

EYDER PATIÑO CABRERA

Magistrado ponente

SP2025-2018

Radicación n.º47603

Acta 182

Bogotá, D. C., seis (6) de junio de dos mil dieciocho (2018).

MOTIVO DE LA DECISIÓN

Resuelve la Sala el recurso de casación interpuesto por el defensor de Alfonso Ricaurte Riveros, contra la sentencia proferida el 30 de septiembre de 2015 por el Tribunal Superior de Ibagué, que revocó el fallo absolutorio dictado por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de esa ciudad y condenó al procesado como autor responsable de los delitos de interés indebido en la celebración de contratos y contrato sin cumplimiento de requisitos legales, en concurso heterogéneo.

HECHOS

Según la denuncia formulada por el Coordinador de la Comisión Nacional de Reclamos de la Asociación Nacional Sindical de Trabajadores y Servidores Públicos de la Salud y la Seguridad Social Integral y Servicios Complementarios de Colombia “ANTHOC”, el entonces Gerente (E) del Hospital Federico Lleras Acosta E.S.E. de Ibagué, Ricardo Díaz Arenas, expidió la Resolución N° 1425 del 6 de septiembre de 2005, en la que ordenó la apertura de la invitación a cotizar No 035 para adquirir dos lámparas, una Cialitica y una Móvil para el

servicio de cirugía, contando con el respectivo certificado de disponibilidad presupuestal por valor de \$73.000.000.00, de fecha 26 de agosto del mismo año.

Igualmente, con Resolución N° 1437, del 7 de septiembre siguiente, conformó el Comité Técnico-Económico para el estudio y evaluación de las propuestas presentadas por los oferentes, cuyo plazo vencía el 15 de ese mes y año, y estableció unos parámetros para la adjudicación del aludido convenio.

Culminada la fase precontractual de selección del proponente, el comité señaló que el mayor puntaje lo obtuvo la empresa Jomedical Ltda., seguida de la firma Gilmédica Ltda., lo cual motivó la elaboración de un proyecto de resolución, sin número ni fecha, signada por Alfonso Ricaurte Riveros, en su calidad de gerente de la entidad, mediante la cual se adjudicó el contrato a la primera compañía.

No obstante, por resolución N° 1793 del 9 de noviembre posterior, el citado funcionario decidió conferirle el contrato a Gilmédica Ltda., con base en un concepto técnico donde se indicaba que las lámparas ofrecidas por esa empresa eran las ideales para satisfacer las necesidades del servicio de cirugía.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

1. El 22 de febrero de 2006, la Fiscalía 51 Seccional de Ibagué dispuso la apertura de investigación¹ y vinculó mediante indagatoria a Alfonso Ricaurte Riveros². El 31 de julio siguiente admitió la demanda de constitución de parte civil, en representación del denunciante Ricardo Varón, miembro de la Comisión Nacional de Reclamos, pero únicamente en lo que apunta a la obtención de la verdad, no así frente al pedimento de perjuicios materiales, donde el único afectado es el Hospital Federico Lleras Acosta de Ibagué³.

2. El 17 de julio de 2008 la Fiscalía resolvió la situación jurídica del implicado absteniéndose

de imponerle medida de aseguramiento⁴.

3. El 16 de febrero de 2010 declaró cerrada la investigación⁵ y el 5 de mayo sucesivo calificó el mérito del sumario con resolución de acusación contra Ricaurte Riveros, como autor del delito de interés indebido en la celebración de contratos, en concurso heterogéneo con el de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, y preclusión de la investigación en relación con los injustos de peculado por apropiación y prevaricato por acción y por omisión⁶.

La decisión fue confirmada en su integridad por la Fiscalía Primera Delegada ante el Tribunal, el 10 de octubre de 2011⁷.

4. El Juzgado Sexto Penal del Circuito de Ibagué, al que correspondió el conocimiento de la causa, celebró la audiencia preparatoria el 10 de abril de 2012⁸ así como el debate público, en sesiones que iniciaron el 21 de febrero de 2013⁹ y culminaron el 22 de agosto siguiente¹⁰.

5. Por disposición del Consejo Superior de la Judicatura, las diligencias pasaron al conocimiento del Juzgado Séptimo Penal del Circuito de la misma ciudad, autoridad que, mediante sentencia del 12 de diciembre posterior, absolvió al procesado de los cargos por los cuales se le formuló acusación¹¹.

6. El 30 de septiembre de 2015, el Tribunal Superior de Ibagué, al conocer del recurso de apelación formulado por el apoderado de la parte civil, revocó la decisión del A quo y, en su lugar, condenó a Alfonso Ricaurte Riveros como autor responsable de los delitos de interés indebido en la celebración de contratos y contrato sin cumplimiento de requisitos legales, en concurso heterogéneo.

Le impuso sesenta (60) meses de prisión, multa de sesenta (60) s.m.l.m.v. y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la

pena privativa de la libertad.

Le negó la suspensión condicional de la pena y le concedió la prisión domiciliaria¹².

LA DEMANDA

El defensor, luego de identificar las partes e intervinientes, los hechos, la actuación procesal y la sentencia impugnada, cuyas motivaciones transcribe, afirma la presencia de irregularidades sustanciales que afectan los derechos constitucionales de su defendido, por lo cual se hace necesario alcanzar la efectividad del derecho material y de las garantías debidas a las personas que intervienen en la actuación penal, pero sobre todo la reparación de los agravios inferidos, toda vez que el Ad quem incurrió en un desatino inexplicable, en cuanto se distanció el acervo probatorio para revocar el fallo absolutorio de primera instancia, el cual evidencia el cumplimiento de los principios de transparencia, moralidad, selección objetiva e idoneidad, sin que se produjera una afectación al bien jurídico tutelado.

Enfatiza que esta Corporación ha privilegiado la vinculación que tiene el precedente judicial, por lo que se hace imperioso un control a dicha atribución para evitar que algunos funcionarios judiciales continúen dándole un uso inadecuado, pues, en este caso, el Tribunal Superior de Ibagué sustentó su decisión en precedentes que no tienen relación temática con el asunto.

A continuación, formula dos cargos, con estribo en la causal primera del artículo 207 del Código de Procedimiento Penal.

Primero (principal):

El libelista acusa la violación directa, por indebida aplicación del precedente jurisprudencial que vincula al funcionario judicial de inferior jerarquía, en desconocimiento de los artículos 93 y 230 de la Carta Política, 2, 16, 24 del Código de Procedimiento Penal y 409 y 410 de la

Ley 599 de 2000.

Aduce que el Tribunal Superior de Ibagué, al seleccionar los pronunciamientos que sustentan su decisión, los cuales transcribe, interpretó de manera errónea el radicado 30291 del 12 de mayo de 2010, en cuanto le asignó un efecto contrario al realmente contenido en él, en relación con los requisitos esenciales del tipo penal de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

Así mismo, incurrió en indebida aplicación del radicado 30677 del 21 de junio de 2010, porque no guarda unidad temática con el sub lite, donde jamás se aludió a la celebración de un contrato interadministrativo.

Advierte que al inferior no le es dable interpretar el precedente jurisprudencial de modo caprichoso y arbitrario, porque es vinculante e impone su acatamiento y obediencia al momento de proferir su sentencia.

Si el Ad quem no hubiese incurrido en tales yerros, habría confirmado la decisión absolutoria de primera instancia.

En ese orden, se apartó de los precedentes que sirvieron de sustento a esa determinación, esto es, las sentencias C-713 del 7 de octubre de 2009, dictada por la Corte Constitucional, y 20815 del 6 de febrero de 2008, proferida por esta Corporación.

Con ese fundamento, solicita casar la sentencia de segunda instancia.

Segundo (subsidiario).

El Tribunal incurrió en violación indirecta de la ley sustancial, por falso juicio de existencia por omisión, que condujo a la exclusión del principio in dubio pro reo y a la aplicación indebida de los preceptos 409 y 410 que tipifican los delitos de interés indebido en la

celebración de contratos y contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

Según el libelista, la colegiatura omitió analizar los testimonios rendidos por Emerson Serrano Fierro -los días 6 de abril de 2006 y 22 de octubre de 2009-, María Irleyda Arboleda Osorio, Johan Manuel Carvajal García, Diógenes Salazar Rodríguez, María Yadira Garzón Rey e Isabel Eugenia Serrano López, los cuales «inexorablemente acrisolan el derecho Constitucional Fundamental de la presunción de inocencia» de Alfonso Ricaurte Riveros.

En orden a evidenciar que ellos aportan información útil, el letrado anuncia que se ceñirá a la apreciación efectuada a esos elementos probatorios por el fallador de primer grado.

Más adelante asegura que, de haberse examinado el voluminoso acervo probatorio obrante en la foliatura, relacionado con las declaraciones rendidas por funcionarios expertos en el área de cirugía de la entidad hospitalaria, el fallador de segunda instancia habría confirmado la absolución dispuesta por el A quo a favor del procesado.

En ese sentido, solicita casar la sentencia proferida por el Tribunal.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuradora Segunda Delegada para la Casación Penal, es del criterio que los reparos no están llamados a prosperar, por las siguientes razones:

1. En relación con el primer cargo, afirma que el demandante incurre en el dislate de querer demostrar que la jurisprudencia aludida en la sentencia de segunda instancia, no guarda relación con el presente asunto, pues la colegiatura hizo un estudio minucioso del tipo penal de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y, al aludir a la sentencia con radicado 30677 del 21 de junio de 2010, esclareció una vez más la configuración del injusto. Por consiguiente, no hizo una adecuación arbitraria del citado pronunciamiento.

Tampoco le asiste razón en reprochar una interpretación errónea de la sentencia con radicado 30291, pues su pretensión se orienta a que el Ad quem motive su decisión bajo la misma línea absolutoria de la primera instancia, pese a que ambos aplicaron la misma jurisprudencia, pero el juez colegiado la tomó en cuenta para diferenciar las distintas etapas de la contratación, tipificando los hechos investigados en la fase precontractual, es decir, al momento de la selección del contratista que suministraría las lámparas, tomando en cuenta la oferta que ocupó el segundo lugar y que era la menos económica.

No demostró, entonces, que con la aplicación de esos precedentes se hubiesen desconocido las garantías fundamentales del procesado.

2. Frente al segundo cargo, precisa que, si bien los testimonios que se dicen omitidos no fueron valorados por el juez plural, del análisis de sus contenidos se puede constatar que no arrojan duda acerca de la responsabilidad del procesado, tal como lo expuso el juzgador de segunda instancia, al señalar que el material probatorio obrante dentro de la actuación conduce a la certeza de que incurrió en una conducta contra la administración pública, siendo notoria su injerencia como Gerente del hospital, para asignarle el contrato a la empresa que había ocupado el segundo lugar, previa conformación de un comité técnico, que de manera unánime expresó que la firma Gilmédica ofrecía mejor calidad en las lámparas solicitadas.

De las consideraciones del Ad quem, el cual también se apoyó en el informe de la investigadora criminalística del 22 de mayo de 2006, para afirmar la irregularidad en la adjudicación de la compra, la representante de la sociedad advierte que no hubo afectación de los derechos y garantías del enjuiciado, en cuanto a la omisión de valorar los testimonios de quienes pretendieron favorecer la decisión adoptada por éste en el proceso de selección de las lámparas, porque la mayoría hizo parte del segundo comité técnico que rindió concepto favorable para la escogencia de la empresa que ocupó el segundo lugar, transgrediendo los principios de la contratación estatal.

CONSIDERACIONES

1. La Sala reitera, una vez más, que con la admisión de la demanda de casación se entienden superados los defectos que pueda contener y lo que procede es examinar de fondo los reparos formulados contra la sentencia de segunda instancia, los cuales se contraen a establecer si, efectivamente, el juez plural, al momento de revocar la sentencia absolutoria de primera instancia, incurrió en los yerros señalados por el defensor del procesado.
2. Frente al primer cargo, donde acusa la violación directa, por indebida aplicación y apreciación errónea de algunas providencias de esta Corporación, importa recordar que, aun cuando las decisiones proferidas por este máximo órgano de la jurisdicción ordinaria constituyen precedente jurisprudencial y, por ende, tienen fuerza vinculante, según lo reconoce el demandante en la introducción de los cargos, la Sala tiene dicho que el desconocimiento de tales pronunciamientos no está previsto como causal de casación.

Así, en CSJ AP5754-2017 (47195) señaló:

Incluso, tratándose de una decisión judicial proferida por esta Corporación, el desconocimiento del precedente jurisprudencial no es una circunstancia que estructure alguna de las causales de casación, conforme lo ha explicado la Sala en numerosas oportunidades y ahora lo reitera (CSJ SP13261-2015, 30 sept. 2015, rad 39838)¹³:

[E]n casación no se prueba el error del fallo invocando la aplicación del precedente sino, como resulta obvio, demostrando en debida forma la incorrección del criterio jurídico respecto del cual se plantea la inconformidad¹⁴.

2.1. En ese sentido se verifica que el demandante reprocha al Ad quem la invocación de los pronunciamientos hechos por la Corte dentro de los radicados 30291 y 30677, ambos de 2010, porque, el primero, lo interpretó de manera errónea, en cuanto le asignó un efecto

contrario al realmente contenido en él, en relación con las exigencias esenciales del tipo penal de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y, el segundo, no guarda identidad temática con el sub lite donde jamás se aludió a la celebración de un contrato interadministrativo.

No obstante, en el desarrollo del reparo no se advierte acreditado algún desacierto intelectual de la colegiatura pues, una atenta y objetiva lectura del fallo del Ad quem, permite advertir que la cita de las señaladas decisiones, estuvo encaminada a ilustrar sobre los elementos que estructuran los injustos descritos en los artículos 409 y 410 del Código Penal, así como los principios constitucionales que orientan la función pública y los mandatos legales que regulan la contratación estatal.

2.3. Es así que, en relación con el punible de interés indebido en la celebración de contratos, en el pronunciamiento hecho dentro del radicado 30291 del 12 de mayo de 2010, se trae a colación la sentencia C-128 de 2003, que declaró exequible el artículo 209 del Código Penal, donde la Corte Constitucional advierte que, así no se infrinja el régimen de inhabilidades e incompatibilidades y tampoco se incumplan los requisitos legales esenciales para el tipo de contrato que se trate, ello no impide que se vulnere el bien jurídico de la administración pública, cuando quiera que la actuación de un servidor público llamado a intervenir en razón de su cargo o sus funciones, esté determinada por un interés ajeno al que corresponde de acuerdo con la Constitución, la ley y/o los reglamentos, gobernado por propósitos o inclinaciones personales.

Además, que se está ante un injusto de mera conducta y, por tanto, no requiere un perjuicio concreto al bien jurídicamente tutelado, pues lo que se sanciona es la prevalencia del interés particular del funcionario que interviene, sobre el general de la comunidad en el proceso de contratación.

2.4. Similares acotaciones cabe hacer en relación con el delito de contrato sin cumplimiento

de requisitos legales, porque, según el pronunciamiento de esta Corporación evocado por la colegiatura, el tipo penal se estructura cuando el servidor público desatiende los condicionamientos atinentes a un contrato, específicamente, en tres eventos: i) cuando lo tramita sin cumplir los requisitos de esa fase contractual, ii) cuando lo celebra sin observar los presupuestos necesarios para su perfección o sin verificar el cumplimiento de los requisitos inherentes a la fase precontractual y iii) cuando liquida el contrato sin sujetarse a las exigencias requeridas para el efecto.

2.5. De lo anterior se sigue, que si el Tribunal estableció en el comportamiento del procesado un indebido interés en favorecer a la empresa Gilmédica Ltda., y además transgredió los principios de transparencia, economía y selección objetiva consagrados en los artículos 24, 25 y 29 de la Ley 80 de 1993, no surge motivo razonable para predicar que interpretó erradamente el pronunciamiento de esta Corporación, que citó en su decisión.

2.6. La Sala tampoco avizora que lo expuesto por la Corte, dentro del radicado 30677 del 21 de junio de 2010, no guarde unidad temática con este asunto, según lo postula el demandante, porque es evidente que con la cita de esa decisión el juez plural quiso denotar que los principios de confianza y buena fe no eximen de responsabilidad al funcionario encargado de la celebración del negocio jurídico, de quien se espera la máxima diligencia en la verificación del cumplimiento de los requisitos legales del contrato.

Con base en ese criterio, descartó el argumento exculpativo del procesado, de haber actuado de buena fe al atender el concepto emitido por el comité que conformó y porque confió en la asesoría jurídica que le brindó la jefe de esa dependencia del hospital,

...de un lado, debido a que era un amplio conocedor de la intervención que le correspondía adelantar para ultimar la fase precontractual, es decir, adjudicarle el contrato al proponente que objetivamente ocupó el primer lugar; y del otro, porque era su obligación desplegar sus mayores esfuerzos para adoptar la decisión final que le correspondía, lo cual no sucedió¹⁵.

El simple hecho de que el supuesto examinado en el pronunciamiento que viene de mencionarse estuviera relacionado con un contrato interadministrativo, no le quita pertinencia para la resolución del caso, puesto que, frente a esa especie de convenios también aplican los principios de la contratación estatal y, por supuesto, la responsabilidad que le compete al funcionario encargado de la celebración del contrato.

Con ese entendimiento, esta Corporación, en SP8786-2015 (38464), señaló:

Y acertó el Tribunal en esas conclusiones, pues aun cuando efectivamente los contratos o convenios interadministrativos son susceptibles de materializar mediante la contratación directa, conforme perentoriamente lo indica el artículo 24, numeral 1º, literal c, de la Ley 80 de 1993, ello no se traduce en que al recurrir a dicho mecanismo los funcionarios que intervienen en las etapas de su tramitación estén exonerados de observar los principios inherentes a los contratos estatales.

En efecto, en esa dirección se tiene que la [Constitución Política](#) se erige como el primordial y más importante fundamento, al disponer en su artículo 209: “La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad...”.

Los citados principios superiores tienen desarrollo en normas de inferior jerarquía, dentro de las cuales, a título enunciativo, se menciona el artículo 3º del Código Contencioso Administrativo¹⁶, donde se fijan los supuestos de las actuaciones administrativas.

Igualmente, en relación con los principios que orientan la actividad contractual, el artículo 23 de la Ley 80 de 1993 prevé: “Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa.

Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales

del derecho y los particulares del derecho administrativo”.

Como se observa, la queja no encuentra asidero en la providencia recurrida y, en esas condiciones la censura no puede prosperar.

3. En el cargo segundo (subsidiario), el demandante afirma que el Tribunal incurrió en violación indirecta de la ley sustancial, en la modalidad de falso juicio de existencia por omisión, que condujo a la exclusión del principio in dubio pro reo y a la indebida aplicación de los preceptos 409 y 410 del Código Penal.

Se trata de los testimonios rendidos por Emerson Serrano Fierro, María Irleyda Arboleda Osorio, Johan Manuel Carvajal García, Diógenes Salazar Rodríguez, María Yadira Garzón Rey e Isabel Eugenia Serrano López, los cuales, según el actor, suministraron información útil que, de haber sido apreciada, habrían conducido a confirmar el fallo absolutorio de primera instancia.

3.1. Antes de incursionar en el fondo del asunto, importa recordar que el Tribunal revocó el fallo del A quo porque encontró que Ricaurte Riveros no ajustó su actuar a los términos del proceso contractual y contravino los principios que gobiernan la materia, pues, luego de seleccionado el proponente con mayor puntaje y suscrita por el mismo implicado la resolución de adjudicación, éste optó por conformar otro comité técnico y, apoyado en su concepto, le asignó el contrato a la firma que obtuvo el segundo lugar.

Y, en relación con el reato de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, expuso que el procesado, en su condición de gerente de la entidad hospitalaria, no consultó los términos de referencia de la Invitación a cotizar No 035 de 2005, ni las formalidades plenas establecidas en el Acuerdo 042 de 200317, porque, luego de superada la fase de selección realizada por el Comité Técnico Económico, conformó otro comité y eligió a la empresa que había ocupado el segundo lugar, con lo cual transgredió los principios de transparencia, economía y selección objetiva consagrados en los artículos 24, 25 y 29 de la Ley 80 de

1993, adicionando a ese trámite, una fase no prevista en la normatividad.

3.2. Frente a esa postura, observa la Sala que el fallador de segunda instancia tendría razón en señalar que la conducta del procesado se ajusta al punible de interés indebido en la celebración de contratos, al estar probado que la firma Jomedical Ltda. obtuvo el puntaje más alto en la evaluación que hizo el Comité Técnico Económico y, no obstante, le asignó el convenio a la empresa Gilmédica Ltda., que ocupó el segundo lugar, actitud que devela, objetivamente, un indebido interés, en cuanto desconoció los términos de referencia contenidos en la Invitación a cotizar No 035 de 2005, específicamente, aquellos que le imponían la selección del oferente de acuerdo a las directrices de selección objetiva y que la adjudicación atendiera a la propuesta más favorable, según el orden de calificación, tal como se contempló en los siguientes ítems:

12.1. SELECCIÓN DEL OFERENTE

Teniendo en cuenta todas las propuestas recibidas se procederá a la selección del contratista que reúna las mejores condiciones de acuerdo con las directrices de selección objetiva establecidas en la presente invitación y en el Reglamento Interno de Contratación del Hospital.

12.2. PROCESO DE EVALUACIÓN DE LAS PROPUESTAS

Las propuestas serán estudiadas por el comité evaluador de propuestas que se designe para tal efecto por la Gerencia de la institución, dicho comité hará las recomendaciones al Gerente de las propuestas más favorables para la respectiva adjudicación, según el orden de calificación de las propuestas en la evaluación, lo cual se hará mediante acta¹⁸ (subraya la Sala).

Y en lo atinente al injusto de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, también se evidencia que adicionó al trámite una etapa no contemplada en la normatividad aplicable,

puesto que, superada la fase precontractual, conformó otro comité técnico y con base en su concepto expidió la resolución con la que asignó el contrato a la segunda empresa, actuación que no solo resulta transgresora de los principios de transparencia y selección objetiva consagrados en los artículos 24 y 29 de la Ley 80 de 1993, sino del debido proceso cuya observancia resulta imperativa en esta clase de actuaciones administrativas.

4. No obstante, como el casacionista asegura que el Tribunal dejó de aplicar el principio in dubio pro reo porque no valoró los testimonios inicialmente aludidos, los cuales suministraron información importante que conduciría a confirmar el fallo absolutorio de primera instancia, la Sala abordará el estudio del reclamo, no sin antes hacer dos precisiones: la primera, que la decisión del A quo no se sustentó en la duda probatoria, sino en la atipicidad de las conductas reprochadas al procesado,

...como quiera que no se puede predicar la adecuación típica del comportamiento desplegado por el hoy procesado en la descripción típica que el legislador penal ha hecho en las conductas antes señaladas y cuya autoría fue imputada, es necesario establecer que los requisitos establecidos para proferir sentencia condenatoria de acuerdo con el art. 232 del C.P.P. Ley 600, se incumplen, por ello la decisión que se debe adoptar no puede ser diferente a la de absolverlo¹⁹.

La segunda, que, aun cuando la colegiatura no hizo mención expresa de esos relatos, ello por sí solo no acredita el error, pues en varios apartes de la decisión aludió al análisis del conjunto probatorio.

4.1. Ahora bien, al revisar lo expuesto por cada uno de los integrantes del comité evaluador, en especial, a quienes correspondió analizar el aspecto técnico de las propuestas, se verifica que coinciden en asegurar que, de las lámparas ofertadas, las que mejores condiciones ostentaban eran las propuestas por la firma Gilmédica y por esa razón emitieron un segundo concepto con la asesoría de un ingeniero biomédico.

Así lo explicó María Irleyda Arboleda Osorio, enfermera, especialista en administración hospitalaria, quien adujo que se le había solicitado conformar un comité evaluador de la Invitación a cotizar No 035, relacionada con la compra de unas lámparas y que junto con los doctores Isabel Eugenia Serrano y Johan Manuel Carvajal examinaron la parte técnica, mientras que otros integrantes estuvieron a cargo del estudio jurídico y económico de las propuestas.

Como en alguna parte de la resolución decía que se podía acudir a otras personas que considerara convenientes para recibir soporte, llamaron al ingeniero biomédico Emerson Serrano Fierro y emitieron un concepto que habla de las bondades de la lámpara marca Drager Sola, basados en la experiencia de los médicos cirujanos y del referido ingeniero y que el puntaje técnico lo consignaron en el formulario que les fue suministrado para tal efecto.

También expuso que la evaluación se hizo pensando en la importancia que reviste la prestación del servicio de cirugía y la calidad de los equipos²⁰.

Johan Manuel Carvajal García, médico cirujano y coordinador del quirófano del hospital, comentó que hizo parte del comité técnico, con la enfermera jefe, Irleyda Arboleda, y la cirujana Isabel Serrano. Que con posterioridad a las objeciones de la evaluación inicial, emitieron un concepto junto con un ingeniero biomédico y enfatizó que la lámpara cialítica, marca Drager, superó ampliamente las otras propuestas desde el punto de vista técnico pues, según su experiencia, los bombillos tienen mayor vida útil y consumen menos energía²¹.

Isabel Eugenia Serrano López, médica, especialista en cirugía general, expuso que fue citada por el gerente del hospital para hacer parte del comité técnico que evaluaría las propuestas de adquisición de dos lámparas para el servicio de cirugía, con base en las características pedidas por el hospital, dentro del marco de referencia del contrato. Sin

embargo, consideraron que una de las marcas presentaba ventajas aledañas a lo pedido, por lo cual expidieron un concepto técnico adjunto, recomendando la adquisición de dichas lámparas y que durante todo el estudio estuvieron acompañados del ingeniero biomédico Emerson Serrano, a quien invitaron como asesor en la parte técnica, lo cual se hace con frecuencia y está dentro de los reglamentos del comité técnico²².

Emerson Serrano Fierro, ingeniero de quirófano del hospital, especializado en biomedicina, manifestó que los integrantes del comité técnico, Irleyda Arboleda, Isabel Eugenia Serrano López y Johan Manuel Carvajal, lo llamaron para que les ayudara a resolver algunas inquietudes netamente técnicas acerca de los equipos que requerían para el servicio de cirugía general y dada su experiencia en el área de quirófano, rindió un concepto acerca de las ventajas y desventajas de cada una de las lámparas que ofrecían²³.

Posteriormente, en diligencia de ampliación, refirió que Alfonso Ricaurte Riveros no le mencionó algún nombre o empresa a la cual se le debía comprar y que el concepto lo rindió con fundamento en las condiciones técnicas, en la calidad del equipo, el reconocimiento de la marca, la funcionalidad y el excelente desempeño, en cuanto trabaja con luz fría²⁴.

Diógenes Salazar Rodríguez, administrador de empresas y Jefe de la Oficina de Planeación y Calidad del hospital, señaló que hizo parte del comité evaluador para examinar la parte económica de las propuestas. Recordó que el puntaje ganador lo obtuvo Jomédical Ltda., pero hubo un concepto técnico emitido por los médicos y el ingeniero biomédico asignado al servicio de quirófano, acerca del equipo ofrecido por la firma que ocupó el segundo lugar, quienes hicieron un reconocimiento sobre la experiencia, seguridad y calidad del equipo ofrecido. Explicó que el comité técnico califica de acuerdo al puntaje y a las especificaciones definidas en los términos de referencia, pero, en ocasiones, además del examen cuantitativo, hacen un análisis desde el punto de vista cualitativo²⁵.

Por su parte, Alfonso Ricaurte Riveros, al momento de rendir indagatoria, señaló que luego

de firmar la resolución que le asignaba el contrato a Jomédical, solicitó copia de la evaluación correspondiente y encontró que el comité había recomendado la marca Drager, por lo cual solicitó una nueva resolución, con base en el concepto técnico dado por los cirujanos y le asignó el convenio a Gilmédica²⁶.

Posteriormente, en diligencia de ampliación, precisó que después de la evaluación que hizo el comité técnico, ellos le comentaron que la mejor lámpara era la de marca Drager, ofrecida por la firma Gilmédica, por lo cual les manifestó que si le podían dar un concepto al respecto y ellos se lo enviaron. Con ese soporte, ordenó elaborar la correspondiente resolución y dispuso que se le diera plena vida jurídica y se destruyera la que inicialmente había suscrito.

Lo importante, agregó, es que se cumplió el objeto del contrato y que el hospital se hiciera a una buena lámpara que le diera tranquilidad a los cirujanos pues, según exaltó, la firma alemana tiene más de quince años en el mercado y es la tercera a nivel mundial²⁷.

4.2. Lo expuesto hasta este momento, permite advertir que en el desarrollo del proceso licitatorio la oferta de las lámparas requeridas por el hospital para la sala de cirugía se debatió entre las firmas Jomédical, que obtuvo el mayor puntaje, y Gilmédica que ocupó el segundo lugar, según la calificación final de la Invitación a cotizar No 035, que incluía la evaluación técnica y económica.

También se constata, que la determinación de adjudicar la convocatoria a la firma Gilmédica, obedeció a que, en opinión del comité técnico, la marca ofertada por ésta (cualitica Drager modelo Sola 500/700 y móvil modelo Sola 300) presentaba más ventajas en cuanto a calidad, funcionalidad, ahorro de energía, entre otros, y así se refleja en la evaluación técnica, donde logró un puntaje superior a las ofrecidas por Jomédical.

En efecto, según se observa²⁸, frente a las características técnicas, soporte técnico y garantía de las lámparas cualitica y móvil, Gilmédica obtuvo, en su orden, 494 y 460, 50 y 40

y 150 y 150, mientras que Jomédical alcanzó 456 y 445, 45 y 50 y 150 y 150.

Valga aclarar que la calificación definitiva de Jomédical, atiende a que se incrementó su puntaje en razón a que por el precio de las lámparas alcanzó 300 puntos, en tanto que Gilmédica fue calificada con 241.

También aparece probado que se elaboraron dos resoluciones, tal como lo admite el enjuiciado y lo corrobora María Yadira Garzón Rey, abogada de la oficina jurídica y de control disciplinario del hospital, al señalar que la resolución de adjudicación a la firma Jomédical fue devuelta por el gerente para que se hiciera a Gilmédica, de acuerdo al concepto técnico dado por los médicos, la enfermera y el ingeniero²⁹.

4.3. De todo lo anteriormente expuesto emerge que, aun cuando la actuación del procesado no se ajustó a cabalidad a los presupuestos de la función administrativa ni a los principios que regulan la actividad contractual estatal, tales como los de transparencia, economía y selección objetiva, previstos en los artículos 24, 25 y 32 de la Ley 80 de 1993, según se precisó en el fallo de segunda instancia, no es posible predicar que la voluntad de Ricaurte Riveros estuvo dirigida a defraudar la administración pública, pues no se avizora la intención dolosa de querer favorecer a alguno de los proponentes y desconocer las fases que componen el proceso reglado.

Recuérdese que el dolo, como elemento de orden psicológico, está integrado por dos elementos, el intelectual o cognitivo, que comporta el conocimiento o conciencia de los elementos que integran el tipo penal, y el volitivo que implica querer realizarlo.

Empero, como se verá, las circunstancias que rodearon el acontecer que dio origen a la presente actuación, impiden elevar juicio de reproche, en cuanto no acreditan la intención del procesado de transgredir el ordenamiento jurídico.

4.4. En efecto, de la prueba testimonial en comento se constata que el actuar de Ricaurte

Riveros estuvo orientado a la adquisición de los equipos que garantizaran una mejor prestación del servicio a los pacientes del hospital y para el logro de ese objetivo se apoyó en el criterio de los profesionales de la medicina que laboran en la sala de cirugía y estuvieron a cargo de evaluar la parte técnica de las lámparas, quienes a su vez, se asesoraron de un ingeniero biomédico y emitieron el siguiente concepto:

Respecto de la calificación correspondiente a la invitación a cotizar No 035 de 2005, hacemos énfasis en que consideramos que las lámparas marca Drager modelo SOLA 500/700 referencia SOLA 500/700 y la móvil modelo SOLA 300 y referencia SOLA 300 cumplen en forma sobresaliente con los requerimientos técnicos solicitados por el grupo quirúrgico, usuario de las mismas, y su trayectoria en el mercado y la experiencia que tenemos con el manejo de dicha marca nos permite afirmar que sería la lámpara ideal para nuestro servicio.

Los dos paneles de visualización facilitan el manejo del equipo al grupo asistencial en el transcurso de la intervención quirúrgica.

El control independiente de la intensidad focal ofrece mayor claridad del área quirúrgica.

El diseño de esta lámpara reduce el consumo de energía y a la vez nos ofrece mayor número de horas de vida útil de los bombillos.

La calidad justifica el costo de la inversión (negrillas originales)³⁰.

Con ese panorama, no es posible predicar, sin asomo de duda, que Ricaurte Riveros, de manera consciente y voluntaria se propuso realizar los comportamientos penales, por las siguientes razones:

i) Las explicaciones que suministró en la indagatoria y en las posteriores ampliaciones encuentran sustento en la foliatura, pues es cierto que no elaboró los términos de referencia

de la invitación a cotizar, ni escogió al comité evaluador -esa labor la agotó Ricardo Rivas Arenas, funcionario que previamente estuvo encargado de la gerencia del hospital-, solo le correspondió adelantar la adjudicación y ningún elemento indicó que conociera a alguno de los participantes.

ii) Solicitó un concepto técnico, porque, luego de firmar la resolución que le confería la invitación a cotizar a la firma con mayor puntaje, solicitó copia del acta de evaluación del comité técnico para verificar si la asignación se había hecho a la mejor lámpara y encontró que había recomendado la marca Drager. Por esa razón, pidió elaborar una nueva resolución en la que se argumentara el concepto dado por los cirujanos. Una vez firma ese documento, ordena a jurídica elaborar el contrato a Gilmédica y la destrucción del anterior.

iii) Los médicos que entregaron ese concepto son unánimes en señalar que, efectivamente, ellos destacaron las ventajas de la marca Drager, basados en su experiencia (buena calidad, trayectoria en el mercado, menor consumo de energía), pues ya se contaba con una lámpara en el servicio de anestesiología.

iv) La actuación desplegada por Ricaurte Riveros no evidencia conocimiento, conciencia y voluntad de infringir el ordenamiento jurídico pues, así no se encuentre acreditado que consultó a jurídica sobre la posibilidad de cambiar la resolución, o que la asesora le hubiese dicho que sí se podía, -cuestión que no aparece corroborada probatoriamente, pues Mary Yadira Garzón nada manifestó al respecto en su declaración y tampoco se le preguntó-, lo cierto es que si hubiera querido favorecer a Gilmédica, el procesado no se habría tomado el trabajo de solicitar que se rindiera por escrito el concepto técnico, ordenar transcribirlo en la Resolución para sustentar la adjudicación y reconocer, allí mismo, que el primer puesto correspondió a Jomedical.

En efecto, así reza el acto administrativo:

10. Que de acuerdo al resultado de las evaluaciones y realizado el análisis comparativo de

las propuestas –puntaje total definitivo- como puede constatare o confirmarse en el acta de la audiencia, en orden de elegibilidad de las firmas proponentes, el primer puesto correspondió a JOMEDICAL 951 y GILMEDICA 935 en lo que tiene que ver con la lámpara cielítica (sic) y para la lámpara móvil: JOMEDICAL 945 y GILMEDICA 891, es de anotar que de acuerdo a las objeciones la empresa QURUGIL fue inhabilitada.

11. Que a pesar de los puntajes relacionados los médicos emiten concepto técnico con respecto a la calificación de la invitación No 035 de 2005, en el cual hacen énfasis en que las lámparas marca Draguer (sic) modelo SOLA 500/700 y la móvil modelo SOLA 300 y referencia SOLA 300 cumplen en forma sobresaliente con los requerimientos técnicos solicitados por el grupo quirúrgico, usuario de las mismas, y su trayectoria en el mercado y experiencia (...) 31

vi) Ninguno de los exponentes manifestó que el procesado le sugirió elegir una marca determinada.

Lo puntualizado en precedencia, ratifica que las razones por las cuales Ricaurte Riveros adoptó la determinación de adjudicar el contrato a la firma que ocupó el segundo lugar, no son distintas a las de querer beneficiar al hospital con la adquisición de las lámparas reconocidas por su buen desempeño y funcionalidad, lo cual redundaría en una mejor prestación del servicio de cirugía a los usuarios, apoyándose para ello en el concepto de los médicos que allí laboraban, quienes basados en su experiencia, exaltaron sus ventajas.

Bajo ese entendimiento, tampoco es posible interpretar, entonces, que la solicitud escrita del concepto a los integrantes del comité técnico, estuvo orientada a infringir el debido proceso de la fase precontractual, sino a demostrar que la selección del proponente, aparece justificada, lo que, a su vez, impide pregonar que estuvo motivada en el exclusivo propósito de favorecer a la empresa Gilmédica Ltda.

Por consiguiente, como el cargo examinado prospera, se impone casar la sentencia

impugnada y, en su lugar, confirmar la de primera instancia que absolvió al procesado pero no por atipicidad objetiva de las conductas, como se concluyó, sino por ausencia de dolo.

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

CASAR la sentencia dictada el 30 de septiembre de 2015 por el Tribunal Superior de Ibagué y, en su lugar, confirmar la absolutoria de primera instancia, a favor de Alfonso Ricaurte Riveros, pero por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

Contra esta providencia no procede ningún recurso.

Notifíquese y cúmplase

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

- 1 Folio 115 a 117 Cuaderno 1.
- 2 Folios 236 a 250 lb.
- 3 Folios 6 a 8 Cuaderno de la Parte Civil.
- 4 Folios 1 a 42 Cuaderno 5.
- 5 Folio 222 lb.
- 6 Folios 1 a 68 Cuaderno 6.
- 7 Folios 154 a 189 lb.
- 8 Folios 262 a 264 lb.
- 9 Folios 18 a 28 Cuaderno 7.
- 10 Folios 63 a 89 lb.
- 11 Folios 104 a 141 lb.
- 12 Folios 4 a 37 Cuaderno del Tribunal.
- 13 CSJ AP, 27 jul. 2009, Rad. 31808; CSJ AP, 30 jul. 2014, Rad. 41539; CSJ AP, 22 Oct. 2014, Rad. 43650
- 14 CSJ AP, 1 dic. 2010, Rad. 35383

15 Folios 29 y 30 Cuaderno del Tribunal.

16 “Las actuaciones administrativas se desarrollarán con arreglo a los principios de economía, celeridad, eficacia, imparcialidad, publicidad y contradicción y, en general, conforme a las normas de esta parte primera...”

17 Reglamento de Contratación del Hospital Federico Lleras Acosta de Ibagué.

18 Folio 25 Cuaderno 1.

19 Folio 140 Cuaderno 7.

20 Folios 154 a 157 Cuaderno 1.

21 Folios 150 a 153 lb.

22 Folios 176 a 178 lb.

23 Folios 207 y 208 lb.

24 Folio 184 Cuaderno 5.

25 Folios 162 a 164 lb.

26 Folios 234 a 250 lb.

27 Folios 80 a 85 Cuaderno 5.

28 Folio 47 Cuaderno 1.

29 Folios 179 a 182 lb.

30 Folio 53 Cuaderno 1.

31 Folio 81 lb.