N°2 de la Fiscalía.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

diez (10) municipios, atendiendo la dificultad que existía de acceder a todos los entes territoriales.

Sin embargo, seis años después en declaración rendida el 2 de marzo de 2022, la misma testigo atribuyó a la administración la variación del lugar donde se ejecutaría el contrato, afirmando desconocer si fue "*el gobernador*" o un subordinado de éste quien dio la orden de modificación.

Tal anomalía fácilmente pudo ser advertida por el Gobernador INFANTE VERGARA si hubiera revisado la carpeta del contrato 372 de 2007, pues le bastaba contrastar el texto de la minuta con el acta de inicio para advertir la modificación sustancial del objeto contractual, y verificar que esa variación no había sido por él autorizada, pese a ser una competencia exclusiva del ordenador del gasto público y, por tanto, que se trataba de una modificación infundada y arbitraria.

Como puede verse las condiciones contractuales fueron modificadas sin fundamento alguno y de manera arbitraria, pues no fue autorizada por el Gobernador, el único funcionario facultado para la toma de esas decisiones, ajustándose al capricho y conveniencia de la contratista, incumpliendo el criterio de necesidad que originó el trámite contractual.

Es importante precisar que en la inspección realizada por el ente instructor a la oficina de archivo de la Gobernación del Magdalena, se obtuvieron tres oficios calendados el 30 de noviembre, y el 10 y el 20 de diciembre

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

de 2007, dirigidos a Milton Miguel Cantillo Lara, sin sello y firma de recibido en la Secretaría de Salud, en los que se asegura que la contratista hace entrega de los informes de actividades I, II y III.

Dichos informes presentados por la contratista Campo Lacera son distintos a los que estaba obligado a elaborar y presentar el interventor Nilson Parodys Movilla, de conformidad con lo estipulado en la cláusula décimo sexta del contrato 372 de 2007. De ahí que en el informe de policía judicial N° 591822 del 8 de marzo de 2011, se señale que a pesar de haberse solicitado "*recaudar los informes rendidos por el interventor*", la citada dependencia del ente territorial anexó a su respuesta varios documentos, pero ninguno corresponde a lo solicitado.

Los oficios calendados el 30 de noviembre, 10 y 20 de diciembre de 2007, dirigidos a Milton Miguel Cantillo Lara, no acreditan la existencia de algún informe del interventor, ni mucho menos de la ejecución del contrato 372, de la cual debió dar cuenta el interventor Nilson Parodys.

Los tres informes que estaba obligado a presentar el interventor Nilson Parodys Movilla, atendiendo la obligación consignada en la cláusula décimo sexta del contrato, debieron ser requeridos por el gobernador FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA previo a la liquidación del contrato, lo cual omitió.

La información que existe en el proceso en relación con la ejecución del contrato son las actas de inicio y final, en las cuales se hace mención a la existencia de tres (3)

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

informes de actividades rendidos por la contratista, que son diferentes a los parciales que estaba obligado a presentar el interventor Nilson Parodys, de los que solo uno (1) reposa en las diligencias y no tiene fecha de elaboración.

Aunado a que ni la defensa, como tampoco la Fiscalía o demás sujetos procesales allegaron prueba documental o testimonial en la que conste que el contrato fue ejecutado en diez (10) municipios representativos del Magdalena; por el contrario, la Sala encuentra la concurrencia de abundante prueba documental que corrobora que ni en los establecimientos de salud y hospitales de siete (7) municipios, como tampoco en el centro penitenciario la contratista la *IPS Eidys Campo Laboratorio Clínico* adelantó labores de tamizaje de VIH, menos aún capacitación para prevenir el contagio del SIDA, las cuales se relacionan a continuación:

(1) Oficio de 31 de julio de 2012, del Gerente del Hospital San Cristóbal de Ciénaga, donde se hace constar que "*revisados los libros radicadores no halló registro de la empresa EDYS (sic) CAMPO LABORATORIO durante el año 2007*".

(2) Oficio 2012-137 del 2 de agosto de 2012, suscrito por la Gerente del Hospital Local de Salamina, por medio del cual comunica a la Contraloría General de la República "*que hechas las averiguaciones del caso se comprobó que EDYS (sic) CAMPO LABORATORIO, no prestó en el año 2007 sus servicios de salud*"[270].

[270] Conforme a las pruebas recolectadas y listadas en la resolución de acusación de 15 de diciembre de 2017, visible a folios 149 a 240 del cuaderno de la Fiscalía N°5.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

(3) Oficio del 2 de agosto de 2012, del Gerente de la ESE Hospital Nuestra Señora Santa Ana, informando a la Contraloría que "*no es posible certificar si la empresa EDYS (sic) CAMPO LABORATORIO en desarrollo del contrato 372-2007, prestó en el año 2007 servicios de salud*"[271].

(4) Oficio de 6 de agosto de 2012 remitido por el Agente interventor del Hospital La Candelaria del Municipio de El Banco, informando que "*no existe información que me permita certificar si la empresa EDYS (sic) CAMPO LABORATORIO prestó en el año 2007 servicios de salud*"[272].

(5) Oficio del 27 de agosto de 2012 suscrito por el Gerente del Hospital Local de Zona Bananera, certificando que "*entre la empresa EDYS (sic) CAMPO LABORATORIO y la E.S.E. HOSPITAL LOCAL ZONA BANANERA, no aparece registrado el vínculo para el desarrollo del contrato 372 de 2007*"[273].

(6) En la copia del fallo emitido el 18 de marzo de 2015 por la Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva, se afirma que la respuesta ofrecida por los alcaldes de los municipios de Santa Ana, Salamina y Pijiño del Carmen desvirtúan lo afirmado por la contratista, al indicar:

Mediante oficio del 29 de julio de 2014, suscrito por el doctor LEANDRO FEDERICO LOPERA AGUILAR, Alcalde del municipio de Santa Ana aseguró que una vez revisados los archivos de la Alcaldía Municipal no se pudo constatar que dicho laboratorio practicó la pruebas citadas…

---

271 Ibidem
272 Ibidem
273 Ibidem

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

Mediante oficio del 22 de julio de 2014, suscrito por la doctora LUZ ELVIRA BOHORQUEZ RUEDA, Profesional Universitario de Salud Pública del Municipio de Salamina allega certificación afirmando que la empresa EIDYS CAMPO LABORATORIO no se encuentra registrada en la base de datos de dicha institución…

Así mismo la Doctora IVIS HERNÁNDEZ BENAVIDES, Secretaria de Desarrollo Social del Municipio de Pijiño del Carmen, manifestó a su vez que en los archivos de la institución no se encontró contrato No. 372 de 2007 con la empresa EIDYS CAMPO LABORATORIO[274].

(7) Oficio del 24 de septiembre de 2020[275], mediante el cual el director del establecimiento penitenciario de Santa Marta informa que "*no se observan registros de ingreso para época de personal adscrito a la IPS Eidys Campo Laboratorio Clínico*".

(8) Oficio de 23 de septiembre de 2020[276], con el que el director del penitenciario de mediana seguridad de Santa Marta informó que: "*verificado los libros radicadores y de minutas, al igual que en el archivo de la oficina de Sanidad del Establecimiento se pudo constatar que para los meses de noviembre y diciembre del año 2007, no se encuentra registro en el cual se haya ordenado remisión externa o atención interna para toma de muestra a privados de la libertad de tamizaje de VIH.*"[277]

No existe prueba que en el centro carcelario de Santa Marta ni en las alcaldías de los municipios de El Banco, Ciénaga, Zona Bananera, Santa Ana, Salamina y Pijiño del Carmen, la contratista haya solicitado su colaboración para identificar y convocar a las personas destinatarias de la prestación del servicio de tamizaje, siendo estos ocho (8) de

[274] Ibidem
[275] Visible a Folio 412 del cuaderno de la SEP.
[276] Obrante a folio 387 del cuaderno 2 de la SEP.
[277] Ibidem

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

los diez (10) municipios listados en el acta de inicio de la ejecución del contrato 372 de 2007.

La defensa no allegó prueba y en el expediente no obra elemento suasorio de cómo la contratista identificó y convocó a la "*población pobre en lo no cubierto con subsidio a la demanda del II nivel de atención*", pues dicha labor sólo podría hacerla mediante la información que le ofrecieran las Secretarías de Salud de los diez (10) municipios arbitrariamente escogidos, por ser estas las únicas entidades autorizadas para administrar la base de datos de los usuarios del Plan de Atención Básica en Salud (PAB), sumado a que de conformidad con lo establecido en el artículo 5° del Decreto 1543 de 1997 la realización de las *"pruebas diagnósticas"* solo podían realizarse "*en laboratorios públicos o privados que cumpl*[ieran] *los requisitos y normas de calidad establecidas por la Red Nacional de Laboratorios*", por tanto, necesariamente debía haber soportes documentales tanto de las peticiones de consulta, como de la autorización para la realización de las pruebas diagnósticas de VIH que Eidys Campo Lacera presentó ante las autoridades locales, empero como ello no ocurrió en el subjudice, lo que sí se advierte es que ocho (8) de ellas certifican desconocerla y no contar con registro de haberse realizado el proceso de tamizaje.

El incumplimiento contractual, tal como se señala en el pliego acusatorio, también se corrobora con el testimonio de Joymer de Jesús Rodríguez[278], quien afirmó conocer a Eidys Esther Campo Lacera porque fue compañera de

[278] Prueba testimonial de enero 28 de 2016, obrante a folio 128 del cuaderno original de instrucción N°2.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

estudio de su cónyuge Solangel Sierra, y precisó que aquella le ofreció en el año "*2006 o 2007*" realizar las labores de perifoneo para invitar a la población de algunos municipios del Departamento del Magdalena a asistir a unas charlas preventivas de contagio de VIH; agregó, que le correspondió a él llevar a cabo tal servicio de divulgación de la información, sin que pudiera recordar exactamente en cuáles de esos entes territoriales realizó tal actividad.

Las atestaciones del testigo permite deducir que en la ejecución del contrato Eidys Campo Lacera subcontrata a Joymer Rodríguez, persona que no estaba autorizada, para convocar, supuestamente, por medio de perifoneo a la población a efecto de realizar la actividad de tamizaje y capacitación en prevención de contagio VIH, y este a su vez subcontrató para que realizaran tal actividad de divulgación de la información, no se sabe a quién ni en qué condiciones, pues afirma desconocer en cuáles municipios debía realizarse.

La valoración conjunta de la prueba documental y testimonial reseñada confirma que el objeto contractual no se llevó a cabo, pues las convocatorias no se realizaron ni a través de las bases de datos del PAB que administran las Secretarías de Salud municipales, como tampoco en los laboratorios clínicos públicos o privados de El Banco, Ciénaga, Zona Bananera, Santa Ana, Salamina y Pijiño del Carmen, ni de una locación especialmente dispuesta para ese fin en el centro penitenciario de Santa Marta, sin que para el año 2007 existieran otras formas de realizar las

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

pruebas de anticuerpos de VIH, tal como acontece en la actualidad con las denominadas "*pruebas rápidas*", "*pruebas caseras*" o "*kits de autodiagnóstico rápido con muestras de saliva*", las cuales fueron reguladas tan solo hasta el 28 de junio de 2013, mediante la Resolución 2338 expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social[279].

Del dicho de Joymer de Jesús Rodríguez[280] es posible deducir que la contratista tampoco llevó a cabo la obligación de capacitar a la población del Magdalena para prevenir el contagio del VIH, pues a más de no merecer credibilidad que quien fue contratado para realizar el perifoneo afirme no recordar siquiera uno de los municipios en los que estuvo desarrollando tal actividad publicitaria, lo cierto es que esa forma de transmitir[281] la información tampoco garantizaba, por la difusión generalizada que por antonomasia la caracteriza, que la jornada de tamizaje se destinara exclusivamente a la *"población pobre en lo no cubierto por subsidio a la demanda del nivel II de atención"*.

La no ejecución del objeto del contrato 372 de 2007 también se corrobora con el oficio calendado 28 de junio de 2013 suscrito por el coordinador de soporte técnico de

---

[279] Artículo 1° del Decreto 1543 de 1997 *"La presente resolución tiene por objeto establecer los lineamientos que se deberán observar en la capacitación dirigida al talento humano en salud de áreas diferentes a la bacteriologia, que como tal, les permita en ámbitos distintos al laboratorio clínico, la realización de pruebas rápidas para VIH, sífilis y otras ITS y establecer directrices para facilitar el acceso al diagnóstico de la infección por VIH, sífilis y otras Infecciones de Transmisión Sexual – ITS-"*.

[280] Prueba testimonial de enero 28 de 2016, obrante a folio 128 del cuaderno original de instrucción N°2.

[281] Conforme lo señala la Real Academia de la Lengua Española, perifonear es una forma de "*Transmitir por medio del teléfono sin hilos una pieza de música, un discurso o una noticia en condiciones determinadas y a hora fija*". Fuente de consulta web: https://dle.rae.es/perifonear?m=form

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

informática para la identificación. En dicho documento el citado funcionario informó que 697 documentos de identificación no existen, 100 registros de número de cédulas muestran inconsistencias, y que el número de personas que no fueron atendidas por presentar dichas falencias ascendía a 1065.

Este documento hace parte del informe de policía judicial N°786169 de junio 26 de 2013, el que tenía por objeto verificar a quiénes pertenecían los cuatro mil (4000) números de cédulas de ciudadanía relacionados en el documento elaborado por la contratista y titulado "*informe de la prestación de servicios de salud a la población pobre en lo no cubierto por subsidio a la demanda de nivel II, de atención en salud…*"[282], en el que se reporta y analizan los resultados de la presunta ejecución del servicio prestado a cuatro mil (4000) pacientes residentes en diez (10) municipios del Departamento del Magdalena.

La imposibilidad de verificar en las labores de investigación de campo que las 2935 personas identificadas con los números de cédulas de ciudadanía restantes hayan participado en la jornada de tamizaje y capacitación de VIH, también quedó evidenciada en el informe de policía N°815667, al concluir que seleccionados al azar 15 nombres y números de cédula de ciudadanía de los aportados por la contratista y realizar el cotejo con la página de la Sección de Análisis Criminal de la Fiscalía –SAC-, se advierte que corresponden a una persona diferente a la señalada, corroborando lo informado por la Registraduría Nacional del Estado Civil, en el sentido que

[282] Visible a folios 15 a 37 del cuaderno original 1 de la fiscalía.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

existen inconsistencias en el listado presentado por Eidys Esther Campo Lacera a la Gobernación del Magdalena.

Adicionalmente a las pruebas documentales, se cuenta con las declaraciones juradas de personas que aparecen en el listado de pacientes, como: Carlos Efraín Corredor Camargo y Víctor Manuel Pérez Arguelle, quienes afirmaron tener su domicilio en Bogotá y no haber participado en jornadas de tamizaje para pacientes en prevención del VIH. En igual sentido José Rafael Ospino, Digna Rosa Ibáñez y Sussanne Méndez refirieron que en el año 2007 estaban residiendo en Santa Marta y niegan haber sido objeto de la actividad del tamizaje del VIH.

En la fase de juzgamiento, además, fueron escuchados en testimonio: Otilia Rosa Salinas Ortiz, Rosmira de las Mercedes Castro Molina, Roberto David Calderón Arrieta, Gilbert Gutiérrez Serrano y Pedro Ardila Luna, personas que presuntamente accedieron a la jornada de tamizaje y capacitación, los cuales manifestaron no haber participado en dicho programa.

La testigo Salinas Ortiz refirió[283] que entre septiembre y diciembre de 2007 domiciliaba en Valledupar, y negó conocer a Eidys Esther Campo Lacera, a Solangel Sierra, haber participado en la toma de muestras para VIH. Dijo desconocer cómo fue usada su información personal para aparecer en un formulario en el que supuestamente se le tomó una muestra de sangre.

[283] Prueba testimonial practicada en despacho comisorio por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Conocimiento de Valledupar, del 15 de julio de 2022, obrante a folios 1120 y 1121 del cuaderno original 6 de la SEP.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

En su declaración Castro Molina[284], dijo residir en Plato Magdalena, no conocer a Eidys Esther Campo Lacera y a Solangel Sierra. También niega haber participado en el último trimestre de 2007 en la toma de muestras para VIH, por cuanto nunca se ha hecho esos exámenes.

Calderón Arrieta atestigua[285] que siempre ha vivido en el municipio de Santa Ana y que pertenece al régimen contributivo, no al subsidiado como lo exigía el contrato 372 de 2007. Dijo desconocer a Eidys Sther Campo Lacera y a Solangel Sierra y negó haberse hecho el examen del VIH.

Gilbert Gutiérrez Serrano[286] adveró que entre septiembre a diciembre de 2007 vivió en Pijiño del Carmen del Magdalena y no haber participado en la toma de muestras de VIH, ni en un programa de capacitación de ese tema.

Pedro Ardila Luna[287] testificó que durante septiembre a diciembre de 2007 vivió en El Banco, no conoce a Eidys Esther Campo Lacera, ni a Solangel Sierra, y que nunca ha participado en jornadas de tomas de sangre para VIH, ni en capacitaciones.

---

[284] Ibídem
[285] A folios 1122 y 1123 del cuaderno original N° 6 de la SEP, obra la prueba testimonial practicada en despacho comisorio por el Juzgado Promiscuo Municipal de Santa Ana Magdalena el 18 de julio de 2022.
[286] Folio 1094 y 11095 del cuaderno original 6 de la SEP obra la prueba testimonial practicada en despacho comisorio el 8 de julio de 2022 por el Juzgado Promiscuo Municipal de Pijiño del Carmen.
[287] Testimonio practicado ante el Juzgado Penal del Circuito de El Banco, Magdalena, el 4 de julio de 2022, visible a folio 1115 y 1116 del cuaderno original 6 de la SEP.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

En otras labores de investigación de campo realizadas en la fase de instrucción, se tomó como muestra representativa los pacientes correspondientes "*a las cédulas de ciudadanía N°12.539.622 y N°845.551"* [288], supuestamente atendidos en el centro Penitenciario de Santa Marta, de quienes se estableció que para los meses de noviembre y diciembre de 2007 no se encontraban registrados como internos de dicho centro carcelario, de acuerdo a la base de SISIPEC WEB.

Contrario a lo afirmado por la defensa, la información digitalizada que fue incorporada a este proceso a través de la diligencia de inspección llevada a cabo en la Contraloría General de la República, relacionada con 12 mil folios, no constituye medio de prueba idóneo demostrativo que la jornada de tamizaje se llevó a cabo a los cuatro mil (4000) pacientes a los que alude la contratista, habida cuenta que se trata de documentos que no tienen fecha de elaboración, ni están firmados por el o la profesional de la salud que supuestamente tomó la muestra; y en todo caso, como ya se estableció previamente, son múltiples las irregularidades que se presentan en relación con los nombres y números de identificación de los pacientes aparentemente atendidos.

No existe en el expediente elemento de juicio que permita deducir que el Gobernador INFANTE VERGARA exigió o solicitó información a su Secretario de Salud o al interventor del contrato 372 de 2007, acerca de la manera como se estaba ejecutando o se terminó de cumplir el

[288] Informe de Policía Judicial N° 9- 1100184 del 12 de mayo de 2017, visible a folios 277 y siguientes del cuaderno original 3 de la fiscalía.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

mismo, no obstante que de acuerdo a la cláusula décimo sexta era obligación de Parodys Movilla "*presentar informes parciales y final de la ejecución del contrato y supervisar la efectiva prestación del servicio contratado*".

Es decir, el procesado no se interesó en exigir los informes al interventor o supervisor designado para hacer seguimiento al desarrollo del objeto contractual, ni tampoco controló o vigiló que el interventor ejerciera de manera efectiva la supervisión del mismo; supervisión esta que, además, Nilson Parodys Movilla no satisfizo, pues no existe prueba de la elaboración de los citados informes parciales, ni de la labor de inspección, control y vigilancia de la ejecución de la actividad de tamizaje del VIH.

El acusado, se itera, omitió conscientemente sus obligaciones legales de vigilancia y control del proceso de ejecución contractual, porque nunca conminó al interventor Nilson Parodys Movilla ni a quien lo designó, es decir, al Secretario de Salud Milton Cantillo, para que le informaran como se ejecutó el contrato y le presentaran los informes parciales en relación con el mismo, pues su condición de ordenador del gasto le imponía la obligación de verificar el cumplimiento del contrato previamente a su liquidación, con el fin de establecer si las partes estaban a paz y salvo por todo concepto derivado de su ejecución.

El incumplimiento de las obligaciones del interventor Nilson Parodys Movilla (supervisor), se deduce de sus dichos, pues declaró que la supervisión del contrato la

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

realizó conjuntamente con el Secretario de Salud, Milton Cantillo, y precisó: "*a uno le toca creer en esos funcionarios, personalmente no constaté que se hubiera ejecutado el objeto contractual*", aseveración esta que confirma que no estuvo controlando el cumplimiento de las obligaciones de la contratista, lo que confirma la desidia de la administración en el seguimiento y vigilancia de la actividad contractual, la cual es imputable no solo a los responsables directos de dicho control, sino también y sobre todo, al ordenador del gasto, esto es, al procesado INFANTE VERGARA, quien no puede excusar su comportamiento ilegal en la confianza que depositó en su subalternos de que cumplirían con sus respectivos roles, pues en la desconcentración de funciones, debía vigilar y controlar que sus subalternos recibieran en debida forma las actas sobre las actividades desarrolladas por la contratista y que verificaran que se ejecutara la actividad de tamizaje y capacitación de prevención de contagio del VIH en los términos pactados.

Es más, el mismo Nilson Parodys Movilla asegura que "*no recuerda si elaboró o rindió informes parciales"*, tan solo atina a señalar que *de haberlos realizados debió presentarlos al Secretario de Salud*.

Esta respuesta dada justamente por el "*interventor del contrato*", demuestra que la labor fue adelantada con vulneración a los deberes del manual de funciones. Irregularidades que debió corregir el gobernador INFANTE VERGARA de haber cumplido con deberes legales de supervisión, vigilancia y control previo a liquidar el contrato.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

Razón le asiste a la Fiscalía en señalar, en la acusación, que inexplicablemente el testigo Parodys Movilla siempre se muestra ajeno a su condición de interventor o supervisor del contrato, pese a que fue designado por el Secretario de Salud Cantillo Lara y aparece suscribiendo diferentes documentos en tal condición[289].

Nótese que la mal denominada interventoría del contrato (que en realidad debió ser una supervisión) fue desempeñada arbitraria, caprichosa e irresponsablemente, lo cual habría podido corregirse si el Gobernador INFANTE VERGARA hubiese ejercido, como era su deber legal de supervisión, vigilancia y control al momento de liquidar el contrato, sin embargo, pese a omitirlo procedió a liquidar ilegalmente el contrato.

Pese a la ausencia de prueba documental y testimonial de la ejecución del contrato, obra en el expediente el acta final de 21 de diciembre de 2007 firmada por Nilson Parodys Movilla, en la que se certifica el cumplimiento de las obligaciones a cargo de la contratista, documento con base en el cual el procesado, sostiene, haber procedido a liquidar el contrato 372 de 2007, sin previamente verificar o constatar la realidad de lo acontecido.

Y, procedió a declarar a paz y salvo a la contratista sin haber solicitado previamente los informes parciales que sus subordinados: el interventor Nilson Parodys Movilla y el

[289] Folios 129 del cuaderno N°3 de la Fiscalía.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

Secretario de Salud Milton Miguel Cantillo Lara, quienes estaban obligados a presentarle pruebas de la ejecución del contrato para que decidiera si procedía o no a liquidar por mutuo acuerdo el contrato.

Es que si el exgobernador INFANTE VERGARA hubiese revisado la carpeta del contrato 372 de 2007 para hacer el balance tanto técnico como económico de las obligaciones que estuvieron a cargo de la contratista, habría advertido que no obraba prueba real de la prestación de los servicios de salud pública referidas a haberse efectuado cuatro mil (4.000) test y pre-test de VIH y jornadas de capacitación de prevención de contagio de esa enfermedad a la población pobre del Magdalena, y que el balance económico daba cuenta de sobrecostos, entre otros detalles mínimos y necesarios para finiquitar una relación jurídica contractual.

Y tras advertir las evidentes anomalías existentes en la fase de ejecución contractual, habría tenido que realizar una liquidación unilateral del contrato 372 de 2007, en la que a más de declarar el incumplimiento de las obligaciones a cargo de la contratista, hubiera podido inclusive, determinar el monto de la indemnización que ésta debía pagar al ente territorial como consecuencia de la no ejecución del objeto contractual, pues como ordenador del gasto contaba con esa facultad, como lo señala la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo Consejo de Estado, entre otras, en sentencia del 20 de octubre de 2014, radicación 27777, así:

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

La liquidación unilateral se materializa en un acto administrativo, por ende, como su nombre lo indica, no se trata de un acuerdo sino de una imposición de la voluntad que la administración ejerce sobre el contratista –jamás a la inversa- acerca de la forma como termina el negocio jurídico. Se trata, ni más ni menos, que de una exorbitancia en manos públicas, porque la entidad estatal queda facultada para indicar las condiciones del estado del negocio, donde puede declarase a paz y salvo o deudora o acreedora del contratista, lo mismo que tiene la potestad de determinar, según su apreciación de los hechos y del derecho, todos los demás aspectos que hacen parte de la liquidación del contrato. Desde este punto de vista, es decir, del contenido del acto, no existe diferencia entre la liquidación bilateral y la unilateral, porque la una como la otra están llamadas a concluir el negocio mediante la determinación concreta y clara de los aspectos técnicos, económicos y financieros que quedan pendientes, como de lo ejecutado y recibido a satisfacción. Además, tanto un acto como el otro tienen naturaleza contractual, de allí que la distinción sólo reside en que el uno es bilateral y el otro es un acto administrativo, es decir, es unilateral. Incluso, en todos los estatutos contractuales se ha permitido que el acto bilateral o unilateral de liquidación establezca el monto de la indemnización que una parte pagará a la otra, como consecuencia de lo sucedido durante la ejecución del contrato[290]*.*

En suma, como se señala en la acusación, existe prueba de que decidió suscribir el acta de liquidación por mutuo acuerdo sin verificar que el objeto del contrato se hubiese ejecutado.

