

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL**

**Luis Guillermo Salazar Otero
Magistrado Ponente**

SP16205-2014

Radicación No. 41307

(Aprobado Acta No. 407)

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de noviembre de dos mil catorce (2014)

ASUNTO:

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de los procesados Miguel Ángel Guerrero Garcés y Héctor Mario Klinger Moreno, contra la sentencia del 13 de septiembre de 2012, por medio de la cual el Tribunal Superior de Quibdó, los condenó, al primero como autor de los delitos de peculado por apropiación y contrato

sin cumplimiento de requisitos legales y al segundo como partícipe del punible de peculado por apropiación.

HECHOS:

El 1° de abril de 2003 entre el entonces alcalde de Istmina (Chocó), Miguel Ángel Guerrero Garcés y la ARS Selvasalud, representada por Cristina Silvia Jaramillo Andrade, se celebró el contrato No. 04 que tenía por objeto la administración de recursos del Régimen Subsidiado en Salud y el aseguramiento de 4.134 beneficiarios, según listado anexo, a dicho sistema, por un valor de \$466'687.704,00 y plazo de duración de seis meses.

Dicho contrato, sin embargo, fue suscrito sin que al parecer existiese el citado anexo ni una base de datos que permitiere determinar a los beneficiarios y sin que además se hubiere efectuado un concurso para seleccionar al contratista.

No obstante lo anterior el burgomaestre en mención canceló las sumas contratadas, unas directamente a la ARS citada y a su representante y otras al de la entidad Promosalud (IPS), Héctor Mario Klinger Moreno, quien sin ser parte en dicho contrato cobró como mandatario de Selvasalud cheques por valor de \$248.787.380.00.

ACTUACIÓN PROCESAL:

1. Con base en visita realizada por la Unidad Investigativa del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía Seccional de Chocó a las oficinas de Promosalud (IPIS) a través de la cual se determinaron las anteriores irregularidades, se abrió una indagación previa el 29 de septiembre de 2003, de modo que tras practicarse en ella una inspección judicial a la tesorería del municipio de Istmina y de acreditarse la calidad de servidor público de Miguel Ángel Guerrero Garcés se inició sumario el 26 de julio de 2006, siendo a él vinculados mediante indagatoria el citado funcionario público y Héctor Mario Klinger Moreno, a quienes se les definió la situación jurídica con resolución del 13 de julio de 2009, afectándoseles con medida de aseguramiento de detención preventiva por los punibles de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación.

2. El mérito de la instrucción fue calificado el 3 de noviembre de 2009 con acusación en contra de los referidos sindicados como presuntos coautores responsables de los punibles objeto de la medida de aseguramiento.

3. Tras la ejecutoria de dicha decisión, lo que aconteció el 4 de diciembre del mismo año, correspondió la etapa de la causa al Juez Penal del Circuito de Istmina quien, el 20 de enero de 2011, profirió sentencia de primera instancia a través de la cual absolvió a los dos enjuiciados.

4. Contra dicho fallo la Fiscalía interpuso recurso de apelación que el Tribunal Superior de Quibdó resolvió en sentencia del 13 de septiembre de 2012.

A través de ella revocó la absolución impugnada para en su lugar condenar a Miguel Ángel Guerrero Garcés a la pena principal de 127 meses de prisión, multa por valor de \$248.787.380,00 e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por lapso igual al de la pena privativa de libertad como autor responsable de los delitos de peculado por apropiación y contrato sin cumplimiento de requisitos legales; y a Héctor Mario Klinger Moreno a prisión de 72,5 meses, inhabilitación para ejercer derechos y funciones públicas por el mismo término y multa también por \$248.787.380,00 como interviniente en el punible de peculado por apropiación.

5. La defensa de los procesados, a su turno y en relación con la sentencia del ad quem, interpuso y sustentó oportunamente el recurso extraordinario de casación.

LA DEMANDA:

Primer cargo:

Con sustento en la causal tercera de casación acusa el recurrente el fallo cuestionado de haberse proferido en un asunto viciado de nulidad, por cuanto el funcionario judicial

que la profirió carecía de competencia en la medida que el recurso de apelación que se la otorgaba fue sustentado extemporáneamente por la fiscalía impugnante, lo cual obligaba al a quo a declarar la deserción del medio defensivo para que de ese modo adquiriese firmeza su decisión absoluta.

Luego de transcribir en extenso jurisprudencia de esta Corporación y de la Corte Constitucional, sostiene que en este asunto el juzgado de primera instancia dictó sentencia el 20 de enero de 2011; su notificación a todos los sujetos procesales se surtió entre el 21 y el 23 de dicho mes acto en el cual la Fiscalía interpuso el recurso de apelación; el lapso de ejecutoria y de interposición de recursos transcurrió entre el 24 y el 26, luego el período para sustentar la impugnación propuesta por la Fiscalía corría entre el 27 de enero y el 1° de febrero de 2011.

Sin embargo, añade, el 28 de enero el secretario del juzgado hizo constar que el término de sustentación empezaba ese día y concluía el 2 de febrero, con lo cual en contra de lo legalmente establecido amplió el lapso que el fiscal tenía para fundamentar su inconformidad, quien lo hizo en el último día aludido por el empleado judicial, esto es por fuera de los plazos señalados en el ordenamiento.

En tales condiciones, concluye, lo que correspondía legalmente era declarar desierto el recurso de apelación,

pero como eso no se hizo en contra de los principios que informan el debido proceso, se dictó la sentencia de segunda instancia por un Tribunal que no había adquirido competencia para proferirla, por eso resulta viable su casación a fin de que se reconozca la ejecutoria de la dictada por el a quo, máxime cuando mal podría hablarse de una supuesta convalidación por no tener ésta cabida entratándose del derecho de defensa o de la guarda de garantías fundamentales.

Segundo cargo:

Al amparo de la causal primera de casación denuncia el censor la violación indirecta de la ley sustancial por la comisión de los siguientes errores de hecho:

1. Falso juicio de existencia al omitir valorar:

1.1. La entrevista que la policía judicial hizo a Felipe Antonio Palacios, asistente administrativo de Selvasalud, en la medida en que para él resultaba claro que Mario Klinger actuaba con mandato en las relaciones entre dicha entidad y Promosalud.

1.2. Inspección judicial a la Secretaría de Salud de Istmina en la cual se estableció: i) que los contratos acá cuestionados tenían por finalidad la atención de 4134 beneficiarios del Sisben, luego por lógica el listado de los mismos tenía que existir físicamente o en medio digital, de lo

contrario no era posible la ratificación de los convenios; ii) que la selección de la ARS nunca fue caprichosa; iii) que Selvasalud E.P.S. fue inscrita en la Secretaría de Salud de Istmina según Resolución No. 1108 del 5 de junio de 2001 con base en la autorización impartida por el Comité de Veeduría para la Administración del Régimen Subsidiado; iv) que otras ARS no fueron seleccionadas por el Comité de Verificación al carecer de los requisitos exigidos por la Superintendencia; que el alcalde y el secretario de salud de Istmina, como Comité de Verificación, autorizaron el ingreso de Selvasalud a dicho municipio previo análisis de la documentación pertinente; que la alcaldía creó el Comité de Veeduría de Requisitos para las Administradoras del Régimen Subsidiado en cuyas actas se aprecia el trabajo desplegado en relación con estas entidades; v) que el contrato cuestionado fue debidamente liquidado; vi) y que sí existe una larga lista de ciudadanos que sin duda comprenden los más de 4000 afiliados al Régimen Subsidiado de Salud, perfectamente identificados y con todas las exigencias legales.

1.3. Inspección judicial a la Tesorería de Istmina en la cual se allega copia de la relación de afiliados al Régimen Subsidiado del Chocó, demostrándose con ello una vez más que sí existía el listado de usuarios o banco de datos referido a los afiliados.

1.4. Inspección judicial a Selvasalud en la cual se determinó que: i) el gerente general de dicha E.P.S. le solicitó al alcalde de Istmina liquidar varios contratos de administración de recursos del régimen subsidiado en salud y en todo evento aludió a 4134 usuarios contratados; ii) el municipio liquidó y pagó tales convenios; iii) Héctor Mario Klinger no tiene ni ha tenido acto administrativo alguno con Selvasalud; iv) Felipe Antonio Palacios laboró largamente en dicha entidad como asistente administrativo y v) Sandra García Herrera, funcionaria de Promosalud, depositó su confianza en Mario Klinger.

1.5. Documento del 22 de julio de 2003, emanado de Selvasalud, suscrito además por Klinger en calidad de coordinador de mercadeo de la entidad en Chocó.

1.6. Documento suscrito por Felipe Palacios, dirigido a la Secretaría de Salud de Istmina requiriendo datos de 134 afiliados más debido a que se había recibido los de 4000 y constancia signada por el mismo el 20 de junio de 2003 acerca de que Julio Pedroza entregó a Selvasalud la base de datos actualizada.

1.7. Indagatoria rendida por Miguel Ángel Guerrero Garcés quien precisó que: i) celebró el contrato cuestionado y efectuó pagos a Promosalud por disposición expresa de Selvasalud; ii) el convenio fue firmado por \$466.689.740 para la atención de 4134 afiliados y se pagó mensualmente; iii) Selvasalud y Promosalud firmaron contrato para la atención

médica de 4134 afiliados; iv) los pagos se hicieron correctamente con sustento en el Decreto 1281 de 2002 y la Ley 715 y el Decreto 050 de 2003; v) la contratación que debe realizarse por anualidades, se fraccionó por autorización del Gobierno Nacional y vi) como fundamento de sus asertos el alcalde anexó copia de la normativa en que se basó.

1.8. Poder otorgado por Sandra García Herrera a Mario Klinger el 1° de febrero de 2003 para que la represente ante las entidades que requieran los servicios de Promosalud.

1.9. Acta de compromiso entre Selvasalud, Héctor Mario Klinger y Promosalud, del 22 de enero de 2003 en la cual las dos entidades acuerdan gestionar conjuntamente la ampliación de cobertura en el régimen subsidiado y la penetración de aquella en el territorio nacional, así como que el aludido, representante de Promosalud, también actuaría como el de Selvasalud, quien podría autorizar pagos y recibir recursos de los entes territoriales, que por esta alianza ingresen a la E.P.S.

1.10. Indagatoria rendida por Mario Klinger, de la cual se desprende que: i) fue designado representante legal del consorcio Promosalud-Selvasalud; ii) se vinculó a Promosalud como su gestor empresarial; iii) ante la liquidación de la Caja de Compensación Asfamilias le ofreció al alcalde de Istmina los servicios de Selvasalud, la cual fue seleccionada entre varias otras empresas que se presentaron.

