



**Al contestar por favor cite estos datos:**

Radicado No.: **202311001315391**

Fecha: **12-07-2023**

Bogotá D.C.,



SUBDIRECCION DE GESTION DOCUMENTAL



FACSJ - No. 20236110205482

Fecha Radicado: 2023-07-12 15:49 26

Anexos 1 CD D.P. 16 FOLIOS X PAGINA

Señores:

**FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**

**Avenida Calle 24 No. 52 – 01(Ciudad Salitre)**

**FISCALÍA DELEGADA ANTE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (REPARTO)**

E. S. D.

<b>Asunto:</b>	Denuncia penal.
<b>Ref.:</b>	Contrato Estatal MSPS-167-2021
<b>Delitos:</b>	Peculado por apropiación a favor de terceros, contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales y prevaricato por omisión.

**RODOLFO ENRIQUE SALAS FIGUEROA**, actuando en mi calidad de Director Jurídico del Ministerio de Salud y Protección Social, por medio de la presente, actuando en el marco de los deberes de servidor público en especial el señalado en el numeral 25 del artículo 38 de la ley 1952 de 2.019, y por instrucción del señor Ministro y acorde a lo hallado en el inicio de su jefatura interpongo denuncia penal ante su Entidad por presuntas irregularidades ocurridas dentro del trámite contractual del negocio jurídico descrito en la referencia, acorde a los siguientes

**ANTECEDENTES:**

- 1) Que la Subdirección de Gestión de Operaciones del Ministerio de Salud y Protección Social, mediante radicado 202141200032463 del ocho (08) de febrero de 2021 allegó a la Subdirección de Enfermedades Transmisibles, el respectivo análisis del sector a efectos de generar adquisición de medicamentos para el tratamiento de enfermedades endemo-epidémicas o transmitidas por vectores y enfermedades emergentes, reemergentes y desatendidas, dentro de los cuales se encuentra la *malaria*.
- 2) Que en fecha marzo 5 de 2021 fue expedido documento contentivo de estudios previos para efectos de generar negocio jurídico con el objeto de adquirir "(...)"



**Al contestar por favor cite estos datos:**

Radicado No.: **202311001315391**

Fecha: **12-07-2023**

*medicamentos para eventos de interés pública” (sic), con la finalidad de generar stock para el año 2021 y seis (06) meses del año 2.022.*

- 3) Que, a través del mismo documento en cita, se establece la necesidad de medicamentos a adquirir con base en las estadísticas y cifras reportadas por el Instituto Nacional de Salud en el tópic de malaria para los años 2019 y 2020.
- 4) Que, bajo el mismo derrotero se empezó a establecer dentro de los estudios previos, la clasificación de las enfermedades, su causa y tratamiento; así, dentro de la sistematización se puede analizar lo subsiguiente:

ENFERMDAD	CAUSA	POBLACIÓN	TRATAMIENTO
Malaria	Plasmodium falciparum y Malaria Mixta	5-9 años	Artemeter + lumenfantrina (20 mg + 120mg) Tabletas *12

- 5) La negligencia gravísima que plasma el documento multicitado es que afirma una proyección de casos a tratar para la población descrita en el numeral anterior, de **82.296**; situación que no se contrasta con la realidad, pues para el año 2.020 según el INS<sup>1</sup> la población afectada de Malaria producida por P. falciparum y malaria mixta fue de **40.946**; acto seguido el informe emitido por la INS expresa que la tasa representativa de contagio en la población entre los 5 y 9 años es del 10,1% por ende, la cifra correcta y que se asemeja a la realidad es de **4.135** casos, es preciso anotar que precitado el precitado informe de evento malaria, Colombia, 2020 emitido por el Instituto Nacional de Vigilancia, fue tenido como insumo para la elaboración de los estudios previos, y en consecuencia al tener presente la cifra del total de casos de malaria y no aplicar los porcentajes según los estándares poblacionales y causales, alteró de manera grave el universo de las cantidades requeridas a ser adquiridas.
- 6) Ahora bien, la proyección técnica a futuro, resaltada en los pluricitados estudios previos (página 31 de los Estudios Previos), establece un crecimiento del cuarenta por ciento (40%) con base en el sobregasto en la región pacífica, desconcentración de medicamentos y población migrante e IREM en región pacífica, por lo cual, la

<sup>1</sup> Informe de evento malaria, Colombia, 2020 emitido por el Instituto Nacional de Vigilancia.



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **202311001315391**

Fecha: **12-07-2023**

población proyectada entre 5 y 9 años al finalizar la mensualidad de junio de 2022, debió ser centrada en la totalidad de **5.789** casos y **no 82.296**.

- 7) Por otro lado, en los documentos precontractuales se estipuló que cada persona afectada por la enfermedad descrita en los antecedentes fácticos anteriores necesitaba anualmente un total de 12 blísteres por año del medicamento Artemeter + lumenfantrina (20 mg + 120mg) Tabletas \*12, por lo que se estima en ese sentido que para el año 2.021 la proyección a realizar real debió ser de **69.468** medicamentos, sin embargo, de forma arbitraria e injustificada se proyectó una necesidad de **987.552**.
- 8) Continuando la lógica anterior, como la proyección de necesidad se realizó hasta junio de 2.022, a la cantidad de medicamentos preliminares se le debía sumar la mitad de la misma cifra (por ser medio año más) para un total real de **104.202** medicamentos, y no como falazmente se plasmó la cantidad de **2.005.000**.
- 9) Asimismo, es pertinente aclarar que para la época del estudio existía en almacén central del MSPS una disponibilidad de **7.946** medicamentos por lo que entonces el Ministerio de Salud solo debía adquirir **96.256** medicamentos en presentación blíster Artemeter + lumenfantrina (20 mg + 120mg) Tabletas \*12.
- 10) No obstante, lo anterior, mediante memorando 202121100053013 del 5 de marzo de 2021 el Viceministro de Salud Pública autorizó el inicio del proceso contractual para la adquisición de medicamentos.
- 11) Que, en sesión fechada el día veintiséis (26) de marzo de 2021, se discutió y aprobó, por parte del Comité Asesor de Contratación, la viabilidad técnica, jurídica y financiera de la *"adquisición de medicamentos para eventos de interés pública"*.
- 12) Que, a pesar de todas las inconsistencias previamente mencionadas el doctor Gerardo Lubín Burgos Bernal en su calidad de Secretario General del Ministerio de Salud y Protección Social celebró mediante contratación directa (orden de compra) el negocio jurídico número MSPS-167-2021 con la Organización Panamericana de la Salud-Fondo Estratégico-, en el cual se determinó por parte del Ministerio de Salud una estimación y necesidad de DOS MILLONES CIENTO CUARENTA Y CINCO MIL (2.145.000) medicamentos denominados Artemeter + Lumenfantrina, discriminados de la siguiente forma:



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 202311001315391

Fecha: 12-07-2023

Nombre del medicamento	Unidad de empaque	Cantidad
Artemeter+Lumenfantrina (20mg +120mg) Tabletas * 6	blíster	10.000
Artemeter+Lumenfantrina (20mg +120mg) Tabletas * 12	blíster	2.005.000
Artemeter+Lumenfantrina (20mg +120mg) Tabletas * 18	blíster	130.000

**Nota:** Dicho medicamento es el idóneo para la atención de pacientes con malaria acorde a la "Guía para la atención clínica integral del paciente con malaria" adoptada mediante la resolución 2257 de 2011.

13) Que con base en el cálculo de cantidades anterior y sumado a otros medicamentos para las distintas enfermedades citadas, el valor contractual se elevó a la suma de OCHO MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y NUEVE MILLONES NOVECIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y TRES PESOS M/CTE (\$8.999.999.893), incluidos todos los costos de fletes, seguros y gastos por servicios FE/OPS, de conformidad con las condiciones pactadas en el Acuerdo de Participación No. 093 de 2010, los cuales se giraron en dólares estadounidenses, previo perfeccionamiento y de conformidad con las normas y procedimientos administrativos de la OPS/OMS Fondo Estratégico.

14) El valor preliminar fue amparado presupuestalmente con los siguientes certificados de disponibilidad presupuestal:

NO.	FECHA	VALOR	POSICIÓN CATÁLOGO DE GASTO	RECURSO	USOS PRESUPUESTALES
77421	2021-02-22	\$500.000.000	A A-03-04-01-009 PROGRAMA DE ATENCION AREAS MARGINADAS Y POBLACION DISPERSA (LEY 100 DE 1993) (NO DE PENSIONES C-1901-0300-	10	02 02 01 003 005 02 PRODUCTOS FARMACEUTICOS
77521	2021-02-22	\$2.000.000.000	A-03-03-02-006 SUMINISTRO DE MEDICAMENTOS DE LEISHMANIASIS	10	02 02 01 003 005 02 PRODUCTOS FARMACEUTICOS
80721	2021-03-01	\$6.500.000.000	C1901-0300-29-0-1901171-02 ADQUISICION DE BIENES Y SERVICIOS	11	02 02 01 003 005 02 PRODUCTOS FARMACEUTICOS

15) Asimismo, fue registrado presupuestalmente con la identificación 163221 del 29 de marzo de 2.021.



**Al contestar por favor cite estos datos:**

Radicado No.: **202311001315391**

Fecha: **12-07-2023**

- 16) El tiempo de ejecución contractual se concertó bajo dos conceptos obligacionales, el primero condicional, el cual se centró en el agotamiento de recursos y el segundo de plazo hasta el día 30 de junio de 2022 finiquitándose la labor cuando alguno de las dos premisas ocurriera.
- 17) Que el contrato celebrado se ejecutó con la entrega realizada por el Fondo Estratégico, tal y como consta en el acta de recepción técnica de medicamentos y/o insumos de fecha 25 de octubre de 2021.
- 18) Que en Acta N° 1 realizada por el Comité Institucional de Coordinación de Control Interno CICI y con fecha de quince (15) de marzo de 2023, el Viceministro de Salud Pública y Prestación de Servicios pone en conocimiento las inconsistencias con el medicamento Artemeter considerando de vital importancia la intervención de la Oficina de Control Interno a efectos de revisión general del proceso de Gestión de Insumos de la Dirección de Promoción y Prevención- Subdirección de Enfermedades Transmisibles.
- 19) En fecha veintisiete (27) de abril de 2023 el Director Jurídico remite memorando 202340000813591 a la Agencia Presidencial de Cooperación Internacional de Colombia, por medio del cual se requiere con urgencia apoyo por parte de esta última entidad a efectos de donar a la República Islámica de Pakistán UN MILLON NOVECIENTAS (1.900.000) dosis de medicamento Artimeter/Lumifentrine, lo que va vislumbrando con claridad la excesiva compra y sobreoferta del producto y que refleja el calculo realizado en el hecho número 10.
- 20) Que, conforme a lo anterior, el Director Jurídico del Ministerio remitió a la Oficina de Control Interno de Gestión memorando 202340000173843 de fecha doce (12) de mayo de 2023, en el cual se solicita los avances de auditorías requeridas, en especial lo referente a la disponibilidad de medicamentos antimaláricos depositados en el almacén central del MSPS.
- 21) Como consecuencia de lo anterior y al analizar la cantidad excesiva que se encontraba almacenada del medicamento Artemeter + Lumenfantrina, la Dirección Jurídica del Ministerio de Salud y Protección Social, mediante memorando 202311500207973 del 15 de junio de 2023 solicitó informe técnico a las Subdirecciones de Enfermedades Transmisibles y de Gestión de Operaciones, del mismo ente central, respectivamente.



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 202311001315391

Fecha: 12-07-2023

22) Que en respuesta al requerimiento que precede, la subdirección citada elevó informe allegado con memorando 202321130226743 de fecha 30 de junio de 2023 en el cual se afirma que la cantidad de medicamento Artemeter + Lumenfantrina es descomunal e innecesaria para cubrir la estadística de casos de malaria en Colombia, pues en conexión con lo mencionado en hechos preliminares el número de casos fue erróneo, así:

*"Sin embargo, el medicamento de Artemeter +Lumenfantrina (20mg+120mg) Tabletas\*12, se usa en el tratamiento de los casos de Malaria por P. Falciparum, por lo cual la proyección debía tener en cuenta solamente el histórico de los casos por este tipo de malaria en el país.*

*Adicionalmente, durante el trámite de la matriz de estimación de medicamentos se diligenció en los campos "UNIDADES DE MEDICAMENTO QUE SE REQUIEREN POR DÍA" el número de tabletas que requiere una persona al día y en el campo "DÍAS" la cantidad de días que dura el tratamiento, obteniendo como resultado en el campo "TOTAL MEDICAMENTO POR PERSONA PARA UN TRATAMIENTO" la necesidad de 12, sin embargo se configuró un error al combinar este resultado con la variable "UNIDAD DE EMPAQUE", dando como resultado que una persona con Malaria por P. Falciparum requiere 12 blísteres del medicamento Artemeter +Lumenfantrina (20mg+120mg) Tabletas\*12, cuando la necesidad real es de 12 tabletas por paciente. Este dato erróneo afectó las variables subsiguientes y potenció las necesidades reales del país; para el caso particular, este ajuste se debió realizar manualmente."*

23) Que, de acuerdo al informe antes acotado, el detrimento patrimonial es mayor, pues no solamente se falló en el cálculo de la población sino también en las unidades de medicamento requeridos, ya que la sumatoria se debió realizar por tabletas y no por blísteres; en ese orden de ideas la necesidad real afín a las variables propuestas es de **8.021** blísteres, en consecuencia, para la población entre 5-9 años coexistió una sobrecompra de: **1.996.979** medicamentos en la presentación descrita.

24) Que fue tal el exabrupto en la diferencia presentada entre lo adquirido y la verdadera necesidad que hace a todas luces evidente que el proceso se encuentra viciado en su contenido legal y técnico por no cumplir con el principio de planeación e identificación de la verdadera insuficiencia a cubrir, pues como prueba de ello la Profesional Especializada encargada de las funciones de la Subdirección de Gestión de Operaciones informó a la Dirección Jurídica del Ministerio de Salud y Protección Social mediante memorando 202341000216083 del 22 de junio de 2023, que a



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 202311001315391

Fecha: 12-07-2023

corte del 20 de junio de la presente anualidad existe una totalidad en almacén central del MSPS de **1.927.121** medicamentos Artemeter + LUMENFANTRINA (20MG+120MG) BLÍSTERES.

25) Que, acorde al informe referenciado en el numeral 22 cada blíster del medicamento Artemeter + Lumenfantrina (20MG+120MG) tenía un costo unitario de MIL QUI- NIENTOS CUARENTA Y OCHO PESOS (\$1.548), siendo así que los DOS MILLONES CINCO MIL (2.005.000) blísteres adquiridos ascendieron a la suma de TRES MIL CIENTO TRES MILLONES SETECIENTOS CUARENTA MIL PESOS ( \$3.103.740.000) por lo cual y sin asomo de duda, lo anterior generó un **detrimento patrimonial** en contra del erario público estimado en la suma de **TRES MIL NOVENTA Y UN MILLONES TRESCIENTOS VEINTITRES MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y DOS PESOS. (\$ 3.091.323.492)** con vista en la sobrecompra de UN MILLÓN NOVECIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL NOVECIENTOS SETENTA Y NUEVE (1.996.979) blísteres para la población entre 5-9 años.

## ARGUMENTOS JURÍDICOS

### Del delito de prevaricato por omisión

Que acorde a la legislatura penal, el delito de prevaricato por omisión se tipifica en cuanto el servidor público responsable de una función de la misma naturaleza, la omite al punto que su comportamiento sale del margen de la ley y se trasforme en una conducta contraria a ella. Como se extrae del contenido del delito en mención, el mismo requiere de una norma extrapenal para su completitud, pues, es un tipo penal en blanco, en esa medida, la tarea del ente acusador se basa en indagar si esa conducta omitida se enmarca dentro de los deberes funcionales del servidor público a juzgar, tal y como lo relata la Corte Suprema de Justicia:

*"El delito de omisión se traduce siempre en la negación de una acción que el sujeto está obligado a realizar, o en el incumplimiento de un deber jurídico que le ha sido impuesto. Por eso se ha dicho, con razón, que la omisión no existe per se, sino sólo en la medida que preexista un mandato que obliga a una determinada acción.*

*Por lo mismo, como se trata de un tipo penal en blanco, "para la realización del juicio de tipicidad en el delito de prevaricato por omisión, es condición necesaria establecer la norma extrapenal que asigna al sujeto activo la función que omitió, rehusó, retardó o*



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 202311001315391

Fecha: 12-07-2023

*denegó, y el plazo para hacerlo, al igual que su preexistencia al momento de la realización de la conducta, con el fin de poder constatar el cumplimiento del tipo penal objetivo.<sup>2</sup>*

Ahora bien, dentro de todo el proceso contractual, un elemento esencial para la confección del negocio jurídico es la materialización del principio de planeación reflejado en la identificación y justificación de la necesidad, el análisis del sector, los estudios de mercado, estudios previos o pliegos de condiciones; por la misma línea, el Consejo de Estado ha resaltado la importancia del principio ibidem, destacando que dentro del criterio potenciador del de economía se encuentra el primero, pues no hay otra forma de cumplirlo que enmarcando planificadamente las metas, estrategias, acciones y objetivos a fin de cumplir y satisfacer las necesidades del interés general con la mayor eficiencia y eficacia de los recursos públicos, tal y como se pasa a estudiar en el siguiente pronunciamiento:

*"(...) el proceso contractual deberá estar precedido de los estudios técnicos, financieros y jurídicos que se requieran en orden a determinar su viabilidad económica y técnica, así como la modalidad de [sic] proceso de selección que debe adelantar la entidad pública, con las finalidades sociales -ínsitas a esa prestación-, alto grado de eficiencia y eficacia en orden no sólo a proteger los recursos públicos fiscales representados en los bienes afectos al servicio, con sujeción estricta al orden jurídico, sino a garantizar las funciones que en interés general debe desarrollar y una prestación eficiente de los servicios que le son asignados por la ley.*

(...)

*si esta manifestación del principio de economía debe orientar los procesos de contratación, **resulta cuestionable todo acto de negligencia, desidia o falta de planeación en la toma de este tipo de decisiones públicas, que por supuesto suponen una agresión clara del marco jurídico contractual estatal en general**<sup>3</sup>*  
(Negrillas fuera de texto)

Conviene entonces especificar que, el principio de planeación se materializa legalmente en el deber de creación de estudios previos, y si es el caso pliego de condiciones, siendo estos la base del posterior contrato estatal, y que además tienen como argumento

<sup>2</sup> Sentencia SP025-2023 con radicado 56.218 proferida por la Corte Suprema de Justicia, Sala de casación Penal, M.P. FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS.

<sup>3</sup> consejo de estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera subsección B, sentencia de veintiocho (28) de mayo de dos mil once (2012), radicación número 07001-23-31-000-1999-00546-01(21489), c.p. Ruth Stella Correa Palacio.





**Al contestar por favor cite estos datos:**

Radicado No.: **202311001315391**

Fecha: **12-07-2023**

teleológico evitar el derroche de recursos y la ineficiencia económica; en tal sentido el Honorable Consejo de Estado afirma:

*"[L]a confección del pliego de condiciones tiene especial relevancia, en tanto allí la entidad pública analiza, pondera y define, tanto el objeto del contrato que se propone celebrar, en conjunto con sus especificidades, como las condiciones jurídicas, técnicas y económicas que deben cumplir los interesados en participar en el proceso de selección. Por esta razón, se ha dotado a las entidades públicas de una facultad discrecional en la elaboración del pliego, en el entendido de que el ejercicio de esta atribución, para que sea acorde con la ley, "debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa". Lo anterior, permite entender que el despliegue de esta autonomía debe ser expresión del principio de planeación, e **impone a la administración en la etapa precontractual establecer la medida de su necesidad (...)**."(Negrilla fuera de texto)*

En suma de lo anterior, todos los servidores públicos que coadyuvaron y realizaron los estudios previos del contrato Estatal MSPS-167-2021, transgredieron la disposición normativa y jurisprudencial de implementar un real análisis de la problemática que aquejaba para la fecha de ocurrencia de los hechos al Ministerio de Salud concretada en una necesidad específica, pues fue tan extravagante el raciocinio realizado que ni siquiera se puede enmarcar en un faltante parcial sino por el contrario en una falta de planeación total de la compra del medicamento Artemeter.

Conforme a lo expuesto, el ex ministro Fernando Ruíz Gómez en su calidad de representante legal y en consecuencia, máxima autoridad administrativa del Ministerio de Salud y Protección Social en conjunto con su grupo de trabajo tales como el Secretario General, los servidores públicos de la Subdirección de Enfermedades Transmisibles y el Viceministro de Salud Pública son coautores del delito traído a colación, pues todos ellos son artífices secuencialmente de la omisión del deber general de planificar los procesos contractuales.

### **Del contrato sin cumplimiento de requisitos legales**

En igual sentido que la tipificación expuesta en el título anterior, el contrato sin cumplimiento de requisitos legales se estructura bajo la premisa de vulneración de un requisito de la esencia para efectos de la celebración del negocio contractual. Así,

<sup>4</sup> consejo de estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera subsección A, sentencia de dos (2) de julio de dos mil once (2021), radicación número 68001-23-33-000-2014-00656-01(58372), c.p. José Roberto Sáchica Méndez.



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 202311001315391

Fecha: 12-07-2023

conforme al relato fáctico cabe preguntarse si la vulneración del principio de planeación además de ser una violación a los deberes de los funcionarios públicos, es un incumplimiento a los requisitos esenciales dentro del trámite contractual.

Pues bien, lo primero que cabe acotar es que los principios generales sí encuadran dentro de la estructura esencial de los negocios jurídicos celebrados por las entidades estatales, pues los mismos tienen la aptitud de ser materializables y consigo generar un acto dirigido a la rectitud y justicia que impregna el ordenamiento colombiano, al respecto la Honorable Corte Suprema de Justicia ha anunciado:

*"Un requisito contractual puede catalogarse como esencial a partir de la valoración sobre el impacto que su inobservancia pueda tener en la materialización de los principios rectores de la contratación estatal. Sobre esa base, **la jurisprudencia tiene dicho que las máximas constitucionales y legales que gobiernan la contratación administrativa integran materialmente el tipo penal de contrato sin cumplimiento de requisitos legales**. Ello, por cuanto tales principios constituyen límites del ejercicio funcional del servidor público en materia de contratación; por ende, la violación de los requisitos legales esenciales del contrato tiene que examinarse con remisión a aquéllos. **Pues la contratación estatal, como actividad reglada, debe adelantarse ajustada a esos postulados fundamentales** (arts. 23 al 26 y 29 de la Ley 80 de 1993).*

(...)

*Bien se ve, entonces, que **el acatamiento de los principios rectores de esta faceta de la función pública constituye un requisito esencial aplicable, sin excepción, a los contratos estatales** (CSJ SP 25 sept. 2013, rad. 35.344). **Y ello es así porque las máximas rectoras de la contratación estatal son una concreción de los principios constitucionales de la función administrativa.**<sup>5</sup> (Negrillas fuera de texto)*

Concomitante con lo hasta aquí relatado, la planeación es un concepto transversal en todo el proceso de contratación estatal, además de ello necesario para la correcta estructura y confección de los negocios jurídicos celebrados, pues justamente sin aquella, la materialización de los requerimientos públicos se prestaría de forma incompleta, errónea y con derroche de los recursos; en igual sentido, la Corte multicitada explica:

<sup>5</sup> Sentencia SP513-2018 con radicado 50.530 proferida por la Corte Suprema de Justicia, Sala de casación Penal, M.P. PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR.



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 202311001315391

Fecha: 12-07-2023

"Refiriéndose con las manifestaciones que en la contratación pública tiene el deber de planeación; inherente al principio de economía, el Consejo de Estado se ha manifestado en los siguientes términos:

En virtud del mismo resulta indispensable que la entidad estatal elabore, antes de iniciar un procedimiento de selección contractual, los estudios y análisis suficientemente serios y completos, encaminados a determinar, entre muchos otros aspectos relevantes: i) **la verdadera necesidad de la celebración del respectivo contrato**; ii) las opciones o modalidades existentes para satisfacer esa necesidad y las razones que justifiquen la preferencia por la modalidad o tipo contractual que se escoja; iii) **las calidades, especificaciones, cantidades y demás características que puedan o deban reunir los bienes, las obras, los servicios, etc., cuya contratación adquisición o disposición se haya determinado necesaria**, lo cual, según el caso, deberá incluir también la elaboración de los diseños, planos, análisis técnicos, etc.; iv) los costos, valores y alternativas que, a precios de mercado reales, podría demandar la celebración y ejecución de esa clase de contrato, **consultando las cantidades, especificaciones, cantidades de los bienes, obras, servicios, etc., que se pretende y requiere contratar**, así como la modalidad u opciones escogidas o contempladas para el efecto; v) **la disponibilidad de recursos o la capacidad financiera de la entidad contratante, para asumir las obligaciones de pago que se deriven de la celebración de ese pretendido contrato**; vi) la existencia y disponibilidad, en el mercado nacional o internacional, de proveedores, constructores, profesionales, etc., en condiciones de atender los requerimientos y satisfacer las necesidades de la entidad contratante; vii) los procedimientos, trámites y requisitos que deban satisfacerse, reunirse u obtenerse para llevar a cabo la selección del respectivo contratista y la consiguiente celebración del contrato que se pretenda celebrar.

**Puede concluirse, entonces, que la realización de un análisis de conveniencia y oportunidad, así como su documentación previa a la celebración del contrato constituyen requisitos de orden esencial a la tramitación del mismo**, por ser aplicables al proceso de selección del contratista. Representan un desarrollo preponderante del principio de economía y su corolario de planeación (art. 25 num. 7º y 12 de la Ley 80 de 1993), **que en todo caso deben articularse con los principios de transparencia (art. 24 ídem), responsabilidad (art. 26 ídem) y selección objetiva (art. 29 ídem)**, a fin de que la facultad conferida por disposición legal a la administración para celebrar contratos no se torne en arbitrariedad y vicie la legitimidad del proceso contractual, por desconocer las finalidades de la función administrativa.



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 202311001315391

Fecha: 12-07-2023

***De suerte que si un contrato estatal, incluido el de prestación de servicios de apoyo a la gestión por vía directa, se celebra sin estar precedido del respectivo análisis o estudio de conveniencia y oportunidad, se incumple un requisito esencial a su tramitación. Y esto realiza objetivamente el tipo penal previsto en el art. 410 del CP.***<sup>6</sup>(Negrillas fuera de texto)

Queda claro entonces que el principio de planeación es un requisito esencial y por tanto es ingrediente normativo integral en el delito de celebración de contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales, sin excusar la conducta en la modalidad de contratación directa en la medida que también es abarcado por aquel.

Descendiendo al caso concreto, los sujetos activos dentro del presente delito son los mismos descritos en el título que nos antecede, adecuándose entonces típicamente su conducta de vulneración al principio de planeación y consigo menoscabando un elemento esencial del trámite contractual, pues justamente uno de las partes que integran la buena planeación es determinar asuntos como: necesidad y cantidad de bienes, cuestiones que brillaron por su ausencia en los estudios previos del contrato MSPS-167-2021.

### **Del peculado por apropiación a favor de terceros**

El delito en cita se encuentra consagrado en el artículo 397 de la Ley 599 de 2000, así:

*"El servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de noventa y seis (96) a doscientos setenta (270) meses, multa equivalente al valor de lo apropiado sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.*

*Si lo apropiado supera un valor de doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, dicha pena se aumentará hasta en la mitad. La pena de multa no superará los cincuenta mil salarios mínimos legales mensuales vigentes.*

*Si lo apropiado no supera un valor de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes la pena será de sesenta y cuatro (64) a ciento ochenta (180) meses e*

---

<sup>6</sup> Sentencia ibidem.



**Al contestar por favor cite estos datos:**

Radicado No.: **202311001315391**

Fecha: **12-07-2023**

*inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término y multa equivalente al valor de lo apropiado”.*

Como la mayoría de delitos contra la administración pública, el presente tipo penal recae sobre un sujeto activo calificado, por lo que en principio solamente podrá ser cometido por servidores públicos sobre los cuales incurran facultades o potestades de administración, custodia o tenencia de bienes públicos estatales y que además su acción conlleve al provecho propio o de un tercero, correlativamente con el detrimento del patrimonio público.

Evidentemente dentro de la conducta de los servidores públicos mencionados en el primer título, se generó un provecho exponencial para el contratista y/o proveedor de los medicamentos Artemeter, ello con base en la falta de planeación y hechos falsos sustentatorios de las cantidades necesarias a adquirir, pues cabe aclarar que dentro del contrato adicional al costo de los medicamentos se reconoció y pagó un *overhead* (gastos por servicio) a favor de la FE/OPS, lo que genera de por sí un provecho para dicha organización internacional y además un sumo beneficio para el proveedor, pues es evidente que dentro del sistema de mercado, en el concepto de costo total del producto viene implícito la utilidad del producto.

### **PETICIONES**

Con base en lo narrado es pertinente aperturar investigación penal, en contra del ex ministro Fernando Ruíz Gómez en su calidad de representante legal y máxima autoridad administrativa del Ministerio de Salud y Protección Social en conjunto con su grupo de trabajo tal y como son: el ex Secretario General, servidores públicos de la Subdirección de Enfermedades Transmisibles y el ex Viceministro de Salud Pública; a efectos de determinar el grado de autoría, responsabilidad y participación dentro de los delitos de Peculado por apropiación a favor de terceros, Prevaricato por omisión y Contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales bajo el marco precontractual y de ejecución del negocio jurídico (Orden de compra) No. MSPS-167-2021.

### **MATERIAL PROBATORIO**

- 1) Memorial con radicado 202141200032463 del ocho (08) de febrero de 2021 mediante el cual se allegó a la subdirección de enfermedades transmisibles, el respectivo análisis del sector del contrato MSPS-167-2021.



**Al contestar por favor cite estos datos:**

Radicado No.: **202311001315391**

Fecha: **12-07-2023**

- 2) Estudios previos precontractuales del negocio jurídico MSPS-167-2021.
- 3) Memorando 202121100053013 del 5 de marzo de 2021 el viceministro de salud pública autorizó la iniciación del proceso contractual.
- 4) Certificados disponibilidad presupuestal identificados con números 77421,77521,80721 respectivamente del año 2021.
- 5) Contrato directo mediante orden de pago MSPS-167-2021.
- 6) Registro presupuestal N° 77421 del 22 de febrero de 2.021 que ampara financieramente el contrato MSPS-167-2021.
- 7) Acta No. 01 de fecha 15 de marzo de 2023 mediante el cual el Comité de Institucional de coordinación de control interno, coloca en conocimiento las inconsistencias referentes al medicamento.
- 8) Memorando del veintisiete (27) de abril de 2023 mediante el cual el director jurídico solicita donación de medicamentos a la Agencia Presidencial de Cooperación Internacional de Colombia.
- 9) Memorando 202340000173843 de fecha doce (12) de mayo de 2023, mediante el cual del director jurídico solicita los avances de auditorías requeridas.
- 10) memorando 202311500207973 del 15 de junio de 2023 mediante el cual la Dirección jurídica solicitó informe técnico a la subdirección de Enfermedades transmisibles referente al contrato MSPS-167-2021.
- 11) Memorando 202321130226743 de fecha 30 de junio de 2023 mediante el cual se allega el informe preliminar solicitado (con anexos).
- 12) Memorando 202341000216083 del 22 de junio de 2023 por medio del cual la subdirección de Enfermedades trasmisibles responde la solicitud anterior y afirma la falta de planeación, pues hay a hoy 1.927.121 existencias del medicamento Artemeter.



**Al contestar por favor cite estos datos:**

Radicado No.: **202311001315391**

Fecha: **12-07-2023**

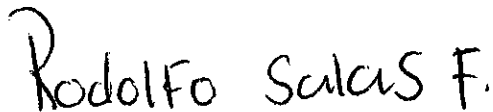
### **ANEXOS**

- 1) Los documentos anunciados en el acápite de pruebas.
- 2) Los documentos que me acreditan en mi condición de Director Jurídico del Ministerio de Salud y Protección Social.

### **NOTIFICACIONES**

- 1) Dirección Física: Carrera 13 No. 32-76, piso 10, Teusaquillo, Bogotá D.C., Bogotá.
- 2) Dirección Electrónica: [correo@minsalud.gov.co](mailto:correo@minsalud.gov.co) o [notificacionesjudiciales@minsalud.gov.co](mailto:notificacionesjudiciales@minsalud.gov.co).

Atentamente,



**RODOLFO ENRIQUE SALAS FIGUEROA**

Director Jurídico MSPS

Anexo: Un (1) CD

Elaboro: klozano  
Reviso: aortizt