Ahora, sobre el planteamiento de la defensa en cuanto a que sus decisiones estuvieron respaldadas en los documentos presentados por los asesores jurídicos de la gobernación, específicamente por el certificado suscrito por el coordinador de salud pública Nilson Parody Movilla[291] y la orden de aceptación de cuentas firmada por el auditor

[290] CE, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia octubre 20 de 2014, radicado 05001-23-31-000-1998-00038-01(27777).

[291]Documento calendado *"diciembre de 2007",* obrante a folio 146 del cuaderno original 1 de la fiscalía.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

médico Miguel Aguilar Sequea[292], debe expresar la Sala que no lo dispensa del juicio de reproche pues a pesar de ellos, la ley le exigía el máximo de diligencia y cuidado al momento de tomar la determinación final que como ordenador del gasto y cabeza de la administración le correspondió, porque en ese instante asumió la administración del riesgo y se hizo responsable por su conducta[293], siéndole, por tanto, imputable el resultado.

6.3.4. Inoperancia del principio de confianza frente al tipo penal previsto en el artículo 410 de la Ley 599 de 2000, en la modalidad de liquidar el contrato sin verificar el cumplimiento de requisitos legales.

En ese contexto, la Sala abordara el estudio del principio de confianza.

Como ya se vio, que no obre el Decreto 376 de 2007 expedido por FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA en el plenario que derogó la delegación de la celebración de contratos en las secretarias del departamento, no impide confrontar su actuación frente a las disposiciones nacionales, especialmente la Ley 80 de 1993 y el Decreto 2170 de 2002 reglamentario de tal normativa, toda vez que la modalidad delictiva de *liquidar sin el cumplimiento de requisitos legales* imputada, constituye un tipo penal en blanco previsto en el artículo 410 de la Ley 599 de 2000.

---

[292] Obrante a folio 147 del cuaderno original 1 de la fiscalía.
[293] Cfr. CSJ. AP., radicado 18029 de 20 de agosto de 2002.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

Se reitera, para que opere el principio de confianza es ineludible acreditar que existió la delegación o la desconcentración y que el ordenador del gasto desplegó los deberes de instrucción, seguimiento, vigilancia y control sobre las actuaciones de los funcionarios encargados de verificar y determinar el cumplimiento del objeto del contractual, o los encargados por la ley o los reglamentos para dicho efecto, también denominado “paz y salvo”, lo que en este caso no sucedió.

En la presente actuación no se aportó el acto por medio del cual se hubiese delegado la liquidación en la Secretaría de Salud, razón por la cual se tendrá que estaba desconcentrado.

Aunado a que del caudal probatorio también evidencia la concurrencia de circunstancias restrictivas para reconocer la aplicación del principio de confianza, toda vez que el aforado tenía a su cargo la responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual, en consecuencia, el deber legal de vigilancia y control de las actividades ejecutadas por los funcionarios encargados de la liquidación para que se adelantara con arreglo a la ley.

Es decir, si el acusado tenía reservada la facultad de dirección y manejo de la actividad contractual, se demandaba de él una estricta labor de supervisión en cuanto cumplía el rol de garante de su legalidad tanto en la fase precontractual como de la de liquidación, pues como

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

representante de la Gobernación del Magdalena era quien podía comprometer con su voluntad final los dineros del ente territorial, pese a lo cual no lo hizo, ya que la Sala encuentra la concurrencia de abundante prueba documental recolectada que corrobora que en los centros de salud y hospitales la contratista *IPS Eidys Campo Laboratorio Clínico* no adelantó labores de tamizaje de VIH, ni capacitación para prevenir el contagio del SIDA.

Frente a las anomalías que la Sala ha constatado tuvieron ocurrencia en el presente caso en la fase de liquidación del proceso contractual, el argumento defensivo relativo a que el acusado confió en la actuación de su Secretario de Salud, Milton Miguel Cantillo Lara, el coordinador de salud pública Nilson Parody Movilla[294] y el auditor médico Miguel Aguilar Sequea[295], por haber delegado las funciones en ellos; en nada contribuyen a librarlo de responsabilidad, ya que esta figura no concurre en el *sub judice* habida cuenta que era su obligación realizar las actividades de verificación, control y vigilancia, que omitió.

Aceptar la postura opuesta es admitir la legalidad de un comportamiento totalmente omisivo de INFANTE VERGARA en la liquidación, como una especie de avalador mecánico de las actividades adelantadas por sus subalternos, o aceptar que solo le competía firmar el "*paz y salvo*" a la contratista, cuando era su responsabilidad legal

[294]Documento calendado *"diciembre de 2007",* obrante a folio 146 del cuaderno original 1 de la fiscalía.
[295] Obrante a folio 147 del cuaderno original 1 de la fiscalía.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

verificar la ejecución del objeto contractual a través del ejercicio de los controles debidos[296], por ser el *"garante de la legalidad de la contratación estatal, precisamente porque [es] quien puede comprometer su voluntad final con dineros públicos"*[297].

Su misión exigía mucho más que el examen formal de la actuación. En su cabeza estaban las atribuciones de coordinación y dirección de los funcionarios del orden departamental que intervienen el proceso contractual, lo que le exigía observar, estudiar, examinar y controlar la verificación de los requisitos legales esenciales de la liquidación[298].

El hecho de que el Coordinador Financiero Emilio Araos y el jurídico de la Secretaría de Salud Manuel Salvador Ospino, afirmen no recordar los documentos que contaban con su visto bueno o su rúbrica, e incluso negar haber revisado los aducidos por la contratista como soporte del cumplimiento de sus obligaciones; lo que evidencia es que el exgobernador no implementó ningún control, ni ejerció labores de vigilancia sobre las actividades de sus subalternos, sino que simplemente se limitó a suscribir el acto jurídico de la liquidación, cuando era su deber vigilar y controlar a sus subalternos; pues de haberlo hecho se hubiera abstenido de firmar la liquidación bilateral en los

---

[296] CSJ, SP 18 oct 2017, SP16915-2017, radicado 48231 "*Esto para significar que, desde luego, la Corte reconoce un tipo de responsabilidad indelegable en el funcionario a quien se ha atribuido funcionalmente la responsabilidad y dirección de todo el entramado complejo, en cuanto, ello cabe indiscutiblemente en su tarea de verificación y control.*"
[297] *Cfr.* CSJ SP 21 jun 21 2010, radicado 30677, SP15528-2016, Rad. 40383 y por esta Sala, SEP00065-2019, Rad. 41817 y SEP105-2023, Rad. 00242.
[298] *Cfr.* CSJ, SP 9 mar. 2022, SP682-2022, Rad. 59741

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

términos conocidos, ante las protuberantes irregularidades existentes en la fase de ejecución contractual.

La Fiscalía, entonces, logró probar que INFANTE VERGARA al suscribir el acta de liquidación por mutuo acuerdo del contrato 372 de 2007, no lo hizo sobre la base del cumplimiento del objeto contratado, porque no tuvo en cuenta que las obligaciones surgidas del negocio jurídico no fueron satisfechas por la contratista; tampoco sobre el balance financiero del trato, ya que se limitó a dar por cierto lo expresado en el acta final formal, contrario a la realidad del contrato, en tanto en ella se afirma que se ejecutó en un cien por ciento, sin realizar las más elementales verificaciones que le permitieran tener el conocimiento y la certeza de que las actividades se desarrollaron. Recuérdese que abandonó arbitrariamente su deber de vigilancia control y cuidado, el cual, de haberlo ejercido lo habría conducido a advertir el cúmulo de inconsistencias e irregularidades que se cometieron en la etapa de ejecución y que le impedían liquidar el contrato en la forma en que lo hizo, esto es, de mutuo acuerdo.

No tiene asidero alguno la invocación que hace la defensa del principio de confianza, pues refulge con meridiana claridad de la prueba documental y testimonial previamente reseñada, que INFANTE VERGARA creó el riesgo jurídicamente desaprobado de común acuerdo, con personal de la Secretaría de Salud, por abstenerse de ejecutar los deberes legales de vigilancia y control, siendo corealizador del comportamiento lesivo que se concretó en

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

el resultado típico, sin que le sea posible cifrar en terceros una actuación debida cuando él mismo participaba de ella, pues liquidó el contrato sin verificar el cumplimiento de las obligaciones a cargo de la contratista.

El acusado durante la diligencia de indagatoria aceptó que simplemente se limitó a suscribir la liquidación, sin materialmente vigilar y controlar las funciones de sus subalternos, pues consideraba que con haber cambiado la planta de personal una vez se posesionó, los recién nombrados debían responder por toda consecuencia de sus acciones, liberándolo a él de responsabilidad[299].

Para la Sala el hecho de cambiar la planta de personal una vez se posesionó en manera alguna significa que su finalidad era evitar actos de corrupción, pues lo que se infiere de la prueba es que todos ellos aceptaron que se realizara una liquidación irregular, pues no otra valoración puede hacerse al contenido de los testimonios de Milton Miguel Cantillo Lara, Manuel Salvador Ospino y Emilio Araos y Nilson Parodys, servidores de confianza del acusado. Su apreciación conjunta de cara las reglas de la sana critica, denotan que de haber cumplido con sus atribuciones habrían notado que el objeto del contrato no se había ejecutado, de suerte que si no hubiesen actuado en connivencia habrían informado de inmediato al gobernador sobre el incumplimiento de las obligaciones por parte de la contratista, y que éste no hubiese exigido

[299] Minuto 00:54:12 y siguientes de la diligencia de indagatoria realizada el 25 de enero de 2016, obrante a folio 109 del cuaderno 2 de la fiscalía

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

revisar los informes del interventor lo que denota es que conocía las irregularidades.

De lo anterior colige la Sala que el otrora gobernador actuó en contubernio con algunos de su subalternos, distribuyéndose funciones y aportando objetivamente lo que le correspondía para obtener el resultado típico, por lo tanto no puede ampararse en el principio de confianza, pues era consciente de que el trámite de liquidación se adelantó de forma amañada y luego descargar toda la responsabilidad penal en sus subalternos al aducir que confiaba en que estaban actuando conforme el deber ser, cuando lo que se demostró fue que se abstuvo de ejercer control y vigilancia sobre ellos y que suscribió la liquidación sin constatar que las obligaciones de la contratistas se ejecutaran conforme a la ley.

En consecuencia, concluye que el ente acusador logró probar que el aforado incumplió sus deberes legales derivados de la desconcentración, por tanto, le es atribuible jurídicamente la conducta punible prevista en el artículo 410 de la Ley 599 de 2000, en la modalidad de liquidar el contrato sin verificar el cumplimiento de los requisitos legales, en el grado de certeza exigido por el citado tipo objetivo.

6.3.5. Tipo subjetivo del artículo 410 de la Ley 599 de 2000, en la modalidad de liquidar el contrato sin el cumplimiento de requisitos legales.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

Como ya se vio este punible solo admite responsabilidad a título de dolo, es decir, cuando hay concurrencia de los factores *cognoscitivo- intelectivo,* que exige tener conocimiento de los elementos objetivos del tipo penal respectivo y el *volitivo* que implica querer realizarlos[300].

Elementos que sólo pueden ser conocidos a través de las manifestaciones externas de la voluntad dirigida a determinado fin[301].

La defensa argumentó que el procesado actuó bajo un "*error de tipo invencible"* al firmar el acto jurídico por medio del cual declaraba el cumplimiento de la totalidad de las obligaciones a cargo de la contratista, aduciendo como fundamento la base teórica del "*principio de confianza"* sin aportar prueba o razón atendible de su existencia.

La Sala ya relacionó cada una de las anomalías detectadas en la liquidación del contrato 372 de 2007, estableció el marco normativo que regula los procesos de contratación directa, citó los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso, y analizó en ese marco la inoperancia del principio de confianza alegado por la defensa.

Solo resta señalar que no se configura el error de tipo aducido sobre la base de la total marginación de INFANTE VERGARA de las normas que regulan la contratación

[300] Cfr. CSJ, SP 9 mar. 2022, SP682-2022, Rad. 59741.
[301] Cfr. CSJ, SP 30 ago. 2017, SP13733-2017, Rad. 47761.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

estatal, pues estaba obligado a examinar el marco jurídico y los requisitos que impone la ley de contratación en estas materias.

Ahora, como el error que se alega constituye una tesis alternativa defensiva, es necesario precisar lo siguiente:

Hay que aceptar que en temas administrativos de relativa complejidad la posibilidad de incurrir en error es una opción admisible y el derecho penal no se puede marginar de esa realidad, sin embargo, también es palmario que el servidor oficial adquiere posición de garante por su vinculación con el manejo de lo público y que por razón de esa cláusula especial de sujeción no puede argumentar siempre y con relativa simpleza que ignora o no conoce los pormenores del manejo del Estado para alegar un error que excuse su comportamiento, sobre todo si los términos de la decisión y sus implicaciones jurídicas se pueden analizar con relativo cuidado[302].

Conforme a la valoración conjunta de las pruebas de cara a las reglas de la sana crítica, la Sala arriba a la conclusión de la configuración del dolo en el comportamiento de FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA, como quiera que fue consciente de que al liquidar el contrato 372 de 2007, incurriría en la comisión del tipo de injusto del artículo 410 del Código Penal.

[302] Cfr. CSJ, SP4903-2018, Rad 47385.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

Surge igualmente claro de allí que no sólo conocía los elementos integrantes del tipo objetivo sino que voluntariamente decidió llevarlos a cabo, veamos:

(i) Liquidar el contrato 372 de 2007 declarando a paz y salvo a la contratista, sin constatar que esta hubiera cumplido con la ejecución del objeto contractual en los términos pactados y acorde con los requisitos legales esenciales[303], fue un aspecto conocido y querido por el aforado, pues no obra prueba en el plenario que le exigiera al interventor Nilson Parodys Movilla presentar los tres informes parciales que dieran cuenta de la ejecución efectiva del contrato, tal como lo estipulaba la cláusula décimo sexta contractual, los que sencillamente no existen en el presente asunto, conforme lo aduce el informe de policía judicial N° 591822 del 8 de marzo de 2011, en el cual consta que al evacuar la solicitud de "*recaudar los informes rendidos por el interventor*", se anexan varios documentos, pero ninguno corresponde a lo solicitado.

Tampoco existen actas de las reuniones que supuestamente realizó periódicamente el aforado con el Secretario de Salud, en la que consten la advertencia de las irregularidades previamente presentadas.

ii) Una simple revisión de la carpeta o archivo del contrato 372 de 2007 previo a rubricar la liquidación le hubiera bastado para advertir que no se había ejecutado el

[303] Previstos en el artículo 20 del Decreto 2170 de 2002, en concordancia con la Ley 10 de 1990.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

objeto contractual en los términos pactados. En efecto, la descripción del objeto del contrato de 372 de 2007 y las condiciones generales que se avizoraban en él, evidenciaban con facilidad que el IPS Eidys Campo Laboratorio Clínico no cumplió con las obligaciones contractuales referidas a realizar pruebas de *tamizaje a cuatro mil pacientes, incluido Pretest VIH, test VIH, y capacitación de prevención, actividad que se debía realizar en todo el Departamento*[304] del Magdalena.

Omisión de la que se deduce la intención de INFANTE VERGARA de favorecer a un tercero en contubernio con algunos de sus subalternos, para que a sabiendas de que no se cumpliría el objeto contractual por la falta de idoneidad y estructura técnica y financiera de la contratista IPS Eidys Campo Laboratorio Clínico, se pretendiera darle apariencia de legalidad a la liquidación del contrato.

No advirtió el aforado algo que no podía pasar por alto si hubiese verificado los anexos de la carpeta del contrato, toda vez que ni siquiera existía un registro de revisión o visto bueno del IPS Eidys Campo Laboratorio Clínico por parte del grupo de abogados en contratación adscritos a la Secretaría de Salud, pues el jurídico de la Secretaria de Salud Manuel Salvador Ospino y Claudia Pricoli afirman no recordar haber analizado el contrato 372 de 2007, ni dar su aprobación.

---

[304] Documento titulado "*Análisis de conveniencia y oportunidad legal*", visible a folio 175 del cuaderno 1 de la fiscalía.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

Así lo ratifica el desinterés del procesado en exigir al interventor o "*supervisor designado*" informes de las condiciones y calidades de la prestación del servicio de salud pública en que la contratista estaba desarrollando el objeto del contrato para hacerle seguimiento, su indiferencia por vigilar que el interventor ejerciera de manera efectiva la supervisión del mismo, supervisión que, además, Nilson Parodys Movilla no satisfizo, pues no existe prueba de la elaboración de los citados informes parciales, ni de la labor de inspección, control y vigilancia de la ejecución de la actividad del proceso de tamizaje del VIH en el Departamento del Magdalena.

Además, la prueba documental y testimonial previamente analizada, permite colegir que INFANTE VERGARA estaba al tanto del quiebre de la normatividad contractual y que al no ser inexperto en el tema de contratación pues conocía de las exigencias legales, y aun así rubricó el contrato 372 de 2007 con una contratista que no cumplía los requisitos de idoneidad y capacidad técnica requeridas.

De manera consciente no desplegó gestión alguna en punto a verificar, controlar y vigilar que la contratista hubiera ejecutado el objeto contractual, los servicios de salud de prevención del contagio masivo del "*virus de inmunodeficiencia humana causante del sida"*[305], mediante la realización de los pretest y test VIH, aunado a la

[305] Define la Real Academia de la Lengua Española a las siglas VIH, fuente de consulta: https://dle.rae.es/vih?m=form

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

capacitación de prevención del contagio de ese virus.

El objetivo de las omisiones en que incurrió el aforado como se estableció anteriormente, fue que todo se orquestara y se direccionara en favor de la contratista Eidys Campo Lacera.

Para la Sala es totalmente cuestionable el comportamiento que el ordenador del gasto asumió. Le bastaba revisar los documentos adjuntos a la minuta así fuera de manera aleatoria y desprevenida, para advertir a simple vista que la contratista seleccionada no contaba con idoneidad y estructura técnica y financiera para cumplir el objeto contractual en las condiciones pactadas, así como que la IPS Eidys Campo Laboratorio Clínico no tenía registro de revisión o visto bueno por parte del grupo de abogados en contratación adscritos a la Secretaría de Salud, pues el jurídico de la Secretaria de Salud Manuel Salvador Ospino y Claudia Pricoli afirman no recordar haber analizado el contrato 372 de 2007, ni dar su visto bueno.

Igualmente, si el entonces gobernador INFANTE VERGARA hubiera revisado la carpeta del contrato 372 de 2007, en cumplimiento de sus obligaciones legales habría evidenciado con facilidad en el acta de inicio suscrita por el interventor Nilson Parodys, el cambio del objeto contractual, en cuanto a que las pruebas de tamizaje y las capacitaciones preventivas de contagio de VIH no se llevarían a cabo en todo el Departamento del Magdalena

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

sino en tan solo diez (10) de treinta (30) municipios que constituyen ese ente territorial, y que dicha variación sustancial no contaba con su autorización, en tanto, se trataba de una decisión de resorte exclusivo del ordenador del gasto, toda vez que, se reitera, la actividad contractual no se encontraba delegada.

Se repite, en el expediente de la referencia no obra prueba de los informes que debió rendir el interventor Nilson Parodys o el médico auditor de cuentas de la Secretaría de Salud Aguilar Sequea al gobernador INFANTE VERGARA, explicando cómo o por qué debía modificarse sustancialmente el objeto contractual, ni la defensa tampoco aportó medio suasorio en ese sentido, no existiendo claridad acerca de quién autorizó dicho cambio, pues ninguno de los mencionados subalternos del aforado, por el cargo que ostentaban estaban facultados para asumir decisiones sobre la actividad contractual y menos modificar el objeto de un contrato ya formalizado, en tanto era competencia exclusiva del ordenador del gasto como supremo director del Departamento del Magdalena.

No obstante que el Secretario de Salud, Cantillo Lara replica que no comprende la justificación que ofrece Parodys Novilla, pues tanto él como el Gobernador INFANTE VERGARA afirman haber confiado en que aquel ejercería las funciones de supervisión del contrato 372 de 2007, Parodys insiste en que Cantillo Lara nunca le informó que su designación lo relevaba a aquel de sus obligaciones como

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

Secretarlo de Salud, a quien le correspondía desarrollar la labor por la que se le pregunta.

Pese a las versiones encontradas de los testigos Cantillo Lara y Parodys Novilla, en las cuales se atribuyen recíprocamente los resultados dañinos causados al erario, lo cierto es que terminan confesando que el uno ni el otro ejerció la supervisión del contrato, que le hubiera bastado a INFANTE VERGARA asegurar el cumplimiento cabal de la actividad contratada al preguntarles a ellos, por ser sus subalternos, las irregularidades advertidas en la fase de ejecución del contrato.

En conclusión, se acreditó que el acusado omitió deliberadamente cumplir sus deberes de vigilancia, control y supervisión en la fase de liquidación del contrato, porque con su firma declaró a las partes a paz y salvo por todo concepto, pese a las ostensibles irregularidades existentes en la ejecución del contrato.

Desde esa óptica la alegada desconcentración de la función contractual con la cual pretendió desligarse de la responsabilidad penal el procesado no es más que una figura a la que adrede acudió, buscando que con la celebración y liquidación del contrato 372 de 2007 se facilitara que particulares esquilmaran el erario, específicamente se apropiaran de gran parte del rubro de la salud pública departamental destinado a prevenir el contagio del VIH.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

Lo expuesto, permite deducir que la conducta del aforado durante la fase de la liquidación contractual estuvo motivada en el propósito de favorecer a terceros con el rubro de la salud pública, soslayando que eran cuantiosos los recursos económicos por los cuales debía velar, ignorando que era a él a quien le correspondía: (i) la obligación de informarse en todo momento sobre el desarrollo de la actividad contractual adelantada en su fase previa por el funcionario de la Secretaría de Salud de la gobernación del Magdalena e impartir orientaciones generales sobre el ejercicio de las funciones, y (ii) verificar que el trámite para la adjudicación de los recursos se cumpliera con absoluta observancia de lo previsto en la Ley 80 de 1993 y los decretos reglamentarios.

Voluntariamente se apartó de los deberes propios de su cargo y con ello consumó el punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, pues no de otra manera puede explicarse que no se percatara de las irregularidades que se presentaron en todas las etapas contractuales si no es porque se prestó para ello, se itera, de haber realizado la revisión correspondiente habría detectado las ostensibles y reiterativas anomalías a las que se ha hecho referencia y, respecto de las cuales la defensa no ofreció prueba alguna que objetara su existencia, más allá de sostener con ahincó que el actuar del acusado estuvo amparado por el principio de confianza, cuando es un hecho cierto que en este asunto, como se explicó en precedencia, no operó, toda vez

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

que no se comportó de conformidad con la ley[306] y es realizador de la conducta reprochada[307].

La existencia del oficio suscrito por el Secretario de Salud el 28 de septiembre de 2007, mediante el cual Milton Miguel Cantillo Lara informa al gobernador INFANTE VERGARA de las actas de inicio y final del contrato suscritas por Nilson Parodys Movilla, en los que, según dijo el aforado, se apoyó para tomar sus decisiones no desvirtúan el dolo, porque la ley le exigía el máximo de diligencia y cuidado al tomar las decisiones que como ordenador del gasto y cabeza de la administración le correspondía, máxime que por su formación profesional de ingeniero civil y empresario en el sector de la construcción y vasta experiencia como contratista en el sector público departamental, no podía serle ajeno.

En fin, para la Sala está plenamente demostrado que el exgobernador actuó con pleno conocimiento y voluntad, esto es, quiso y realizó el comportamiento descrito en el artículo 410 del Código Penal como contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

6.3.6. La antijuridicidad

En punto a la antijuricidad, en el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales lo reprobable es la voluntad de hacer prevalecer el interés particular del

306 BERNARDO FEIJOO SÁNCHEZ, El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el derecho penal: fundamento y consecuencias dogmáticas, en: *Imputación objetiva en derecho pena*l, Lima, Grijley, 2002, p.291.
307 Cfr. CSJ SP153-2017, 18 ene. 2017, rad. 47100.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

servidor público que interviene sobre el general de la comunidad en el proceso de contratación, contraviniendo los principios y fines que rigen la administración pública[308].

Ello es así, según las previsiones establecidas en el artículo 11 de la Ley 599 de 2000, para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro sin justa causa el bien jurídicamente tutelado.

La función pública es el conjunto de las actividades que realiza el Estado a través de las ramas del poder público, destinada a alcanzar los fines esenciales consagrados en la Constitución Política, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes superiores, así como asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo, por lo tanto, el apego de los servidores estatales a la legalidad es uno de los pilares fundamentales.

El artículo 6º de la Constitución Política prevé en cuanto a la responsabilidad jurídica de los funcionarios públicos, que deben responder ante las autoridades por infringir la Constitución y la ley, y por la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, lo cual guarda correspondencia con el artículo 122 constitucional al consagrar que no habrá cargo o empleo público que no tenga funciones detalladas preestablecidas.

[308] CSJ SP4134 6 abr 2016, Rad. 42001.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

La jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido que:

Al elevar a la administración pública a la categoría de bien jurídico que debe tutelar el derecho penal, el legislador pretende generar confianza en el conglomerado para que acudan a los procedimientos institucionales en aras de resolver los conflictos que surjan entre ellos, en el entendido de que encontrarán trámites y soluciones correctos, tras los cuales, el representante estatal entregará a cada quien, en forma justa, equitativa, lo que le corresponde.[309]

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

La conducta endilgada al procesado INFANTE VERGARA además de típica es antijurídica, toda vez que con su realización lesionó efectivamente y de manera grave el bien jurídico de la administración pública tutelado por el tipo de injusto del artículo 410 del Código Penal, sin existir una causal de justificación demostrada (Art. 32 CP), al haber celebrado y liquidado en condición de gobernador del Departamento del Magdalena el contrato 372 de 2007, sin verificar previamente el cumplimiento satisfactorio de los requisitos legales y del objeto contractual, respectivamente.

[309] CSJ SP, 17 jun. 2015, Rad. 45622 y SP, 12 feb. 2014, Rad. 42501.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

Y con ese, además los principios rectores de la contratación estatal, entre ellos el de responsabilidad que constituye un requisito esencial aplicable sin excepción a todos los contratos que celebre el Estado pues propenden por la participación democrática en condiciones de lealtad e igualdad, la moralidad e imparcialidad que integran la función pública, los que evidentemente fueron desconocidos como se ha demostrado en el transcurso de este fallo.

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

En consecuencia, el comportamiento de FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA es opuesto a los intereses de la sociedad en cuanto mancilló materialmente los principios rectores de la contratación pública, traducidos en reglas y exigencias de carácter legal de inexorable cumplimiento.

6.3.7. La culpabilidad

La culpabilidad no es otra cosa que el juicio de reproche en virtud del cual se le atribuye al sujeto activo de la conducta, la comisión de un delito porque dadas sus condiciones personales y sociales al tiempo de su realización, se encontraba en condiciones de orientar su comportamiento conforme a derecho y no lo hizo.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

La culpabilidad, como categoría del delito[310], comprende *"un reproche... contra quien, teniendo a mano la alternativa de lo jurídico-socialmente adecuado, opta libremente por lo que no lo es"*[311]. Es la censura ético-jurídica que explica la respuesta penal a un injusto típico, en tanto significa que su realización fue una decisión libre de quien podía haber asumido un comportamiento lícito.

No actúa con culpabilidad quien realiza el injusto no como consecuencia de una decisión autónoma adoptada en ejercicio de su albedrío, sino por razón de una fuerza externa que trunca su capacidad de decisión (la coacción ajena, el miedo insuperable o el estado de necesidad exculpante), o porque creyó equivocadamente que su conducta era lícita, en cuyo caso su proceder aunque libre y voluntario no conlleva una elección por lo que se sabe contrario a derecho.

El análisis previamente realizado permite afirmar a la Sala sin temor a equívocos que el procesado INFANTE VERGARA obró con conciencia de la antijuridicidad de la conducta, pues aun cuando conocía de las anomalías presentadas en el trámite del contrato 372 de 2007 en lugar de adecuar su comportamiento a derecho procedió a suscribirlo y posteriormente a liquidarlo sin que se hubiera verificado el cumplimiento de las obligaciones a cargo de la contratista.

---

[310] Cfr. CSJ, SP 27 jul 2002, SP2649-2022, radicado 54044.
[311] CSJ. SP 9 sep 2020, radicado 54497.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

Para la Sala es meridianamente claro que al realizar todas y cada una de las conductas atribuidas el procesado se encontraba en pleno uso de sus facultades y capacidades cognitivas y, por lo mismo, en condiciones de determinar su comportamiento conforme a derecho, sin que en su favor hubiere concurrido alguna de las causales de inculpabilidad.

En este caso no se probó, ni siquiera se planteó por la defensa que el acusado al momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica, careciera de la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión por inmadurez psicológica, trastorno mental, diversidad sociocultural o estados similares (art. 33 C.P).

Es así como el aforado además de conocer que estaba actualizando los elementos estructurales del tipo penal de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, sabía que se comportaba antijurídicamente sin concurrir en su favor causal atendible que lo exima de responsabilidad.

Al suscribir y liquidar el contrato 372 de 2007 sin verificar el cumplimiento de los requisitos legales lo hizo en pleno uso de sus facultades mentales y caprichosamente desacató las reglas de la contratación estatal, pudiendo actuar con apego a la legalidad de acuerdo con los fines de la función pública citados.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

Es un hecho cierto que INFANTE VERGARA es profesional en ingeniería civil, empresario en la construcción, con una amplia experiencia como contratista e interventor en el sector público, lo que conlleva a concluir que estaba en capacidad de querer y entender su ilicitud, de actuar conforme a esa comprensión, por ende, que desplegar tal comportamiento acarrearía para él consecuencias penales que a la larga debía asumir.

Demostrada más allá de toda duda la tipicidad de la conducta, la antijuridicidad y la culpabilidad, es incuestionable la acreditación de su responsabilidad en la comisión de la conducta delictiva de contrato sin cumplimientos de requisitos legales resultante del contrato 372 de 2007.

6.3.8. De la realización de las conductas en calidad de coautor por FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA.

La Ley 599 de 2000 establece en su artículo 28 que «*concurren en la realización de la conducta punible los autores y los partícipes*» y en el artículo 29 se establece las tres formas clásicas de autoría, esto es, autor directo o inmediato, autor indirecto o mediato y coautor.

Se ha aceptado la clara distinción entre autores y partícipes pues se acogen los postulados generales de la teoría del dominio del hecho, según la cual, *"'autor" será aquel que ejecute los hechos típicos con dominio del hecho; "partícipe", aquel que colabore con éste en la ejecución de la*

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

conducta, pero sin poseer el dominio del hecho, entendido como la capacidad del sujeto para determinar la realización (o no) del hecho punible[312]".

De acuerdo con el artículo 29 de la Ley 599 de 2000, son coautores los que mediando un acuerdo común actúan con división del trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte.

La Sala concluye que la conducta desplegada por INFANTE VERGARA se inscribe en el campo de la coautoría impropia que exige la necesaria presencia de los siguientes elementos: *i)* un acuerdo o plan común; *ii)* división de funciones y *iii)* trascendencia del aporte en la fase ejecutiva del ilícito[313], en razón a lo siguiente:

Por las irregularidades advertidas en torno a la celebración y liquidación del contrato 372 de 2007, se infiere que acordó con subordinados de la Gobernación, la manipulación del proceso contractual aprovechando la desconcentración del trámite en la Secretaría de Salud para que desde primigenia oportunidad, esto es, desde la elaboración de los términos de la convocatoria o invitación a ofertar, pasando por la evaluación de las ofertas, se eligiera a Eidys Campo Laboratorio Clínico, esto es, a la proponente inidónea y con menor capacidad técnica y financiera.

---

[312] CC, Sentencia C -015 de 2018.
[313] Cfr. CSJ SP682-2022, mar 9 2022, rad. 59741, CSJ SP 1129-2022, abr. 6 de 2022, rad. 5874.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

Lo anterior devino producto de la división de funciones que se presentó entre los subalternos y FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA, como ordenador del gasto, que deliberadamente facilitó que aquellos adelantaran el proceso contractual con serias irregularidades, cuyo propósito estaba dirigido a favorecer a terceros.

No queda duda de su aporte transcendente de acuerdo a como se realizó la conducta, ello se deduce desde el mismo momento en el que se elaboró la invitación a ofertar y el acta de evaluación de las propuestas por las serias anomalías en su elaboración, lo cual ratifica que fue un instrumento más en el andamiaje para fijar la modalidad con la que caprichosamente sería escogida la entidad contratista.

Lo relevante es que el aporte del exgobernador INFANTE VERGARA, quien garantizó la consumación de los punibles al omitir controlar y vigilar las actuaciones de sus subalternos tanto en el trámite, como en la celebración y liquidación del contrato.

Así las cosas, acreditados los presupuestos contenidos en el artículo 232 de la Ley 600 de 2000 y acogiendo las solicitudes de la Fiscalía y la parte civil, la Sala declarará a FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA responsable penalmente como coautor de celebrar y liquidar el contrato 372 de 2007 sin verificar el cumplimiento de los requisitos

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

legales, acorde con lo previsto en el artículo 410 de la Ley 599 de 2000.

6.4. Del delito de peculado por apropiación a favor de terceros agravado.

Esta conducta se encuentra jurídicamente desaprobada en los términos establecidos por el legislador en el artículo 397 de la Ley 599 de 2000, con el siguiente tenor:

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

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

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

Sobre el particular cabe recordar que no se tendrá en cuenta el aumento punitivo contemplado en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004[314], por las razones expresadas en acápite previo.

[314] Incrementa el quantum punitivo y, por ende, incide en los términos de prescripción de la acción penal.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

Para la estructuración típica del delito de peculado por apropiación se requiere: *i)* un sujeto activo calificado –servidor público–; *ii)* la apropiación en provecho personal o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que este tenga parte, o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones; y *iii)* la competencia funcional o material para disponer de estos[315].

Acorde con la exigencia normativa y el criterio jurisprudencial, para que se configure resulta indispensable establecer probatoriamente que el servidor público durante el desempeño del cargo abusando de este o de la función se apropió en provecho suyo o de terceros de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que este tiene parte, o de bienes o fondos parafiscales, o de particulares cuya tenencia o custodia se le confiaron por razón o con ocasión del cargo.

En el servidor público debe concurrir la potestad de administración, tenencia o custodia de los bienes en razón de sus atribuciones.

La relación entre el funcionario público y los bienes oficiales puede ser material o jurídica, no necesariamente originada en una asignación de competencia, basta con que

[315] Cfr. CSJ. SEP00124-2019. Rad. 47255 de 18 de diciembre de 2019.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

esté vinculada al ejercicio de un deber funcional.[316]

La conducta se estima consumada cuando el servidor público sustrae el bien o bienes de la órbita de custodia del Estado con el ánimo de hacerlos propios o de que un tercero lo haga. El acto de sustracción priva al Estado de la facultad dispositiva de los recursos, sin que forzosamente quien cumple la acción entre a disfrutar o gozar de aquellos, es suficiente que impida al Estado seguir disponiendo de los recursos confiados al servidor público.[317]

Ha indicado asimismo la jurisprudencia que con la calidad de servidor público «*debe concurrir la potestad de administración, tenencia o custodia de los bienes en razón de sus atribuciones. La relación entre el funcionario público y los bienes oficiales puede ser material o jurídica no necesariamente originada en una asignación de competencia, basta con que esté vinculada al ejercicio de un deber funcional*»[318], de suerte que el acto de apropiación puede tener ocurrencia bien como consecuencia de la disponibilidad directa de los recursos, o con ocasión del ejercicio de un deber funcional que faculta al servidor público para decidir sobre el destino de los bienes de la misma naturaleza[319].

De igual modo señaló que se trata de un delito de

316 Cfr. CSJ. SP. 22 feb. 2012, rad. 35606.
317 Cfr. CSJ. SP. 10 oct. 2012, rad. 38396.
318 CSJ SP 8 nov 2017, SP18532-2017. Rad. 43263.
319 *Cfr.* CSJ. SP 6 mar 2003. Rad. 18021

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

ejecución instantánea, es decir, se consuma cuando el bien oficial es objeto de un acto externo de disposición con ánimo de apropiación[320]:

Cuando el servidor público sustrae el bien o bienes de la órbita de custodia del Estado con el ánimo de hacerlos propios o de que un tercero lo haga. El acto de sustracción priva al Estado de la facultad dispositiva de los recursos, sin que forzosamente quien cumple la acción entre a disfrutar o gozar de aquellos, es suficiente que impida al Estado seguir disponiendo de los recursos confiados al servidor público[321].

Es una conducta esencialmente dolosa que por lo mismo requiere *conocimiento* de los hechos constitutivos del tipo penal y *voluntad* en su realización. En tal medida para acreditar que el procesado prevalido de esa conciencia o conocimiento conduce su voluntad a la apropiación de los bienes públicos en provecho suyo o de terceros, como son aspectos que pertenecen a su fuero interno, probatoriamente será necesario analizar los actos externos a través de los cuales puedan acreditarse uno y otro.

6.4.1. Constatación de la convergencia de los elementos del tipo objetivo de peculado por apropiación en el caso concreto.

Bien, tal como se señaló en precedencia, el tipo penal consagrado en el artículo 397 de la Ley 599 de 2000 precisa de sujeto activo calificado, lo que en el presente caso no ofrece discusión, dada la condición de servidor público que ostentaba el hoy acusado FRANCISCO JOSÉ

[320] Cfr. CSJ. AP. 18 abr. 2012, Rad. 38188.
[321] Cfr. CJS. SP 8 nov. 2017, SP18532-2017, Rad. 43263.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

INFANTE VERGARA para la época de los hechos, como ya se analizó[322].

En virtud de esta calidad tenía la representación legal del ente territorial, siendo por consiguiente el ordenador del gasto, esto es, el funcionario facultado para comprometer patrimonialmente a la entidad con cargo a su presupuesto.

En esa medida, además de ostentar esa calidad de servidor público, tenía asignada la misión de administrar los recursos asignados a dicho ente territorial y, en tratándose de actuaciones de índole contractual, estaba obligado a aplicar "*las reglas sobre administración de bienes ajenos*" y "*los mandatos y postulados que gobiernan una conducta ajustada a la ética y a la justicia*", como puntualmente lo establece el artículo 26, numeral 4° del Estatuto General de Contratación Pública (Ley 80 de 1993)[323].

Con fundamento en esos mandatos, enmarcados dentro de los principios de la contratación pública, tal como se señaló en apartados anteriores, su deber desde el punto de vista de la función que desempeñaba era vigilar y controlar la correcta y adecuada utilización y distribución

[322] En el Decreto 2354 del 25 de junio de 2007 expedido por el Ministerio del Interior y de Justicia fue designado FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA como gobernador encargado del departamento del Magdalena, tomando posesión del cargo al otro día ante el Tribunal administrativo del citado territorial, culminando su periodo el 31 de diciembre de 2007, según el certificado 0587 de 8 de noviembre de 2010 expedido por la gobernación del Magdalena.

[323] Cfr. CSJ, SEP 00065-2019, Radicado N°41817.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

del presupuesto del Departamento del Magdalena adoptando los mecanismos necesarios de previsión, en virtud del contrato 372 de 2007 que con su firma avaló, en procura de garantizar con éste el beneficio del interés general, como es la prevención del contagio masivo de la enfermedad SIDA, como una de las características esenciales de la función administrativa, conforme lo dispone el artículo 209 de la Constitución Política[324].

Respecto del segundo requisito, está suficientemente demostrado que con ocasión de sus funciones los recursos económicos del Departamento del Magdalena estaban bajo su administración.

Se endilgó el delito de *peculado por apropiación a favor de terceros agravado* a FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA, porque con ocasión del contrato el Departamento del Magdalena pagó cuatrocientos cuarenta y tres millones ochocientos cincuenta mil pesos $443.850.000 a Eidys Campo Lacera, pese a que lo convenido no se ejecutó.

Dicha conclusión tuvo como soporte el informe de policía judicial N°9- 96162 adiado 3 de abril de 2017 y sus anexos, que como se verá más adelante al ser sopesado con las demás pruebas transmiten a la Sala la certeza sobre la apropiación del valor del pacto en favor de la contratista; determinó:

[324] Ibidem

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

(i) Conforme con lo plasmado en el texto contractual se convino el valor de $443.850.000 de pesos, IVA incluido; el cincuenta por ciento (50%) se pagaría como anticipo una vez legalizado el mismo y el restante cincuenta por ciento (50%) a la presentación de la facturación y certificación del supervisor o "*interventor designado*" sobre el cumplimiento del contrato.

(ii) Con el fin de cancelar el anticipo se emitió la orden de pago N°5702 de diciembre 14 de 2007 por la suma de $221.925.000, la cual efectivamente se desembolsó el 19 de diciembre de 2007[325]. El saldo (50%) se canceló el 29 de febrero de 2008 con las órdenes de pago números 623868, 623969, y 624070 de diciembre 26 de 2007, por las sumas de $237.306.416, $156.150.000 y $50.393.584, respectivamente.

(iii) También alude el referido informe de policía judicial[326] a las inconsistencias halladas en la información aducida por la contratista en su informe final, en tanto precisa que tras consultarse a la Registraduría Nacional del Estado Civil para cotejar la base de datos que esa entidad administra con la tabla de Excel y el listado de los nombres y número de cedulas de ciudadanía de las supuestas cuatro mil (4000) personas a las que se les realizó las pruebas de detección de VIH y que participaron en la

[325] A folio 206 del informe de policía judicial N°9-96162 de 3 de abril de 2017, se precisó al respecto*: "De acuerdo con los informes de órdenes de pago obtenidos en diligencia de inspección en la oficina de tesorería del Departamento del Magdalena, se hace importante resaltar que el anticipo del 50% fue causado el 14 de diciembre de 2007 y el pago se realizó el 19 de diciembre de 2007, las otras órdenes de pago fueron causadas el 26 de diciembre de 2007 y pagadas en el mes de febrero de 2008"*.
[326] Informe de policía judicial N°9-96162 del 3 de abril de 2017

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

jornada de capacitación preventiva, 797 de esos documentos de identificación personal no existen o muestran inconsistencias, y que fueron hallados 2935 registros.

Por tanto, concluye que 1.065 personas con absoluta seguridad no fueron atendidas, cifra que resulta de la suma de 268 personas (que no están en el listado depurado por la Registraduría) y 797 (inexistentes e inconsistentes). Agrega, que del universo restante (2.935 registros de cédulas), referido en el oficio de la Registraduría y tenido en cuenta por este Despacho, que corresponde a las personas supuestamente atendidas en la jornada de tamizaje, se tomó una muestra aleatoria con el fin de ubicar a algunas para que declararan sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se llevó a cabo la mentada jornada, constatándose que las cinco (5) personas localizadas y escuchadas en diligencia testimonial nunca recibieron la prestación del servicio de salud referidas en el contrato 372 de 2007.

También demostró la investigadora del CTI que al tomarse como muestra representativa del listado aportado por la contratista *las cédulas de ciudadanía N°12.539.622 y N°845.551*, a quienes supuestamente en el centro Penitenciario de Santa Marta aquella les realizó el test de VIH y la capacitación para prevenir el contagio de dicho virus, se logró establecer que para los meses de noviembre y diciembre de 2007 no se encontraban registrados como

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

internos de dicho centro carcelario, de acuerdo a la base de SISIPEC WEB[327].

En el referido documento también se analizan las inconsistencias contenidas en los formatos de órdenes de servicios que obran en el expediente, sumado a las entrevistas realizadas aleatoriamente a un grupo de personas que se encontraban listados como pacientes por la contratista en su informe final, que dan cuenta del incumplimiento del contrato 372 de 2007, en tanto niegan haber participado en pruebas de tamizajes de VIH o en jornadas de capacitación para prevenir el contagio del SIDA, y en consecuencia del detrimento patrimonial sufrido por el Departamento del Magdalena.

En el informe, finalmente, se afirma sobre este tópico: *"Todas las circunstancias explicadas anteriormente, llevan a concluir que no existe evidencias (sic) del cumplimiento del contrato 372 de noviembre 19 de 2007"*[328].

(iv) También se afirma en el informe que al realizar un estudio de mercado en tres laboratorios de la ciudad de Santa Marta, con el fin de conocer el valor de los servicios del contrato para el 2007 y así determinar si se encontraban ajustados al valor real, se evidencia la existencia de sobrecostos en el presente caso (ya mencionado previamente como irregularidad en el trámite), teniendo en cuenta que:

---

[327] Informe de Policía Judicial N° 9- 1100184 del 12 de mayo de 2017, visible a folios 277 y siguientes del cuaderno original 3 de la fiscalía.
[328] Folio 215 del cuaderno original 3 de la Fiscalía.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

- *"El Pre-Test no se cobra por aparte debido a que este hace parte del Test de VIH prueba rápida, por consiguiente, el promedio de dicha prueba es de veintinueve mil ochocientos treinta y tres pesos ($29.833)"*[329].

Laboratorio Clínico Martínez[330]	*28.000*
Laboratorio Clínico Bioluz LTDA[331]	*20.000*
laboratorio Clínico Mariela Ospina[332]	*41.500*
Sumatoria	*89.500*
Promedio	*29.833*[333]

- *"[N]inguno de los tres laboratorios en que se solicitó información realizaba capacitaciones preventivas de VIH"*[334], motivo por el cual al tomarse *"el mismo valor dado en los anexos del contrato 372 de 2007"*[335], se establecen el siguiente mayor valor cobrado por tamizaje:

Concepto	***Contrato 372***	***Otros laboratorios***
Test prueba rápida detección VIH	*45.000*	*29.833*

[329] Folio 216 del cuaderno original 3 de la Fiscalía
[330] *"El Laboratorio Clínico Martínez con oficio del 29 de marzo de 2017, informan que para el año 2007 la prueba VIH tenía un valor de $28.000, y que la prueba Pre – Test se incluye dentro de la prueba VIH".* Folio 210 del cuaderno original 3 de la Fiscalía.
[331] *"El Laboratorio Clínico Bioluz LTDA, con oficio del 29 de marzo de 2017, manifiestan que las tarifas manejadas para el examen de Pre Test y Test de VIH se estimaban en $20.000, que no realizaban capacitaciones, sólo el consentimiento informado para los pacientes."* Folio 210 del cuaderno original 3 de la Fiscalía.

[332] *"El laboratorio Clínico Mariela Ospina, informa en oficio de 29 de marzo de 2017, que desconoce los precios sobre capacitación preventiva sobre VIH, puesto que no se (sic) estaba dedicada a este campo de aplicación.*
Con respecto al pre test a nivel individual de paciente no tiene ningún costo, pues estaba incluido dentro del examen.
El test de VIH Prueba Rápida tiene un costo de: $23.665 según tarifa ISS año 2001, la cual continua vigente más porcentaje pactado de acuerdo a contratación. $41.500 tarifa SOAT." Folio 210 del cuaderno original 3 de la Fiscalía.

[333] Folio 211 del cuaderno original 3 de la Fiscalía.
[334] Folio 211 del cuaderno original 3 de la Fiscalía.
[335] Folio 216 del cuaderno original 3 de la Fiscalía

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

Pre-test VIH	*9.500*	
Capacitación	*25.000*	*25.000*
Total	***79.500***	***54.833***

En el informe se establece que la diferencia entre el valor consignado en el contrato 372 y el valor del estudio de mercado asciende a $24.667, que al ser multiplicada por 4000, arroja un monto de $98.666.667, así:

Mayor Valor Cobrado	
Diferencia por tamizaje	24.667
Multiplicado por # tamizajes.....	4.000
Total mayor valor cobrado	98.666.667

- "*Al no obrar en el expediente propuesta económica presentada por la contratista"*, se tomaron los valores estipulados en el texto del contrato 372 de 2007, así:

Valores presentados contrato 372/2007	
Test prueba rápida de detección	45.000
Capacitación	25.000
Pre-test VIH.....	9.500
Total	79.500

La experta contable afirma que al tomarse ese monto de $79.500 y multiplicarlo por 4000 pacientes, "que corresponde a la cifra de tamizajes contratados", se obtiene como resultado la suma de *"trescientos dieciocho millones de pesos ($318.000), que es la cifra a la cual debió ascender el valor del contrato en mención"*[336].

(v) Finalmente, concluye que el detrimento al erario del Departamento del Magdalena con la celebración y

[336] Folio 215 ibidem

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

liquidación irregular del contrato, ascendía para el año 2017 a *"OCHOCIENTOS NUEVE MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA Y UN MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y SÉIS PESOS M/CTE ($809.251.296)".*

La defensa demandó la absolución en el entendido que el exgobernador actuó bajo un error de tipo invencible, es decir, que obró con el convencimiento que estaba liquidando el contrato 372 de 2007 con pleno cumplimiento de los requisitos legales esenciales, siendo imputable el resultado a los funcionarios que falsearon la realidad contractual e indujeron en error al gobernador, toda vez que estaba autorizado a confiar en la gestión realizada por sus subordinados conforme lo informa el principio de confianza.

Por su parte, el Ministerio Público considera que el entonces gobernador INFANTE VERGARA, en su calidad de ordenador del gasto del Departamento del Magdalena, al momento de autorizar el pago a la contratista a finales de 2007 sí debió constatar el cumplimiento de ese negocio jurídico, empero como omitió realizar tal control y supervisión, ésta se apropió de cuatrocientos cuarenta y tres mil ochocientos cincuenta mil millones de pesos ($443.850.000), tal como evidencia a partir de las tres órdenes de pago que obran en el expediente.

Para los efectos de demostrar la ocurrencia de este delito, es menester recordar que se probó que desde un comienzo INFANTE VERGARA tuvo el propósito de favorecer

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

al IPS Eidys Campo Laboratorio para que fuera seleccionada como contratista en el proceso de contratación directa, así se evidenció al analizar el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, pues para lograr que fuera escogida, previamente se omitió la observación de los requisitos legales y, luego, soslayó verificar el cumplimiento de aquellos para el perfeccionamiento de los contratos, vale decir, los relacionados con la fase precontractual, por lo que, se probó que el aforado fue dueño del proceso causal que aparejó como consecuencia la afectación al patrimonio de la entidad pública, según se advirtió con acierto desde la resolución de acusación[337].

Además, también es conveniente adicionar que la Fiscalía incorporó con ese propósito los certificados emitidos por el Banco de Bogotá, en los que se señala que Eidys Campo Laboratorio Clínico, identificada con Nit 367246251, figura como titular de la cuenta corriente N°564390011, la cual "*tiene firma conjunta registrada [con] el señor Milton Cantillo Lara, identificado con cédula de ciudadanía N°19.139.281*"[338], recibiendo el 19 de diciembre de 2007 una transferencia por valor de $221.925.000 por parte de la Gobernación del Magdalena, de la cual se realizaron múltiples retiros; así como, que luego de revisar los extractos bancarios de 2007 y 2008 se afirma que *"Los pagos efectuados en el mes de febrero por parte del Departamento no los realizaron a la cuenta en mención y no se logró constatar el medio de pago"*[339].

[337] Cfr. CSJ, SEP 00065-2019, Radicado N°41817.
[338] Folio 16 del cuaderno anexo 3 de la Fiscalía.
[339] Folio 19 del cuaderno anexo 7 de la Fiscalía.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

Adicionalmente aportó las certificaciones emitidas por los gerentes de los hospitales de los municipios de Ciénaga[340], Salamina[341], Santa Ana[342], El Banco[343], Zona Bananera[344], Pijiño del Carmen[345] y del director del establecimiento penitenciario de Santa Marta, los cuales convergen en señalar que desconocen a la contratista *IPS Eidys Campo Laboratorio Clínico* y niegan haber recibido alguna solicitud o petición de ésta para adelantar labores de tamizaje de VIH y capacitación para prevenir el contagio del SIDA en esos ente territoriales.

A los reseñados medios suasorios se suman las declaraciones juradas de una docena de personas que aparecen en el listado aportado por la contratista en su informe final,[346]quienes niegan haber participado en jornadas de tamizaje para pacientes en prevención del VIH y en las capacitaciones, pese atestar que sí domiciliaban o residieron en los municipios de Plato, Santa Marta, Santa Ana, Pijiño del Carmen y el Banco en el año 2007, desconociendo la razón por la que su número de cedula de ciudadanía fuera ingresado en los informes presentados por

---

340 Oficio de 31 de julio de 2012, del Gerente del Hospital San Cristóbal de Ciénaga.
341 Oficio 2012-137 del 2 de agosto de 2012.
342 Oficio del 2 de agosto de 2012, del Gerente de la ESE Hospital Nuestra Señora Santa Ana.
343 Oficio de 6 de agosto de 2012 remitido por el Agente interventor del Hospital La Candelaria del Municipio de El Banco
344 Oficio del 27 de agosto de 2012 suscrito por el Gerente del Hospital Local de Zona Bananera
345 *Certificó IVIS HERNÁNDEZ BENAVIDES, Secretaría de Desarrollo Social del Municipio de Pijiño del Carmen que en los archivos de la institución no se encontró contrato No. 372 de 2007 con la empresa EIDYS CAMPO LABORATORIO.*
346 Los testimonios practicados en la fase de instrucción a Carlos Efraín Corredor Camargo y Víctor Manuel Pérez Arguelle; José Rafael Ospino, Digna Rosa Ibáñez y Sussanne Méndez. En la fase de juzgamiento, además, fueron escuchados en testimonio: Otilia Rosa Salinas Ortiz, Rosmira de las Mercedes Castro Molina, Roberto David Calderón Arrieta, Gilbert Gutiérrez Serrano y Pedro Ardila Luna.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

la contratista, pues jamás concedieron voluntariamente el tratamiento de sus datos personales para esos fines.

El oficio calendado 28 de junio de 2013 suscrito por el coordinador de soporte técnico de informática para la identificación , así como el informe de policía N°815667, en los cuales se concluye que seleccionados al azar 15 datos personales de los listados por la contratista en su informe final, para cotejarlos con las bases de datos personales oficiales contenidas en la Registraduría del Estado Civil, se concluyó que no hay correspondencia con el nombre y el número de cédula de ciudadanía, ni se reportan datos como dirección de residencia o número de teléfono.

Medios de prueba que al ser valorados conjuntamente demuestran inequívocamente que el objeto contractual no fue cumplido y que el dinero girado fue apropiado por la contratista.

Ahora, como la Fiscalía atribuyó al exgobernador FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA el delito de peculado por apropiación a favor de terceros, no solo por "*no existir evidencias del cumplimiento del contrato 372 de 2007 del 19 de noviembre de 2007*"[347], sino también por evidenciar sobrecostos, la Sala pasa a evaluar este último aspecto.

Pues bien, es importante precisar desde el punto de

[347] Con fundamento en el análisis realizado en el informe de policía judicial N°9-96162 adiado 3 de abril de 2017.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

vista de la jurisprudencia administrativa que el sobrecosto corresponde al precio sobredimensionado que se pacta y paga al contratista y que no tiene justificación frente a la realidad del mercado de los bienes y servicios contratados en cada caso concreto, lo cual no solo vulnera normas imperativas de orden público, sino que constituye una fuente de enriquecimiento indebido a costa del patrimonio público.

En ese sentido, el Consejo de Estado en sentencia del 27 de abril de 2011 enfatizó:

Como es conocido la contratación es fuente y principal instrumento de ejecución de gasto público y, por ende, medio para asegurar la satisfacción o logro de los fines y cometidos del Estado, razón por la cual se debe evitar que sea usada para obtener un lucro indebido por parte de los particulares a través de la figura de los sobreprecios o sobrecostos en el precio del contrato sin justificación alguna, de manera que se logre el máximo de transparencia, probidad y eficiencia en el manejo de los limitados recursos con que cuentan las entidades para la adquisición de los bienes, obras y servicios(…) Precio de mercado, como se anotó, es el valor usual o común asignado a un bien o a un servicio por el comercio del lugar donde se va a ejecutar el contrato. Por esto, con el fin de detectar mayores valores reprochables y pactados al momento de celebrar el contrato se debe acudir primeramente a una comparación con aquel precio que arroje el mercado y en caso de que lo supere verificar las razones que justifican o explican en forma sensata y razonada esa circunstancia, teniendo en cuenta todas las variables que en él inciden -por ejemplo, el nivel de servicio que se ofrece por parte del distribuidor, infraestructura que se tenga, bonificaciones por volumen de compra, manejo de impuestos, periodos de pagos, entre otras, variables que en términos de comparación se deben de tener en cuenta bajo criterios idénticos entre los oferentes. (…)

Así pues, el sobrecosto o sobreprecio resulta censurable porque no tiene justificación frente a la realidad del mercado y los análisis de las variables que inciden en los costos de los bienes, servicios y obras requeridos por la administración y que de concretarse en una

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

adjudicación o contrato se opone a lo previsto en la Ley 80 de 1993 y por ende, a los fines perseguidos con la contratación pública (art. 3° ibid.), dado que representa adquirirlos o pagarlos a precios significativamente superiores a los ofrecidos por otros agentes o distribuidores del mercado, lo cual genera una lesión patrimonial a la entidad, derivada de una gestión contractual irregular que evidencia una omisión en la etapa precontractual, especialmente, en materia de los estudios económicos de la futura contratación.

Por consiguiente, si se supera en forma exagerada y sin justificación alguna atendible el promedio de costos de los bienes, servicios, obras, etc., objeto del contrato, no solo se estará desconociendo el principio de la selección objetiva (L. 80/931 art. 29), por cuanto no se cumple la finalidad de seleccionar la oferta más favorable, sino que también se vulnera el patrimonio público, y por esa vía, los principios de transparencia, economía y responsabilidad que rigen la contratación pública (arts. 24, 25 y 26 ejusdem). Con todo, se precisa que los sobrecostos que se reprochan, están circunscritos a aquellos que se ofertan y se aceptan en los procesos de selección y luego se pactan como precio al inicio o al nacimiento del contrato y que se presentan como la diferencia injustificada, inusitada y desproporcionada, entre el umbral del precio que fija el mercado y el precio fijado en la propuesta recibida por la entidad estatal y luego convenido en el contrato; por tanto, no se refiere a eventos tales como los mayores gastos e inversiones que por diferentes causas podría soportar un contratista en la ejecución del objeto contractual y que no fueron previstos ni reconocidos por la entidad estatal, cuya licitud, reconocimiento o resarcimiento se deben analizar de acuerdo con las circunstancias en que hayan acaecido, según el régimen de responsabilidad y bajo el principio del equilibrio económico del contrato.[348]

En este caso, no cabe duda de la concurrencia de sobrecostos que derivó de la vulneración del principio de planeación, al no haberse realizado estudios de precios del mercado en la fase precontractual. Respecto a este tópico, en el informe de policía N°96162 de abril 3 de 2017 se afirmó:

[348] CE, sección tercera, sentencia del 27 de abril de 2011, Rad. 25000232600019970039240l (18.293).

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

Se tomará adicionalmente como daños y perjuicios causados al detrimento patrimonial del Estado, los mayores valores cobrados por los tamizajes, teniendo en cuenta lo siguiente:

Según las certificaciones del estudio de mercados realizado en los laboratorios clínicos de la ciudad de Santa Marta, el Pre Test no se cobra por aparte debido a que hace parte del Test de VIH prueba rápida, por consiguiente, el promedio de dicha prueba es de Veintinueve Mil Ochocientos treinta y tres pesos moneda corriente ($29.833).

En cuanto a la capacitación preventiva se tomará el mismo valor dado en los anexos del contrato 372 de 2007.

Se halla el mayor cobrado por tamizaje dando como resultado la suma de noventa y ocho millones seiscientos sesenta y seis mil seiscientos sesenta y siete pesos ($98.666.667), para el año 2007[349]

Es decir, con base en el resultado del citado estudio de mercado realizado por la perito contable del CTI para el año 2007, la Fiscalía logró demostrar que:

(i) Ninguno de los laboratorios consultados hacía capacitaciones preventivas en VIH.

(ii) Que la propuesta seleccionada contó con el ítem adicional de la capacitación, por el cual cobró $25.000, lo que aumentaba el valor del contrato.

(iii) A los denominados Pre-test VIH *la contratista le asignó un valor de $9.500,* no obstante que los otros laboratorios clínicos de Santa Marta lo incluían dentro del valor del Tes VIH.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

(iv) Considerando el valor más alto relacionado por el Laboratorio Clínico Mariela Ospina, el promedio del Pre-Test y Test de VIH para el año 2007 era de $29.833.

(v) Que aun tomando los valores plasmados en el texto contractual de $45.000 por cada: Test VIH $9.500, Pre Test VIH $9.500, capacitación $25.000, el valor por cada paciente ascendería a $79.500, que *"al ser multiplicado por 4000 pacientes que corresponde a la cifra de tamizaje contratado arroja la suma de $318.000.000, que fue la cantidad a la cual debió ascender el costo del contrato".*

De otro lado, el plan de adquisición de cuatro mil (4000) pruebas diagnósticas a cargo del presupuesto no respondió a un análisis del sector económico, pues tal como se analizó en el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, no obra prueba de haber adelantado la Gobernación del Magdalena para el año 2007 los estudios previos de orden técnico, financiero y jurídico con el fin de justificar la necesidad y conveniencia de la realización de cuatro mil "*pruebas diagnósticas y confirmatorias para VIH a la población pobre en lo no cubierto por subsidio a la demanda de II nivel de atención de los servicios público de salud"*.

Además, con el citado informe N°96162 de abril 3 de 2017[350], resulta evidente los desfases de los valores contratados ($443.850.000) y los que realmente emergen

[350] Folio 355 del cuaderno original N°2.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

del estudio de mercados de los laboratorios clínicos de la ciudad de Santa Marta ($318.000.000), que ilustran de modo objetivo la desviación de los recursos del erario público a terceros y de donde se desprende el ánimo de apropiación.

En suma, del análisis conjunto de las precitadas pruebas documentales y testimoniales de cara a las reglas de la sana crítica, la Sala deduce que el servicio de salud contratado no se prestó en los términos pactados y, por tanto, que el aforado provocó que la contratista se apropiara tanto de los $221.925.000 que le desembolsó en la citada cuenta bancaria como anticipo[351] el 19 de diciembre de 2007[352], como de las sumas de $237.306.416, $156.150.000, $50.393.584 que se le pagaron en el mes de febrero de 2008[353], generando un detrimento al erario por un valor de $443.850.000 de pesos.

No puede perderse de vista que el peculado se estima consumado cuando se sustrae el bien de la órbita de custodia del Estado con el ánimo de hacerlo propio o de que un tercero lo haga. En este caso, los recursos oficiales objeto de apropiación se pagaron a Eidys Campo Lacera cuando FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA era

---

[351] Dado que es la administración la que tiene la disponibilidad de los recursos para la prestación del servicio, subvenciona el inicio de la ejecución del contrato.
[352] A folio 206 del informe de policía judicial N°9-96162 de 3 de abril de 2017, se precisó al respecto*: "De acuerdo con los informes de órdenes de pago obtenidos en diligencia de inspección en la oficina de tesorería del Departamento del Magdalena, se hace importante resaltar que el anticipo del 50% fue causado el 14 de diciembre de 2007 y el pago se realizó el 19 de diciembre de 2007, las otras órdenes de pago fueron causadas el 26 de diciembre de 2007 y pagadas en el mes de febrero de 2008"*.
[353] Expidiendo la Gobernación del Magdalena las órdenes de pago N°6238, 6239 y 6240 de 26 de diciembre de 2007.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

Gobernador del Departamento del Magdalena.

Fue en ese momento en el que se ejecutó la sustracción y se privó al ente territorial de la facultad dispositiva de los recursos, sin que forzosamente quien cumpliera la acción disfrutara o gozara de aquellos, bastando con que se le impidieran al Estado seguir disponiendo de los recursos confiados al servidor público[354].

Acerca de la apropiación por el servidor público, la Corte precisó:

No solo por la concurrencia exclusiva de la disponibilidad jurídica y en ese sentido ha diferenciado entre ésta definiéndola como la facultad legal que tiene el servidor público de disponer de los bienes del Estado o de los particulares que tenga, administre o custodie y la material cuando el funcionario tiene o interviene en la custodia del bien y a ella ha llegado por razón de sus funciones ubicándose en situación de ejercer poder jurídico superior, de modo que si lo emplea para apropiarse del bien incurre en el delito de peculado, sin que sea necesario que además posea la disponibilidad jurídica[355]*.*

Concluyendo, en este asunto la Fiscalía probó que la conducta se consumó con la apropiación ilegal de los recursos del contrato, los que se habían dejado en administración, tenencia o custodia de INFANTE VERGARA, por razón de sus funciones de ordenador del gasto, a favor de terceros en cuantía de $443.850.000.

El ente acusador demostró que INFANTE VERGARA de

[354] *Cfr.* CSJ. SP. 10 oct. 2012, Rad. 38396.
[355] Cfr. CSJ SP Jul 13 2006, Rad. 25266, SP nov 12 de 1997, Rad. 9887.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

manera consciente no desplegó gestión alguna en punto a verificar, controlar y vigilar que la fase precontractual se ajustara a las exigencias previstas en la Ley 80 de 1993 y las resoluciones citadas, pues celebró el contrato 372 de 2007 pese a las ostensibles anomalías presentadas en el trámite contractual, entre ellas, los sobrecostos consignados en la minuta.

Adicionalmente, probó que el acusado suscribió la liquidación por mutuo acuerdo sin verificar, controlar y vigilar que la contratista hubiera ejecutado el objeto contractual, esto es, los servicios de salud de prevención del contagio masivo del "*virus de inmunodeficiencia humana causante del sida*"[356], mediante la realización de los pretest y test VIH, como tampoco la capacitación de prevención de contagio masivo del SIDA, pues no existe en el expediente elementos suasorios que demuestren que se llevó a cabo el procedimiento de tamizaje a los cuatro mil (4.000) pacientes pertenecientes a la población pobre (nivel II del SISBEN) del Magdalena.

Lo anterior conlleva a que la conducta encuadre en la típica de *peculado por apropiación* en los términos previstos en el segundo inciso del artículo 397 de la Ley 599 de 2000, por apropiarse a favor de terceros de bienes del Estado cuya administración le fue confiada con ocasión de sus funciones como gobernador del Departamento del Magdalena, pues el

[356] Define la Real Academia de la Lengua Española a las siglas VIH, fuente de consulta: https://dle.rae.es/vih?m=form

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

monto del detrimento asciende a $443.850.0000[357], cuantía que para la época de los hechos (2007) supera los 200 SMLMV[358] .

6.4.2. Del tipo subjetivo

Como se analizó ampliamente al estudiar la responsabilidad de FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA en el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, se demostró que en la fase precontractual se evidencian sobrecostos y que en la liquidación no se probó que el objeto contractual se cumplió.

Que el acusado tenía conocimiento que al celebrar y liquidar el contrato con sobrecostos y sin ejecutarse el objeto contractual estaba dejando de verificar el cumplimiento de los requisitos legales esenciales, porque sabía que dichas irregularidades se presentaban.

Si ello es así, obvio es deducir que al celebrar el contrato con sobrecostos y al liquidarlo sin cumplir con el objeto del contrato, conocía que se estaba apropiando a favor de la contratista del anticipo y del valor restante del contrato, intención que deriva de su amplia experiencia como contratista e interventor en contratos de obra pública, dado su profesión de ingeniero civil y empresario de la construcción.

---

[357] De conformidad con lo señalado en el informe técnico contable N°996162 de 3 de abril de 2017 y sus anexos.
[358] El salario mínimo legal mensual vigente en el año 2007 ascendía$433.700,00.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

Conocimiento que se deduce del hecho relativo a que le bastaba revisar la carpeta del contrato[359] para advertir que no se habían realizado los estudios previos de orden técnico, financiero y jurídico, y ante tal falencia requerir a sus subalternos para que les rindieran un informe de tal anomalía, y proceder a corregir el trámite en su fase precontractual y evitar así los sobrecostos; empero, contrario a ello, voluntariamente se apartó del cumplimiento de su deber de vigilancia y control, pues a sabiendas de tales anomalías suscribió el contrato con el claro propósito de propiciar que terceros se apropiaran de un mayor monto del rubro de la salud pública.

Ante la inexistencia de un estudio de mercado, el plan de adquisición de cuatro mil (4000) pruebas diagnósticas a cargo del presupuesto no respondió a un análisis del sector económico, sino que facilitó que se cumpliera el fin ideado, pues de esa forma se elevó el monto del negocio jurídico por celebrarse, al englobarse en el valor total del contrato los sobrecostos.

Complementariamente, la Fiscalía probó que INFANTE VERGARA adrede omitió cumplir sus obligaciones de vigilancia, control y supervisión de las actuaciones de sus subalternos en la fase de liquidación, porque de haberlo hecho hubiese advertido con facilidad que el interventor se arrogó la facultad de modificar sustancialmente el objeto

---

359 Rotulada: *"GOBERNACIÓN DEL MAGDALENA-ARCHIVO CENTRAL, SERIE CONTRATOS, TÍTULO: CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS 372 DE 2007. EIDYS ESTHER CAMPO LACERA-EIDYS CAMPO LABORATORIO CLÍNICO FECHAS EXTREMAS: 2007-2007 CAJA 2246".*

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

contractual, reduciendo injustificadamente el ámbito geográfico del proceso de diagnóstico del VIH, y que la contratista no había cumplido con las obligaciones pactadas en la minuta, y en consecuencia que debía abstenerse de firmar a favor de esta los paz y salvos, de donde se deduce que sabía que con ese proceder provocaba el incumplimiento del contrato y la apropiación de los recursos públicos.

De manera consciente omitió desplegar toda gestión de verificación, control y vigilancia respecto de la contratista, mostró total desinterés respecto de si ella había realizado las pruebas de diagnóstico de VIH a la población pobre del Magdalena, y si estas se habían ejecutado en la cantidad y las condiciones pactadas en el texto contractual.

La falta de interés en exhortar al interventor para que cumpliera su obligación de rendir informes de las condiciones y calidades de la prestación del servicio de salud pública en que la contratista estaba desarrollando el objeto del contrato, para hacerle seguimiento, permite colegir que estaba al tanto de la trasgresión de las exigencias previstas en la Ley 80 de 1993, y la normatividad especial de los contratos de prestación de servicios de salud pública, y aun así procedió a firmar la liquidación por mutuo acuerdo, pues sus omisiones contribuían a lograr que Eidys Esther Campo Lacera se apropiara de una cuantiosa suma del erario público.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

Respecto al argumento esgrimido por la defensa sobre la concurrencia de un error de tipo soportado en el principio de confianza, en cuanto considera que la obligación de verificar los requisitos esenciales fue cumplida por la Secretaría de Salud y la oficina jurídica del Departamento del Magdalena, estimando que INFANTE VERGARA no estaba obligado a verificar ningún trámite pues obró convencido de que esas dependencias habían hecho tal labor, se reitera que esa eventualidad no fue probada, pues ni siquiera se demostró que existiera en el *subjudice* la delegación, ni que INFANTE VERGARA cumpliera las funciones que de él demandaba la desconcentración, es decir, realizar actos de vigilancia y control sobre la actividad adelantada por sus subalternos para verificar que el trámite y la liquidación se adelantara conforme a la ley, esto es, que no hubiesen sobrecostos y que al momento de la liquidación se realizara previa constatación del cumplimiento del objeto contractual.

Recuérdese que el error de tipo ocurre cuando el sujeto activo actúa bajo el convencimiento errado e invencible de que en su acción u omisión no concurre ninguna de las exigencias necesarias para que el hecho corresponda a su descripción legal[360]. Hace referencia al desconocimiento o conocimiento defectuoso de las circunstancias objetivas del hecho que pertenecen al tipo legal. Yerro que implica un problema sobre la comprensión en relación con los hechos constitutivos de la conducta

[360] *Cfr.* CSJ SP135-2014, Rad. 35113; reiterado por esta Sala en SEP00017-2021, Rad 49599.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

punible, el cual debe ser inevitable, esto es, que el agente no pueda superar el error en el cual se encuentra[361].

Sin embargo, en este caso no cabe duda de los evidentes sobrecostos reportados en el contrato 372 de 2007, los cuales no se desvanecen con la tesis del error de tipo invencible esgrimida por la defensa, pues incontrovertible es que si la apropiación de los mencionados recursos fue producto de las maniobras torticeras en la tramitación y liquidación del negocio jurídico, respecto de los cuales la prueba señala de manera inequívoca el compromiso y la responsabilidad de INFANTE VERGARA, por necesaria consecuencia los mismos presupuestos probatorios, afincados en una adecuada construcción indiciaria, permiten enlazarlos de manera lógica con la inferencia plasmada: que en realidad el procesado quiso realizar toda esa actividad contractual con las irregularidades advertidas, vale recordar, sin acatar y verificar el cumplimiento de los requisitos legales esenciales, para que con posterioridad un tercero, en este caso la contratista Campo Lacera, se aprovechara de los recursos del Estado.

El enjuiciado no tuvo una representación equivocada de la realidad, por el contrario, como se ha analizado con suficiencia, las pruebas documentales y testimoniales permiten inferir que sabía que infringió la legislación de contratación pública, pero quiso responsabilizar a sus

[361] CSJ, SEP00017-2021, Rad 49599.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

subalternos en su comisión y jamás adujo ignorancia supina con relación al trámite.

Se comprobó su conocimiento y voluntad para suscribir y liquidar el contrato 372 de 2007 sin verificar el cumplimiento de requisitos legales, sin que la defensa allegara elementos de prueba indicativos de que hubiese ejercido los controles para verificar que sus subalternos venían cumpliendo formalmente con las reglas y principios del estatuto de la contratación pública.

Del curso de los acontecimientos puede concluirse que el procesado sabía de su responsabilidad como ordenador del gasto y comprendía sin duda que al celebrar y liquidar el contrato sin verificar el cumplimiento de los requisitos legales esenciales, comprometía los recursos públicos invertidos con ese propósito y permitiría que la contratista se beneficiara de los mismos, a pesar de ello, no se detuvo, y a sabiendas de lo que implicaba su actuar provocó la apropiación de los recursos en cuantía de $443.850.000.

Itera la Sala, el resultado era comprendido por el exgobernador INFANTE VERGARA pues sabía que al suscribir una contratación irregular con sobrecostos y ordenar liquidar sin verificar el cumplimiento de los requisitos legales, los recursos dispuestos para su ejecución serían desembolsados en forma definitiva, lo cual garantizaría su apropiación por la contratista, lo que permite inferir fundadamente que todo fue perfectamente calculado para que esta se lucrara con los recursos

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

públicos, empero, en este caso, por el obrar delictivo de quien era garante de ese rubro, a más de no haber impedido tal suceso dañino, ocasionó desmedro al erario departamental por quien tenía el poder y el deber de evitarlo.

En ese orden, se configuran tanto el tipo objetivo como el subjetivo del peculado por apropiación por el que se le acusó en calidad de coautor.

Analizados de manera autónoma los fundamentos fácticos, probatorios y jurídicos que dan cuenta de que FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA incurrió tanto en la conducta delictiva de contrato sin cumplimiento de requisitos legales como en la de peculado por apropiación a favor de terceros, solo resta precisar que existe una relación teleológica, esto es, de medio a fin, de aquella y ésta.

Al respecto, se tiene que la jurisprudencia de esta Corporación ha decantado que al juzgar por estos dos punibles dentro de una misma actuación se requiere que se analice detalladamente cada uno de ellos, pues tienen ingredientes distintos y persiguen finalidades diferentes[362].

Dentro de la presente actuación, la delegada de la Fiscalía General de la Nación acusó a FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA por los delitos de contrato sin cumplimiento de los requisitos legales (art 410 del C.P.) y peculado por apropiación (art. 397 ibidem), afirmando que

[362] CSJ, SP2705, 11 jul 2018, Rad. 51574

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

aquel punible fue el medio usado por el procesado para lograr que terceros esquilmaran los recursos económicos del Departamento del Magdalena.

Para la Sala, se reitera, el que INFANTE VERGARA haya celebrado y liquidado el contrato 372 de 2007 sin verificar el cumplimiento de requisitos legales esenciales a sabiendas de una serie de anomalías presentadas en las fases contractuales, permitió o facilitó que la contratista se apropiara de $$443.850.000 de pesos pertenecientes a los recursos económicos del Departamento del Magdalena.

La Sala no tiene duda de que las circunstancias concretas descritas y la condición profesional de este enjuiciado, impiden asumir que al momento de celebrar y liquidar el contrato desconocía las normas de la contratación directa y de selección de los contratistas en general previstas en la Ley 80 de 1993 y sus decretos reglamentarios.

En otros términos, estima que existe la certeza de que no solo sabía que al celebrar y liquidar el contrato 372 de 2007 en las condiciones en que lo hizo, infringía el Estatuto de la Contratación de la Administración Pública, sino que a pesar de ello quiso su realización con el claro propósito de que la contratista se apropiara de los recursos públicos.

No existe prueba que acredite que instó al Secretario de Salud, al interventor y al médico auditor de cuentas para que le rindieran reportes con información veraz y real de la

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

tramitación y ejecución del objeto contractual; es decir, no existe evidencia en el plenario que permita establecer que el procesado implementó mecanismos para estar enterado del estado de los procesos precontractuales y de la ejecución de los mismos, pues, se itera, así se diga que las incidencias de las juntas se consignaban en actas, no existe evidencia de las mismas en la actuación procesal, porque nada se encontró al respecto.

Emerge diáfano, entonces, el concurso heterogéneo sucesivo efectivo de las conductas típicas previstas en los artículos 410 y 397 de la Ley 599 de 2000, atendiendo la conexidad teleológica previamente analizada.

6.4.3 Antijuricidad

Como se expuso para el análisis de esta misma categoría dogmática en el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, este delito de peculado por apropiación implica la afectación del bien jurídico tutelado de la administración pública, que hace referencia a la correcta utilización de los fondos encomendados en administración, custodia o tenencia al servidor público.

Bajo esa premisa, se demostró a través de las pruebas allegadas al expediente que FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA es coautor del ilícito de peculado por apropiación a favor de terceros, conducta que se halla consignada en el artículo 397 de la Ley 599 de 2000 como una de aquellas que lesiona el adecuado desarrollo de la actividad del

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

Estado, cuyo fin no es otro que satisfacer el interés general.

En efecto, el propósito de la administración pública es proveer por la atención de las necesidades colectivas a través de una actividad estatal ajustada a la legalidad y donde el servidor público funge como garante, entendiéndose a la administración como algo dinámico que se ve realmente afectado por la actuación desviada del servidor[363].

FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA fue designado como gobernador encargado del Departamento del Magdalena, razón por la que se le encomendó proveer por una adecuada administración de los recursos económicos que poseía el ente territorial, pero en su lugar actuó encaminado a la apropiación de los mismos a favor de terceros mediante la suscripción del contrato 372 de 2007.

Lo que produjo una efectiva y grave lesión al bien jurídico tutelado, pues el aforado en ejercicio de su función atentó contra el Estado que representaba y causó un grave perjuicio a la comunidad, especialmente a "*la población pobre en lo no cubierto por subsidio a la demandan nivel II*", los que de haber sido administrados conforme a los principios constitucionales en cita, podrían haberse destinado para evitar el contagio masivo del sida, esto es, de la "*enfermedad producida por el virus VIH consistente en la ausencia de respuesta inmunitaria*"[364].

---

[363] *Cfr.* CSJ SP, 22 feb. 2012, Rad. 35606.
[364] Diccionario de la Real Academia la Lengua Española, fuente consultada: https://dle.rae.es/sida?m=form

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

6.4.4. Culpabilidad

La culpabilidad constituye el tercer elemento de la conducta punible después de la tipicidad y la antijuridicidad. Estas configuran el denominado injusto típico y se identifican como la faceta valorativa, descriptiva y, en suma, objetiva, del delito. La culpabilidad, entonces, relaciona el injusto con su responsable. No es un presupuesto destinado a constatar la realización del delito sino orientado al análisis de imputación del injusto a la persona[365].

Culpabilidad se identifica con reprochabilidad. Según lo ha señalado la Corte[366], se responsabiliza al sujeto porque, *teniendo a mano la alternativa de lo jurídico-socialmente adecuado, opta libremente por lo que no lo es*[367], *estando en condiciones individuales y materiales de motivarse conforme a la norma, optó por realizar el comportamiento definido en la ley*[368]. Se plantea, por lo tanto, que el agente estaba en capacidad de adecuar su accionar conforme a derecho, y la realización del delito fue producto de una decisión libre[369].

Este tercer elemento del hecho punible tiene raigambre en el artículo 33 del Código Penal del cual se desprende que actúa con culpabilidad quien al momento de ejecutar la

[365] Cf. CSJ. SP055-2023, radicado 62542 de 22 de febrero de 2023.
[366] Cf. CSJ. *Ibidem.*
[367] Ver CSJ SP, 9 sep. 2020, rad. 54497 y CSJ SP2649-2022, rad. 54044.
[368] CSJ. SP5356-2019, rad. 50525.
[369] CSJ. SP2649-2022, rad. 54044.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

conducta es capaz de comprender su ilicitud y de determinarse de acuerdo con ella.

Acorde a los elementos de convicción obrantes en la actuación, es incontrovertible que FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA al realizar los hechos materia de reproche se encontraba en uso de sus plenas capacidades cognitivas que le permitían conocer la ilicitud de sus actos y determinarse conforme con ese conocimiento, por ende, debe ser tenido como persona imputable.

La forma como se desarrolló el *iter criminis*, las múltiples irregularidades evidenciadas en el trámite, celebración y liquidación del contrato, las razones que explicó en la injurada lo motivaron a suscribir la minuta y los paz y salvo a favor de la contratista, a pesar de no ser creíbles sí reflejan una perfecta idea de que durante todo el desarrollo de los hechos, INFANTE VERGARA conservó sus aptitudes mentales plenas, por lo que no duda la Sala en asumir que en todo momento mantuvo la capacidad de comprender la antijuridicidad del proceso contractual que celebró y liquidó sin verificar el cumplimiento de sus requisitos legales esenciales, y no obstante ese conocimiento, en lugar de ajustar su comportamiento a derecho, voluntariamente optó por consumarlo con las consecuencias de que da cuenta la actuación.

También se probó que es una persona adulta, con formación académica y que para la época de los hechos reportaba experiencia como empresario de la construcción y

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

en la contratación pública, específicamente cumpliendo el rol de interventor o contratista, por lo que se infiere sin dificultad que comprendía la ilicitud del comportamiento que estaba llevando a cabo y contando con la posibilidad de determinar el mismo de manera distinta, esto es, en acatamiento de las normas constitucionales y legales que juró proteger cuando se posesionó como Gobernador encargado del Departamento del Magdalena, por lo que le era exigible un comportamiento distinto, respetuoso del alto cargo que desempeñaba y consecuente con la realidad social y económica de su región, sin embargo, optó de manera voluntaria por apartarse y contrariarlas mediante la apropiación de recursos públicos a favor de terceros, siendo así merecedor de un juicio del reproche.

Ya se dijo al estudiar el tipo subjetivo que las condiciones personales y profesionales permitieron inferir que el gobernador sabía de la ilicitud de la conducta y, a pesar de ello, quiso su realización, siéndole en consecuencia exigible una conducta ajustada a derecho. Es aquí donde radica el juicio de culpabilidad, máxime que no obra en su favor una circunstancia que la excluya.

6.4.5. De la realización de las conductas en calidad de coautor por FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA.

Se insiste, el aporte efectuado por INFANTE VERGARA resultó trascendente, pues al incumplir en su totalidad con sus deberes legales y constitucionales permitió la consumación de los punibles por los que se le juzga, pues

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

de conformidad con las probadas anomalías existentes en torno a la celebración y liquidación del contrato 372 de 2007, la Sala infiere que aprovechando la desconcentración del trámite en la Secretaría de Salud para que desde la elaboración de los términos de la convocatoria o invitación a ofertar, pasando por la evaluación de las ofertas, sin sospecha alguna, se eligiera a Eidys Campo Laboratorio Clínico, esto es, a la proponente inidónea y con menor capacidad técnica y financiera.

Lo anterior devino producto de la división de funciones que se presentó por el Secretario de Salud, el interventor o supervisor contractual, el médico auditor de cuentas y FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA, como ordenador del gasto, quien deliberadamente facilitó que su subalternos adelantaran el trámite y liquidación del contrato con serias irregularidades, cuyo propósito estaba dirigido a propiciar la apropiación de los recursos públicos a favor de terceros.

Como se viene de analizar, la Sala colige que el procesado actuó presuntamente en connivencia con los entonces Secretario de Salud departamental Milton Miguel Cantillo Lara, el interventor del contrato Nilson Parodys Movilla, el médico auditor de cuentas Miguel Aguilar Sequea y la contratista Eydis Esther Campo Lacera, en consecuencia se dispondrá compulsar copias con destino a la Fiscalía General de la Nación con el fin de que a los citados se los investigue por su participación en los hechos referidos a la celebración y liquidación del contrato 372

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

celebrado el 19 de noviembre de 2007 por la gobernación del departamento del Magdalena.

Lo relevante es que el aporte del exgobernador, quien garantizó la consumación de los punibles al omitir controlar y vigilar las actuaciones de sus dependientes en la selección de la contratista y en la liquidación del contrato, ya que si la función contractual estaba desconcentrada, lo que claramente obedeció a la realización de un mismo objetivo, pues a sabiendas de que el trámite y la liquidación adelantados no cumplía con los requisitos legales esenciales y las implicaciones que ello conllevaría suscribió un contrato ilegal y lo liquidó, lo que creó un riesgo jurídicamente desaprobado que se concretó en el resultado típico ya conocido.

7. De las penas

La comisión de los delitos demostrados exige la imposición de las penas previstas en la legislación que respondan a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad (artículo 3º del Código Penal) y que cumplen funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado (artículo 4º ibidem). Las sanciones previstas en los tipos transgredidos deben dosificarse siguiendo las reglas de los artículos 60 y siguientes del Código Penal.

Atendiendo lo normado en el artículo 31 del C.P para establecer el quantum de la sanción en los casos de

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

concurso de conductas punibles, el funcionario judicial deberá partir de la sancionada con la pena más grave. Por ello, se calculará la imponible para cada una según las circunstancias específicas aumentada hasta en otro tanto, sin que pueda superar la suma aritmética de la que corresponda a cada una de las atribuidas debidamente dosificadas.

Ahora, de acuerdo con las circunstancias de mayor o menor punibilidad que hayan sido endilgadas a efectos de la ubicación en todos los cuartos punitivos, como todo evento modulador de la pena debe estar motivado en criterios de proporcionalidad.[370]

7.1. Del contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación a favor de terceros.

De la pena de prisión

El artículo 410 de la Ley 599 de 2000 prevé para el delito de **contrato sin cumplimiento de requisitos legales** (artículo 410 CP), sin aumento introducida por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, la sanción privativa de la libertad oscila entre 48 y de 144 meses de prisión, de tal suerte que el ámbito de punitivo de movilidad general es de 96 meses, que al dividirlo en cuatro nos da una movilidad concreta para cada cuarto de 24 meses de prisión[371].

[370] Cfr. CSJ SP, 23 may. 2018, rad. 52159.
[371] (144-48=96) (960/4= 24)

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

De acuerdo con lo señalado en los artículos 60 y 61 del Código Penal, los cuartos en los que se ha de tasar la pena son:

Mínimo: entre 48 a 72 meses.
Primer medio: de 72 meses y 1 día y 96 meses.
Segundo medio: de 96 meses y un día a 120 meses.
Máximo: de 120 meses y 1 día a 144 meses.

1	2	3	4
48 meses - 72 meses	72 meses y un día 96meses	96 meses un día - 120meses	120 meses un día - 144 meses

Sigue ahora ubicar el cuarto de movilidad en que ha de establecerse la pena a imponer atendiendo los criterios previstos en el inciso segundo del artículo 61 de la Ley 599 de 2000.

Como quiera que concurren circunstancias de menor y mayor punibilidad, la selección del cuarto medio no es una actuación discrecional, como sí sucede cuando el juez decide si aplica o no el mínimo punitivo, pues en este caso su intervención se limita a verificar si en la acusación se incluyeron circunstancias de menor y mayor punibilidad, para luego seleccionar el cuarto correspondiente[372].

Solo así podría explicarse que el legislador al determinar los límites legales de punición una vez fijadas las sanciones mínima y máxima hable de cuartos medios y no

[372] CSJ, SEP 148-2022, radicado 49987.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

de uno intermedio, precisamente buscando que por criterios objetivos se determine cuál de ellos es el que corresponde al caso concreto. De lo contrario, sería el simple arbitrio del juzgador el que de manera indiscriminada le permitiría moverse en el cuarto intermedio y ninguna razón advertiría entonces la necesidad de separarlo a su vez en dos baremos diferentes[373].

Siguiendo con el criterio del legislador y la finalidad que animó la necesidad de determinar objetivamente los cuartos de movilidad punitiva, no puede pasarse por alto cómo para efectos de adscribir la pena en el escenario del cuarto mínimo, claramente se remite a la existencia de únicamente circunstancias de menor punibilidad; y respecto del cuarto máximo, señala como parámetro el que solo se materialicen circunstancias de mayor punibilidad; de lo que se sigue que la definición de cuál de los cuartos medios ha de aplicarse a un caso concreto surge necesariamente del criterio referido a la combinación cuantitativa y cualitativa de circunstancias de mayor y menor punibilidad[374].

La jurisprudencia[375] ha tomado en cuenta como criterio de selección de uno de los dos cuartos medios aplicables, no solamente a la cantidad de circunstancias de mayor o menor punibilidad, sino además su naturaleza y gravedad.

---

[373] *Cfr.* CSJ SP 28 may2014, SP6699-2014, radicado 43524.
[374] CSJ SP 28 may2014, SP6699-2014, radicado 43524.
[375] *Cfr.* CSJ. SP 13 feb 2019, SP338-2019, radicado 47675 de: *"Se deberán escoger los cuartos medios (segundo cuarto de punibilidad – SCP- o tercer cuarto de punibilidad –TCP-) cuando concurran simultáneamente circunstancias genéricas de punibilidad del artículo 55 y 58 del C.P. (el número, la naturaleza y gravedad de las mismas determinará si se aplica el segundo –SCP- o el tercer cuarto de punibilidad –TCP-)".*

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

En el presente caso, en la resolución de acusación se imputó al aforado fáctica y jurídicamente tres circunstancias de mayor punibilidad previstas en los numerales 1°, 9° y 10° del artículo 58 de la Ley 599 de 2000, y atendiendo la carencia de antecedentes penales, la Sala advierte que en el *sub judice* se configura la circunstancia de menor punibilidad de que trata el numeral 1° del artículo 55 del Código Penal.

Sobre este último aspecto es de señalar que si bien la Sala informó que mediante oficio 1585 comunicó a FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA la sentencia condenatoria proferida el 11 de agosto de 2023, SEP 105-2023, radicado 00242[376], por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, el cabal entendimiento dado por esa misma Corporación a la circunstancia genérica de menor punibilidad prevista en el numeral primero del artículo 55 del Código Penal en relación con la carencia de antecedentes penales, da lugar a dicho reconocimiento en el presente caso, en tanto y en cuanto el citado fallo fue proferido con posterioridad a los hechos aquí juzgados, lo cuales tuvieron lugar en el año 2007[377].

En ese sentido es de recordar, que la Sala de Casación Penal ha señalado:

Entiende la Sala, respecto de la naturaleza y alcances de la causal de menor punibilidad contemplada en el numeral primero del

[376] Contra la decisión la defensa presentó recurso de apelación, remitiéndose a la Sala de Casación Penal para que desate la alzada el 11 de septiembre de 2023.
[377] El contrato 372 se suscribe el 19 de noviembre de 2007

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

artículo 55 del C.P., que el mayor reproche surgido de la reiteración en el delito, para fincar en la ausencia de antecedentes la posibilidad de acceder a menor pena en concreto, se soporta en el mecanismo disuasivo que, debe entenderse, ha de representar para una persona el hecho de haber sido objeto de una condena penal, para efectos de que no incurra de nuevo en el delito.

Y si lo hace, se rebajan sus beneficios, o mejor, accede a una mayor pena por la vía de no tomar en cuenta la carencia de antecedentes penales.

Pero, si los varios delitos se ejecutan de forma coetánea, así conduzcan a diferentes sentencias, unas anteriores que otras, la aplicación del reproche en cuestión emerge inane y pierde su necesario efecto disuasivo, simplemente, porque no era conocida la sentencia por el acusado, para el momento en el cual ejecutó la otra conducta.

Por lo demás, emerge un despropósito examinar la cuestión a la luz exclusiva del elemento cronológico –que unos fallos sean anteriores a otros-, dado que con ello se facultan consecuencias como que, de romperse la unidad del proceso, así se trate de hechos conexos, efectivamente pueda hacerse valer la materialidad de la primera sentencia para eliminar la causal de menor punibilidad en la segunda o posteriores.

Desde luego, no puede ser el mero avatar procedimental –que determinados procesos terminen antes que otros-, el factor por el cual se guía la aplicación o no de la aminorante punitiva.

Es por ello, que la interpretación de lo que el legislador quiso referenciar de cara al mecanismo en examen, necesariamente obliga advertir que el antecedente penal, en cuanto, sentencia ejecutoriada, al cual se alude en la norma, debe haberse proferido con anterioridad a los hechos que signan el proceso en el cual se realiza la dosificación punitiva (se destaca).[378]

En cuanto a la agravante prevista en el numeral 9° del artículo 58 de la Ley 599 de 2000, relacionada con *"La posición distinguida que el sentenciado ocupe en la sociedad, por su cargo, posición económica, ilustración, poder, oficio o ministerio"*, la concurrencia de una

[378] CSJ SP 29 ene 2020, SP095-2020, radicado 51795.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

cualquiera de tales calidades en el procesado se traduce en una mayor exigencia en el cumplimiento de sus obligaciones y responsabilidades individuales y sociales, lo cual explica que el delito cometido se considere más grave[379].

En términos de la Corte Constitucional, esta causal de agravación no es "*gratuita*" sino que surge:

> *a partir de diferencias relevantes que precisamente llevan a considerar que, dentro de la sociedad, los individuos de quienes se trata son precisamente los "distinguidos", eso es, los que sobresalen por cualquiera de los factores enunciados, colocándolos en un nivel privilegiado frente a los demás. Es precisamente de ellos –a quienes más se ha dado- de quienes más se espera en lo relativo a la observancia de la ley y el respeto al orden jurídico*[380].

Ahora bien, de la contrastación entre la acusación y lo probado en esta actuación, a tono con los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación a favor de terceros agravado por la cuantía que la Fiscalía atribuyó al procesado, emerge nítida la circunstancia de agravación punitiva puesto que para el 29 de noviembre de 2007, fecha en la que se celebró de forma irregular el contrato 372 de 2007 y fueron entregados los recursos económicos dispuestos para su ejecución, INFANTE VERGARA era el gobernador del Magdalena.

El cargo que para el segundo semestre del año 2007 ostentaba, sin duda alguna corresponde al más alto en la

---

[379] Cfr. CSJ SP7633-2016, jun 8 de 2016, rad. 38999.
[380] Cfr. CC, sentencia C-038 de 1998.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

estructura de la rama ejecutiva departamental, por lo que puede afirmarse sin equívoco que ocupaba un lugar privilegiado en la sociedad y en esa medida un reconocimiento social, además de demandarle una mayor exigencia en el cumplimiento de sus obligaciones y responsabilidades como administrador y ordenador del gasto, así como el acatamiento de la Constitución Política y las normas de contratación estatal, lo cual explica que los delitos cometidos se consideren graves.

En este preciso evento, resulta manifiesto que la condición de gobernador encargado del departamento del Magdalena que FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA ostentaba, por sí mismo constituye una posición de indiscutible privilegio social que aunada al hecho de contar con un grado de ilustración superior, en cuanto se trata de un abogado egresado de una reconocida universidad de la capital de la República, lo cual pone de presente un grado de ilustración superior al promedio del común de los ciudadanos de este país, con lo cual la referida circunstancia de mayor punibilidad se ofrece acreditada.

En cuanto a la posición distinguida que el sentenciado ocupe en la sociedad, es de resaltar que su aplicación no comporta violación alguna al principio *non bis in ídem*, a tal punto que la Sala de Casación Penal ha definido que la mera calidad de servidor público no conduce obligatoriamente a su existencia[381], ya que[382] conforme al

[381] Cf. CSJ SP 16 jul 2014, SP 9225-2014, Rad. 37462
[382] Cfr.CSJ SEP 00144-2021, Sent 2 dic 2021, Rad 50643

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

modelo de Estado social de derecho definido por la Constitución Política de 1991, en la que rige la descentralización y la división del territorio en gobiernos locales dotados de autonomía administrativa, son los gobernadores quienes regentan la representación legal y tienen bajo su competencia la importantísima carga de ser ordenadores del gasto, por ello fundadamente se espera que quien accede a dicha dignidad cuente con las más altas credenciales de honorabilidad y liderazgo para que a través de su programa de gobierno guíe óptimamente los recursos de su región, siempre con el carácter teleológico de dar prevalencia al interés general.

En lo que atañe a la circunstancia contenida en el numeral 1° del artículo 58 del código penal, esta versa sobre la "*especificidad de los recursos sobre los cuales se ejecuta la conducta punible*"[383], colmándose en el *subjudice* los presupuestos de esta agravante genérica que fue imputada en la acusación, toda vez que la conducta delictiva de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, en la modalidad de celebrar y liquidar sin verificar el cumplimiento de aquellos, recayó sobre el contrato 372 de 2007, cuyo objeto era *"la prestación de servicios de salud a la población pobre en lo no cubierto por subsidio a la demanda de II nivel de atención, consistente en tamizaje a cuatro mil pacientes, incluido Pre-test VIH, Test VIH y Capacitación de prevención, actividad que deberá desarrollar en todo el Departamento. (sic)."*[384], comprometió el rubro de la salud pública del ente territorial destinado a prevenir el contagio del VIH, recursos destinados a

383 Cfr. CSJ SP846-2020, SP 11 mar 2020, radicado 56434.
384 Folio 7 del cuaderno original N°1 de fiscalía.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

actividades de utilidad común o a la satisfacción de necesidades básicas[385] de la comunidad magdalenense.

Esta Sala ha considerado en reiteradas oportunidades que la Constitución de 1991 conmina a los servidores públicos y principalmente a quienes fungen como gobernantes para que observen un comportamiento deóntico, ético, ya que la meta de la acción pública siempre ha de estar demarcada por las acciones hacia los demás, ajena a actos pancistas y egoístas, por eso cualquier acto corrupto se constituye en un claro obstáculo para el desarrollo de la comunidad, en cuanto los derechos tanto individuales como colectivos, como en el presente caso fue el derecho a la salud, tornándoles vacuos al limitar claramente la oportunidad de materializarlos[386], así en el *subjudice* un significativo número de la población pobre magdalenense no accedió en el año 2007 de manera gratuita a exámenes de VIH y a la capacitación preventiva de contagio del SIDA.

A la par, le atribuyó la relativa a obrar en coparticipación criminal (numeral 10º artículo 58 de Ley 599 de 2000), que también se demostró ya que en la celebración del contrato 372 de 2007 participaron, por lo menos, los funcionarios de la Secretaría de Salud departamental.

Comoquiera que en este caso concurren tres (3) circunstancias de mayor punibilidad (N°1, N°9, N°10 del art.

[385] Cfr. CSJ SP15015-2017, Rad. 46751
[386] Cfr. CSJ SP846-2020, SP 11 mar 2020, radicado 56434.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

58 L599/2000) y una de menor punibilidad, que implica en principio que la pena se ubique en uno de los dos cuartos de la mitad, siguiendo la línea jurisprudencial[387], seleccionará el cuarto medio que corresponda tomando en cuenta el número, la naturaleza y gravedad de las mismas.

Pues bien, revisadas estas circunstancias el número, la naturaleza y gravedad de mayor y menor punibilidad indicadas, llega la Sala a la conclusión que tienen mayor peso las primeras sobre la segunda en atención al daño creado con el comportamiento en tanto supuso una grave y flagrante infracción a las normas de la contratación que propiciaron otro comportamiento inequívocamente dirigido al apoderamiento a favor de terceros de recursos del erario departamental que iba destinado a "*la población pobre en lo no cubierto por subsidio a la demandan nivel II"*, los que de haber sido administrados conforme a los principios constitucionales en cita, podrían haberse destinado para evitar el contagio masivo del SIDA[388], razón por la que a efectos de la tasación de la pena de prisión se ubicará en el segundo cuarto medio.

48 meses a 72 meses	72 meses y un día 96meses	96 meses y un día 120meses	120 meses y un día 144 meses

[387] CSJ, SP338-2019, radicado 47675 de 13 de febrero de 2019.
[388] "*enfermedad producida por el virus VIH consistente en la ausencia de respuesta inmunitaria*", definida así en el Diccionario de la Real Academia la Lengua Española, fuente consultada: https://dle.rae.es/sida?m=form

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

En consecuencia, el mínimo del segundo cuarto medio (96 meses y un día) se incrementará en tres (3) meses, que corresponden al 12,5% del ámbito de movilidad (24 meses), de suerte que la pena para ese ilícito será de noventa y nueve (99) meses y un día de prisión.

Así las cosas, en razón a la necesidad de la pena y las funciones resocializadora y preventiva que cumpliría, la Sala estima razonable inicialmente partir del mínimo del segundo cuarto medio[389] al que por razón de la gravedad de la conducta le adicionará tres (3) meses, equivalente a un doce punto cinco por ciento (12.5%) del rango de movilidad, por tanto, la pena de prisión por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales se fijará en noventa y nueve (99) meses y un día, conforme con lo previsto en el inciso 3º del artículo 61 del Código Penal, de cara a las particularidades que rodearon la ejecución de la conducta[390].

Por las siguientes razones la Sala no partirá del mínimo del segundo cuarto medio, pues de cara a la conducta delictiva de contrato sin cumplimiento de requisitos legales se tiene lo siguiente: es indiscutible la gravedad del daño causado al bien jurídico (administración pública), en tanto celebró y liquidó el contrato 372 de 2007 sin verificar el cumplimiento de los requisitos legales esenciales con el fin de favorecer intereses particulares, constituyendo un acto de corrupción, razón por la cual el

[389] 96 meses más 1 día.
[390] *Cfr.* CSJ SP 2239 de 2015, rad. No. 45099; y, CSJ SP 30 ab. 2014, rad. 41350, entre otras.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

dolo en su actuar fue de gran entidad pues siendo gobernador y dada su experiencia como interventor o contratista en contratos de obra pública sabía cómo debía proceder, lo que amerita mayor reproche dado que la sociedad esperaba de él un comportamiento de respeto a la normatividad, máxime cuando simuló llevar a cabo un proceso contractual transparente cuando en verdad la turbiedad impedía ver que desde un comienzo la contratista estaba seleccionada, impidiendo se eligiera objetivamente la oferta más idónea y con capacidad técnica suficiente para garantizar el cumplimiento del interés general.

La gravedad específica de la conducta realizada, atendiendo las particularidades reseñadas no admite discusión, en cuanto aparece reflejada en el número de actos orientados a la violación de las normas que gobiernan la contratación estatal simulando que el proceso de selección de la contratista fue transparente, cuando en realidad distante estuvo de ser así, toda vez que fue seleccionada la oferta que presentaba sobrecostos, no cumplía con los requisitos de idoneidad, pues carecía del aval del Ministerio de Salud, ni contaba con capacidad técnica y financiera para ejecutar el objeto contractual; sumado a que liquidó el contrato por mutuo acuerdo, pese a no haberse ejecutado el objeto contractual, facilitando de esa manera que un tercero, esto es, la contratista Eidys Campo Lacera, obtuviera provecho ilícito en perjuicio de la comunidad magdalenense.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

De manera que a pesar de que el comportamiento juzgado puso de presente que INFANTE VERGARA ningún respeto tiene por la institucionalidad, no hay duda que su conducta desviada incrementó el riesgo contra ella, hecho que denota una mayor gravedad del comportamiento.

El agravio inferido se traduce en un menoscabo evidente a los valores que han de regir el ejercicio de los cargos en la administración pública, que por esencia y definición debe estar inspirado en los principios de la probidad y la transparencia de quienes están llamados a alcanzar los altos y nobles fines del Estado.

Esa conclusión, es viable si se considera que el cúmulo de actuaciones irregulares finalísticamente dirigidas con unidad de acción a eludir el procedimiento contractual preestablecido (contratación directa), por su esencia son producto del quehacer voluntario de los funcionarios que intervinieron en el trámite previo a la celebración y en la liquidación del contrato de algo que no podía ignorar INFANTE VERGARA, a quien por su condición de gobernador del Departamento del Magdalena se le impone un juicio de exigibilidad mayor que al común de los ciudadanos.

Pena de multa

La multa es 50 a 200 S.M.L.M.V., siendo el ámbito de movilidad general de 150, el que al ser divido en 4 nos da una movilidad concreta para cada cuarto de 37.5 SMLMV,

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

en consecuencia, el primer cuarto va de 50 a 87.5; los medios de 87.5 a 125 y de 125 a 162.5; y el máximo de 162.5 a 200 SMLMV.

Aplicado el mismo porcentaje de incremento (12.5%) al ámbito concreto de movilidad de la multa (37.5/8= 4,68), esto es, al mínimo segundo cuarto medio (125 + 4,68), nos arroja un guarismo de 129,68 SMLMV.

Considera la Corte necesario aclarar que se trata de salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de realización de la conducta[391], esto es, que para el año 2007 ascendía a $433.700, conforme ha sido indicado[392] por la jurisprudencia[393], teniendo en cuenta el principio de legalidad estricta de los delitos y de las penas, cuya finalidad es aplicar instrumentos de política criminal que ofrezcan certeza a los destinatarios de la norma sobre la clase y monto de las sanciones penales.

Tomando en consideración las mismas razones expuestas para la pena de prisión y los parámetros previstos en el numeral 3° del artículo 39 del Código Penal, tales como el grave daño causado con la irregular contratación, la ostensible actitud dolosa del procesado y su privilegiada situación económica, la Sala partirá del

[391] El salario mínimo legal vigente para el año 2007 era de $433.700.
[392] CSJ SEP SP-00057-2021, 10 Jun 2021, rad 00026.
[393] CSJ SCP SP 22 Feb. 2012, rad. 303777: "La anterior conclusión encuentra sustento en el principio de legalidad, según el cual la cuantía y naturaleza de las penas debe estar determinada con anterioridad a la realización de la conducta punible; dígase , entonces, que así como el tiempo de la realización del comportamiento típico determina la norma que regula la pena privativa de la libertad aplicable, lo propio acontece con la pena pecuniaria (multa), con la única excepción del principio de favorabilidad, en sus dos aristas de retroactividad y ultraactividad".

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

mínimo del segundo cuarto medio, aumentado en la misma proporción de la pena privativa de la libertad (12.5% del rango de movilidad), impondrá una multa por este punible de ciento veintinueve punto sesenta y ocho salarios mínimos legales mensuales vigentes (129.68 SMLMV), para el 2007, esto es, cincuenta y seis millones doscientos cuarenta y dos mil doscientos dieciséis ($56.242.216).

Es preciso indicar que la multa se deberá consignar a nombre del Ministerio de Justicia y del Derecho, según lo previsto en el artículo 42 de la Ley 599 de 2000[394].

Pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas

El artículo 410 del Código Penal señala una pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas para el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales de 60 a 144 meses; el ámbito de movilidad es de 21 meses; los cuartos: de 60 a 81 meses; de 81 meses más un día a 102 meses; de 102 meses más un día a 123 meses; y, de 123 meses más un día a 144 meses.

Ahora bien, teniendo en cuenta los criterios establecidos en el aludido artículo 61 y reseñados al momento de señalar la pena de prisión, para efectos de la tasación de la pena principal de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas debe situarse

[394] Modificado por el artículo 6° de la Ley 2197 de 2022.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

para empezar, en el mínimo del segundo cuarto medio (102 meses más un día) y, dadas las circunstancias anteriores y la proporción aplicada para la pena de prisión de 12,5% del ámbito de movilidad (12.5%= 2,62), la Sala impondrá por este delito ciento cuatro punto sesenta y dos (104) meses y diecinueve (19) días.

7.2. Del peculado por apropiación a favor de terceros agravado por la cuantía.

7.2.1. Pena de prisión

El delito de peculado por apropiación descrito en el artículo 397, inciso primero del Código Penal fija una pena que oscila entre 72 y 180 meses de prisión. Cuando la cuantía supera los 200 S.M.L.M.V[395]. como en este caso, el inciso segundo de artículo citado dispone que la pena anterior se aumente *hasta* en la mitad, incremento que por virtud del inciso 2° del artículo 60 del Código Penal se aplica al máximo quedando finalmente la pena de prisión para este caso entre 72 y 270 meses. Por tanto, el ámbito de movilidad es de 49.5 meses[396]. Los cuartos son: el primero entre 72 a 121.5 meses; los dos cuartos medios van de 121.5 meses más un día a 171 meses y de 171 meses más

[395] El salario mínimo legal mensual vigente en el año 2007 ascendía $433.700,00; por tanto, de conformidad con lo establecido previsto en el inciso segundo del artículo 397 de la Ley 599 de 2000, si el monto de lo apropiado en el caso concreto superaba los ochenta y seis millones setecientos cuarenta mil pesos $86.740.000,oo, tal como ocurre en el caso presente que ascendió a cuatrocientos cuarenta y tres millones ochocientos cincuenta mil pesos ($443.850.000 oo), procede el incremento punitivo previsto en la citada normativa.
[396] 270 - 72 = 198. 198 ÷ 4 = 49.5 meses

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

un día a 220.5 meses; y el cuarto máximo de 220.5 meses más un día a 270 meses.

1	2	3	4
72 meses a 121,5	121,5 y un día a 171 meses	171 meses más un día a 220, 5 meses	220,5 meses y un día a 270 meses.

No es necesario analizar de manera pormenorizada todos y cada uno de sus factores, ya que el juez de acuerdo con las peculiaridades de cada caso puede destacar la importancia de uno por encima de otro[397].

Ahora bien, en el presente caso la Sala considera que se configura la primera agravante imputada al aforado prevista en el numeral 1° del artículo 58 del Código Penal, porque la conducta se ejecutó sobre recursos destinados a actividades de utilidad común, toda vez que el entonces gobernador del Magdalena FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA con su obrar delictivo facilitó que particulares se apropiaran de gran parte del rubro de la salud pública departamental destinado a prevenir el contagio del VIH.

Es importante reiterar que la atribución de la circunstancia del numeral 1° del artículo 58 no viola el principio *non bis in idem*, atendiendo a que la naturaleza de los recursos es pública y por tanto coincide con el objeto material del peculado, empero el desvalor de la conducta no obedece a su naturaleza sino al hecho de su *destinación*, como quiera que se trata de recursos que debieron aplicarse

[397] CSJ SP 2239 de 201, rad. No. 45099; y SP 30 ab. 2014, rad. 41350.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

a la salud pública, con lo cual se colman los presupuestos de la agravante genérica deducida[398].

Igualmente la Sala considera que en el presente caso la Fiscalía probó la existencia de las circunstancias de mayor punibilidad previstas en los numerales 9 y 10 del artículo 58 de la Ley 599 de 2000, las cuales ameritan acrecentar el grado de reproche, pues si bien es cierto que el delito imputado es inherente a la condición de ordenador del gasto que el gobernador ostentaba (Num. 9° Art.58 C.P.), también lo es que en manera alguna puede desconocerse que el acusado con su obrar delictivo defraudó las expectativas del rol de garante del erario departamental, específicamente, del rubro destinado a la salud pública de "*la población pobre*" del Magdalena (núm. 1° *ibidem*), sumado a que obró en coparticipación criminal.

Y, del mismo modo que para el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y por las mismas razones ya expuestas, la Sala reconocerá en favor de INFANTE VERGARA la causal de menor punibilidad del numeral 1° del artículo 55 del Código Penal, esta es, la carencia de antecedentes penales.

Comoquiera que en este caso concurren tres (3) circunstancia de mayor y una de menor punibilidad, que implica en principio que la pena se ubique en uno de los dos cuartos de la mitad, la Sala[399] seleccionará el cuarto medio

[398] Cfr. CSJ. SP846-2020, radicado 56434 de 11 de marzo de 2020.
[399] CSJ. SP338-2019, radicado 47675 de 13 de febrero de 2019.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

que corresponda tomando en cuenta el número, la naturaleza y gravedad de las mismas.

Pues bien, revisadas la naturaleza y gravedad de las circunstancias de mayor y menor punibilidad indicadas llega la Sala a la conclusión que tiene mayor peso las primeras sobre la segunda por recaer la conducta en recursos destinados a actividades de utilidad común cuya pérdida ocasionó inconmensurables perjuicios dado que con su consumación no fue posible que la *población pobre* magdalenense -del nivel II del SISBEN-, accediera a un servicio de salud preventivo que tenían por fin evitar o detener el contagio masivo del virus que genera el SIDA, esto es, una enfermedad catastrófica[400]. En ese orden para los fines de la pena a imponer la Sala la determinará partir del segundo cuarto medio de movilidad este es, entre ciento setenta y un (171) meses más un (1) día a doscientos veinte punto cinco (220.5) meses.

De acuerdo con los mismos criterios, circunstancias y proporción del 12.5% aplicadas al rango de movilidad (49.5) para dosificar la pena de prisión por el delito anterior (12,5%= 6.18), que no concierne repetir, la Sala impondrá por el delito de peculado la pena de prisión de ciento setenta y siete (177) meses y seis (6) días.

7.2.2. Inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas

[400] Artículo 16 del Decreto 5261 de 1994 consagra: *"Las enfermedades ruinosas o catastróficas son aquellas que representan una alta complejidad técnica en su manejo, alto costo, baja ocurrencia y bajo costo efectividad en su tratamiento".*

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

Conforme con el artículo 397 del Código Penal aplicable para la época de los hechos, la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas es por el mismo término de la pena privativa de la libertad, por lo que se impondrá por este concepto los mismos ciento setenta y siete (177) meses y seis (6) días.

7.2.3. Inhabilidad intemporal

Dado que a nombre de FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA se emitirá condena por un delito de peculado por apropiación que afecta el patrimonio del Estado, se impondrá la sanción intemporal prevista en el inciso quinto del artículo 122 de la Constitución Política, conforme a la interpretación que de dicho precepto formuló la Corte Constitucional en su sentencia C-064 de 2003, acorde su desarrollo legislativo en el parágrafo 2º del artículo 38 de la Ley 734 de 2002, que señala:

Artículo 38.- Otras inhabilidades. (…)

Parágrafo 2°. Para los fines previstos en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política a que se refiere el numeral 1 de este artículo, se entenderá por delitos que afecten el patrimonio del Estado aquellos que produzcan de manera directa lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos, producida por una conducta dolosa, cometida por un servidor público.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

Para estos efectos la sentencia condenatoria deberá especificar si la conducta objeto de la misma constituye un delito que afecte el patrimonio del Estado.

A partir de dicho aparte normativo, concluyó la Corte Constitucional que: *El aparte de la disposición demandada exige que el patrimonio estatal sea efectivamente lesionado para que pueda generarse la inhabilidad que él mismo consagra. A juicio de la Corte tal exigencia no implica una mengua del mandato de protección del patrimonio público y por ende del artículo 122 Superior.*

En conclusión, comoquiera que en el presente asunto se acreditó que el patrimonio del Estado fue afectado de manera directa, real y concreta como consecuencia de la conducta desvalorada de INFANTE VERGARA, en tanto produjo un detrimento del patrimonio de la gobernación del departamento del Magdalena, hay lugar a imponer la sanción intemporal de que trata el inciso quinto del artículo 122 *ibidem*, modificado por el cuarto del Acto Legislativo 1 de 2009, que a letra reza: *no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado (…).*

Lo anterior, se ajusta al caso de INFANTE VERGARA, a quien se lo condenará por el delito de peculado por apropiación.

7.2.4 Pena de multa

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

La multa corresponde al valor de lo apropiado sin que supere los cincuenta mil salarios mínimo legales mensuales vigentes (50.000 SMLMV) que para el caso de FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA corresponde a la suma de cuatrocientos cuarenta y tres millones ochocientos cincuenta mil ($443.850.000), atendiendo la cifra señalada en la resolución de acusación[401].

7.3. Del concurso heterogéneo sucesivo de los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación.

Ahora bien, conforme con los lineamientos del artículo 31 del Código Penal, quien *"con una sola acción u omisión o con varias acciones u omisiones infrinja varias disposiciones de la ley penal o varias veces la misma disposición, quedará sometido a la que establezca la pena más grave según su naturaleza, aumentada hasta en otro tanto, sin que fuere superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas"*.

En este caso la pena más grave es la del peculado por apropiación por lo que la Sala para efectos de determinar la pena de prisión partirá de la deducida para este delito, es decir, de ciento setenta y siete (177) meses de prisión y seis (6) días, aumentada hasta en otro tanto sin que supere la suma aritmética de las dos penas individualmente

[401] La resolución de acusación se base en lo señalado por la perito contable en informe de 3 de abril de 201, obrante a folios 202 a 220 del cuaderno N°3 de la Fiscalía.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

dosificadas (art. 31 inc. 1 del Código Penal), por modo que aumentará tres (3) meses más por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, que equivale a una proporción de 2,86% del rango de movilidad del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales (104,65 x 2,86/100= 3 meses), para un total de pena de prisión de ciento ochenta (180) meses y seis (6) días de prisión a imponer a FRANCISCO JOSÉ INFANTE VEGARA.

En relación con la pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas para efectos de individualizarla, la Sala partirá de los mismos ciento setenta y siete (177) meses y seis (6) días de prisión y la aumentará en tres (3) meses por el concurso con el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, para un total de pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ciento ochenta (180) meses y seis (6) días.

Igualmente, se le impone la sanción intemporal de que trata el inciso quinto del artículo 122 de la Constitución Política de 1991, modificado por el Acto Legislativo 1 de 2009.

Conviene precisar que la pena de inhabilitación temporal, en los términos del artículo 44 del Código Penal, priva al condenado de la facultad de elegir y ser elegido, del ejercicio de cualquier otro derecho político, función pública, dignidades y honores que confieren las entidades oficiales, en tanto que la intemporal a que hace referencia el artículo

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

122 inciso 5 de la Carta Política, implica la pérdida de los derechos a ser inscrito como candidato a cargos de elección popular, a ser elegido o designado como servidor público y a contratar con el Estado personalmente o por interpuesta persona.

La pena de multa en caso de concurso de delitos, de acuerdo con el numeral 4° del artículo 39 del Código Penal, corresponde a la suma de las multas impuestas por cada infracción atendido las particularidades del asunto. En el presente asunto, por razón del contrato sin cumplimiento de requisitos legales se impuso como multa $56.242.216, equivalentes a 129.68 SMLMV para la época de los hechos (2007), a los que se sumarán $443.850.000, por concepto del peculado, para una pena de multa total de $500.092.216, equivalente a 1.153,08 SMLMV, valor que deberá ser consignado a nombre del Ministerio de Justicia y del Derecho conforme lo prescribe el artículo 42 del Código Penal modificado por el artículo 6 de la Ley 2197 de 2022.

7.4. DE LOS MECANISMOS SUSTITUTIVOS DE LA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD

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

Sin embargo, tal preceptiva fue incluida en el ordenamiento penal por las Leyes 1453 y 1474 de 2011;

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

1709 de 2014; y, 1773 de 2016, vigentes con posterioridad a la fecha de los hechos que aquí conciernen, razón suficiente para no aplicar la citada prohibición; por lo tanto, es imperativo el estudio de los subrogados penales de cara al cumplimiento de los requisitos establecidos por el legislador para la fecha de comisión de los hechos, tal como lo viene aplicando esta Corporación en casos similares en relación con delitos contra la administración pública antes de la vigencia de las citadas normas[402].

7.4.1. Suspensión condicional de la ejecución de la pena

El artículo 63 del Código Penal, al referirse a la suspensión de la ejecución de la pena señala que ésta se suspenderá por un período de dos (2) a cinco (5) años de oficio o a petición del interesado, cuando la pena impuesta sea de prisión que no exceda de tres (3) años.

En este caso, atendiendo que la pena de prisión a imponer en su caso de 180 meses y seis (6) días supera ampliamente el límite máximo de treinta y seis (36) meses señalado en la norma, la Sala negará a INFANTE VERGARA la concesión de este beneficio.

7.4.2. Prisión domiciliaria

El artículo 38 de la Ley 599 de 2000, vigente para la época de los hechos (29 de noviembre y 26 de diciembre de 2007) tenía

[402] Cf. CSJ. SP1785-2019. Radicado 55124.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

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

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

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

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

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

2) Observar buena conducta.

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

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

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

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

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

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

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

Este instituto ha sido modificado por las Leyes 1142 de 2007; 1453 de 2011 y 1709 de 2014, normas que previeron la exclusión de subrogados a diferencia del original artículo 38 de la Ley 599 de 2000. Aun cuando la actual legislación contiene un requisito objetivo más favorable para los intereses de los procesados (8 años), lo cierto es que su aplicación aparejaría la prohibición prevista en el artículo 68A; por tanto, tal como se indicó en el acápite anterior no es dable tomar partes de varias normas (*lex tertia*), razón por la que la concesión de este subrogado se analizará de cara a lo previsto en el original artículo 38 de la Ley 599 de 2000.

Como puede verse la normatividad presupone una exigencia objetiva y varias subjetivas que deben converger simultáneamente, al punto que, si el primer requerimiento no se cumple, ya no es necesario avanzar al análisis de los factores de orden subjetivo.

Como el requisito objetivo consiste en que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea 5 años de prisión o menos, debe analizarse conjuntamente con todas las circunstancias genéricas y específicas que califican o privilegian la conducta reprochada, incluyendo los dispositivos

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

amplificadores que incrementan o disminuyen la punibilidad[403].

En este caso, el aludido factor no concurre porque el punible de peculado por apropiación a favor de terceros por el cual será condenado el aforado, contempla como pena mínima seis (6) años de prisión, es decir, superior al monto fijado en la citada normatividad, lo que de contera descarta el análisis de los presupuestos de naturaleza subjetiva.

8. EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA

Negados los subrogados penales los condenados purgarán la pena privativa de la libertad intramural; para el efecto, se solicitará su captura a través de los organismos de seguridad del Estado, cuando la sentencia se encuentre en firme de acuerdo con el canon 188 de la Ley 600 de 2000[404]:

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

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

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

[403] CSJ. SP18912-2017, Rad. 46930.
[404] Cf. Criterio adoptado en CSJ SP6809-2016, rad. 40605.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

10. La ejecución de la sentencia[405]:

Ante las omisiones reiteradas de los jueces en materia de ejecución de la sentencia, recuerda la Sala que en la sistemática procesal anterior (Ley 600 de 2000, artículo 188) la pena privativa de la libertad se ejecutaba desde el momento en que se profería la sentencia, pero cuando se trataba de una persona a quien se le negaba el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y ésta se encontraba gozando de una libertad provisional, era necesario esperar la ejecutoria del fallo para ordenar su captura[406].

Tesis reiterada en CSJ, AP3329-2020, rad. 56180 y CSJ, SP2038-2019, rad. 53651, entre otras, al determinar que el canon 188 de la Ley 600 de 2000 señala que, si al procesado no le fue impuesta medida de aseguramiento su aprehensión solo se ordenará hasta cuando quede en firme la sentencia[407].

En el presente evento al procesado en resolución de 21 de febrero de 2017[408], la Fiscalía le definió situación jurídica sin que se les hubiera impuesto medida de aseguramiento de detención preventiva.

9. DE LAS CONSECUENCIAS CIVILES DERIVADAS DEL DELITO

---

405 Se citó: *"Se reitera el criterio desarrollado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 15 de septiembre de 2004, radicación 19948"*.
406 Por ejemplo, véase Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 20 de mayo de 2003, radicación 18684.
407 Cf. CSJ SP2544-2020, rad. 56691. En caso contrario, si se niega la suspensión de la ejecución de la pena y en el curso del proceso se dicta contra el procesado medida de aseguramiento de detención preventiva sin beneficio de excarcelación, procede la captura inmediata, situación que no sucede en el presente evento.
408 Folios 106 a 167 del cuaderno 3 de la Fiscalía.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

Conforme con el artículo 2341 del Código Civil Colombiano el delito es fuente generadora de la obligación reparadora[409], pues estipula:

El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido.

En concordancia con la precitada norma, el artículo 94 del Código Penal consagra que la acción civil está establecida para la reparación de los daños y perjuicios derivados del delito, toda vez que: *«La conducta punible origina la obligación de reparar los daños materiales y morales causados con ocasión de aquella».*

En consonancia con las citadas disposiciones, el artículo 56 de la Ley 600 de 2000, prevé que en todo proceso penal en que se haya demostrado la existencia de perjuicios provenientes del hecho investigado, el juez procederá a liquidarlos de acuerdo con lo acreditado en la actuación y en la sentencia condenará al responsable de los daños causados con la conducta punible. Además, el operador judicial deberá pronunciarse sobre las expensas las costas judiciales y las agencias en derecho, si a ello hubiere lugar.

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

[409] Ley 84 de 1873.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

El primero se refiere a las erogaciones económicas efectuadas por el perjudicado para atender las consecuencias del delito. Dicho en otras palabras, el perjuicio sufrido en la estructura actual del patrimonio lesionado, el cual no puede fundarse sino en el acervo probatorio allegado al proceso, para cuyo fin debe tenerse en cuenta los gastos hechos por causa o con ocasión del evento lesivo, vale decir, el transporte, la asistencia médica y hospitalaria, el valor de los daños sufridos por objetos perteneciente a la víctima, etc.

La Sala ha concebido el daño emergente como el perjuicio sufrido en el patrimonio económico de la víctima, derivado de ponderar el valor de los bienes perdidos o su deterioro respectivo, y las expensas asumidas para superar las consecuencias del suceso lesivo[410].

El lucro cesante consiste en las ganancias o lo que deja de percibir el perjudicado a causa de la comisión del delito. Viene a ser la utilidad, el provecho que ha dejado de obtener, el incremento patrimonial que con bastante probabilidad habría obtenido de no haberse presentado el hecho ilícito que causó el daño, por ejemplo, los ingresos laborales no percibidos por una lesión en su integridad personal, o la explotación de un bien productivo.

En cuanto a los perjuicios morales se han reconocido dos modalidades, los subjetivos y los objetivados. Los primeros lesionan el fuero interno de las víctimas y se

[410] CSJ SP., Rad. No. 40559 de 17 de IV-013.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

traducen en la tristeza, el dolor, la congoja o la aflicción que sienten las personas, y por lo mismo, no son cuantificables económicamente –artículo 56 del Código Penal-, y los segundos, repercuten sobre la capacidad productiva o laboral de la persona agravada y, por consiguiente, son cuantificables pecuniariamente.

En relación con los daños morales se tiene decantado que una persona jurídica en efecto puede sufrir los denominados morales objetivados, pues como lo tiene dicho el Consejo de Estado: "(…)*el ataque al buen nombre y reputación de una persona jurídica en el plano de la responsabilidad es capaz de generar tanto un daño de tipo patrimonial como el anotado, pues, por ejemplo, la difamación de una sociedad con un fin de lucro, puede conllevar la pérdida de su crédito mercantil, y de relaciones comerciales, con una frustración de ganancias; como también un daño extrapatrimonial o moral, porque puede ocurrir que se presente o no un menoscabo económico o que se disminuyan sus beneficios, pero de todos modos la difamación ha afectado objetivamente la apreciación de la imagen o reputación que de ella se tiene en la comunidad. Es decir, en el plano de la responsabilidad no es incompatible que se presente uno u otro daño por un ataque al buen nombre de la persona jurídica*"[411].

Por regla general las personas jurídicas no sufren perjuicios morales subjetivos por cuanto no pueden experimentar dolor físico o moral, pero ello no obsta para

[411] CE, Sent 2 may 2016, radicado 37729

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

que se puedan reconocer otros de carácter extra patrimonial que derivan, por ejemplo, de la lesión del buen nombre de la entidad, obviamente en la medida que aparezcan demostrados en el proceso, los cuales serán resarcibles cuando amenazan concretamente la existencia o mermen significativamente su capacidad de acción en el concierto de su desenvolvimiento o las pongan en franca inferioridad frente a otras de su género o especie, si es que se mueven en el ámbito de una competencia comercial o de la prestación de servicios apreciable por la demanda de usuarios[412].

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

Además, el daño para ser indemnizable debe ser cierto, directo y actual.[413]

9.1. Del incidente de objeción al dictamen pericial en el presente asunto.

En la fase de instrucción, la Fiscalía dispuso la «*designación de un experto contable con el fin de que*

[412] CSJ, SEP023-2022, Sent 15 mar 2022, radicado 51087.
[413] CSJ SP18532-2017, sentencia 8 nov 2017, radicado 43263.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

rind[iese] *dictamen pericial»,* en el cual se determinara *«el detrimento patrimonial sufrido en las arcas del departamento del Magdalena, a consecuencia de la cancelación del valor total del contrato N°372 de 2007»*[414] y se actualizara el *«monto de los perjuicios causados»*[415].

Mediante dictamen pericial N°96162 de abril 3 de 2017, la contadora Carolina Cortés Vaca afirmó que *"no exist[ían] evidencias del cumplimiento del objeto del contrato 372 del 19 de noviembre de 2007"*, y que "*teniendo en cuenta que no obra en el expediente propuesta económica presentada por el contratista",* se determina el detrimento patrimonial conforme al *"valor estipulado en el contrato N°372 del 19 de noviembre de 2007, siendo este de cuatrocientos cuarenta y tres millones ochocientos cincuenta mil pesos ($443.850.000)."*

Y, a reglón seguido, precisó:

se tomará adicionalmente como daños y perjuicios causados al detrimento patrimonial del Estado, los mayores valores cobrados por los tamizajes, teniendo en cuenta … las certificaciones del estudio de mercados realizado en los laboratorios clínicos de la ciudad de Santa Marta, el Pre Test no se cobra por aparte debido a que hace parte del Test de VIH prueba rápida, por consiguiente, el promedio de dicha prueba es de Veintinueve Mil Ochocientos treinta y tres pesos moneda corriente ($29.833).

En cuanto a la capacitación preventiva se tomará el mismo valor dado en los anexos del contrato 372 de 2007.

Se halla el mayor cobrado por tamizaje dando como resultado la suma de noventa y ocho millones seiscientos sesenta y seis mil seiscientos sesenta y siete pesos ($98.666.667), para el año 2007

---

[414] Orden de trabajo N°18457 obrante a folio 200 del cuaderno 3 de la Fiscalía.
[415] Folio 202 del cuaderno 3° de la Fiscalía.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

Es decir, en el presente caso estimó la perito que son tres los valores que constituyen el daño emergente: el primero, el cincuenta por ciento (50%) del valor del contrato 372 de 2007 pagado por la gobernación del Magdalena a la contratista Eidys Campo Lacera en diciembre de 2007, correspondiente a $221.925.000; (ii) los restantes $221.925.000, esto es, el otro 50% del valor del contrato, que el ente territorial pagó a la contratista en febrero de 2008, y (iii) el sobreprecio del contrato o mayor valor cobrado por los tamizajes, estimado en $98.666.667.

Luego procede aplicar a dichos valores el índice de precios al consumidor con el fin de *actualizar al año 2017* tales montos que corresponden al daño emergente, así:

- Por el periodo comprendido entre el mes de diciembre de 2007 con un valor de $221.925.000 que es el valor desembolsado en diciembre de 2007, al mes de febrero de 2017, debido a que es el último reportado por el DANE.

-Por el periodo comprendido entre el mes de febrero de 2008 por el valor de $221.925.000, que corresponde al pago desembolsado en este mes, al mes de febrero de 2017, debido a que es el último reportado por el DANE.

- Por el periodo comprendido entre el mes de diciembre de 2007 con un valor de $98.666.667 que corresponde al mayor valor cobrado por los tamizajes, al mes de febrero de 2017, debido a que es el último reportado por el DANE.»[416].

Para finalmente concluir que "*el detrimento al Patrimonio del Estado y los daños perjuicios causados sufridos en arcas del contrato 372 de 2007, en valor presente, asciende a la suma de*

[416] Folio 216 del cuaderno 3 de la Fiscalía.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

OCHOCIENTOS NUEVE MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA Y UN MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y SÉIS PESOS ($809.251.296) (Sic)[417].

El 15 de diciembre de 2017, la Fiscalía 11 delegada ante la Corte Suprema de Justicia profirió resolución de acusación en disfavor de FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA, como presunto responsable de los delitos de contratos sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación en favor de terceros, con las circunstancias de mayor punibilidad previstas en los numerales 1, 9 y 10 del artículo 58 de la Ley 599 de 2000[418].

Esta Sala Especial resolvió el 20 de mayo de 2020 las solicitudes probatorias presentadas por los sujetos procesales y dispuso oficiosamente: «*Pedir al Cuerpo Técnico de Investigación (CTI), adscrito a la Sala, actualice el dictamen pericial N°96162 de abril 3 de 2017 respecto de los daños y perjuicios que hayan podido causar con las conductas punibles atribuidas de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación en favor de terceros, imputadas por la Fiscalía a INFANTE VERGARA».*

El 7 de septiembre de 2020, la experta contable Martha Yaneth Cano Salerno adscrita la Unidad de Apoyo Investigativo ante esta Sala, rindió el dictamen pericial N°2020-04, en el que afirma:

Teniendo en cuenta que no obra en el expediente propuesta económica presentada por el contratista, se considera que el valor que se debe de tomar para determinar el detrimento patrimonial es el valor

[417] Folios 202 a 220 del cuaderno 3 de la Fiscalía.
[418] Folio 149 a 240 del cuaderno de la Fiscalía N°5.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

estipulado en el contrato No.372 del 19 de noviembre de 2007, siendo este Cuatrocientos Cuarenta y Tres Millones Ochocientos Cincuenta Mil Pesos M/cte ($443.850.000).

DATOS DEL CONTRATO	
Contrato N°	372
Fecha del contrato	19/11/2007
Valor del Contrato	$443.850.000 Iva incluido

Se tomará adicionalmente como daños y perjuicios causados al detrimento patrimonial del estado, los mayores valores cobrados por tamizajes, teniendo en cuenta lo siguiente:

Según las certificaciones del estudio de mercados realizado en los laboratorios clínicos de la ciudad de Santa Marta, el Pre test no se cobra por aparte debido a que hace parte del Test de VIH prueba rápida, por consiguiente el promedio de dicha prueba es de Veintinueve Mil ochocientos treinta y Tres Pesos M/cte ($29.833).

En cuanto a la capacitación preventiva se tomará el mismo valor dado en los anexos del contrato 372 de 2007.

Concepto	Contrato 372	Otros Laboratorios
Test Prueba Rápida Detección	45.000	29.833
Pre-Test VIH	9.500	
Capacitación	25.000	25.000
Total	79.500	54.833

Se halla el mayor valor cobrado por tamizaje dando como resultado la suma de Noventa y Ocho Millones Seiscientos Sesenta y Seis Mil Seiscientos Sesenta y Siete Pesos M/cte ($98.666.667), para el año 2007.

Mayor Valor Cobrado	
Diferencia por Tamizaje	24.667
Multiplicado por # Tamizajes	4.000
Total Mayor Valor Cobrado	**98.668.000**

Los valores como detrimento patrimonial y los daños y perjuicios establecidos en este informe, corresponden a:

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

Traer a Valor Presente		
Mes	**Concepto**	**Valor**
dic-07	Anticipo Contrato 372	221.925.000
feb-08	Pago Excedente Contrato 372	221.925.000
Total Contrato		**443.850.000**

Traer a Valor Presente		
Mes	**Concepto**	**Valor**
dic-07	Mayor Valor Contrato	98.666.667
Total		**98.666.667**

Y de acuerdo a la tasación realizada en este informe se obtuvo:

a. Por el periodo comprendido entre el mes de diciembre de 2007 con un valor de $221.925.000 que es el valor desembolsado en diciembre de 2007, al mes de febrero de 2017.

$$VP=\frac{221.925.000*1,01}{0,49}=\frac{224.144.250}{0,49}= \mathbf{457.437.245}$$

b. Por el periodo comprendido entre el mes de febrero de 2008 con un valor de $221.925.000 que es el valor desembolsado en este mes, al mes de febrero de 2017.

$$VP=\frac{221.925.000*1,01}{1,51}=\frac{224.144.250}{1,51}= \mathbf{148.439.901}$$

c. Por el periodo comprendido entre el mes de diciembre de 2007 con un valor de $98.666.667 que corresponde al mayor valor cobrado por los tamizajes, al mes de febrero de 2017.

$$VP=\frac{98.666.667*1,01}{0,49}=\frac{99.653.334}{0,49}= \mathbf{203.374.150...”}$$

Concluyendo en este informe que “…el Detrimento al Patrimonio del Estado y los daños y perjuicios causados sufridos en arcas del contrato 372 de 2007, en valor presente, asciende a la suma de OCHOCIENTOS NUEVE MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA Y UN MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y SEIS PESOS M/CTE ($809.251.296)”

Y luego de citar la Ley 610 de 2000, precisa:

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

Primero, que el "*total Daño Emergente* (fecha del IPC *actualizado a 5 de septiembre de 2020), es de $869.393.526.17*"[419]

Segundo, tras definir el lucro cesante, como aquella "*ganancia dejada de percibir para la gobernación por el producto de los dineros pagados por el contrato 372/2007 y mayor valor del contrato*", mediante un recuadro explicativo de los valores que tuvo en cuenta para su tasación, tales como el índice de precios al consumidor (IPC) y el interés legal, estima que ese daño asciende a $949.467.022,45[420].

Concluyendo que para el año 2020 *"el total de daños y perjuicios corresponde a $1.818.860.548,62"*[421].

En enero de 2022, la defensa[422] presentó solicitud de aclaración y adición del informe N°2020-04, siendo requerida la experta, mediante auto del 31 de mayo, para que resolviera los siguientes interrogantes planteados por esa parte procesal:

(i) Que aclare por qué determinó la existencia del lucro cesante, puesto que la Honorable Sala le había encomendado la actualización.
(ii) Que aclare y de ser procedente adicione los fundamentos de hecho, de derecho y probatorios que en el caso específico permiten concluir la existencia de un lucro cesante derivado de las conductas atribuidas a Francisco José Infante Vergara.

---

419 Folio 354 del cuaderno original 2 de la SEP.
420 Al restar la cifra del total de daños y perjuicios estimada en 1.818.860.548,62, el valor denominado de daño emergente indexado de *$869.393.526.17*, genera como resultado de $949.467.022,45, que según lo afirmado por la experta corresponde al lucro cesante.
421 Folio 355 del cuaderno original N°2 de la SEP.
422 Folio 992 del cuaderno original N°2.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

Tal petición fue atendida[423] mediante informe de Policía Judicial junio de 2022, en el cual la experta precisa que "*determinó la existencia del lucro cesante, teniendo en cuenta"* que en *"el auto AEP046-2020 de fecha 20 de mayo de 2020… se solicitó actualizar … el dictamen pericial 96162 de abril 3 de 2017* ***respecto de daños y perjuicios*** *que hayan podido causar con las conductas punibles atribuidas"* [424] y, agrega, que en la resolución de acusación se había establecido el detrimento patrimonial total en $809.251.296.

Seguidamente precisa que los fundamentos de hecho, derecho y probatorios del detrimento patrimonial causado con las conductas punibles atribuidas a INFANTE VERGARA "*tienen su desarrollo en el contenido de la resolución de acusación del 15 de diciembre de 2017*", así como en lo previsto "*en los artículos 1613 y 1614 del Código Civil"*.

El 17 de marzo de 2023, mediante memorial enviado por correo electrónico a la Secretaría de esta Sala, el defensor del aforado objetó por error grave el dictamen pericial N°2020-04, argumentando que la perito se excedió en el ejercicio de sus funciones al «*increment[ar] arbitrariamente*» el valor del perjuicio determinado en la experticia N°96162 de abril 3 de 2017, toda vez que al monto del daño emergente sumó «*injustificadamente el lucro cesante, el cual estimó en un valor de $949.467.022,45*».

[423] A instancia de la solicitud presentada por la defensa del aforado en enero de 2022, tal como se observa a folio 992 del cuaderno original N°2 de la SEP.
[424] Folios 1021 y siguientes del cuaderno original N°5.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

En proveído de marzo 21 de 2023[425], se dio inicio al trámite incidental previsto en el artículo 139 de la Ley 600 de 2000, en el que una vez descorrido el traslado común a las partes, de conformidad con lo previsto en el artículo 139, 251 y 255 de la Ley 600 de 2000, la Sala resolvió en auto de 7 de junio de 2023 (AEP-073 -2023)[426] decretar la práctica de un nuevo informe contable por perito diferente al que emitió el refutado, atendiendo lo dispuesto en el artículo 249 de ese mismo compendio normativo.

En el nuevo dictamen pericial rendido el 30 de agosto de 2023 por el contador Claudio Alejandro Calderón Cardozo, el experto adscrito al Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación concluyó:

"la actualización del valor determinado en el informe 96162 del 3 de abril de 2017 como detrimento al patrimonio del Estado y los daños y perjuicios causados sufridos derivados del contrato 372 de 2007, a la fecha asciende a la suma de MIL CIENTO TREINTA Y CUATRO MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y SEIS MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y TRES PESOS CON NOVENTA Y OCHO CENTAVOS M/CTE ($1.134.436.833,98)."[427]

La Sala resolverá la solicitud de objeción que por error grave formuló la defensa al dictamen pericial N°2020-04, rendida por la contadora del CTI, Martha Yaneth Cano Salerno en el fallo y no en el incidente, de conformidad con los siguientes argumentos:

---

[425] Obrante a folio 15 del cuaderno de objeción al dictamen pericial de la SEP.
[426] Visible a folios 29 a 46 del cuaderno original N°1 del incidente de objeción al dictamen pericial.
[427] Folio 71 del del cuaderno original N°1 del incidente de objeción al dictamen pericial.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

El artículo 249 de la Ley 600 de 2000, en relación con la prueba pericial dispone que cuando sea menester la práctica de medios de prueba técnico- científicos o artísticos, el funcionario judicial decretará y designará peritos oficiales para ejercer dicha actividad.

Este medio de prueba tiene como propósito la verificación de algunos asuntos que por su naturaleza, el funcionario judicial no está posibilidad de establecer apropiadamente por carecer de esos conocimientos especializados en determinada técnica, ciencia o arte, sin invadir el ámbito funcional del operador judicial.

Sobre la idoneidad del conocimiento pericial y la naturaleza de esta prueba, la Sala de Casación Penal ha expresado:

"Por manera que, con su idoneidad y conocimientos calificados, el perito se constituye en un colaborador de la actividad judicial y sus opiniones contribuyen a forjar el convencimiento del juzgador en la labor de reconstrucción de la verdad histórica, que es y seguirá siendo el propósito fundamental de la investigación criminal.

La doctrina y jurisprudencia nacional e internacional, tienen declarado en forma reiterada y unánime, que se trata de una prueba particularmente compleja, en cuanto exige el cumplimiento de un procedimiento especial que comprende su ordenación, la definición de la cuestión que debe ser examinada, el interrogatorio que debe ser absuelto, la selección y designación del perito o peritos, la incorporación del dictamen al proceso, los traslados de las partes para su conocimiento y controversia (artículo 251 y ss de la Ley 600 de 2000).

Con la formulación de tales imposiciones, la ley también exige que el dictamen sea claro y preciso y que contenga las especificaciones de los exámenes, experiencias e indagaciones efectuadas, así como los fundamentos de las conclusiones, las cuales deberán versar sobre

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

aspectos fácticos susceptibles de comprobación, a efectos que la verdad no quede descansando en las caprichosas conjeturas del perito, sino en los componentes, leyes y principios del asunto sometido a su consideración."[428]

Es importante recordar que la objeción al dictamen pericial N°2020-04 conllevó a la realización de uno nuevo por un perito diferente (contador Claudio Alejandro Calderón Cardozo) a la experta que profirió el refutado (Martha Yaneth Cano Salerno), no siendo esta última experticia susceptible de objeción, aunque procedente sí lo serían aquellas solicitudes de aclaración, adición y ampliación que las partes incidentales presentaran en el término del traslado, de conformidad con lo previsto en el artículo 255 de la Ley 600 de 2000.

Sin embargo, advirtió la Sala que resultaría inútil descorrer el traslado común a las partes del incidente atendiendo las particularidades del presente caso, pues evidente es que la nueva experticia satisface la pretensión de la defensa, en tanto, se limitó a actualizar el único perjuicio estimado en el informe del año 2017, esto es, el daño emergente, por lo tanto, carecería esta parte procesal de interés para presentar solicitudes de adición, aclaración o ampliación del dictamen contable rendido el 30 de agosto de 2023 por el contador Claudio Alejandro Calderón Cardozo. También carecerían de interés para realizar dichas peticiones la parte civil, el Ministerio Público y la Fiscalía por las razones que a continuación se analizaran:

[428] Cfr. CSJ. AP 29 nov 2017, Rad. 47728

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

Primero, de conformidad con el criterio jurisprudencial adoptado por la Corte, "*corresponde al juzgador definir acorde con la índole del dictamen si la objeción debe ser resuelta en la sentencia o dentro del trámite*"[429], pues si "*el tema por resolver en el incidente es el mismo del proceso penal, debe DIFERIRSE el asunto a decidir para el momento de proferir el fallo que ponga fin al proceso, porque no pude ser resuelto de manera anticipada por la vía de un incidente*."[430]

Y lo que aquí se cuestiona a través de la objeción del dictamen pericial N°2020-04, es que en este se concluyó que el total de daños y perjuicios causados por la presunta comisión de los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación a favor de terceros, enrostrada a FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA, es comprensivo del daño emergente y del lucro cesante, refiriendo la defensa que erró gravemente la perito Martha Yaneth Cano al determinar el segundo de los mencionados daños materiales, pues considera su labor "*excede"* lo ordenado por la Sala.

Empero, para llegar a establecer la existencia o no de un yerro en la experticia refutada, previamente debe la Sala determinar si tuvieron ocurrencia o no las conductas delictivas previstas en los artículos 410 y 397 del Código Penal, el grado de participación del aforado en estos, y si se causaron o no perjuicios en el proceso contractual 372 de 2007, circunstancias que por tratarse de un tema de fondo debían ser debatidas en el curso del juicio y su decisión

[429] CSJ, SP 6 jun 2007, radicado 24044.
[430] CSJ, AEP 4 junio de 2021, radicado 25808

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

darse en la sentencia que ponga fin a éste[431], pues no puede ese tema ser resuelto de manera anticipada por la vía de un incidente.

Ello es así, en atención a que la valoración de las pruebas en general, es una actividad que el juzgador desarrolla de manera definitiva en la sentencia, no antes. Por ello, no hay precepto que le imponga adelantar un juicio previo sobre el particular en forma que inexorablemente deba exponer cuál de los elementos de persuasión predomina sobre otro. De ahí que pueda diferir, como aquí se hizo, para la sentencia el pronunciamiento y consiguiente apreciación de las pruebas que se han obtenido en orden a demostrar la existencia del error en el contenido de una experticia[432].

Segundo, el defensor expone un supuesto "*exceso*" de la contadora Martha Yaneth Cano Salerno en su peritación, conforme a los lineamientos de la orden impartida por la Sala en auto de 20 de mayo de 2020, al incluir *"el lucro cesante* [en su informe], *perjuicio que la perito anterior no dictaminó y por el que la Fiscalía no acusó".*

Teniendo en cuenta que para los fines de la objeción al dictamen pericial, la legislación procesal no definió la naturaleza y alcance del error que legitima la proposición del incidente, pues el artículo 255 de la Ley 600 de 2000 se limita a indicar que "en el escrito de objeción se señalará el

[431] Cfr. CSJ, SEP 4 jun 2021, radicado 25808.
[432] Cfr. CSJ, SP 6 jun 2007, radicado 24044; AP7839-2017, Rad 47728; SEP 068-2024, Rad 25808.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

error y se solicitarán las pruebas para demostrarlo", la Corte para el efecto ha optado atender la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre el particular:

Se precisa que para que se configure "el error grave" en el dictamen pericial, se requiere de la existencia de una equivocación en materia grave por parte de los peritos, una falla o dislate que tenga la entidad suficiente para llevarlos a conclusiones igualmente equivocadas, tal y como lo exigen los numerales 4° y 5° del artículo 238 del C. de P. C.[433]

Respecto del significado del error grave, ha sostenido la Corte Constitucional lo siguiente:

Como es sabido, el error se opone a la verdad y consiste en la falta de adecuación o correspondencia entre la representación mental o concepto de un objeto y la realidad de éste. Por ello, si en la práctica del dictamen anticipado se formula objeción, el juez respectivo tendrá que determinar si existe o no el error señalado y si acepta o no la objeción, o sea, deberá establecer si el dictamen tiene o no valor de convicción[434]*.*

La Corte Suprema de Justicia ha advertido que:

Si se objeta un dictamen por error grave, los correspondientes reparos deben poner al descubierto que el peritazgo tiene bases equivocadas de tal entidad o magnitud que impone como consecuencia necesaria la repetición de la diligencia con intervención de peritos… pues lo que caracteriza desacierto de ese linaje y permite diferenciarlos de otros defectos imputables a un peritaje… es el hecho de cambiar las cualidades propias del objeto examinado, o sus atributos, por otras que no tiene; o tomar como objeto de observación y estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen, pues apreciando equivocadamente el objeto, necesariamente serán erróneos

[433] Cfr. CSJ AP 29 nov 2017, Rad 47728.
[434] CC, Sentencia C-830 de 2002.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

los conceptos que se den y falsas las conclusiones que de ellos se deriven.[435]

Con fundamento en lo anterior, hay que señalar que la argumentación con la cual el abogado pretende sacar adelante su tesis parte de una lectura distorsionada de la orden impartida por la Sala, asignándole un alcance que no tiene.

Para ello conviene precisar lo impropio que resulta concluir que de la orden impartida por la Sala de designar un perito para elaborar un dictamen pericial de avalúo de perjuicios materiales, pueda entenderse que éste quebrante el deber de "*examinar los elementos materia de prueba dentro del contexto de cada caso, desde el punto de vista técnico, científico o artístico*", tal como lo contempla el artículo 251 de la Ley 600 de 2000.

Es decir, los fundamentos expresados por la defensa en su solicitud de objeción al dictamen pericial N°2020-04[436], del 7 septiembre de 2020, convergen en señalar que la contadora "*se excedió"* al determinar el monto del "*lucro cesante"*, pues afirman que debió limitarse a "*actualizar el daño emergente"* estimado en el informe N°96162 de abril 3 de 2017, sin que refiera haber advertido un yerro aritmético, o la existencia de un error en el método o la práctica contable aplicada, en consecuencia, recae exclusivamente su refutación en los conceptos jurídicos de

[435] CSJ, AP 8 sep 1993, exp. 3446, citado por la Corte Constitucional en sentencia C-807 de 2002 y el Consejo de Estado en sentencia de mayo 17 de 2007, radicado 05001-23-31-000-2000-03341-01.
[436] Obrante a folio 343 del cuaderno original 2 de la SEP.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

"*daños y perjuicios*" aplicados por la contadora Martha Yaneth Cano Salerno[437], desconociendo con ello la naturaleza de la prueba pericial[438] y la prohibición de que el perito exprese conceptos sobre aspectos jurídicos propios del funcionario judicial.

Al respecto la Corte Constitucional en sentencia de tutela destacó lo siguiente[439]:

Aunque la doctrina discute sobre la naturaleza jurídica de la peritación porque una parte de ella la considera un medio de prueba y otra parte sostiene que es un instrumento de apoyo para complementar los conocimientos del juez, lo cierto es que nuestra legislación siempre la ha reconocido como una prueba calificada. En efecto, el artículo 233 del Código de Procedimiento Civil se refiere a la "prueba pericial" como un medio para verificar hechos que interesan al proceso y que requieran conocimientos científicos, técnicos o artísticos. Así, entonces, la prueba pericial busca aportar al proceso elementos de juicio ajenos al saber jurídico que se requieren para resolver la controversia jurídica sometida a decisión del juez.

De acuerdo con el Código de Procedimiento Civil, la prueba pericial se caracteriza por: i) expresar conceptos cualificados de expertos en materias científicas, técnicas o artísticas, pero bajo ningún punto sobre aspectos jurídicos (artículo 236, numeral 1º), pues es evidente que el juez no requiere apoyo en la disciplina que le es propia; ii) quién lo emite no expresa hechos, sino conceptos técnicos relevantes en el proceso. En efecto, a los peritos no les consta la situación fáctica que origina la intervención judicial, puesto que, a pesar de que pueden pedir información sobre los hechos sometidos a controversia, su intervención tiene como objetivo emitir juicios especializados que ilustran al juez sobre aspectos que son ajenos a su saber. Esto es precisamente lo que diferencia el dictamen pericial del testimonio técnico, porque mientras en el segundo se han percibido los hechos, el primero resulta ajeno a ellos (artículos 213 y siguientes); iii) es un

[437] Prueba decretada de oficio por la Sala en auto AEP 046-2020 de 20 de mayo de 2020.
[438] En relación con la discusión doctrinaria sobre la naturaleza jurídica de la peritación, puede verse un resumen completo en Teoría General de la Prueba Judicial. Devis Echandía, Hernando. Tomo II. Editorial Temis. Bogotá. 2002. Páginas 301 y siguientes.
[439] CC, sentencia T-417 de 2008.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

concepto especializado imparcial, puesto que el hecho de que los peritos están sometidos a las mismas causales de impedimentos y recusaciones que los jueces muestra que debe ser un tercero ajeno a la contienda (artículo 235); iv) se practica por encargo judicial previo, de ahí que claramente se deduce que no es un manifestación de conocimientos espontánea ni su contenido puede corresponder a la voluntad de una de las partes (artículo 236, numeral 2º); v) el dictamen pericial debe ser motivado en forma clara, oportuna, detallada y suficientemente (artículo 237) y, vi) para que pueda ser valorado judicialmente, esto es, para que pueda atribuírsele eficacia probatoria requiere haberse sometido a las condiciones y al procedimiento establecido en la ley y, en especial, a la contradicción por la contraparte (artículos 236 a 241).

Para los fines de la prueba pericial, en el presente caso la Sala aportó a la experta la información necesaria y oportuna, es decir, la que obra en el proceso y que ha sido legalmente arrimada sin que la experto contable acopiara elementos de prueba adicionales o distintos de los necesarios para el cumplimiento del objeto de su estudio científico, técnico o artístico.

Desde esa perspectiva es evidente lo inadmisible que resulta que el defensor funde su tesis de la presencia de un error grave en que la perito "se excedió" al *"realizar la actualización de la tasación de daños y perjuicios"*, porque *"no solo corrigió monetariamente el daño emergente… perjuicio al que se limitaba su encargo, sino que, también, incluyó el lucro cesante*», y que la experta también incurre en un yerro "*al no esbozar ningún argumento sobre los elementos de juicio que permiten aseverar que la gobernación de Magdalena dejó de percibir ganancias o provecho alguno por el presunto incumplimiento contractual"*, pues desconoce con ello la naturaleza, el significado y el alcance del error grave desarrollado por la jurisprudencia.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

Como lo señaló la Corte en decisión citada, "*el perito se constituye en un colaborador de la actividad judicial*" con su idoneidad y conocimientos calificados, no en un sustituto del funcionario judicial, y su conocimiento en determinada área del saber científico, es apenas una contribución especializada a forjar el convencimiento del juzgador en la labor de reconstrucción de la verdad histórica.

Por ello, el propósito de la Sala al decretar la prueba pericial fue determinar "*los daños y perjuicios que hayan podido causar con las conductas punibles atribuidas de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación en favor de terceros, imputadas por la Fiscalía a INFANTE VERGARA.*"[440]

Ello, bajo el entendido que la Fiscalía hasta ese momento, en ejercicio de su función acusadora había concluido en la resolución de acusación con base en la prueba y el nivel de conocimiento requerido, la existencia del delito de peculado y el monto de la apropiación, cuantificándose exclusivamente el daño emergente (pago total del contrato y presunto mayor valor del contrato) en la suma de $869.393.526,17.

De manera que ya en la fase de juzgamiento para efectos del cumplimiento de la obligación de reparación de perjuicios, la experta debía cuantificar contablemente perjuicios materiales y morales de los punibles endilgados,

[440] CSJ, AEP046-2020. Rad 52188.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

a partir de la suma señalada por la Fiscalía en los cargos, como apropiadamente lo hizo la experta en este caso.

La distinción y el alcance de los conceptos de objeto material del delito e indemnización de perjuicios fue ilustrada por la Sala de Casación Penal en sentencia de 22 de octubre de 2008, radicado 29983[441], oportunidad en la que señaló, en síntesis, que el daño originado con el delito está compuesto por el valor del objeto material, mientras que los perjuicios derivados de éste incluyen los daños materiales (daño emergente y lucro cesante) y los morales.

En ese orden, la tesis del error grave propuesta por el objetante resulta desatinada, porque no es a la perito designada a quien le correspondía probar la existencia del lucro cesante u *"ofrecer argumentos sobre los elementos de juicio que permiten aseverar que la gobernación de Magdalena dejó de percibir ganancias o provecho alguno por el presunto incumplimiento contractual"*, en los términos expresados por la defensa, sino avaluar los perjuicios materiales derivados de los delitos endilgados a INFANTE VERGARA, y para el cumplimiento de tal cometido debía apoyarse, como ciertamente lo hizo, en la resolución de acusación y las pruebas practicadas en fase de instrucción.

De ahí que deba estimarse como acertado que la perito haya tomado en cuenta, el "*valor estipulado en el contrato*

[441] La Corte en esa oportunidad hace la distinción al abordar el estudio del concepto de reparación integral frente a un cargo por violación directa por falta de aplicación del artículo 269 de la Ley 599 de 2000, que consagra una disminución de la pena por reparación integral contra una sentencia por un delito contra el patrimonio económico, a pesar de haber sido reparada la víctima.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

No.372 del 19 de noviembre de 2007, siendo este Cuatrocientos Cuarenta y Tres Millones Ochocientos Cincuenta Mil Pesos M/cte ($443.850.000)", como monto de apropiación fijado en la resolución de acusación, y a partir de allí conducir su estudio, sin perder de vista que el daño emergente evaluado por la experta contable contemplaba los sobrecostos, el cual para el año 2017 ascendía a $809.251.296, y con base en esta información proceder a determinar la indexación al año 2020.

Tradicionalmente se ha venido solicitando al perito establezca si con el delito se causaron perjuicios y de ser así proceda a cuantificarlos, ello en razón a los distintos grados de conocimiento por los que transita el proceso penal, la posibilidad, la probabilidad y la certeza, sin que ello implique una autorización para que interfiera en materias propias del funcionario judicial.

Debe recordar la Sala que establecer si la conducta punible causó perjuicios es uno de los fines de la investigación, y que el juez debe condenar en concreto cuando se haya acreditado en grado de certeza que ello ocurrió, para tal propósito puede acudir al trabajo de un perito. De esta manera, conforme se desprende de la orden impartida el objeto de la pericia en este caso, si bien se impuso a la perito "*actualice el dictamen pericial N°96162 de abril 3 de 2017 respecto de los daños y perjuicios que hayan podido causar con las conductas punibles atribuidas de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación en favor de terceros, imputadas por la Fiscalía a INFANTE*

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

VERGARA", el mandato obviamente partió del hecho de la existencia de los delitos y de la cuantía declarada en la resolución de acusación, pues se trata hasta ese momento de una verdad procesal, y en ese orden, la misión de la experta contable se limitaba a un avalúo integral de los perjuicios materiales, entendidos estos en su naturaleza bidimensional: daño emergente y lucro cesante, el primero, como la erogación del patrimonio del perjudicado (erario del departamento del Magdalena) destinado a atender las consecuencias del daño y, el segundo, como la perdida de la ganancia o utilidad derivada de la comisión del delito.

De este modo, no queda duda de que los cuestionamientos planteados por la defensa al dictamen pericial N°2020-04 del 7 de septiembre de 2020 carecen de razonabilidad para enervar el cumplimiento de su objeto, fundamentación y validez de su contenido, y por el contrario emerge claro que cumple con todos los requisitos de forma exigidos por el artículo 251 de la Ley 600 de 2000 para tenerlo como medio de prueba.

Por las razones anteriormente expresadas la Sala declarará impróspera la objeción al dictamen presentada por la defensa y, en consecuencia, procederá a efectuar la apreciación conjunta de los dictámenes practicados de conformidad con lo estipulado en el artículo 255 de la legislación procesal penal[442], con el fin de determinar en el presente caso los daños y perjuicios que hayan podido

[442] Conforme a lo previsto en el artículo 255 de la Ley 600 de 2000 y el criterio adoptado por la Sala en AEP 001-2023 de 11 de enero de 2023, radicado 00011.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

causar FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA con las conductas punibles de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación en favor de terceros.

9.2. Los daños y perjuicios causados en el presente caso por el aforado.

Es sabido que la acción civil para el resarcimiento de los daños y perjuicios derivados de la conducta punible, así como para obtener la verdad de los hechos y a la justicia, conforme las previsiones del artículo 45 de la Ley 600 de 2000, puede ventilarse bien concomitantemente al proceso penal, ora ante la jurisdicción civil a elección de la persona perjudicada.

Tal precepto ha sido delineado por la Corte Constitucional mediante las sentencias C-760 de 2001 y C-228 de 2002, preciando que, si se opta por la vía penal, la oportunidad para ello abarca desde la fase preliminar y hasta la finalización del proceso, en cuyo caso, si no se es abogado se debe hacer mediante apoderado y con la formulación de la demanda respectiva en acatamiento de sus formalidades enarbolando claramente las pretensiones.

Las entidades públicas que vean perjudicados sus intereses con la comisión de una conducta punible, tal como acontece en el presente caso con la Gobernación del Magdalena, en pro de reivindicar las garantías de verdad,

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

justicia y reparación[443], se constituyó como parte dentro del trámite penal.

Al respecto la Corte Constitucional en sentencia C-228 de 2002 señaló:

Existe una tendencia mundial, que también ha sido recogida en el ámbito nacional por la Constitución, según la cual la víctima o perjudicado por un delito no sólo tiene derecho a la reparación económica de los perjuicios que se le hayan causado, trátese de delitos consumados o tentados, sino que además tiene derecho a que a través del proceso penal se establezca la verdad y se haga justicia. Esa tendencia se evidencia tanto en el texto constitucional como en el derecho internacional y el derecho comparado[444].

En esa medida, la parte civil es una institución que permite a las víctimas o perjudicados participar como sujetos en el proceso penal, buscando no sólo una reparación patrimonial, sino, como en este caso, con la finalidad de procurar que se esclarezcan con detalle los hechos, pues ello podría redundar en beneficio del Estado al permitir, por ejemplo, identificar los factores externos e internos de diferente orden que facilitan la comisión de las conductas punibles que afectan los intereses públicos y contribuyen a la realización de los hechos juzgados. Como lo precisó el máximo órgano de lo constitucional en la sentencia referida[445], "e*l derecho a acceder a la administración de justicia puede comprender diversos remedios judiciales diseñados por el legislador, que resulten adecuados para obtener la verdad sobre lo*

[443]Cfr. Sentencia C -228 de 2002, CSJ SP AP 29 may. 2013, rad. 28016, CSJ SP AP1157-2015, 4 mar. 2015, rad. 44.629, CSJ SP13445-2015, 30 sep. 2015, rad. 40.949.
[444] C.C, Sentencia C-228 de 2002.
[445] CSJ, SEP 126-2023, radicado 50683.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

ocurrido, la sanción de los responsables y la reparación material de los daños sufridos"[446].

En esta actuación mediante auto AEP 042-2020 de 13 de mayo de 2020[447] la Sala admitió la demanda de constitución de parte civil presentada en favor del Departamento del Magdalena-, en la cual de manera expresa solicitó "*se condene a FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA al pago de todos y cada uno de los perjuicios materiales y morales que se ocasionaron como consecuencia de lo hechos que ahora son materia de investigación"*[448].

A la gobernación del Magdalena le asiste interés en la verdad, justicia y reparación, por la afectación que sufrió con las conductas punibles desplegadas por el aforado INFANTE VERGARA, siendo obligación del Estado investigar los hechos denunciados y emitir una sentencia de condena en contra del citado responsable; obligación que aumenta mientras más daño social se ocasione con la conducta endilgada[449] al tratarse de un deber jurídico atado a la imperiosa necesidad de asegurar la vigencia de un orden justo, como lo manda la Constitución Política en su preámbulo y en el artículo 2°[450].

En esa medida, se satisfacen las pretensiones del citado actor civil en cuanto al proferir sentencia de condena en contra del exgobernador encargado del Magdalena,

---

[446] Ibidem
[447] Folios 18 y siguientes del cuaderno original de la Parte Civil N°1.
[448]Folio 11 y ss., Cuaderno Original Parte Civil N°1.
[449] C.C. Sentencia C-004 de 2003.
[450] CSJ, SEP 126-2023, radicado 50683.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA por los delitos de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación a favor de terceros,* se materializan así sus derechos a obtener la verdad, justicia y reparación al haberse establecido la responsabilidad penal del aforado en la celebración y liquidación irregular del contrato 372 de 2007, favoreciendo que particulares se apropiaran de recursos del rubro de la salud pública. Por tanto, la Sala a continuación procederá a su liquidación de manera oficiosa, tras valorar conjuntamente los dictámenes periciales practicados por expertos contables en la presente actuación:

De conformidad con el artículo 6º de la Ley 610 del 2000 se entiende por daño patrimonial del Estado la lesión del patrimonio público por el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida o deterioro de los bienes o recursos públicos, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente e inoportuna. Ese daño patrimonial (material) se refleja, para efectos de cuantificación, en los conceptos de daño emergente y lucro cesante, que derivan de la legislación civil.

El artículo 1613 del Código Civil determina que la indemnización de perjuicios comprende esos dos conceptos, "*Entendiéndose por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento*", en tanto que el lucro cesante es "*la*

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación…" (Artículo 1614).

La fijación de tales montos exige la indexación, que consiste en traer a valor presente la suma no pagada, es decir, se aplica un procedimiento para ajustar el valor al presente de tal forma que no pierda su capacidad adquisitiva. Surge como una repuesta al fenómeno propio de la depreciación de la moneda, con el fin último de que ésta conserve su poder adquisitivo con el paso del tiempo, de tal manera que, en aplicación de principios como los de equidad, justicia, reciprocidad, integridad del pago y reparación integral del daño, el acreedor esté protegido contra los efectos nocivos del paso del tiempo (confrontar: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, radicación 1564).

Se ha determinado que para actualizar ese valor se divide el inicial índice de precios al consumidor (IPC) entre el IPC actual. El IPC lo establece el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE).

Para el daño emergente, el Consejo de Estado, en aras de la indexación, ha señalado la siguiente fórmula:

VR = VH x IPC actual / IPC inicial

En donde el valor a reintegrar (VR) se determina multiplicando el valor histórico del daño investigado o monto base de indexación (VH) por el resultado de dividir el

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

IPC final (vigente a la fecha de la decisión) por el IPC inicial (vigente al momento de los hechos). El resultado es el daño emergente.

El lucro cesante resulta de calcular cada año el interés sobre el monto del capital actualizado; conforme con el artículo 1617 del Código Civil se aplica el interés legal del 6%, tasa anual efectiva, que corresponde al 0,004867, interés efectivo mensual. La fórmula aplicable es:

$$S = Ra\ (1+ i)^n$$

Donde el lucro cesante (S) se determina multiplicando el valor actualizado a la fecha presente (Ra) por uno (1) más la tasa del Código Civil de interés mensual (i), elevado al número de meses transcurridos desde el momento en que se constituyó la obligación.

Para la tasación de los daños y perjuicios los valores se tomaron con base en el Informe de Policía Judicial 96162 de 3 de abril de 2007, actualizados a la fecha.

El primer concepto se refiere al anticipo del contrato número 372, por un valor de $221.925.000, tomando como fecha inicial el 31 de diciembre de 2007, que corresponde a la fecha de desembolso, y la fecha final es el 31 de agosto de 2024, que es la fecha del último IPC reportado por el DANE.

En segundo lugar, el concepto abarca el pago del excedente del contrato número 372 por un valor de

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

$221.925.000, registrando como fecha inicial el 29 de febrero de 2008, que es la fecha de desembolso y como fecha final para este cálculo el 31 de agosto de 2024, que corresponde a la fecha del último IPC reportado por el DANE.

También, es importante precisar que en el informe pericial de 3 de abril de 2017, la experta contable a más de determinar el valor del detrimento patrimonial tomando como base el valor estipulado en el contrato 372 de 2007, el cual ascendía a $443.850.000, realizó un estudio de mercado y concluyó que el contrato tuvo sobrecostos por cuantía de $98.666.667, atendiendo que el estudio de mercado permitió evidenciar tres inconsistencias: (i) el valor del Pre Test VIH estaba incluido en la prueba Test VIH y ninguno de los laboratorios consultados cobraba la jornada de capacitación, (ii) al tomar los valores consignados en el contrato por cada prueba de tamizaje y capacitación ($79.500) y multiplicarlos por 4000, el valor que se obtiene es de $318.000.000, esto es, un monto inferior al fijado en la minuta de $443.850.000. (iii) Al compararse el valor en el mercado de las pruebas de tamizaje, con los montos consignados en el contrato, se halla un mayor cobrado ($24.667 X4000 = 98.666,667).

Sin embargo, luego de analizar tal información en detalle, la Sala observa que no es apropiado incluir el valor del sobrecosto en el monto del detrimento patrimonial causado con las conductas delictivas previstas en los artículo 410 y 397 del Código Penal, pues implica duplicar

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

los valores, ya que por las particularidades de este caso (el no hallazgo de la oferta supuestamente presentada por la contratista y no existir evidencia del cumplimiento del objeto contractual por parte de esta), el sobrecosto no es un gasto adicional sino parte del valor total pagado.

En consecuencia, el detrimento patrimonial corresponde en el presente caso exclusivamente al valor total efectivamente desembolsado en virtud del contrato, es decir, $443.850.000.

Cálculo Daño Emergente

N°	DETALLE	Fecha Hechos (Suscripción o Pago)	Fecha a Actualizar (Último IPC)	VALOR A ACTUALIZAR (Detallado Informe)	ÍNDICE DANE		INDEXACIÓN	VALOR INDEXADO
					Fecha Hechos	Fecha Final		
				VH - Valor Histórico	IPC Inicial	IPC Final	=V/r Indexado (-) V/r Histórico	VP={VH*(IPCFi/IPC In)}
1	Anticipo Contrato 372	19/12/2007	31/07/2024	221.925.000,00	64,82	143,67	269.959.676,80	491.884.676,80
2	Pago excedente Contrato 372	29/02/2008	31/07/2024	221.925.000,00	66,50	143,67	257.533.116,54	479.458.116,54
TOTAL								**971.342.793,34**

(*) Fuente: Información Estadística DANE- Índices serie de empalme años 2003 - 2024, actualizado el 06 de septiembre de 2024

Cálculo Lucro Cesante

N°	Detalle	Fecha Hechos (Suscripción o Pago)	VALOR INDEXADO (Ra)	Interés Mensual $(a+i)^n$	Lucro Cesante (Valor Interés Dinero)	Total Daño Emergente + Lucro Cesante
1	Anticipo Contrato 372	19/12/2007	491.884.676,80	2,68	828.221.121,73	1.320.105.798,52
2	Pago excedente Contrato 372	29/02/2008	479.458.116,54	2,65	792.390.781,70	1.271.848.898,24
TOTAL			**971.342.793,34**		**1.620.611.903,42**	**2.591.954.696,76**

Al realizar la aplicación de las fórmulas se tiene que el total del daño emergente corresponde a la suma de novecientos setenta y un millones trescientos cuarenta y dos mil setecientos noventa y tres pesos, con treinta y cuatro centavos ($971.342.793,34) y el lucro cesante a la suma de mil seiscientos dieciocho millones cincuenta mil seiscientos cuarenta y tres pesos, con dieciocho centavos ($1.618.050.643,18), para un total de daños y perjuicios por valor de dos mil quinientos ochenta y nueve millones

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

trescientos noventa y tres mil cuatrocientos treinta y seis pesos, con cincuenta y uno centavos ($2.589.393.436,51) atribuidos al señor FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA, por los conceptos ya detallados actualizados al 31 de agosto de 2024.

10.De las costas y expensas procesales

De conformidad con lo dispuesto por los artículos 56 de la Ley 600 de 2000 y 365 del Código General del Proceso, la Sala debe pronunciarse sobre la condena en costas procesales: *(i)* expensas y *(ii)* las agencias en derecho; si a ello hubiere lugar[451].

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

[451] La Sala en SP00057-2021, radicado 00026 de 10 de junio de 2021.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

En el presente caso, como no se acreditaron en el proceso los gastos realizados por la parte civil durante el trámite del proceso no se condenará al pago de expensas; y por las agencias en derecho se calculará el 5% del valor de las pretensiones reconocidas, siguiendo la regla del artículo 1° del Acuerdo 2222 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura, vigente para el momento de la apertura de investigación previa, según norma remisoria contenida en el canon 7 del Acuerdo PSAA16-10554 de 2016[452]; suma que será pagada a favor del Departamento del Magdalena. Lo anterior dados los gastos en que incurrió por la actividad del abogado externo contratado por la gobernación para la defensa de sus intereses.

En atención a que FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA se lo condenará al pago de los perjuicios causados dos mil quinientos ochenta y nueve millones trescientos noventa y tres mil cuatrocientos treinta y seis pesos, con cincuenta y un centavos ($2.589.393.436,51), el 5% para efectos del monto de las agencias en derecho corresponde a ciento veintinueve millones cuatrocientos sesenta y nueve mil seiscientos setenta y un pesos con ochenta y tres centavos ($129.469.671,83) suma que deberá pagar a la parte civil por este concepto.

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

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

Expídanse las copias de que tratan los artículos 469 y 472 del Código de Procedimiento Penal, aplicado.

Contra esta sentencia procede el recurso de apelación en los términos de los numerales 5 y 6 del artículo 235 de la Carta Política, modificado por el artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2018.

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

Por lo expuesto, **LA SALA ESPECIAL DE PRIMERA INSTANCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA,** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. DECLARAR a **FRACISCO JOSÉ INFANTE VERGARA,** de condiciones civiles y personales referidas en este fallo, exgobernador del departamento del Magdalena, coautor penalmente responsable de los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación a favor de terceros, por cuya realización en su contra la fiscalía delegada ante esta corporación profirió resolución de acusación en el presente asunto.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

En consecuencia, se dispone **CONDENARLO** a ciento ochenta (180) meses y seis (6) días de pena privativa de la libertad; inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por ese mismo monto (inc. 2°Art.397 L599/2000), y a la inhabilitación intemporal para el ejercicio de derechos y funciones públicas de acuerdo con el inciso 5 del artículo 122 de la Carta Política; multa en cuantía de 1.153,08 SMLMV, la cual deberá consignar a nombre del Ministerio de Justicia y del Derecho conforme lo prescribe el artículo 42 del Código Penal modificado por el artículo 6 de la Ley 2197 de 2022, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO. CONDENAR a FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA al pago de daños y perjuicios por valor de dos mil quinientos ochenta y nueve millones trescientos noventa y tres mil cuatrocientos treinta y seis pesos, con cincuenta y un centavos ($2.589.393.436,51)

TERCERO. CONDENAR a FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA al pago de ciento veintinueve millones cuatrocientos sesenta y nueve mil seiscientos setenta y un pesos con ochenta y tres centavos ($129.469.671,83) por agencias en derecho que deberá pagar a la parte civil, conforme a lo indicado en la parte motiva.

CUARTO. DECLARAR que en el presente caso no es procedente suspender condicionalmente la ejecución de la pena por lo anotado en la motivación de esta sentencia.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

QUINTO. NO CONCEDER al sentenciado FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión, por no cumplirse los requisitos legales para dicho efecto, conforme se anotó en la parte motiva.

SEXTO. Conforme se anotó en la parte motiva, se dispone compulsar copias con destino a la Fiscalía General de la Nación con el fin de que se investigue a los entonces Secretario de Salud departamental Milton Miguel Cantillo Lara, el interventor del contrato Nilson Parodys Movilla, el médico auditor de cuentas Miguel Aguilar Sequea y la contratista Eydis Esther Campo Lacera, por los hechos referidos a la celebración y liquidación del contrato 372 celebrado el 19 de noviembre de 2007 por la gobernación del departamento del Magdalena. La secretaría de la Sala procederá al respecto.

SÉPTIMO. EN FIRME esta determinación líbrese orden de captura en contra del sentenciado FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA y su reclusión en el establecimiento que designe el INPEC.

OCTAVO. EN FIRME, remitir copias de este fallo a las autoridades de que trata el artículo 472 de la Ley 600 de 2000.

NOVENO. COMUNICAR esta decisión al Consejo Superior de la Judicatura para el recaudo de la multa impuesta.

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700

DÉCIMO. En firme, **REMITIR** la actuación al Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad –reparto- para lo de su cargo, en relación con la vigilancia de la ejecución de las penas que mediante esta sentencia se imponen.

DÉCIMO PRIMERO. Contra esta sentencia procede el recurso de apelación en el efecto suspensivo para ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, conforme se anotó en la parte motiva.

Notifíquese y cúmplase.

JORGE EMILIO CALDAS VERA
Magistrado

BLANCA NÉLIDA BARRETO ARDILA
Magistrada

ARIEL AUGUSTO TORRES ROJAS
Magistrado

YELINDA RINCÓN
Oficial Mayor

Documento firmado electrónicamente
Fecha: 01-11-2024
Firmado por: Jorge Emilio Caldas Vera,Blanca Nelida Barreto Ardila,Ariel Augusto Torres Rojas
Código de verificación: 0C778CFE2A43EAC97A37267E4E9695914FA93B0118F0AA14B15DFF80E6531700