1.11. Constancia del 15 de mayo de 2007 extendida por el gerente seccional de Selvasalud Chocó sobre el cabal cumplimiento del contrato 3041 y Resolución 081 del 20 de febrero de 2004 mediante la cual el alcalde de Istmina reconoció y autorizó el pago de un saldo pendiente en dicho convenio.

1.12. Poder otorgado por Sandra García Herrera el 2 de enero de 2003 a Mario Klinger, dirigido a la gerente de Selvasalud (Mocoa), con similares facultades a las otorgadas en el antes reseñado.

1.13. Acuerdo de depuración de cartera del 18 de noviembre de 2003 entre Selvasalud y Promosalud a través del cual aquella declaró haber cancelado a la I.P.S. \$220.930.230 y ésta haberlos recibido.

El Tribunal, sostiene el demandante, no se ocupó en singular de estas pruebas, no las apreció desde ningún punto de vista, no obstante que de ellas emerge demostrado con toda certeza que: i) la selección de Selvasalud no obedeció a un criterio particular, mezquino e insustanciado del alcalde. Hubo un concurso al que se presentaron varias empresas, su realización fue transparente al punto que nadie objetó la decisión publicada y difundida mediante las correspondientes resoluciones; ii) sí existió el listado o banco de afiliados que los identificaba plenamente; iii) Mario Klinger

sí tenía poder para actuar en nombre de Selvasalud y Promosalud, incluida la facultad de recibir dinero en nombre de la una o de la otra; iv) nadie sufrió perjuicio económico, toda vez que el servicio de salud fue debidamente prestado e Istmina canceló los dineros por ello, con base en la documentación cruzada entre la E.P.S., la I.P.S y el ente territorial. Que unos dineros hubieran sido girados a Klinger no implica violación del estatuto de contratación porque el alcalde estaba autorizado para eso y aquel los hizo llegar a la empresa que representaba y v) el contrato cuestionado y sus “otro sí” fueron debida y jurídicamente liquidados sin inconveniente alguno.

2. Falso juicio de identidad.

Del testimonio de Sandra Patricia García Herrera el juzgador, dice el libelista, tomó su dicho según el cual desconocía la existencia de un contrato suscrito entre Selvasalud y Promosalud para agilizar la entrega de dineros a la IPS, así como su firma allí impuesta, pero omitió considerar que en el mismo la declarante hizo otras afirmaciones: i) recordar que Promosalud suscribió contrato con el municipio de Istmina en 2002, pero no si ella lo signó directamente o fue Mario Klinger quien actuaba con mandato suyo para ciertos actos de la empresa; ii) en condición de representante legal de Promosalud le otorgó poderes a Mario Klinger quien se encargaba de hacer las negociaciones con Selvasalud, de modo que era éste quien tenía conocimiento

de cómo se realizaban los cobros; iii) si el señor Klinger firmó el acta de compromiso en calidad de apoderado legal de Promosalud era porque se hallaba autorizado para hacerlo, por mediar poder; iv) si Promosalud cobró o consignó dineros girados por algún municipio que hubiera contratado con Selvasalud, fue porque ésta entidad así lo autorizó; v) Mario Klinger asesoró externamente a Promosalud en los municipios del Chocó con los cuales se hubiera contratado y aunque no fue asertiva en el reconocimiento del poder del 1º de enero de 2003 porque no estaba segura si se trataba de su firma, lo cierto es que técnicamente tampoco se pudo establecer si su rúbrica era falsa.

De haberse aprehendido íntegramente el testimonio de la señora García Herrera, dice el censor, el Tribunal habría notado que ella no tenía certeza alguna sobre su firma y que sí había conferido poder a Mario Klinger, sin embargo no actuó así y a cambio tomó un breve párrafo de sus declaraciones y con eso concluyó suficientemente demostrada la responsabilidad de los acusados.

De todo lo expuesto por la vía de errores de hecho, concluye, se deduce que no hubo celebración de contratos con omisión de requisitos legales y que ninguna persona se apropió de dineros del Estado, valga decir que las conductas imputadas son atípicas, por eso solicita se case el fallo impugnado y en su lugar se absuelva a los procesados, confirmando de ese modo la sentencia de primera instancia.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO:

Primer cargo: causal tercera.

Si bien, dice el Procurador Segundo Delegado, una estricta interpretación de las normas aducidas por el demandante implicaría declarar extemporáneamente sustentado el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia, toda vez que en este caso los cuatro días para fundamentarlo se cumplieron el 1º de febrero de 2011 y no al día siguiente tal cual erróneamente lo hizo constar el secretario, no se puede perder de vista sin embargo que en aplicación del principio de confianza legítima en las autoridades judiciales y el postulado de la buena fe, la jurisprudencia penal y constitucional han admitido la imposibilidad de imponer a los particulares cargas innecesarias o que vayan en contravía de actos desplegados por un funcionario que generó seguridad.

El tales condiciones no existe justificación para que el equívoco del secretario de un juzgado en torno al término de notificación o a las constancias, se le impute a las partes o intervinientes, porque éstos actúan en el entendido de que lo hacen legítimamente por la confianza de que el procedimiento adelantado se ajusta en un todo a las normas, de modo que las consecuencias del error cometido por el empleado del juzgado no se le puede trasladar a las partes.

Cita y transcribe al efecto extensa jurisprudencia de la Sala para concluir en la imposibilidad de trasladar los efectos del yerro cometido por el secretario del juzgado a la parte recurrente, por considerar que ésta confió en que lo expresado en la constancia se ajustaba al ordenamiento jurídico, de lo contrario sería desconocer el principio de confianza legítima.

En este caso, dice, la constancia secretarial del 28 de enero de 2011 según la cual desde ese día y hasta el 2 de febrero corría el término de 4 días para que quienes hubieren recurrido presentaran la respectiva sustentación, generó una expectativa cierta al apelante que lo condujo a confiar en que el escrito contentivo de sus fundamentos presentado el 2 de febrero lo era dentro del término legal.

En esas circunstancias, concluye, como el equívoco surgió por la falta de diligencia o cuidado del empleado judicial, él no puede afectar los derechos de los sujetos procesales en tanto el incumplimiento de la carga procesal se originó en una falla de la administración de justicia, por eso el cargo no está llamado a prosperar y en consecuencia solicita sea desestimado.

Segundo cargo: violación indirecta.

Refiriéndose el Delegado en primer término al error de hecho por falso juicio de existencia postulado por el censor, en su opinión éste no satisface las exigencias técnicas propias del recurso, toda vez que la finalidad al proponer una tal falencia se concreta en demostrar que al excluirse de la valoración el medio probatorio cuestionado se descarta el hecho por él establecido, luego eso hace indispensable que la impugnación se dirija específicamente a aquél o aquellos elementos de juicio que tengan la virtualidad de modificar las conclusiones del fallo, vale decir que sean trascendentes para los fines del juzgamiento, por manera que aunque la irregularidad denunciada resulte cierta, si las pruebas tenidas en cuenta por el juzgador son suficientes para fundamentar la determinación adoptada, la censura está llamada al fracaso.

En esta oportunidad, sostiene, el casacionista resaltó simplemente los elementos probatorios que en su sentir no fueron examinados, sin tener en cuenta que así no hubieren sido mencionados de modo expreso, no por ello ha de entenderse que fueron omitidos de apreciar, pues de todas formas al referirse el juzgador a los temas resaltados por el demandante, decidió no otorgar a las justificaciones ofrecidas por los procesados el alcance pretendido por el defensor.

En esas condiciones, agrega, el libelista se quedó en la sola manifestación de inconformidad con la decisión

adoptada pero olvida que al no existir tarifa legal resulta inane cualquier pretensión encaminada a restar la fuerza de persuasión otorgada a las pruebas.

Por demás, tampoco intentó el recurrente acreditar la trascendencia del yerro denunciado, cuando le correspondía desquiciar la totalidad de la base de convicción tenida en cuenta por el juzgador para sustentar su fallo, ya que de mantener vigencia al menos uno de los argumentos esgrimidos, el reproche se torna intrascendente.

El cargo propuesto, añade, implicaba la necesidad de demostrar que los funcionarios de instancia omitieron apreciar elementos de juicio con fuerza suficiente para desvirtuar las pruebas tenidas en cuenta por el sentenciador y no simplemente a destacar algunos aspectos que en nada modifican su vigencia, ni a tratar de edificar circunstancias que no tienen la entidad suficiente para desvirtuar las deducciones lógicas de los falladores, porque lo que pretende acreditar la censura no son más que argumentos dirigidos a cuestionar el grado de credibilidad otorgado a los testimonios y demás elementos de juicios obrantes en las diligencias, comentarios que responden más al deseo del demandante de disentir de una valoración probatoria legítima para oponer su propio criterio, sin que tal disquisición muestre la existencia de un error o alguna arbitrariedad en los razonamientos y conclusiones de la sentencia; por eso, en su opinión, el reproche por falso juicio de existencia no está llamado a prosperar.

Finalmente, en cuanto al falso juicio de identidad postulado, entiende el Ministerio Público que si bien el demandante acusa al Tribunal de haber cercenado el testimonio de Sandra Patricia García Herrera, tal cuestionamiento lejos se halla de constituir una verdadera crítica demostrativa de la tergiversación del contenido de la aludida prueba por parte del juzgador, constituyéndose en una simple disparidad de juicio valorativo entre el demandante y el Tribunal.

La censura en dichos términos, afirma, pone al descubierto defectos insalvables que dan al traste con la pretensión, en la medida en que el censor simplemente toma un pequeño aparte de la sentencia para evidenciar que el ad quem sustentó la materialidad del delito y la responsabilidad de los acusados exclusivamente en el cuestionamiento que la mencionada testigo hizo a su firma impuesta en un contrato para agilizar la entrega de dineros a la IPS, cuando lo cierto es que dicha aseveración es solamente uno de los engranajes que forman el cuerpo total de la sentencia en donde las partes se integran y complementan mutuamente, independientemente de la estructura adoptada para su elaboración.

El demandante, prosigue el Delegado, se fundamentó en un supuesto fáctico equivocado al alegar el falso juicio de identidad con la intención de hacer prevalecer aspectos que

considerados por separado servirían eventualmente de apoyo a su tesis, sin para mientes en que la estimación probatoria debe hacerse en conjunto según lo hiciera el ad quem, porque tal acotación por sí sola no muda la realidad acreditada con los demás medios de prueba allegados.

Nada de lo expuesto por el censor constituye argumento idóneo para demostrar el vicio denunciado, no se evidencia cercenamiento, adición o transmutación del tenor literal del citado testimonio, sino simplemente una estimación distinta a la del juez y obviamente acomodada a los intereses de la parte, de ahí que en su sentir tampoco este reproche puede prosperar.

Solicita por todo lo anterior el Ministerio Público se desestimen los cargos de la demanda y consecuentemente no se case la sentencia objeto de impugnación.

CONSIDERACIONES:

Primer cargo: nulidad.

1. Nadie cuestiona que el derecho fundamental al debido proceso en materia penal constituye sin duda una limitación al poder punitivo del Estado y que en esa medida comprende un conjunto de garantías sustanciales y procesales especialmente diseñadas para asegurar la

legalidad, regularidad y eficacia de la actividad jurisdiccional en la investigación y juzgamiento de los hechos punibles en aras de proteger la libertad de las personas, u otros derechos que puedan verse afectados y que conforme al artículo 29 de la Constitución Nacional integra principios medulares como el de legalidad, juez natural, favorabilidad, presunción de inocencia, defensa, proceso público sin dilaciones injustificadas y non bis in ídem.

En tal virtud el legislador, de conformidad con la Constitución Política, señala las reglas que han de ser observadas por los sujetos procesales y los funcionarios que adelantan o intervienen en el proceso penal en el propósito de garantizar los citados axiomas. No por otra razón el debido proceso en materia penal apunta a la reglamentación que con base en las leyes preexistentes hace el Estado para asegurar que los procedimientos tengan un curso determinado, que una acción siga lógica y coherentemente a otra, que la sentencia sea el resultado de una labor inicialmente investigativa de recopilación de pruebas y luego de discusión de los medios de convicción y valoración de ellos por parte del funcionario que producirá la decisión, de modo que se establezcan pasos y formas tendientes a garantizar a los sujetos la demostración de sus derechos y pretensiones y a la jurisdicción la posibilidad de comprobar plenamente los aspectos subjetivos y objetivos de la infracción, admitiendo en el curso de la actuación solamente los actos propios de ella y dentro de los lapsos establecidos por el ordenamiento.

2. Ese debido proceso en materia de interposición del recurso de apelación y su sustentación, presupone unas determinadas formas desde la notificación del proveído, así entratándose de la personal, según el artículo 178 de la Ley 600 de 2000, ella debe hacerse al sindicato privado de libertad, a la Fiscalía y al Ministerio Público y *“se hará por secretaría leyendo íntegramente la providencia a la persona a quien se notifique, o permitiendo que ésta la haga”*; implica además ese debido proceso en materia del recurso propiamente dicho que éste debe formularse dentro de los tres días siguientes a la última notificación de la decisión impugnada (art.186) y fundamentarse en los 4 siguientes (art. 194), lapsos que obviamente son imperativos y que en cuanto materializan una carga procesal del impugnante, sólo pueden ser prorrogados en los eventos previstos por la ley.

3. En este asunto, lo acredita el proceso y relieves el defensor y el Ministerio Público, el Juez Penal del Circuito de Istmina dictó sentencia el 20 de enero de 2011.

Ella fue notificada personalmente a todos los sujetos procesales así: el 20 o 21 de enero de 2011 (no hay certeza del día porque los números fueron enmendados), a los dos procesados; el 21 de enero de dicha anualidad al defensor y al Delegado de la Fiscalía y el 23 de los mismos mes y año al Ministerio Público, luego podría afirmarse en principio, no

obstante el referido tachón, que el debido proceso respecto de las notificaciones fue cumplido cabalmente.

Se advierte sin embargo que la del 23 fue efectuada un día domingo cuando ciertamente no hay despacho al público y debe entenderse de conformidad con el artículo 166 de la Ley 600 de 2000 que los términos se suspenden, máxime que en este evento resultaba un imposible físico que si el juzgado se encontraba cerrado se fuera a notificar por secretaría y de modo personal al Procurador Delegado en ese día.

Se infiere en consecuencia que la imposición de la cifra 23 como día de notificación fue errada por referirse la misma a uno en que el juzgado se encontraba cerrado al público, luego en ese sentido la determinación de la fecha del enteramiento no carece de importancia según lo pretende el censor, quien en ese respecto incurre en una petición de principio al considerar correcta, sin más, la citada notificación.

4. Dado que no podía entonces entenderse debidamente surtida esa notificación personal al Ministerio Público un domingo, tampoco era posible deferir sus efectos a los sujetos procesales recurrentes, porque estando éstos obligados a sujetarse a los términos legales, no podía exigírseles que contaran ese día como referencia a partir de la cual corrieran los términos.

Es que si bien, lo ha sostenido en diversas oportunidades la Corte, las constancias secretariales no tienen carácter vinculante alguno para llegar al extremo de admitir que a través de las mismas pueda modificarse la ley, precisamente este es uno de los eventos en que, independientemente de la anotación secretarial, los sujetos procesales y en especial el Fiscal, se ciñó a las disposiciones normativas y a los términos legales, en la medida en que no habiendo despacho al público el domingo 23 de enero de 2011, no estaba legalmente obligado a computarlo y en atención a que se notificó el 21 era obvio entender que el acto con el Ministerio Público se verificó el día hábil siguiente, esto es el 24 de enero de 2011.

En consecuencia, si a nadie le era imperativo contabilizar ese domingo, ni tenerlo en cuenta para efectos de que se realizara una diligencia de notificación personal al Ministerio Público, la conclusión no puede ser diversa a que el recurrente se ciñó a las debidas formas del proceso y que en consecuencia su impugnación fue sustentada, no dentro del término secretarial, sino en el lapso legalmente previsto para ello.

Por eso, el cargo carece de prosperidad y no porque se trate de un evento de buena fe o de confianza legítima a que se refiere el Delegado de la Procuraduría ante esta sede, sino porque sencillamente y en los términos antes señalados el

recurrente, con independencia de la constancia secretarial se sujetó a las prescripciones y lapsos legales.

Segundo cargo:

1. Según lo considerado por el ad quem en torno al punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales imputado al exalcalde Miguel Ángel Guerrero, éste *“suscribió el multicitado contrato sin el lleno de los requisitos establecidos en la Ley 100 de 1993, en el Decreto 050 de 2003, en el Acuerdo 244 del 2003 y por aplicación extensiva y especial por tratarse de contratación pública, la Ley 80 de 1993, normatividad aplicable al caso por lo siguiente: i) se trataba de un contrato de prestación de servicios de salud financiado con recursos oficiales del subsector salud, ii) que los beneficiarios de este contrato eran las personas pertenecientes al régimen subsidiado de salud, valga decir la población en condiciones de pobreza que no tiene la capacidad económica de acceder por sus propios medios a este servicios y, iii) que se suscribió entre la administración pública y Selva Salud.*

...

Ahora bien, con relación a que al momento de suscribir el respectivo contrato no se anexó el listado de personas afiliadas al régimen de seguridad social en salud a cargo del municipio de Istmina, a quienes debía prestárseles el servicio, es importante anotar que el objeto del contrato era precisamente ese y debía contar con la lista de usuarios debidamente carnetizados, listado anexo que forma parte integrante e inherente del contrato y debe constar como soporte del mismo tal como lo señala el artículo 45 del Acuerdo 244 de 2003... y el que en la inspección judicial realizada en el transcurso de la investigación no se hubiese encontrado tal listado o base de datos alguna que indicara la existencia de los 4.134 afiliados que informa el

contrato, es de por sí una irregularidad manifiesta, que de entrada señala inobservancia de requisitos legales esenciales.

A ello súmese que la señora Sandra Patricia García Herrera representante para la época de Promosalud IPS expresa: ‘El contrato que se pone a la vista no recuerdo haberlo visto y la firma que aparece no es la mía, haciendo referencia a un contrato suscrito entre Selvasalud y Promosalud...y a dónde fueron a parar los dineros públicos en una supuesta operación de agilización de entrega de dineros a las IPS... sin embargo de la atenta lectura de los artículos 29,30,31, párrafo del artículo 33 y 34 del mencionado Decreto se tiene que:

-El contrato se celebra entre la entidad territorial y la ARS.

-Por concurso.

-El cálculo de las UPC a pagar, se realiza teniendo en cuenta las bases de datos de afiliados de cada Administradora del Régimen Subsidiado (ARS), sin perjuicio de los ajustes que por novedades sean pertinentes.

-El pago sólo se hace a la ARS.

-Excepcionalmente, cuando se trate de mora o de incumplimiento de acuerdos de pago, las IPS solicitarán dentro de los cinco días hábiles siguientes al incumplimiento, a la entidad territorial respectiva y/o al Ministerio de Salud la aplicación de la medida de giro excepcional, para lo cual deberá remitir la información sobre el tiempo de mora, el monto adeudado, el concepto de la deuda, la forma de contratación, el número del contrato y la cuenta a la que se deberá realizar el giro directo correspondiente. La información requerida deberá ser certificada por el representante legal y por el revisor fiscal de la Institución Prestadora de Servicios de Salud (IPS).

-Los pagos se hacen por anticipado según la base de datos, la cual se actualizará cada dos meses.

Se hace evidente que por la cuantía del contrato - \$466.689.740,00- debió aplicarse la normatividad del estatuto de

contratación pública –Ley 80 de 1993- máxime que la misma normatividad de salud ya señalada, exige el concurso para la escogencia de la ARS, concluyéndose sin lugar a dudas que se pretermitió dicho proceso de selección aunándose a ello que un requisito esencial es el listado anexo para proceder al pago anticipado de las UPC por los afiliados que efectivamente se atienden.

Se echa de menos entonces en este asunto el requisito de la selección por concurso –artículo 30 de la Ley 80 de 1993 en armonía con el artículo 216 de la Ley 100 de 1993- y la lista o base de datos para hacer efectivo el cumplimiento del contrato, lista anexa de usuarios carnetizados que garantiza la adecuada inversión de los recursos públicos, porque en términos de la Ley 100 de 1993, artículo 214, son sin lugar a dudas, recursos de carácter público.”

2. Como tales fueron en efecto las valoraciones probatorias que hizo el juzgador para concluir configurado el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, es evidente que el reproche por falso juicio de existencia formulado por el recurrente carece de prosperidad, porque más allá de que no se hubiere hecho mención específica a cada una de las pruebas que estima inapreciadas, lo evidente es que, según lo destaca el Ministerio Público, el ad quem implícitamente desechó su contenido para privilegiar el de otras que le permitieron asegurar, de un lado, que se omitió el concurso para adjudicar el contrato a la ARS y de otro, que el convenio nunca tuvo sustento en un listado físico o una base de datos que permitiera el cumplimiento de su objeto y liquidación.

Mucho menos puede entenderse acreditado el error de hecho aducido cuando el censor acude a inferencias subjetivas y no a la realidad probatoria; así por ejemplo el Tribunal valoró la inspección judicial para acreditar con ella que en parte alguna se halló el listado de usuarios o la base de datos que debía servir de anexo y sustento a la celebración y liquidación del contrato suscrito entre el municipio y la ARS, mas el censor simplemente se opone aduciendo que toda vez que el contrato tenía por objeto la atención de 4134 afiliados, o que dada la comunicación cruzada entre las entidades hablaba de esos mismos usuarios, por lógica el listado tenía que existir, así la inspección judicial no lo haya encontrado, posición que en verdad no revela un falso juicio de existencia sino una simple discrepancia de criterios que el recurrente por demás basa en una apreciación subjetiva, en lo que debió ser, pero no en lo que en realidad fue.

Acá lo innegablemente demostrado a través de inspección judicial es que al convenio cuestionado no se anexó listado, ni base de datos alguna, que permitieran advertir que se hallaba debidamente sustentado para su celebración y liquidación, nada de lo cual puede entenderse controvertido con sustento en otras pruebas que además de que no señalan lo contrario sólo sirven al censor para elaborar sus personales inferencias.

3. Otro tanto acontece con el requerimiento del concurso, porque las pruebas que dice omitidas en su valoración no conducen en manera alguna a demostrar lo contrario, esto es que el concurso se realizó. O cómo se demostraría tal aserto con el hecho de que Selvasalud E.P.S. fue inscrita en la Secretaría de Salud de Istmina según Resolución No. 1108 del 5 de junio de 2001 con base en la autorización impartida por el Comité de Veeduría para la Administración del Régimen Subsidiado, o que otras ARS no fueron seleccionadas por el Comité de Verificación al carecer de los requisitos exigidos por la Superintendencia, o que el alcalde y el secretario de salud de Istmina, como miembros de aquel, autorizaron el ingreso de Selvasalud a dicho municipio previo análisis de la documentación pertinente, o que la alcaldía creó el Comité de Veeduría de Requisitos para las Administradoras del Régimen Subsidiado en cuyas actas se aprecia el trabajo desplegado en relación con estas entidades?

Los medios de convicción reseñados por el demandante no demuestran sino cada uno de tales específicos hechos, pero no que se haya efectuado el concurso, ni de aquellos puede inferirse tal acto.

4. En conclusión, el gran número de pruebas que el casacionista afirma no fueron valoradas por el sentenciador, no acreditan que se haya realizado el concurso, ni que al convenio se haya anexado en sustento de su objeto y

posterior liquidación el listado o la base de datos de los usuarios, por eso es patente que el cargo en esos términos carece de trascendencia en la medida en que no logra en manera alguna desvirtuar las dos razones por las que el ad quem tuvo por constituido el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

Mucho menos logra un tal propósito cuando, sin que en verdad haya existido un concurso, el libelista lo infiere de otros actos que no constituyen un trámite propio de su realización, o al inferir la existencia del listado de usuarios porque las partes se hayan referido en sus comunicaciones a un número de afiliados, pero sin acreditar que el mismo hizo en efecto parte del convenio y por el contrario la inspección judicial demostró que nada de eso se anexó al contrato en cuestión.

Tampoco alcanza a desvirtuar las razones del juzgador porque sofisticamente sostenga que el contrato fue tramitado, celebrado y liquidado sin que nadie lo cuestionara, si precisamente lo que constituye el objeto de este juicio es que se haya logrado dichas etapas sin la acreditación de las exigencias o requerimientos legales que permitieran el agotamiento de cada una de ellas. Que hubiese sido celebrado y pagado sin problema alguno no implica que no existió el delito.

5. Sucede lo mismo entratándose del punible de peculado imputado a ambos encausados, como que en ese respecto el Tribunal partió de considerar que su configuración resultaba inescindible a la del contrato sin cumplimiento de requisitos legales, porque fue con ocasión de él que hubo la apropiación de dineros a favor de un tercero.

Así elucubró el ad quem:

“Se exige para la tipificación del peculado el provecho propio o de un tercero, entendido éste como beneficio o utilidad reportado por la apropiación, vale decir en este caso, la suma de dinero que ha sido exaccionada indebidamente de la administración, valiéndose del subterfugio de un contrato de prestación de servicios en salud; dinero que salió del patrimonio público y fue a parar a cuentas incluso del coacusado Klinger Moreno, hecho irrefutable y aceptado aún por el propio encartado.

Es evidente del material probatorio aportado y debatido a lo largo del trámite procesal –informe de policía judicial 2355 de 26 de septiembre de 2003, inspección a la Tesorería de Istmina en septiembre 29 de 2003, informe del CTI 4281177 de febrero 17 de 2009, entre otros- puestos oportunamente a consideración de los sujetos procesales, que los acusados bajo el pretexto de administrar los recursos del régimen subsidiado en salud, se apoderaron de dineros públicos en cuantía de \$248.787.380,00, toda vez que no se encontraron las listas de afiliados a Selvasalud, ningún documento que acredite el cumplimiento de las reglas básicas para la administración del régimen subsidiado y tampoco encontraron documentación reveladora de los criterios utilizados para la escogencias de la ARS Selvasalud.

...

Le asiste razón al ente investigador cuando afirma que los ocho cheques cobrados por Klinger Moreno... son una manifestación del incumplimiento de los requisitos para la contratación, toda vez que el objeto del contrato era la atención de los afiliados carnetizados y ante su inexistencia –de la base de datos- no era procedente el cobro ni los pagos realizados, de donde se infiere que la irregular contratación –trámite, celebración, liquidación- no fue más que la excusa para la apropiación de los dineros destinados a la salud de los habitantes de Istmina de menos recursos.”

6. Dado entonces el razonamiento del Tribunal según el cual existió apropiación de dineros públicos a favor de terceros porque el objeto del contrato no se cumplió en tanto no hubo una lista o una base de usuarios a la cual atender en salud, de modo que en esas circunstancias no resultaba legal pagar por un servicio que no se iba a satisfacer, la censura por falso juicio de existencia resulta de un todo intrascendente porque las pruebas supuestamente omitidas en valoración por el sentenciador, no acreditan que efectivamente ese listado de usuarios existía y fue parte del contrato en cuestión. Lo que demostró la inspección judicial es que no fue anexado al contrato y en ese orden no era posible cumplir su objeto, ni en consecuencia resultaba legal su trámite, celebración y liquidación.

Para nada se desdice un tal aserto porque Felipe Palacios haya afirmado que Mario Klinger actuaba con mandato en las relaciones entre Selvasalud y Promosalud, o que Héctor Mario, no tiene ni ha tenido acto administrativo

alguno con Selvasalud, o que Sandra García Herrera, funcionaria de Promosalud, depositó su confianza en HéctorMario Klinger, o que éste haya actuado como coordinador de mercadeo de Promosalud en Chocó, o que Sandra García Herrera haya otorgado poder a aquel el 1° de febrero de 2003 para que la represente ante las entidades que requieran los servicios de Promosalud, o exista un Acta de compromiso entre Selvasalud, el procesado citado y Promosalud, del 22 de enero de 2003 en la que las dos entidades acuerdan gestionar conjuntamente la ampliación de cobertura en el régimen subsidiado y la penetración de aquella en el territorio nacional, así como que Klinger, representante de Promosalud, también actuaría como el de Selvasalud, quien podría autorizar pagos y recibir recursos de los entes territoriales, que por esta alianza ingresen a la E.P.S., o que este fue designado representante legal del consorcio Promosalud-Selvasalud, se vinculó a Promosalud como su gestor empresarial y ante la liquidación de la Caja de Compensación Asfamilias le ofreció al alcalde de Istmina los servicios de Selvasalud, porque, se reitera, tales hechos no demuestran la existencia de la lista de usuarios o la base de datos, ni que ellas hayan hecho parte del contrato cuestionado.

7. Ahora, en cuanto al falso juicio de identidad propuesto, ciertamente y acaso en procura de reforzar su afirmación de que los responsables de las conductas juzgadas fueron los acusados, el Tribunal aseguró que “...la

señora Sandra Patricia García Herrera representante para la época de Promosalud IPS, a folio 136 del cuaderno original No. 1 expresa: ‘El contrato que se pone a la vista no recuerdo haberlo visto y la firma que aparece no es la mía’, haciendo referencia a un contrato suscrito entre Selvasalud y Promosalud, luego representada por el señor Klinger y a donde fueron a parar los dineros públicos, en una supuesta operación de agilización de entrega de dineros a las IPS en virtud del Decreto 050 de 2003...’, afirmación que hizo no sólo en esa declaración del 28 de junio de 2007, sino también en una previa del 20 de abril del mismo año (Fl. 98 cd.1), dejando así clarificado que no fue ella en nombre de Promosalud quien suscribió el contrato de Prestación de Servicios de Salud con Selvasalud del 1º de abril de 2003.

Ese desconocimiento de su signatura impuesta en ese contrato no se desvirtúa porque en la misma declaración haya recordado que Promosalud suscribió convenio con el municipio de Istmina en 2002, pero no si ella lo firmó directamente o fue Mario Klinger quien actuaba con mandato suyo para ciertos actos de la empresa; o que como representante legal de Promosalud le otorgó poderes a este quien se encargaba de hacer las negociaciones con Selvasalud, de modo que era quien tenía conocimiento de cómo se realizaban los cobros o, en fin, porque haya declarado todas las otras circunstancias a que se refiere el casacionista.

Lo incuestionable es que, en ninguna de las dos declaraciones y no solo en la referida por el censor, reconoció

Sandra Patricia García Herrera como suya la firma impuesta en el referido contrato y eso no se desnaturaliza por las demás aserciones hechas en el mismo acto; por ende, que el juzgador haya dejado de considerar éstas carece de cualquier efecto y en ese sentido el reproche es intrascendente, porque aun cuando se tuvieren en cuenta la afirmación sigue siendo la misma: Sandra Patricia García Herrera no reconoció de su autoría la firma impuesta en el contrato de abril 1° de 2003 suscrito entre Selvasalud y Promosalud.

Si de algo tuvo certeza la testigo fue en asegurar que esa no era su firma, así lo dijo en las dos declaraciones y por demás lo ratificó al serle expuesto el correspondiente documento.

De igual modo bien lo señala el Ministerio Público, la responsabilidad de los acusados se sustentó no sólo en esa específica circunstancia; según lo sostiene, la censura en dichos términos, pone al descubierto defectos insalvables que dan al traste con la pretensión en la medida en que el censor simplemente toma un pequeño aparte de la sentencia para evidenciar que el ad quem sustentó la materialidad del delito y la responsabilidad de los acusados exclusivamente en el cuestionamiento que la mencionada testigo hizo a su firma impuesta en un contrato para agilizar la entrega de dineros a la IPS, cuando lo cierto es que dicha aseveración es solamente uno de los engranajes que forman el cuerpo total de la sentencia en donde las partes se integran y

complementan mutuamente, independientemente de la estructura adoptada para su elaboración.

Por todo lo anterior, la censura propuesta como violación indirecta de la ley sustancial carece también de prosperidad. En síntesis no se casará el fallo impugnado.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

No casar la sentencia impugnada.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

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

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria