



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

Magistrado Ponente

SP4415-2019

Radicación No. 55474

Aprobado Acta No. 274

Bogotá D.C., dieciséis (16) de octubre de dos mil diecinueve
(2019)

VISTOS

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por el defensor contra la sentencia proferida el 2 de mayo de 2019 por la Sala Única del Tribunal Superior de Quibdó, mediante la cual condenó a HENRY HURTADO BONILLA como autor responsable del delito de prevaricato por acción.

HECHOS

Para el aseguramiento de la población vulnerable del municipio El Cantón del San Pablo (Chocó), como beneficiaria del Régimen Subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud, el alcalde Jesús Nery Palacios Murillo contrató a la ARS SALUD VIDA –entre el 1º de octubre de 2002 y el 31 de marzo de 2003– y a la EPS SELVASALUD S.A. –del 1º de abril al 30 de septiembre de 2003–, empresas que a su

vez contrataron a la IPS PROMOSALUD LTDA. -representada legalmente por Héctor Mario Klinger Moreno- para la prestación de los servicios contenidos en el POS.

En los meses de abril y junio de 2003, la EPS SELVASALUD S.A. presentó ante el municipio -entre otras- las siguientes cuentas de cobro: N° 200 por \$69.064.203.90; N° 209 por \$10.360.341.38 y N° 210 por \$10.360.341.38, por concepto de la administración de recursos del régimen subsidiado en salud y aseguramiento prestados durante los meses de **febrero** y **marzo** de 2003.

Para la primera cuenta, se solicitó que el cheque fuera girado a nombre de la EPS SELVASALUD S.A., mientras que para las otras dos, se autorizó al municipio para que girara la totalidad de los recursos *«a nombre de PROMOSALUD IPS y/o HÉCTOR MARIO KLINGER MORENO»*, apoderado de dicho instituto prestador de salud.

Finalmente, los pagos fueron autorizados por el alcalde Jesús Nery Palacios Murillo así: el 15 de abril de 2003, por transferencia de cuenta, el valor de \$69.064.203.90 a favor de la IPS PROMOSALUD LTDA., y a través de dos cheques por el monto de \$10.360.341.38 cada uno, *«a nombre de WILTON RUBIO ABADÍA Y/O PROMOSALUD IPS»*.

Por tales hechos, en septiembre de 2003 se inició investigación penal N° 143408 contra el alcalde Jesús Nery Palacios Murillo y el apoderado Héctor Mario Klinger Moreno, dentro de la que la Fiscalía 12 Delegada ante el Tribunal de

Quibdó -en segunda instancia- dispuso la apertura de la instrucción contra el primero de los mencionados, por el presunto delito de peculado por apropiación en favor de terceros.

Lo anterior, al advertir que *«hubo una indebida apropiación de parte del alcalde»*, ya que para los meses de febrero y marzo de 2003 el municipio El Cantón del San Pablo no tenía contrato con la EPS SELVASALUD S.A., sino que el convenio se dio a partir del 1º de abril del mismo año. Además, advirtió que existieron irregularidades como: *i)* las cuentas de cobro no informan el contrato que las justifican; *ii)* las facturas soporte de las cuentas no aparecen firmadas por el cliente -contratista; y *iii)* si la representante legal de la EPS SELVASALUD S.A. aparecía debidamente registrada, no había motivo para hacer los pagos a la IPS PROMOSALUD LTDA. y a una persona natural, con quienes el municipio no tenía ningún vínculo contractual.

El 6 de febrero de 2006 el asunto fue asignado al Fiscal 16 Seccional del Tadó (Chocó), Henry Hurtado Bonilla, quien luego de recaudar ciertas evidencias, el 15 de agosto de 2008 decretó la preclusión de la investigación penal seguida contra Jesús Nery Palacios Murillo y Hector Mario Klinger Moreno, al encontrar *«claramente demostrado la atipicidad de la conducta y [que] los sindicatos no la han cometido»*.

Para el funcionario, estaba acreditada no solo la relación laboral entre la EPS SELVASALUD S.A. y la IPS PROMOSALUD LTDA. para la prestación de servicios POS a

2213 afiliados de El Cantón del San Pablo, sino que esas dos entidades realizaron un cruce de cuentas con el fin de que el municipio le girara directamente los dineros a la IPS, *«para que ésta no dejara de cumplir con la prestación del servicio»*.

Igualmente, le dio credibilidad a lo declarado por Jesús Nery Palacios Murillo, en el sentido de que como la ARS SALUD VIDA incumplió con el contrato, la alcaldía lo terminó unilateralmente autorizando a la EPS SELVASALUD S.A. *«para que prestara los servicios correspondientes a los meses de febrero y marzo de 2003»*. Al respecto, precisó que a pesar de que no existe documento que soporte tal afirmación, el indiciado *«puede tener razón»* porque no se advierte que, por el mismo concepto, la alcaldía le haya pagado a la ARS SALUD VIDA y a su vez a la EPS SELVASALUD S.A.

Frente a la responsabilidad de Héctor Mario Klinger Moreno, resaltó que en la actuación obra poder otorgado por la representante legal de la IPS PROMOSALUD LTDA., para que *«recibiera y autorizara cualquier transacción en los entes territoriales, ARS y entidades que requieran los servicios de las IPS»*. Además, se allegó un acta de compromiso suscrito el 20 de enero de 2003 entre la EPS SELVASALUD S.A. y la IPS PROMOSALUD LTDA., a través del cual acordaron que Héctor Mario Klinger Moreno actuaría como representante legal de la primera, con la facultad de *«recibir recursos de los entes territoriales que por esta alianza ingresen a SELVASALUD EPS»*.

Documentos a partir de los cuales el fiscal concluyó que el indiciado Héctor Mario Klinger Moreno estaba facultado para recibir los dineros cancelados por el municipio.

ACTUACIÓN PROCESAL

El 23 de enero de 2018, en audiencia preliminar llevada a cabo ante el Juzgado 1º Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Quibdó, la Fiscalía General de la Nación formuló imputación a HENRY HURTADO BONILLA como autor del delito de prevaricato por acción de acuerdo a lo previsto en el artículo 413 del Código Penal, conducta no aceptada por el imputado¹.

El 23 de marzo siguiente el fiscal radico escrito de acusación², cuya formulación efectuó el 7 de junio de 2018 ante la Sala Única del Tribunal Superior de Quibdó, conforme a la misma calificación jurídica antes descrita³.

La audiencia preparatoria se llevó a cabo el 24 de julio del mismo año⁴, mientras que el juicio oral se desarrolló los días 4 de diciembre de 2018 y 17 de enero de 2019⁵.

El 3 de abril de siguiente el Tribunal emitió sentido de fallo condenatorio⁶ y el 8 de mayo profirió la respectiva sentencia⁷, decisión contra la cual el defensor interpuso

¹ Folio 14 y 10, cuaderno Tribunal.

² Folios 15 a 27, cuaderno Tribunal.

³ Folios 34 y 35, cuaderno Tribunal.

⁴ Folios 67 y 69, cuaderno Tribunal.

⁵ Folios 107 y 125, respectivamente, cuaderno Tribunal.

⁶ Folios 135 y 136, cuaderno Tribunal.

⁷ Folio 155, cuaderno Tribunal.

recurso de apelación, sustentado por escrito dentro del término legal, asunto que pasa a resolver la Sala.

LA SENTENCIA RECURRIDA

La Sala Única del Tribunal Superior de Quibdó condenó a HENRY HURTADO BONILLA a las penas principales de 54 meses de prisión y 81.24 salarios mínimos legales vigentes para el año 2008 y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de 84 meses, como autor responsable del delito de prevaricato por acción.

Consideró la decisión de preclusión como *«ligeramente carente de todo sentido lógico»*, en razón a que el exalcalde ni el representante de la IPS PROMOSALUD LTDA. aportaron prueba que justificara el pago que hizo el municipio El Cantón del San Pablo a dicha entidad, por concepto de servicios prestados en febrero y marzo de 2003. Por el contrario, en el expediente obra contrato entre la alcaldía y la mencionada IPS con vigencia desde el mes de abril del mismo año, al paso que para enero y febrero la *«entidad prestadora del servicio»* era la ARS SALUD VIDA.

Hecho que, resaltó la Corporación, fue corroborado en el informe de Policía Judicial N° 753 del 7 de mayo de 2007.

De otro lado, para la primera instancia la providencia igualmente contrarió el ordenamiento jurídico, ya que el acta de compromiso suscrita entre la EPS SELVASALUD S.A. y la

IPS PROMOSALUD LTDA., a través del cual acordaron que Héctor Mario Klinger Moreno actuaría como representante legal de la primera, tenía como finalidad *«la ampliación de cobertura de SELVASALUD en el Chocó... para la población que a futura se afiliara»*. Ejecución que, *«se entiende»*, era a partir de la firma del contrato, es decir, del 1º de abril de 2003, no antes.

A juicio del Tribunal, como tales medios de prueba solo confirman que para los meses de febrero y marzo de 2003 *«no había contrato que soportara los irregulares pagos»*, la conducta punible si existió, al parecer los indiciados eran los autores y no se encontraba probada alguna eximente de responsabilidad, de manera que el exfiscal 16 Seccional de Tadô no debió precluir la investigación, sino proseguir la actuación, como lo sugirió la Fiscalía delegada ante el Tribunal cuando dispuso la apertura de la investigación.

Por tanto, concluyó que la providencia de HENRY HURTADO BONILLA fue emitida *«contra toda evidencia»*, de forma caprichosa y con la intención manifiesta e inequívoca de favorecer intereses ajenos a la recta administración de justicia. Argumento al que agregó que, dada la formación y experiencia del acusado, resulta indiscutible que era consciente de lo manifiestamente ilegal de su decisión.

Al dosificar las penas, conforme a la punibilidad descrita en el artículo 413 del C.P.², el *a quo* fijó los límites legales en el primer cuarto, pero se apartó de los mínimos (48 meses de prisión, 66.60 SMLMV de multa y 80 meses de inhabilidad).

² Con el aumento del artículo 14 de la Ley 890 de 2004

Lo anterior, con fundamento en que el funcionario: se apartó de lo resuelto por su superior sin prueba que soportara la preclusión y bajo una *interpretación amañada*, quebrantó la credibilidad de la comunidad en la administración de justicia y ejecutó la conducta punible *«sin importarle su posición como Fiscal de la República»*, imponiéndole finalmente al enjuiciado 54 meses de prisión, 81.24 SMLMV de multa y 84 meses de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

Finalmente, el Tribunal le negó a HENRY HURTADO BONILLA la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria. Lo primero, porque la pena impuesta supera los 3 años exigidos en el artículo 63 original del Código Penal. Lo segundo, porque pese a que la pena mínima para el delito de prevaricato por acción no supera los 5 años requeridos por el artículo 38 ídem, en este caso *«la prisión carcelaria es un imperativo jurídico»*, porque se trata de reforzar a la comunidad la creencia de que las conductas lesivas de sus intereses más valiosos, como la administración pública y la justicia, ameritan un tratamiento más riguroso².

FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

1. El defensor solicita revocar el fallo impugnado y, en su lugar, absolver a su defendido. En primer lugar, advierte que el fiscal se limitó a reprochar la presunta omisión en la que incurrió HENRY HURTADO BONILLA al valorar las pruebas, pero no relacionó los medios de conocimiento con los que

² Folios 161 a 174, cuaderno Tribunal

contaba el funcionario y, a partir de su contenido, contrastar su análisis probatorio para determinar si la preclusión derivaba ostensiblemente contraria a la ley. Además, el ente acusador tampoco indicó las normas presuntamente desconocidas por el enjuiciado, lo que *reviste de suma importancia para la tipificación del delito, porque impide ajustar el comportamiento del servidor público al prevaricato activo*.

En segundo término, estima que no existe congruencia fáctica entre la imputación y acusación con la sentencia, pues para la Fiscalía HENRY HURTADO BONILLA *«desconoció el recaudo probatorio»* que daba cuenta de la existencia del delito y la responsabilidad de los implicados. Empero, el Tribunal, para soportar la condena, reprochó que el procesado soslayó la decisión de apertura de investigación emitida en segunda instancia: no suministró las razones por las cuales se apartó de la misma y calificó el mérito del sumario por fuera de los presupuestos legales para precluir la investigación, hechos no previstos en la acusación como generadores del prevaricato activo.

A ese respecto agrega que, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Sala, el simple desacuerdo con el superior no es indicativo de que la decisión adoptada por el funcionario en primera instancia pueda ser considerada como prevaricadora (CSJ AP, 2019, rad. 52706). Pensar lo contrario, señala, transgrediría la independencia y autonomía que acompaña la actividad de los fiscales.

Igualmente, cuestiona que el *a quo*, al señalar que la decisión de preclusión contenía una argumentación ligera y carente de todo sentido lógico y se fundamentó en las mismas razones del auto inhibitorio (revocado en segunda instancia), concretó la responsabilidad penal en el desacierto en el que incurrió el exfiscal (no reprochable en los casos por prevaricato por acción) y no en la ilegalidad de la providencia.

Con todo, asegura que si la primera instancia hubiera analizado el supuesto desconocimiento probatorio atribuido por la Fiscalía en la acusación, hubiera advertido que el funcionario, basado en la evidencia, *«en su independiente y autónomo entender y saber»*, concluyó razonablemente que no hubo una indebida apropiación de dineros públicos. Ello, porque el pago que realizó el municipio fue por el servicio prestado por la EPS SELVASALUD S.A. a los habitantes de El Cantón del San Pablo durante los meses de febrero y marzo de 2003, por el incumplimiento de la ARS SALUD VIDA.

Conclusión a la que llegó su defendido, basado no solo en las indagaciones y ampliaciones de las declaraciones de los investigados; el acuerdo que autorizaba a Héctor Mario Klinger Moreno para recibir los dineros debidos a la EPS SELVASALUD S.A. y en un informe de campo realizado por policía judicial, *«sino en fuertes indicios»*, como la ausencia de doble pago a SELVASALUD y SALUD VIDA por la prestación del mismo servicio en el referido período.

Apreciación que, a juicio del censor, resulta plausible y por el hecho de no compartirse, no puede pregonarse como grosera ni ilegal.

Por último, en cuanto al elemento subjetivo del tipo, refirió que el único propósito del enjuiciado al precluir la investigación, consistió en darle cumplimiento al artículo 329 de la Ley 600 de 2000, por llevar más de 4 años el término de instrucción, y particularmente aplicar el derecho y su criterio en un asunto a su cargo. Pero en ningún momento pretendió *«manipular la valoración de las pruebas con el propósito de emitir una decisión manifiestamente contraria a derecho»*.

2. Subsidiariamente, el defensor reclama en favor del acusado la prisión domiciliaria, en razón a que en el fallo no se analizó, como lo demanda el numeral 2º del artículo 38 del Código Penal (original), 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.

Sino que el Tribunal aludió a aspectos como: *i)* los fines y las funciones de la pena, invocando la prisión domiciliaria como un imperativo jurídico para evitar impunidad; *ii)* la condición del condenado como servidor público para atribuir mayor responsabilidad, descrédito de a justicia y zozobra en la sociedad; y *iii)* la intensidad del dolo y el daño generado con el delito. Valoraciones que no hacen parte de la exigencia normativa.

Por el contrario, la defensa acreditó que HENRY HURTADO BONILLA no registra antecedentes penales; tiene una familia compuesta por su esposa y tres hijos; nunca ha recibido un llamado de atención en el ejercicio de su labor como funcionario público y tampoco representa un peligro para la sociedad. Esto último, porque en caso de confirmarse la condena, la consecuencia es que sea removido de su cargo, con lo cual no podría afectar la administración de justicia¹⁰.

NO RECURRENTE

Por su parte, la representante de Ministerio Público coadyuva la solicitud del defensor, atendiendo a que «no se acreditó con certeza la tipicidad subjetiva». Considera que a partir de los argumentos expuestos por el acusado en la providencia uldada de prevaricadora, no se puede colegir que su decisión obedeció al capricho o voluntad de contrariar las normas aplicables, sino de una interpretación que, con independencia de su acierto, «no se ofrece irrazonable ni groseramente contraria a la ley»¹¹.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Competencia

De acuerdo con el artículo 32-3 de la Ley 906 de 2004, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es

¹⁰ Carpeta denominada «ESCRITO DE SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN».

¹¹ Según memorial radicado en terreno, fiscal depositado para los no recurrentes, pero no se había inserto en alguna carpeta del expediente.

competente para conocer los recursos de apelación contra autos y sentencias que profieran en primera instancia los tribunales superiores de distrito.

Cabe precisar que la competencia en segunda instancia es funcional, esto es, limitada al estudio de los argumentos de inconformidad expuestos oportunamente por el apelante y de aquellos que estén ligados de manera inescindible.

2. De la estricta tipicidad del delito objeto de acusación

El principal argumento del recurrente gira en torno a la falta de concreción, por parte de la Fiscalía, de uno de los elementos estructurales para la tipicidad del delito de prevaricato por acción, porque no precisó cuál fue el ordenamiento legal o constitucional violado o desconocido por el procesado.

Al respecto, impera recordar que el punible en estudio, en su aspecto objetivo, se ha considerado un ilícito de resultado, en el que la descripción típica tiene la siguiente estructura básica: i) tipo penal de sujeto activo calificado, para cuya comisión se requiere la calidad de servidor público en el autor, y ii) que se profiera una resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, es decir, que exista una contradicción evidente e inequívoca entre lo resuelto por el funcionario y lo mandado por la norma (CSJ SP, 27 jul. 2011, rad. 35656)¹².

¹² Reiterado en CSJ AP, 19 jun. 2012, rad. 10940, entre otras.

En cuando al ingrediente normativo del tipo, ha dicho la Corte, se verifica mediante una tarea de confrontación objetiva entre el contenido del pronunciamiento –resolución, dictamen o concepto– y lo que el ordenamiento jurídico establece, ordena o prohíbe, a fin de elucidar si las disposiciones o materias de aquél están en sintonía con los dictados que emanan de éste¹³, al punto que si la resolución, dictamen o concepto no es manifiestamente contrario a la ley, no puede predicarse el desvalor de la acción y por ende la conducta es atípica (CSJ SP, 28 nov. 2012, rad. 39198).

Ahora, en el escrito de acusación¹⁴ la Fiscalía indicó como hechos jurídicamente relevantes los siguientes –idénticos a la imputación¹⁵ y sin modificación alguna en la audiencia de formulación de acusación¹⁶, donde se limitó a leer el escrito–:

Comenzó por hacer un recuento frente al trámite procesal (en el marco de la Ley 600 de 2000) dentro de la actuación N° 143408, originada con ocasión de la denuncia presentada por el CTI – Seccional Quibdó por las presuntas irregularidades en la contratación que hiciera el municipio El Cantón del San Pablo para el aseguramiento de los beneficiarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Hecho por el que se señaló como responsable al alcalde Jesús Nery Palacios Murillo, quien, por el aludido concepto, *«había pagado una suma de dinero a **PROMOSALUD** y/o **HECTOR MARIO KLINGER***

¹³ CSJ SP, 11 dic. 2003, rad. 19547 y CSJ SP, 5 may. 2007, rad. 25766.

¹⁴ Folios 16 a 24, cuaderno Tribunal.

¹⁵ Audiencia del 23 de enero de 2018, minuto 4:15 y ss.

¹⁶ Audiencia del 7 de junio de 2018, minuto 18:45 y ss.

MORENO, sin que para los meses de enero, febrero y marzo de 2003, existiera contrato con esa entidad y con **SELVA SALUD E.P.S.**.

De la actuación, destacó la apertura de la investigación previa (29 de septiembre de 2003); la diligencia de inspección judicial realizada ese mismo día en las dependencias de la Pagaduría y Secretaría General del municipio El Cantón del San Pablo, a través de la cual se obtuvo copia de *«las cuentas de cobro y facturas»* presentadas al municipio por el coordinador de aseguramiento de la EPS SELVASALUD S.A. y los contratos de prestación de servicios suscritos entre la alcaldía y la EPS SELVASALUD S.A. y entre ésta y la IPS PROMOSALUD LTDA.; y la resolución inhibitoria del 3 de junio de 2004.

Igualmente, hizo alusión a la providencia del 22 de julio del mismo año, en la que la Fiscalía 12 Delegada ante el Tribunal Superior de Quibdó revocó el inhibitorio y ordenó abrir la investigación, con fundamento en: *i)* las irregularidades en el cobro de los meses de febrero y marzo de 2003 realizadas por el coordinador de la EPS SELVASALUD S.A., cuando el contrato con esa entidad empezó a regir desde abril de 2003; *ii)* que el dinero debió cancelarse a la ARS SALUD VIDA, *«quien de acuerdo al período contractual prestó los servicios»*; *iii)* que las cuentas de cobro fueron presentadas por personas diferentes a las registradas y las facturas de soporte no aparecen firmadas; y *iv)* que en las cuentas de cobro N° 208 y 210 la EPS SELVASALUD S.A. solicita que el pago se haga a la IPS PROMOSALUD LTDA. o al señor Héctor Mario Klinger Moreno, sin que el municipio tuviera vínculo contractual con ellos.

En seguida, el escrito de acusación relaciona el subsiguiente trámite que se concretó en: la diligencia de indagatoria rendida por Jesús Nery Palacios Murillo (3 de agosto de 2004); la remisión del asunto por competencia al Fiscal 16 Seccional de Tadó (21 de octubre de 2004), HENRY HURTADO BONILLA, funcionario que escuchó al exalcalde en ampliación de indagatoria; obtuvo el informe de policía judicial N° 753 del 7 de mayo de 2007, a través del cual se estableció que «El Cantón del San Pablo le canceló a **SELVA SALUD** y/o **PROMO SALUD**, sin existir contrato la suma de \$89.784.069.90»; y escuchó en indagatoria al indiciado Héctor Mario Klinger, quien allegó un «acta de compromiso» suscrita entre la EPS SELVASALUD S.A. y la IPS PROMOSALUD LTDA., en la que convinieron que el antes mencionado «podía actuar como Representante Legal de **SELVA SALUD**, en las gestiones necesarias para la ampliación de cobertura por la cual estaba autorizada para realizar pagos a la red, recibir recurso de los entes territoriales que por la alianza ingresen a **SELVA SALUD E.P.S.**».

A continuación, el escrito de acusación transcribe parte de los fundamentos de la decisión de preclusión del 15 de agosto de 2008, proferida por el funcionario HENRY HURTADO BONILLA:

Del estudio del material probatorio que anda en el expediente, se colige que la E.P.S. SELVA SALUD representada por la señora SILVIA CRISTINA JARAMILLO ANDRADE contrató con el Municipio de Cantón del San Pablo (Chocó) representado por su Alcalde JESUS NERY PALACIOS MURILLO, la administración de los recursos del régimen subsidiado en salud y el aseguramiento de los beneficiarios del sistema general seguridad social en salud al régimen subsidiado, según contrato a folio 22 c.o. suscrito al día 01 del mes 03 del año 2003, este último hasta el 30 de septiembre del 2003 por valor de \$228.490.554,67.

Igualmente, SELVASALUD EPS representado por la señora CRISTINA SILVA JARAMILLO, el 01 de abril del 2003 suscribe contrato con PROMOSALUD IPS de la ciudad de Quibdó, representada por SANDRA GARCÍA HERRERA, cuyo objeto fue la prestación de los servicios contemplados el plan obligatorio de salud de 2.213 afiliados del Municipio del Cantón del San Pablo (Chocó), contrato que expira el 30 de septiembre de 2003. Cuyo valor ascendió a \$57.960.504,00, visto a folio 96 del c.o.

Se colige igualmente que el señor FELIPE ANTONIO PALACIOS, quien aparece firmando autorización para la administración Municipal del Cantón del San Pablo, Gire (sic) a favor de PROMOSALUD Y/O HECTOR MARIO KLINGER, tuvo vinculación con la EPS SELVASALUD, conforme al oficio precedente del Jefe de división de recursos Humanos de Mocoa Putumayo.

Al despacho se allegó fotocopia del contrato celebrado entre SELVASALUD y la representante de PROMOSALUD, suscrito el 01-04-2003 y poder de representación legal suscrito entre SANDRA PATRICIA GARCIA HERRERA, como representante de PROMOSALUD y el señor HECTOR MARIO KLINGER, donde la primera confiere poder especial amplio y suficiente para que en su nombre y representación firme, reciba, autorice cualquier transacción en los Entes Territoriales ARS y entidades que requieran de los servicios de PROMOSALUD IPS LTDA.

En ese sentido el señor HECTOR MARIO KLINGER, recibió la suma de \$69.064.2003,90 (sic) por sus servicios prestados entre el mes de febrero de 2003 y el 31 de marzo del mismo mes y año, al parecer si (sic) justificación alguna, de allí que podría presentarse el menos cabo (sic) a las arcas del ente territorial Municipio del Cantón del San Pablo, y por ello las conductas investigadas de PECULADO y FALSEAD, que se le endilga a los procesados ya relacionados.

Pero hay que decir en cuanto a las conductas investigadas que el delito de Peculado, solo es atribuible a los Servidores Públicos, es decir, a personas que laboren con el Estado, y mucho más allá de ello que se le haya confiado en razón o con ocasión de sus funciones bienes del Estado o que este tenga parte, de lo cual se observa que dicha conducta estaría llamada a prosperar en el caso del señor JESÚS NERY PALACIOS MURILLO, quien para el momento de los hechos ostentaba la calidad de Alcalde y por ende ordenador del gasto. Ya en lo que al señor HECTOR MARIO KLINGER se relaciona, este laboraba con una empresa privada, de allí que no es destinatario directo de la conducta a investigar, mas si de acuerdo a lo establecido en el código de penal (sic) Art. 30 le cabe responsabilidad en lo que a la participación en la conducta como interviniente que sin tener las calidades exigidas en el tipo concurra a su realización.

De las pruebas allegadas al sumario se puede concluir dos situaciones, una, que efectivamente existió una relación laboral

entre SELVASALUD EPS representado por la señora CRISTINA SILVA JARAMILLO con PROMOSALUD IPS de la ciudad de Quibdó, representada por SANDRA GARCÍA HERRERA, cuyo objeto fue la prestación de los servicios contemplados el (sic) plan obligatorio de salud de 2.213 afiliados del Municipio del Cantón del San Pablo (Chocó), contrato que expira el 30 de septiembre del 2003. Cuyo valor ascendió a \$57.960.504.00, visto a folio 96 del c.c., y que efectivamente estas dos entidades realizaron un cruce de cuentas, para que el Municipio del Cantón del San Pablo, le girara directamente los dineros a PROMOSALUD IPS, para que esta no dejara de cumplir con la prestación del servicio de atención a los usuarios. Y por otro lado tal como lo sostuvo el Alcalde de ese momento JESUS NERY, está demostrado que ante la falta de prestación del servicio por parte de la ARS SALUDVIDA, se procedió a cancelar el mismo y autorizar a SELVA SALUD EPS, para que prestara los servicios correspondientes a los meses de febrero y marzo de 2003.

Notase (sic) que a pesar de lo que se dice en el sentido de que para el mes de febrero y marzo, no existía contrato entre SELVA SALUD EPS, con el municipio del Cantón del San Pablo y por ende no tenía derecho a dichos pagos que se le realizaron correspondientes a dichos meses ya que lo que se ha demostrado o lo que demuestra los documentos, es que para esos meses existía un contrato con la IPS PROMOSALUD, lo que se traduce en que no podían dos empresas prestadoras del mismo servicio a la vez, si hay que decir que el dicho del Alcalde JESUS NERY, a pesar de que no se allega el documento puede tener razón toda vez que tampoco se ha observado que haya existido doble pago, es decir, que esos mismos meses se los hayan pagado tanto a SELVA SALUD EPS, como a PROMOSALUD IPS, mas tampoco se observa que en el caso de PROMOSALUD IPS, exista reclamación al (sic) por que (sic) no se la hayan (sic) cancelado esos meses habiendo prestado el servicio.

(...)

A la luz de las conservaciones de las garantías fundamentales y del principio del debido proceso, surgen algunos aspectos que debemos tener en cuenta en aras de no trasgredir nuestro ordenamiento procesal penal, como base guía de nuestras investigaciones ello pues partiendo de la base de que el legislador estableció unos términos de aplicación en el desarrollo investigativo y es así como aparece en el Art. 329 del Código de Procedimiento Penal se establece que la investigación instructiva tiene un término de Dieciocho (18) meses a partir de la fecha de su iniciación y no podrá exceder del mismo. Vencido dicho término la única actuación será la calificación.

Claramente, tenemos, que el presente caso la investigación se inició el día 18 de Agosto de 2004, lo que se traduce que a la fecha han transcurrido Cuarenta y Ocho Meses (4 años), traduciéndose ello en que el término se encuentra mas que vencido y no existe claridad

sobre la responsabilidad de que los implicados hayan cometido la conducta punible, presentándose el fenómeno de la duda que debe resolverse a favor de los procesados.

Para esta fiscalía los sindicados JESUS NERY PALACIOS MURILLO y HECTOR MARIO KLINGER no han cometido el delito de PECULADO POR APROPIACIÓN, ya que como se ha venido sosteniendo si existían vínculos contractuales entre estos y los dineros que se giraron fueron con ocasión de los mismos. Lo anterior para manifestar que por no cumplirse los presupuestos del Art. 355, 356 y 357, el despacho se ABSTENDRÁ de imponer medida de aseguramiento en su contra.

De esta manera y a voces del art. 39 del C.P.P. que consagra que, el Fiscal General de la Nación o su delegado declarará precluida la investigación penal mediante providencia interlocutoria, en cualquier momento de la investigación en que aparezca demostrado que: 1. la conducta no ha existido, 2. o que el sindicado no la ha cometido, 3. la conducta es atípica, 4. cuando esté demostrada una causal excluyente de ausencia de responsabilidad, 5. o que la acción penal no podía iniciarse o no puede proseguirse.

Como consecuencia de lo anterior y a voces del Art. 39 del Código de Procedimiento Penal este despacho preclura (sic) por vía extraordinaria la presente investigación pues se encuentra claramente demostrado la atipicidad de la conducta y los sindicados no la han cometido, más como quiera que el término de instrucción se encuentra vencido y no se ha proferido la calificación del proceso es procedente la preclusión. (Subrayado fuera de texto)

Finalmente, la Fiscalía en este caso concretó la imputación jurídica contra HENRY HURTADO BONILLA así:

La resolución interlocutoria N° 013 del 15 de agosto de 2008, resulta ser manifiestamente contraria a Ley, pues la misma desconoció el recaudo probatorio que indicaba la presunta ocurrencia del delito de Peculado por Apropiación en Favor de Terceros que había incurrido (sic) el señor JESÚS NERY PALACIOS MURILLO, en su calidad de Alcalde Municipal del Cantón del San Pablo y el señor HECTOR (sic) MARIO KLINGER MORENO, en su calidad de Autor Interviniente. (Subrayado fuera de texto)

Del anterior recuento necesario, fácil se advierte que la acusación fue abstracta y general, ya que, en efecto, el fiscal nunca precisó cuál es el ordenamiento legal o constitucional

violado o desconocido por el funcionario. Simplemente se limitó a hacer un recuento de la actuación procesal seguida contra el entonces alcalde de El Cantón de San Pablo y el representante legal de la mencionada IPS, luego de lo cual concluyó que HENRY HURTADO BONILLA, en ejercicio de sus funciones, *«desconoció el recaudo probatorio que indicaba la presunta ocurrencia del delito»*, pero no indicó cuál era la evidencia presuntamente ignorada por el acusado para arribar a una conclusión jurídica diversa a la que llegó.

Ese supuesto fáctico –desconocimiento de la prueba– por sí solo no llena el vacío sobre el elemento normativo del tipo *manifiestamente contrario a la ley*, el cual impone no solo la verificación de un cotejo entre el contenido de la resolución o dictamen y la ley, en orden a establecer su contradicción, sino la comprobación de que esa disonancia es de tal magnitud que revela el capricho o el interés particular, con desprecio del derecho aplicable.

Premisa a partir de la cual esta Corporación ha enfatizado que para una correcta, completa y clara definición de responsabilidad penal, es necesaria la concreción del derecho violado o desconocido, siendo inadmisibles aquellas afirmaciones generales que se limitan a ratificar el supuesto normativo, sin concretarlo (CSJ SP, 28 nov. 2012, rad. 39198).

Precisamente esa indeterminación de la Fiscalía en este caso llevó a que la primera instancia hiciera apreciaciones adicionales a la valoración de la prueba, como la exigencia al procesado de un *«plus adicional probatorio y argumentativo»* al que

realizara la Fiscalía 12 Delegada ante el Tribunal de Quibdó, quien *había perfilado, con fundamento en el mismo material probatorio, la conclusión a la que habría de llegarse*: la autoría de los implicados en el delitos de peculado por apropiación.

Tal apreciación del *a quo* merece varias precisiones. En primer lugar, debe recordarse que las simples diferencias de criterios respecto de un determinado punto de derecho, especialmente frente a materias que por su complejidad o por su misma ambigüedad, admiten diversas interpretaciones u opiniones, no pueden considerarse como propias del prevaricato, pues en el universo jurídico suelen ser comunes las discrepancias aún en temas que aparentemente no ofrecerían dificultad alguna en su resolución (CSJ SP, 23 feb. 2006, rad. 23901).

Así, que otro funcionario judicial resuelva de manera diferente un mismo asunto, no necesariamente puede estimarse mejor opción, o siquiera la única legalmente posible; ni mucho menos, significa un desacierto ostensible de la determinación que resulte contraria. Pues una exigencia de este tipo, además, afecta de manera sustancial los principios de imparcialidad e independencia judicial (CSJ AP, 5 dic. 2018, rad. 52549).

Luego, además de que excedió el juicio de reproche atribuido en la acusación, el Tribunal no podía fundamentar la condena en que el ex Fiscal de Tadó desconoció lo decidido previamente por su superior jerárquico. No solo porque el hecho de que el primero haya considerado el asunto de manera diferente al segundo, no es razón suficiente para predicar la

ilegalidad de la determinación adoptada por el funcionario judicial investigado, sino porque no es cierto que la Fiscalía de segunda instancia haya resuelto la apertura de la investigación con base en la misma evidencia con la que contaba el aquí acusado al calificar el mérito del sumario.

En efecto, como se indicó en el recuento del escrito de acusación, previo a la apertura de la investigación se contaba con las cuentas de cobro presentadas por la EPS SELVASALUD S.A. contra el municipio, sus facturas de soporte, y con los contratos de prestación de servicios suscritos entre la alcaldía del El Cantón de San Pablo y la EPS SELVASALUD S.A. y entre ésta y la IPS PROMOSALUD LTDA.

Luego de decretado el inicio de la indagación y asumir el conocimiento del asunto, HENRY HURTADO BONILLA escuchó en indagatoria a Jesús Nery Palacios Murillo y Héctor Mario Klinger, último que aportó el acta de compromiso que lo habilitaba para recibir los pagos en nombre de la EPS SELVASALUD S.A.

Evidencias a partir de las cuales el funcionario consideró, en un juicio razonable, que *no existe claridad de que los implicados hayan cometido la conducta punible*, en razón a que si la ARS SALUD VIDA hubiera prestado el servicio durante febrero y marzo de 2003 para el que fue contratada por el municipio, debiera existir un pago por ello o una reclamación de parte de esa entidad por no recibir retribución alguna. Discernimiento que lo llevó a darle crédito a lo explicado por el ex alcalde, en el sentido de que ante el incumplimiento de la

ARS y por evitar la suspensión de la prestación del servicio de salud, debió contratar a la EPS SELVASALUD S.A. para cubrir esos meses de asistencia, lo que conllevó a que se le generara el respectivo pago.

Y, en cuanto a la responsabilidad de Héctor Mario Klinger Moreno, acudió al acta de compromiso en la que la IPS PROMOSALUD LTDA. y la EPS SELVASALUD S.A. lo delegaban como representante legal de la segunda para, entre otras facultades, recibir recursos de los entes territoriales que por la ampliación de la cobertura en el régimen subsidiado deba pagársele a la EPS SELVASALUD S.A.¹⁷

Ahora, al estudiar los argumentos expuestos por el acusado en contraste con los hechos demostrados y las pruebas allegadas a la instrucción, la Sala encuentra ajustada la decisión de preclusión de la investigación en favor de los sindicatos, como pasa a exponerse:

No existe discusión en cuanto a que el alcalde Jesús Nery Palacios Murillo, en nombre de El Cantón de San Pablo, contrató a la ARS SALUD VIDA, representada por Juan Carlos López Aguilar, para el aseguramiento de la población vulnerable de ese municipio (1973 afiliados) como beneficiaria del Régimen Subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud, durante el período comprendido entre el **1º de octubre de 2002 al 31 de marzo de 2003**. Prestación para la que, a su vez, la ARS SALUD VIDA contrató con la IPS PROMOSALUD LTDA., representada por Sandra Patricia

¹⁷ Al respecto, ver argumentación a folio 240 del expediente N° 143408 en copia.

García Herrera (según contratos visibles a folios 64 y 67 y el Informe de Policía Judicial N° 753)¹⁸.

Igualmente, para el cumplimiento del mismo objeto, obran dos contratos suscritos entre el municipio y la EPS SELVASALUD S.A., representada por Cristina Silvia Jaramillo Andrade, con el fin de asegurar en total 2213 afiliados (189 y 2024, respectivamente) del **1° de abril al 30 de septiembre de 2003** (folios 33 y 34), efecto para el cual la EPS también contrató a la IPS PROMOSALUD LTDA. (folios 35 a 37).

Así mismo, aparecen tres cuentas de cobro presentadas por la EPS SELVASALUD S.A. a la alcaldía de El Cantón de San Pablo, por los servicios prestados durante los meses de **febrero y marzo de 2003**, discriminadas así:

ii) Cuenta de cobro N° 200 por valor de \$69.064.203,90¹⁹, soportada en las siguientes facturas:

- N° 400, mes febrero, **1756** beneficiarios, valor \$30.734.097,30²⁰,
- N° 401, mes marzo, **1756** beneficiarios, valor \$30.734.097,34²¹,
- N° 402, mes febrero, **168** beneficiarios, valor \$2.940.391,95²².

¹⁸ Folios 192 a 194, del expediente N° 143408 en copia.

¹⁹ Folio 13, del expediente N° 143408 en copia.

²⁰ Folio 14, del expediente N° 143408 en copia.

²¹ Folio 78, del expediente N° 143408 en copia.

²² Folio 79, del expediente N° 143408 en copia.

- N° 403, mes marzo, **168** beneficiarios, valor \$2.940.391,95²³.
- N° 404, mes febrero, **168** beneficiarios, valor \$857.612,70²⁴.
- N° 405, mes marzo, **168** beneficiarios, valor \$857.612,70²⁵.

ii) Cuenta de cobro N° 208 por valor de \$10.360.341,38²⁶, soportada en la factura N° 410, mes febrero, *por reajuste de la UPC de la Administración de recursos del régimen subsidiado en salud y aseguramiento de los 1973 beneficiarios...*²⁷.

iii) Cuenta de cobro N° 210 por valor de \$10.360.341,38²⁸, soportada en la factura N° 411, mes marzo, *por reajuste de la UPC de la Administración de recursos del régimen subsidiado en salud y aseguramiento de los 1973 beneficiarios...*²⁹.

Las anteriores cuentas fueron efectivamente pagadas por la administración municipal de El Cantón de San Pablo, como se desprende de la autorización visible a folio 83, en la que el alcalde Jesús Nery Palacios Murillo y el tesorero le ordenan al gerente del Banco de Bogotá transferir *la suma de... (\$69.064.203.90) A PROMOSALUD IPS LTDA, por concepto de aporte del régimen Subsidiado de Salud, correspondiente al mes de febrero*

²³ Folio 16, del expediente N° 143408 en copia.

²⁴ Folio 17, del expediente N° 143408 en copia.

²⁵ Folio 18, del expediente N° 143408 en copia.

²⁶ Folio 19, del expediente N° 143408 en copia.

²⁷ Folio 24, del expediente N° 143408 en copia.

²⁸ Folio 20, del expediente N° 143408 en copia.

²⁹ Folio 22, del expediente N° 143408 en copia.

y **marzo de 2003**, de los **1756. 168** afiliados de continuidad y **49** de ampliación que este municipio le debe a SELVASALUD S.A. E.P.S.

No obra constancia de la misma índole para las cuentas de cobro N° 208 y 210, por valor de \$10.360.341,38 cada una, pero en el informe de Policía Judicial N° 753 el CTI afirmó que, con respecto a dichas cuentas, *«el municipio canceló en total la suma de **\$20.720.466** en cheques de gerencia a nombre de WILTON RUBIO ARADIA Y/O PROMOSALUD IPS»*²⁰.

De acuerdo con las anteriores descripciones, queda claro que dichos pagos no se realizaron por concepto del segundo contrato entre la alcaldía con la EPS SELVASALUD S.A., no solo por su vigencia (desde el 1° de abril de 2003), sino por el número de beneficiarios: el convenio fue de **2213** afiliados, mientras que las cuentas de cobro y facturas refieren **1973**.

Empero, contrario a lo afirmado por la fiscalía y el Tribunal, el expediente sí da cuenta de la existencia de tres contratos que soporta las cuentas de cobro, facturas y pagos por los servicios prestados durante los meses de febrero y marzo de 2003 por la EPS SELVASALUD S.A. a la población de El Cantón de San Pablo.

Así, a folios 79, 80 y 81 aparecen los convenios suscritos entre el municipio y «SELVA VIDA S.A.» por el período comprendido entre el **1° de febrero al 31 de marzo de 2003**, para *«la administración de los recurso del régimen subsidiado en*

²⁰ Folios 192 a 194, del expediente N° 14-0108 en copia.

salud y el aseguramiento de los beneficiarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud al Régimen Subsidiado», de **49, 168, y 1756** beneficiarios, para un total de **1973**, lo que corresponde con la orden de pago emitida por el alcalde.

Y aunque el contrato no dice SELVA SALUD S.A. expresamente, sino «SELVA VIDA S.A.», se entiende que fue un error de digitación ya que firma Cristina Silvia Jaramillo Andrade en calidad de contratista, quien recuérdese que es la representante legal de la EPS SELVA SALUD S.A.

Documentos frente a los que le causa extrañeza a la Sala que no se hayan sido valorados pese a que fueron acopiados con todo el expediente desde la investigación N° 143408 a través de inspección judicial y traídos a este proceso como objeto de estipulación probatoria, por tratarse de los elementos de juicio con los que contaba el funcionario para emitir la decisión tildada de prevaricadora.

Y, en cuanto al pago que se le realizó a la IPS PROMOSALUD LTDA. y no directamente a la EPS SELVA SALUD S.A. como la contratista, como bien lo analizara el fiscal, obraba el acta de compromiso suscrita el **22 de enero de 2003** entre los representantes legales Cristina Silva Jaramillo Andrade y Héctor Mario Klinger Moreno, respectivamente, en su alianza estratégica para operar de la siguiente manera:

1. Las partes acuerdan gestionar conjuntamente la ampliación de cobertura en el régimen subsidiado y la penetración de SELVASALUD S.A. EPS en el territorio Nacional.

(...)

4. El representante de la alianza PROMOSALUD LTDA. HECTOR MARIO KLINGER, actuara como Representante Legal de SELVASALUD en las gestiones necesarias para la ampliación de cobertura, podrá autorizar pagos a la red, recibir recursos de los centros territoriales que por esta alianza ingresen a SELVASALUD EPS³¹.

Luego, si había prueba que corroboraba la versión suministrada por Jesús Nery Palacios Murillo en su indagatoria, lo que conlleva a predicar que no existió una apropiación indebida de los recursos de la administración. De manera que no existía mérito para acusar sino que debía ordenarse, como en efecto lo dispuso el ex fiscal HENRY HURTADO BONILLA, la preclusión de la investigación, ante la inexistencia de la conducta típica y ausencia de responsabilidad de los indiciados (art. 39 Ley 600 de 2000).

Por último, debe tenerse en cuenta que la omisión de valorar las pruebas en su conjunto no necesariamente implica que la decisión, desde la perspectiva material, sea manifiestamente contraria a la ley (CSJ SP, 8 de may. 2017, rad. 48199). Pues aunque el enjuiciado olvido analizar los últimos contratos a los que se ha hecho alusión pese a que hacían parte del expediente –se desconoce el motivo–, a partir de esa realidad procesal, aquí se estableció que en todo caso la preclusión era procedente, lo que conlleva a predicar que su providencia no puede catalogarse como manifiestamente contraria a la ley.

³¹ Folios 229 y 230 del expediente N.º 143308 en copia.

Desde esa perspectiva, se revocará el fallo de primera instancia y, en consecuencia, se absolverá a HENRY HURTADO BONILLA del delito de prevaricato por acción.

En mérito de lo expuesto, la SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

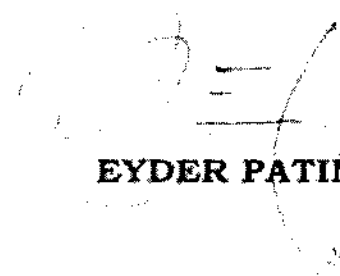
RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia proferida el 2 de mayo de 2019 por la Sala Única del Tribunal Superior de Quibdó. En su lugar, absolver a HERNY HURTADO BONILLA, identificado con la cédula de ciudadanía N° 11.797.160 expedida en Quibdó, del delito de prevaricato por acción.

SEGUNDO.- COMUNICAR esta sentencia a la Fiscalía General de la Nación, a fin de que actualice sus registros, en los términos del inciso 2° del artículo 166 de la Ley 906 de 2004.

TERCERO.- Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, comuníquese y cúmplase.

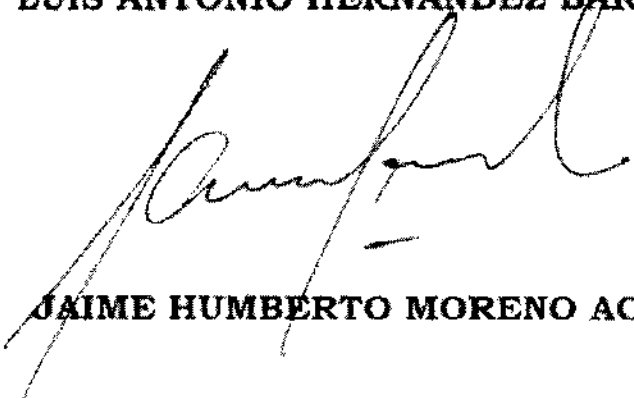

EYDER PATIÑO CABRERA



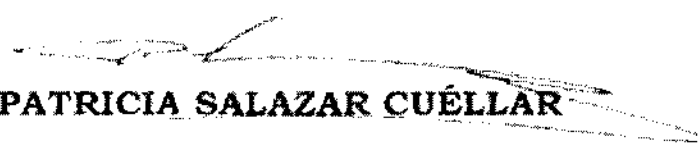
JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

PERMISO
EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA



JAIME HUMBERTO MORENO ACERO



PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR



NÚBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria