

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL SOBRE LA CELEBRACIÓN INDEBIDA DE
CONTRATOS, DESDE LA EXPEDICIÓN DE LA LEY 599 DE 2000 HASTA EL 2011



LILIANA GIRALDO GÓMEZ

UNIVERSIDAD LIBRE
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA

PEREIRA

2015

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL SOBRE LA CELEBRACIÓN INDEBIDA DE
CONTRATOS, DESDE LA EXPEDICIÓN DE LA LEY 599 DE 2000 HASTA EL 2011



LILIANA GIRALDO GÓMEZ

Proyecto presentado como
requisito parcial para optar el título de
Especialista en Derecho Penal y Criminología

Asesor de Proyecto

Mg. EDGAR AUGUSTO ARANA

Director Centro de Postgrados

UNIVERSIDAD LIBRE

ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA

PEREIRA

2015

Nota de aceptación

Presidente del Jurado

Jurado

Jurado

Pereira, Febrero de 2015

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	9
1. TEMA	11
1.1. TÍTULO	11
1.2. EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	11
1.2.1. Descripción del Problema	11
1.3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	13
1.3.1. Pregunta General	13
1.3.2. Preguntas Específicas	13
1.4. HIPÓTESIS	14
1.4.1. La tendencia jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia en el delito de “violación al régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades”	14
1.4.2. La tendencia jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia frente al delito de “interés indebido en la celebración de contratos”	14
1.4.3. La tendencia jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia frente al delito “contrato sin cumplimiento de requisitos legales”	14
2. JUSTIFICACIÓN	16
3. OBJETIVOS	18
3.1. OBJETIVO GENERAL	18
3.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS	18
4. RESULTADOS ESPERADOS	19
5. MARCOS REFERENCIALES	20
5.1. ESTADO DEL ARTE	20
5.1.1. Aplicación del principio de confianza en los tipos penales de interés indebido en la celebración de contratos y en el de contrato sin cumplimiento de requisitos legales	20
5.1.2. Inhabilidades e incompatibilidades en la contratación estatal	21
5.1.3. La imputación penal en los delitos de celebración indebida	

de contratos	22
5.2. MARCO TEÓRICO	24
5.2.1. El contrato Estatal	24
5.2.2. Celebración indebida de contratos	26
5.2.3. Tipos Penales	30
5.3. MARCO JURÍDICO	32
5.3.1. Marco Constitucional	32
5.3.2. Marco Legal	35
5.3.3. Decretos	36
6. DISEÑO METODOLÓGICO	37
6.1. ENFOQUES DE LA INVESTIGACIÓN EN DERECHO	37
6.2. FUENTES Y TÉCNICAS	37
6.2.1. Fuentes	37
6.2.2. Técnicas	37
7. RESULTADOS OBTENIDOS	39
7.1. TIPOS PENALES DE LA LEY 599 de 2000	39
7.1.1. Violación al régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades. (Art. 408 CP.)	39
7.1.2. Delito de interés indebido en la celebración de contratos (Artículo 409 CP.)	41
7.1.3. Celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales	44
7.2. TENDENCIAS DE LOS FALLOS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA	47
7.2.1. Tendencia de la Corte en los fallos por violación al régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades	47
7.2.2. Delito de interés indebido en la celebración de contratos (Artículo 409 CP.)	51
7.2.3. Celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales	59
7.3. DEMANDAS PRESENTADAS POR AÑO	69
7.4. TIPOS PENALES DE LOS PROCESOS	70
7.5. FALLOS DE LA CORTE	71

8. CONCLUSIONES	74
9. CRONOGRAMA	76
10. TALENTO HUMANO, RECURSOS TECNOLÓGICOS, TÉCNICOS Y FINANCIEROS	77
10.1. TALENTO HUMANO	77
10.2. RECURSOS TECNOLÓGICOS, TÉCNICOS Y FINANCIEROS	77
10.3. RECURSOS FINANCIEROS	77
11. BIBLIOGRAFÍA	78
12. GLOSARIO	80

LISTA DE CUADROS

Cuadro 1. Resumen de Procesos en casación	pág. 12
Cuadro 2. Procesos por año	69
Cuadro 3. Tipos penales de los procesos	70
Cuadro 4. Fallos de la Corte Suprema de Justicia	72
Cuadro 5. Cronograma	76
Cuadro 6. Recursos Tecnológicos, Técnicos	77

LISTA DE GRAFICOS

Gráfico 1. Procesos por año	pág. 69
Gráfico 2. Tipos penales de los procesos	71
Gráfico 3. Fallos de la Corte Suprema de Justicia	72

INTRODUCCIÓN

La contratación es el principal mecanismo de que se sirve el Estado para satisfacer sus necesidades de bienes y servicios, los cuales utiliza para el cumplimiento de los fines asignados a él por la Constitución y la Ley. Motivo por el cual es al mismo tiempo, el medio más usado para la inversión y gasto de los recursos públicos.

Las anteriores razones hacen que la actividad contractual de las entidades públicas, deba ejercerse con total apego a los principios de la función administrativa y, que el legislador, considere la contratación estatal como un bien jurídico que debe ser protegido por la ley penal.

El conocimiento de los tipos penales contenidos en la reforma penal introducida por la ley 599 de 2000, en relación con la contratación pública es de gran relevancia, toda vez que es el área de la administración que más delitos genera por concentrar gran parte de los recursos económicos estatales y mediante la modificación del Código Penal, se pretende desestimular a los funcionarios en la comisión de estos delitos para reducir la corrupción.

El tema es pertinente, porque analiza los tipos penales de la celebración indebida de contratos de la ley 599 de 2000, la tendencia de la Corte Suprema de Justicia en el mismo, para que los profesionales del derecho tengan claridad sobre estos delitos y la forma como se aplican.

La actualidad del tema se encuentra en el hecho de que la contratación estatal es asunto de interés general, pues el Estado en cualquiera de sus niveles, requiere para el cumplimiento de sus

funciones el realizar contratos con otras entidades estatales y con los particulares y por ello existe una normatividad en términos de contratación que debe ser cumplida por los funcionarios encargados de cualquier parte del proceso. Además debido a que continuamente se presentan errores, faltas o delitos en la celebración, ejecución o liquidación de contratos estatales, es necesario que los tipos penales se establezcan y en este caso se hayan endurecido las penas, para desestimular los delitos contra la administración pública.

1. TEMA

LA CELEBRACIÓN INDEBIDA DE CONTRATOS, DESDE LA EXPEDICIÓN DE LA LEY 599 DE 2000 HASTA EL 2011

1.1. Título

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL SOBRE LA CELEBRACIÓN INDEBIDA DE CONTRATOS, DESDE LA EXPEDICIÓN DE LA LEY 599 DE 2000 HASTA EL 2011

1.2. El Problema De Investigación

1.2.1. Descripción Del Problema

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sobre la celebración indebida de contratos, ha sido rica y abundante. En la revisión realizada por la investigadora se encontró que entre el 2000 y el 2011, se tienen documentadas 155 sentencias de casación, de las cuales 119 fueron por hechos ocurridos antes del 2000, por lo tanto se tipificaron bajo el Decreto Ley 100 de 1980, y otras 36 por hechos ocurridos a partir del 2000, las cuales llegaron a casación a partir del 2007. En el cuadro uno, se encuentra el resumen de los procesos

Cuadro 1. Resumen de Procesos en casación

Año	Casaciones por hechos	
	Antes del 2000 (Decreto ley 100 de 1980 – Código Penal)	Después del 2000 (Ley 599 de 2000 – Código Penal)
2000	9	
2001	5	
2002	15	
2003	1	
2004	10	
2005	15	
2006	34	
2007	13	15
2008	11	14
2009	2	5
2010	3	1
2011	1	1
Total	119	36

Fuente: Diseño propio con datos de la Corte Suprema de Justicia.

Para el estudio, se tomaron los 36 casos que desarrolló la Corte a partir del 2000, por haberse tipificado bajo la Ley 599 de 2000, nuevo Código Penal, para hacer el análisis crítico de las jurisprudencias.

1.3 Formulación Del Problema

1.3.1 Pregunta General

¿Cuál es la tendencia jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, frente a los tipos penales de la Ley 599 de 2000, en los casos de celebración indebida de contratos durante el período 2007 - 2011?

1.3.2 Preguntas Específicas

¿En qué consisten los tipos penales de Celebración Indebida de Contratos en la Ley 599 de 2000?

¿Cuál es la tendencia jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, frente al delito de Violación al régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades, durante el período 2007 - 2011?

¿Cuál es la tendencia jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, frente al delito de interés indebido en la celebración de contratos, durante el período 2007 - 2011?

¿Cuál es la tendencia jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, frente al delito de Celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, durante el período 2007 - 2011?

1.4 Hipótesis

1.4.1. La tendencia jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia en el delito de “violación al régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades”.

Es garantizar la transparencia de la actividad contractual, utilizando para ello el régimen constitucional de inhabilidades y prohibiciones, en aquellos casos en que la ley no ha regulado la materia.

1.4.2. La tendencia jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia frente al delito de “interés indebido en la celebración de contratos”.

Es que se incurre en este tipo penal cuando el servidor público se interesa indebidamente y no ilícitamente, en un proceso contractual, sin que sea necesario el desconocimiento de las reglas legales del contrato o percibir un provecho propio o ajeno.

1.4.3. La tendencia jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia frente al delito “contrato sin cumplimiento de requisitos legales”.

Es que los principios que orientan la función administrativa (artículo 209 Constitución Política) se integran a los requisitos esenciales de la contratación, para estructurar así el tipo penal.

2. JUSTIFICACIÓN

La celebración indebida de contratos es un tema de gran interés tanto para las entidades del Estado encargadas de velar por la salvaguarda de los intereses de éste, como para los funcionarios que continuamente se ven abocados a procesos investigativos por parte de la Contraloría, Fiscalía, y Procuraduría, como entes con la competencia fiscal, penal y disciplinaria de adelantar estas investigaciones.

El identificar las variaciones que los tipos penales del nuevo código (ley 599 de 2000), han sufrido, permitirá establecer la forma como la Corte Suprema de Justicia está realizando los análisis en los casos de celebración indebida de contratos, logrando con ello definir cuáles son las principales causas por las que se incurre en este tipo de delito, permitiendo que los lectores del documento puedan para futuros procesos de contratación evitar este tipo de fallas, haciendo de la contratación un proceso legal, normal y transparente, como lo requiere el país.

La metodología utilizada en el presente trabajo, es de tipo socio jurídico, descriptivo, porque identificó las sentencias proferidas por la Corte Suprema de Justicia durante el periodo estudiado, luego de ello se separaron por delitos y por la fecha de ocurrencia de los hechos, para establecer cuáles se regían por los tipos penales de la Ley 599 de 2000 y con ellos se estudió la posición de la Corte Suprema de Justicia en cada tipo penal, para identificar la tendencia jurisprudencial en esta materia.

Para la Especialización en Derecho Penal y Criminología es útil porque adquiere una herramienta académica para que los estudiantes actuales y futuros puedan documentarse frente a los tipos penales de la celebración indebida de contratos y de cómo la jurisprudencia los analiza.

3. OBJETIVOS

3.1 Objetivo General

Efectuar un análisis jurisprudencial sobre la celebración indebida de contratos, partiendo de la forma como se tipifican estas conductas, desde la expedición de la ley 599 de 2000 hasta el 2011.

3.2 Objetivos Específicos

- Establecer en qué consisten los tipos penales de la Ley 599 de 2000.
- Identificar la tendencia de los fallos de la Corte Suprema de Justicia, en el delito de “violación al régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades”, durante el período 2007 - 2011
- Identificar la tendencia de los fallos de la Corte Suprema de Justicia, frente al delito “interés indebido en la celebración de contratos”, durante el período 2007 - 2011
- Identificar la tendencia de los fallos de la Corte Suprema de Justicia, frente al delito “celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales”, durante el período 2007 - 2011

4. RESULTADOS ESPERADOS

De esta investigación quedará el documento que servirá de consulta a estudiantes actuales y futuros de la Universidad Libre, en su facultad de Derecho. A los estudiantes de la Especialización en Derecho Penal y Criminología, le servirá para establecer la tendencia jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia frente a los tipos penales de celebración indebida de contratos.

5. MARCOS REFERENCIALES

5.1 Estado Del Arte

5.1.1 Aplicación del principio de confianza en los tipos penales de interés indebido en la celebración de contratos y en el de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

Autor(es): Roa Avendaño, Gustavo y Sanabria Baracaldo, Robinson

Tipo documento: Trabajo de grado

Resumen:

La presente investigación es de tipo teórico, ya que partirá de los conceptos referentes a la corrupción en Colombia y luego de manera inductiva se abordará el tema de la celebración indebida de contratos, para de esta manera hacer un análisis jurisprudencial y generar unas sugerencias que busquen identificar la responsabilidad del servidor público en la medida que tiene la tutela del Estado. En esta dinámica se observará la incidencia de los tipos penales en el control de la contratación estatal, y se observa la evolución en la dogmática penal para el control de los delitos contra a la administración pública.¹

1 ROA & SANABRIA. Aplicación del principio de confianza en los tipos penales de interés indebido en la celebración de contratos y en el de contrato sin cumplimiento de requisitos legales. Trabajo de Grado. Universidad Libre Seccional: Bogotá

El documento le aporta a esta investigación la mirada de los tipos penales y el análisis jurisprudencial frente a la celebración indebida de contratos que es el tema de este trabajo.

PALABRAS CLAVES: delegación de autoridad, delegación de poderes, función pública, corrupción administrativa

Editorial: Universidad Libre Seccional: Bogotá Aparece en las colecciones: Maestría en Derecho Penal

5.1.2 Inhabilidades e incompatibilidades en la contratación estatal.

Autor(es): Torres López, Gloria Patricia y Moreno Cristancho, Nancy Viviana

Tipo documento: Trabajo de grado

Resumen:

El tema de la Contratación Estatal es de gran trascendencia por los intereses que maneja y por las implicaciones que tiene en el cumplimiento de los objetivos del Estado y en la óptima prestación de los servicios en pro del interés general y de la comunidad. La adecuada precisión y delimitación de la regulación normativa es importante dentro de un marco legal compatible con las finalidades estatales, la función práctica o económica social de la contratación, la tutela, preservación y simetría de los intereses públicos y privados, la ética media exigible, la prevención, depuración, control y sanción de conductas indebidas y la coherencia en la política legislativa, todo lo anterior necesario para asegurar el cumplimiento de los propósitos del Estado.

5.1.3 La imputación penal en los delitos de celebración indebida de contratos.

Autor: Cháves Rincón, Marlon Jaime

El documento es un ensayo que posee las siguientes conclusiones:

En primer lugar, la Teoría de la Imputación Objetiva se constituye en una figura jurídica imprescindible en el análisis previo que tiene que realizar el operador jurídico frente a los delitos de la Celebración Indebida de Contratos.

Esta teoría indica que el resultado de la celebración indebida de contratos es “objetivamente imputable”, cuando el funcionario (autor) crea un riesgo no permitido, que se configura en el contrato el cual se encuentra protegido por el Código Penal, la Ley 80 de 1993 y la ley 1150 de 2007.

Como segunda medida, esta teoría permite determinar con precisión cuándo la lesión a un bien jurídico en los delitos contra la Administración Pública, especialmente de la *“Celebración Indebida de Contratos (Violación del Régimen Legal o Constitucional de Inhabilitaciones e Incompatibilidades; Interés Indebido en la Celebración de Contratos; y Contratos sin Cumplimientos de Requisitos Legales), debe ser considerada como la obra de un determinado sujeto y serle imputada.²”*

Es decir, la norma permite que se identifique de manera clara al responsable del delito de celebración indebida de contratos, toda vez, que el funcionario que lo firma es el responsable jurídico ante la Ley, de que este se realice sin el lleno de los requisitos legales y por lo tanto se le puede imputar el delito.

En tercer lugar es importante tener en cuenta para su análisis las preguntas de esta teoría *“¿cuándo un servidor público genera un riesgo jurídicamente desaprobado por el derecho penal en los delitos de celebración indebida de contratos? Y también ¿cuándo ese riesgo es el mismo que se concreta en la producción de ese resultado?³”*.

2 Ibídem

3 Ibídem

La celebración indebida de contratos, nace del riesgo generado por el funcionario a cargo de la contratación, y es por ello que la teoría genera esta pregunta, ¿en qué momento el servidor público genera el riesgo?, y también ¿Cuándo se concreta?, pues en el momento en que el contrato se legaliza, sin el lleno de los requisitos legales.

Cuarto, para dar respuesta a estos interrogantes es necesario tener presente los principios de la teoría, es decir, *“El Riesgo Permitido, El Principio de Confianza, La Prohibición de Regreso y Las Acciones a Propio Riesgo, el fin de Protección de la Norma, la Elevación del Riesgo, y el Comportamiento Incorrecto de un Tercero o de la Víctima⁴”*.

La teoría de la celebración indebida de contratos, establece claramente las respuestas que busca el ente acusador cuando revisa los contratos, y encuentra que este no cumple con los requisitos de ley.

En quinto lugar, el análisis de la Teoría de la Imputación Objetiva y los elementos del tipo de los delitos de celebración indebida de contratos, junto con los principios de la contratación estatal permiten establecer lo que a cada persona puede serle imputado.

Por último, este análisis hace parte de la *“moderna teoría del delito que ha sido producto de la evolución científica del sistema del delito.⁵”*

Tanto la teoría como la norma, ofrecen claridad sobre la imputación que se le puede aplicar al funcionario cuando incurre en el delito de celebración indebida de contratos.

4 *Ibíd*em

5 *Ibíd*em

5.2 Marco Teórico.

5.2.1 El contrato Estatal.

Es el instrumento mediante el cual se crean lazos laborales entre el Estado y los particulares, los contratos se dan en todas las esferas de la administración estatal, pero sobre todo en las obras públicas.

La contratación estatal busca, satisfacer aquellas necesidades que el Estado no puede cumplir, el proceso de contratación estatal en Colombia se lleva a cabo mediante el siguiente proceso:

Actividades	pre-contractuales
Actividades	Contractuales
Actividades	Post-Contractuales.

La planeación es el proceso de diseño y selección de objetivos, metas y acciones acordes a la visión para el logro de resultados. Su producto es un *“PLAN que contiene políticas, programas, cronogramas, presupuestos. Es una proyección realista y verificable.”*⁶.

Dentro de las actividades precontractuales se pueden establecer los siguientes pasos:

Estudios previos. (Conducente, pertinente, conveniente)
Cartilla Estudios Previos
Registro Único de Precios de Referencia, RUPR
Establecer los ítems

6 NACIÓN VISIBLE. Contratación Pública en Colombia, Leyes y Decretos, Asesoría y Consultoría para Contratistas. [En Internet]. Bogotá. 2007-2013. [Visitada en Octubre de 2014]. Disponible en: <http://www.nacionvisible.org/contratacion.htm>.

Determinar los permisos, licencias y autorizaciones requeridos (Si hay lugar)
Determinar el impacto social ambiental (Si hay lugar)
Consulta sobre impuestos
Análisis del mercado
Elaboración del presupuesto
Determinación del Sistema de Precios
Selección de la forma de pago
Estimación de los costos por ajustes e imprevistos
Determinación y procedimiento de selección del contratista
Verificación de la apropiación presupuestal
Programación de la contratación
*Programación del desarrollo del contrato*⁷

Con la expedición de la ley 80 de 1993, se concluyó la eterna discusión sobre la diferencia entre contratos privados de la administración y contratos administrativos; pues todos los contratos que celebren los órganos del Estado se pueden agrupar en una única categoría: **los contratos estatales**, regulados y regidos, por la autonomía de la voluntad como principio rector y por las normas que tutelan el interés colectivo.

5.2.2 Celebración indebida de contratos.

La celebración indebida de contratos se puede resumir en la suscripción de contratos sin el lleno de los requisitos exigidos por las disposiciones legales, un documento la define así:

Es indudable que para el manejo de los asuntos públicos el contrato estatal constituye un principal instrumento de inmensurable complejidad jurídica; y por lo tanto de supremo cuidado y atención por los sujetos que en derecho colombiano tienen competencia para su operación. Exige, como todas las cosas públicas, un especial manejo de sus presupuestos conceptuales y normativos, con el propósito de que en su aplicación no se desconozca el estricto régimen jurídico diseñado por el

7 *Ibíd.* pág. 1.

legislador y, al igual que la puesta en marcha de procesos contractuales, no se afecte el interés general ni se atente contra el patrimonio público o se pongan en entredicho el Estado Social de Derecho y el principio de igualdad. A partir de la Constitución Política se determinaron parámetros y principios tendientes a crear los contrapesos indispensables frente a la Administración Pública, con el fin de evitar y sancionar los desmanes de los diferentes sujetos relacionados con el contrato estatal que puedan ocasionar perjuicios a la sociedad, al Estado, a los bienes públicos, al interés general y a los recursos económicos públicos que se manejan a través de los negocios jurídicos del estado.⁸

El contrato se convierte en el punto central del desarrollo de la actividad administrativa y pública del Estado, pues de ellos depende que se cumplan los presupuestos del gobierno en todos los campos de su acción. Pero dada la especial connotación que tienen los contratos, que pueden prestarse para que se desborde el apetito por los dineros públicos y con ello se multiplique la corrupción, por ello se establece un régimen jurídico que busca el cumplimiento probo y recto de las funciones del Estado, así como evitar que se atente contra el patrimonio público y se afecte tanto el interés particular como el general.

Para estos efectos el legislador, al regular las conductas lesivas contra la administración pública, consideró de vital importancia reprochar especiales desconocimientos o vulneraciones al interés general y la legalidad contractual del Estado por lo que estableció todo un régimen punitivo a fin de sancionar a todas aquellas

⁸ Rueda Suárez, Héctor Antonio. Celebración indebida de contratos. En: curso: penal especial Corporación universitaria de ciencia y desarrollo Uniciencia - facultad de derecho [En Internet] Bucaramanga - 2010 [Visitada en octubre de 2014]. Disponible en: <http://www.monografias.com/trabajos79/celebracion-indebida-contratos/celebracion-indebida-contratos2.shtml#ixzz3IpSxMa6n>

personas que de una u otra forma se vieren involucradas en la realización de actos tipificadores de estas conductas.

El grupo de delitos especiales contra la Administración Pública, que se caracterizan por fundarse directamente en el desconocimiento al régimen contractual, se denomina en el derecho colombiano "CELEBRACION INDEBIDA DE CONTRATOS, y comprende en el Código Penal las conductas de:

a. VIOLACION DEL REGIMEN LEGAL DE INCOMPATIBILIDAD E INHABILIDAD.

b. INTERES ILICITO EN LA CELEBRACION DE CONTRATOS.

c. CONTRATOS SIN CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS LEGALES.⁹

Dentro del ordenamiento jurídico colombiano se definen claramente tres tipos de delitos contra la Administración Pública, que corresponden a la categoría de “Celebración Indebida de Contratos”, estos son:

- La Violación al régimen legal de incompatibilidad e inhabilidad. Sobre la existencia de un régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades el Consejo de Estado, señaló:

⁹ *Ibíd.*

la consagración del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, se justifica en la prelación de los intereses estatales y en los principios y valores de igualdad, moralidad, ética, corrección, probidad, transparencia e imparcialidad que deben imperar en la actuación de los sujetos que desempeñan la función pública, o de quienes aspiran o pretendan acceder a la misma. En efecto, el desarrollo indigno del poder, la influencia negativa de la posición, el privilegio indebido con olvido del Interés público, de la legalidad, de la buena administración, del patrimonio público y de la probidad en las actuaciones, constituyen, sin duda, razones para establecer restricciones a la libertad y a los derechos de los sujetos en el ámbito del derecho público, tendientes a evitar la vinculación a la función pública o el ejercicio de ésta en las diferentes ramas del Poder público, de personas cuya conducta o situación pueda ser lesiva a esos intereses, principios y valores¹⁰.

La incompatibilidad o inhabilidad busca proteger el interés del Estado, en cuanto a la finalidad de éste de hacer prevalecer los principios que rigen la Constitución Política.

El interés ilícito en la celebración de contratos, busca sancionar penalmente al servidor público que desvía su poder al momento de celebrar un contrato en el que interviene en cumplimiento de las funciones de su cargo, buscando su interés personal y no el de la institución que representa.

10 Escuela Superior Administración Pública. Inhabilidades e Incompatibilidades de los Servidores Públicos. En Cartillas de Administración Pública. Citando al Consejo de Estado. Sentencia Sección quinta, sala contenciosa administrativa. Radicado No. 1001-03-15-000-2007 <00581>00. CP Mauricio Torres Cuervo. [En Internet]. Bogotá, 2009. [Visitada, agosto de 2014]. Disponible en: http://www.registraduria.gov.co/descargar/cartilla_adminpublica.pdf

Contratar sin el cumplimiento de los requisitos de ley. Este delito se configura cuando en cualquier etapa de la contratación (precontractual, contractual o de liquidación), se omiten procesos o documentos legales esenciales para su realización.

5.2.3 El tipo penal en la “celebración indebida de contratos”.

La celebración indebida de contratos es de tipo legal en blanco, pues aunque están claramente definidos en el código penal colombiano, Ley 599 de 2000, requiere de una norma extra-penal para su tipificación. Sobre las características del tipo penal en blanco, la Corte Constitucional en la sentencia C-121 de 2012, señaló:

Esta prohibición que forma parte del principio de estricta legalidad que debe regir la configuración de los delitos y de las penas, hace referencia a dos modalidades de tipos penales especialmente controvertidas: los tipos penales en blanco y los tipos penales abiertos. Esta Corporación ha definido un tipo penal en blanco como aquel en que el supuesto de hecho se encuentra desarrollado total o parcialmente por una norma de carácter extrapenal. Los tipos penales en blanco responden a una clasificación reconocida por la doctrina y aceptada por la jurisprudencia constitucional colombiana ante la incapacidad práctica de abordar temas especializados y en permanente evolución, siempre que la remisión normativa permita al intérprete determinar inequívocamente el alcance de la conducta penalizada y la sanción correspondiente. Distintas cuestiones surgen respecto de los tipos penales en blanco y el principio de legalidad en materia penal. La primera de ellas es si la normatividad a la cual se acude

por remisión, debe ser preexistente o precedente al tipo penal en blanco. Al respecto, esta Corporación ha expresado que se protege el principio de legalidad no con la exigencia de preexistencia de la norma de complemento respecto de la disposición penal, sino con la simple existencia de ésta al momento de conformación del tipo integrado. También se ha indagado si se ajusta al principio de legalidad cuando la remisión opera respecto de disposiciones que no tengan la entidad de ley en sentido formal. Frente a este interrogante la Corte ha distinguido entre la remisión que ocurre frente a disposiciones de igual jerarquía y aquella que ocurre frente a normas de inferior jerarquía, denominada remisión propia e impropia, según el caso, para concluir que es posible el reenvío a normas de inferior jerarquía, en la medida que una vez integrado el tipo penal este adquiere unidad normativa pues “ ... la remisión que opera por virtud del tipo penal en blanco constituye simplemente una técnica legislativa de integración del tipo. La norma complementaria se adosa al tipo penal básico para integrar el “tipo penal”, momento a partir del cual éste tiene vigencia y poder vinculante completo. Ambas forman una unidad normativa que tiene plena vigencia.

De acuerdo con lo anterior, los tipos penales en blanco son constitucionales siempre que la remisión normativa permita al interprete determinar inequívocamente el alcance de la conducta penalizada y la sanción correspondiente, cumpliendo así con el principio de estricta legalidad que debe regir la configuración de los delitos y de las penas. Resalta la Corte que la remisión que opera por virtud del tipo penal en blanco constituye simplemente una técnica legislativa de integración del tipo.

5.3 Marco Jurídico.

5.3.1 Marco Constitucional.

ARTICULO 2. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.¹¹

El artículo dos de la Constitución Política establece los fines del Estado, y es el cumplimiento de este interés general el que debe guiar a los servidores públicos al momento de la celebración de los contratos, evitando su tramitación en forma indebida y se tengan que adelantar los procesos penal y administrativos sancionatorios necesarios para establecer las responsabilidades.

11 Colombia. Constituyente. Constitución Política. [En Internet]. Bogotá, 1991. [Visitada, agosto de 2009]. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>

“ARTICULO 6. Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.¹²”.

El fundamento de la responsabilidad del servidor público se encuentra en este artículo 6, donde establece la especial relación de sujeción de los funcionarios hacia el Estado, haciéndolos responsables además de la infracción a la Constitución y la ley, por el desconocimiento del deber funcional.

ARTICULO 28. Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.

La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley.

En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles.¹³

Este artículo 28 contiene el principio fundamental "nullum crimen, nulla poena sine lege", que desarrolla el artículo 3º del Código Penal que establece: "La ley penal definirá el hecho

12 *Ibidem.*

13 *Ibidem.*

punible de manera inequívoca". No obstante este principio general, el propio Código Penal consagra tipos penales en blanco en la que debe acudirse a norma extra penales para tipificar la conducta, como es el caso de la celebración indebida de contratos que nos ocupa.

ARTICULO 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, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.¹⁴

El artículo 209, establece los principios sobre los cuales se funda la actividad de la administración pública, la cual incluye la contratación estatal y la manera de controlar su cumplimiento.

ARTICULO 210. Las entidades del orden nacional descentralizadas por servicios sólo pueden ser creadas por ley o por autorización de ésta, con fundamento en los principios que orientan la actividad administrativa.

Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley.

14 Ibídem.

La ley establecerá el régimen jurídico de las entidades descentralizadas y la responsabilidad de sus presidentes, directores o gerentes¹⁵.

El artículo 210, autoriza a los particulares cumplir funciones administrativas y estas se llevan a cabo mediante la figura de contratación administrativa.

5.3.2 Marco Legal

Ley 80 de 1993.

Conocido como el Estatuto General de la Contratación Estatal de la Administración Pública, contiene las reglas y los principios a que se debe someter la celebración de contratos por parte de cualquier órgano del Estado Colombiano.

La ley 80 de 1993, ha sido modificada por la leyes **1150 de 2007** y **1474 de 2011**.

Ley 599 de 2000.

Por la cual se expidió el Código Penal. Y que en sus artículos 408 a 410 establece los tipos penales frente a la celebración indebida de contratos.

Ley 906 de 2004.

¹⁵ *Ibíd.*

Por medio de la cual se expide el Código de Procedimiento Penal,

Ley 1121 de 2006.

Mediante esta se dictan normas que promueven la prevención, detección, investigación y sanción de los delitos.

5.3.3 Decretos.

La ley 80 de 1993, ha sido reglamentada por diferentes decretos, en especial en lo relacionado con las modalidades de selección del contratista. Actualmente el decreto reglamentario más importante de esta ley es el 1510 de 2013.

6. DISEÑO METODOLÓGICO

6.1 Enfoques De La Investigación En Derecho

El enfoque es Jurídico-Descriptivo, por cuanto se analizan las decisiones proferidas por la Corte Suprema de Justicia, sobre los delitos de celebración indebida de contratos por hechos acaecidos bajo el nuevo Código Penal (Ley 599 de 2000).

6.2 Fuentes Y Técnicas

6.2.1 Fuentes.

Las fuentes para el presente estudio son secundarias, por cuanto es una revisión de sentencias de la Corte Suprema de Justicia. Se revisa desde el 2000, en que empezó a regir la ley 599, pero teniendo en cuenta que estas decisiones se demoran un largo período en ser adoptadas, desde la primera instancia hasta llegar a la Corte, es por ello que se encontraron sólo sentencias falladas a partir del 2007 y hasta el 2011.

6.2.2 Técnicas.

Las técnicas utilizadas será la revisión de jurisprudencias, para separar las que estuvieran bajo el tipo penal de la Ley 599 de 2000 y que fueran por celebración indebida de contratos.

Con ellas se diseñó una base de datos, para establecer el número de sentencias por delito y el trámite dado por la Corte.

7. RESULTADOS OBTENIDOS

7.1 Tipos Penales De La Ley 599 De 2000

7.1.1 *Violación al régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades. (Art. 408 CP.)*

*Artículo 408. Violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades. Modificado por el art. 33, Ley 1474 de 2011. El servidor público que en ejercicio de sus funciones intervenga en la tramitación, aprobación o celebración de un contrato con violación al régimen legal o a lo dispuesto en normas constitucionales, sobre inhabilidades o incompatibilidades, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a doce (12) años. **Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-652 de 2003¹⁶.***
(subrayado y negrilla del texto original)

Sujeto activo cualificado: Servidor Público que interviene en la tramitación del contrato y no sólo quien lo celebra. Además, el interventor, el consultor y el asesor se consideran particulares que cumplen funciones públicas en todo lo concerniente a la

16 Colombia. Congreso de la República. Ley 599. Código Penal. [En Internet]. Bogotá. 24 de julio de 2000. [Visitada Septiembre de 2014]. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6388>

celebración, ejecución y liquidación de los contratos, y por lo tanto pueden ser sujetos activos de este delito, por disponerlo así el artículo 56 de la ley 80 de 1993.

- Sujeto pasivo: El Estado. Entidad titular de la contratación.
- Bien jurídico: Administración pública – Transparencia de la actividad contractual.
- Objeto Material: El contrato estatal
- La conducta : Violación al régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades.

Para la comisión de este delito se requiere la participación de un servidor público en ejercicio de sus funciones entre las que deben estar el trámite, aprobación o celebración de contratos, que le permita abusar del poder para poder violar el régimen de inhabilidades establecidas por la Constitución o la Ley. No se refiere a la fase posterior a la celebración del contrato como lo es la ejecución y la liquidación del contrato.

Este tipo penal necesita además que se establezca un vínculo entre acción y resultado, es decir, que entre el contratista y el servidor público se configure una de las causales de inhabilidad o incompatibilidad, de forma tal que se pueda determinar claramente el nexo.

Es un tipo penal en blanco porque para integrar el tipo, de recurrirse a las normas Constitucionales y legales que establecen la inhabilidades e incompatibilidades.

El artículo 33 de la Ley 1474 de 2011 introdujo una circunstancia de agravación: “*será aumentada la pena de una sexta parte a la mitad cuando la conducta sea cometida por servidor público que ejerza como funcionario de alguno de los organismos de control del Estado*”¹⁷

En las demandas de estudio, este tipo penal se presentó tan solo un caso. Magistrado ponente: YESID RAMÍREZ BASTIDAS, de julio siete (7) de dos mil diez (2010).

2.1. Se encontró responsable a EVELINE TRIANA ARAGÓN como autora de los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, violación del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades y peculado culposo.

*2.2. Se encontró responsable a YESID GUZMÁN LOZANO como autor de la conducta punible de violación del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades.*¹⁸

7.1.2 Delito de interés indebido en la celebración de contratos (Artículo 409 CP.)

17 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1474. [En Internet]. Bogotá. 12 de julio de 2011. [Visitada Septiembre de 2014]. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1474_2011.html

18 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL Proceso N° 33199. M. P. YESID RAMÍREZ BASTIDAS. [En Internet]. Bogotá. 7 de julio de 2010. [Visitada Septiembre de 2014]. Disponible en: <http://190.24.134.69/busquedadoc/FULLTEXT.ASPX>

Artículo 409. Interés indebido en la celebración de contratos. Modificado por el art. 33, Ley 1474 de 2011. El servidor público que se interese en provecho propio o de un tercero, en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo o de sus funciones, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a doce (12) años.¹⁹

Sujeto activo cualificado:	Servidor Público que interviene en la tramitación del contrato y no sólo quien lo celebra. Además, el interventor, el consultor y el asesor se consideran particulares que cumplen funciones públicas en todo lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos, y por lo tanto pueden ser sujetos activos de este delito, por disponerlo así el artículo 56 de la ley 80 de 1993.
Sujeto pasivo:	El Estado. Entidad titular de la contratación.
Bien jurídico:	Administración pública – Transparencia de la actividad contractual.

19 Colombia. Congreso de la República. Ley 599. Código Penal. [En Internet]. Bogotá. 24 de julio de 2000. [Visitada Septiembre de 2014]. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6388>

Objeto Material: El contrato estatal u operación administrativa, por expresa disposición de esta norma.

La conducta: Interesarse en provecho propio o de un tercero (Desvío de poder).

Al igual que en el tipo penal anterior, el sujeto activo, debe tener la calidad de servidor público, además contar dentro de sus funciones con la facultad de intervenir o participar en cualquier etapa del proceso contractual. La conducta consiste en hacer uso de su poder en forma abusiva, manifiesta un interés para sí mismo o para un tercero en cualquier trámite contractual; observese que en la descripción normativa se cambió la palabra “ilícito” que calificaba el interés en el Código Penal de 1980, por el de **indebido**. El interés se hace concreto en las fases de elaborar, aprobar y celebrar el contrato u operación administrativa con el beneficiario que es de su interés particular.

Este interés debe ser demostrable mediante el hecho de que se transforma el exterior, es decir, el contrato se hace real y se puede demostrar el interés o las razones del interés. Obtener prebendas o pagar favores anteriores. Es necesario que ese interés pase de la mente del funcionario público a la vida real materializándose en hechos, porque de lo contrario es un tipo penal de difícil demostración, pues en la mente del funcionario puede desear beneficiar u obtener algún beneficio para sí mismo, pero esto en sí no es un delito, aunque la intención sea delictiva.

En el período de estudio se encontraron 13 procesos por este delito entre los cuales se destaca el del Director del Seguro Social Guillermo Fino Serrano.

7.1.3 Celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

Artículo 410. *Contrato sin cumplimiento de requisitos legales. Modificado por el art. 33, Ley 1474 de 2011. El servidor público que por razón del ejercicio de sus funciones tramite contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a doce (12) años. Declarado Exequible Sentencia Corte Constitucional 917 de 2001; **Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante [Sentencia C-652 de 2003](#).***

Artículo 410 A. *[Adicionado por el art. 27, Ley 1474 de 2011](#)²⁰.*

Sujeto activo cualificado: Servidor Público.

Sujeto pasivo: El Estado. Entidad titular de la contratación.

Bien jurídico: Administración pública – Principio de legalidad en la contratación.

²⁰ Óp. Cit. Ley 599 de 2000

Objeto Material: El contrato estatal.

La conducta: La conducta se puede realizar de tres maneras alternativas: inobservando los requisitos legales sustanciales en el trámite del contrato, lo cual comporta todos los pasos hasta su celebración; omitiendo verificar la presencia de los condicionamientos previstos en la ley de contratación pública para su perfeccionamiento, incluyendo los atinentes a la fase precontractual, y los relacionados con la liquidación.

Esta modalidad de delito tiene como sujeto activo al funcionario público, con competencia para intervenir en cualquiera de las fases de la contratación pública que tramita un contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales esenciales, o lo celebra o liquida sin verificar su cumplimiento.

En lo que tiene que ver con la conducta, aunque reprodujo en forma idéntica la tipificación consagrada por el artículo 146 del Decreto 100 de 1980, eliminó el elemento normativo que exigía el “propósito de obtener un provecho ilícito para sí, para el contratista o para un tercero”, dado que dicho propósito, a juicio de la Corte Suprema de Justicia, es **innecesario**,

por cuanto el provecho se derivaba del simple hecho de celebrar el contrato sin acatar los principios y normas de carácter constitucional y legal aplicables a la contratación administrativa, en consideración -se reitera una vez más- que el objeto de protección

del tipo penal es el principio de legalidad de la contratación estatal, cuyo quebrantamiento por el servidor público estructura objetivamente ese tipo penal aunque el resultado práctico del convenio sea beneficioso para la administración y desventajoso desde el punto de vista económico para el contratista.²¹

En general, las normas sobre el proceso contractual regulan las siguientes materias:

Los estudios previos;

Las modalidades de selección del contratista;

Elaboración los pliegos de condiciones;

La publicidad de los procesos contractuales y demás documentos;

El acto de apertura de la convocatoria pública;

La aclaración de pliegos;

La audiencia de estimación, tipificación y asignación de riesgos;

La presentación de ofertas;

La evaluación, adjudicación y/o declaratoria de desierta del proceso contractual

El contrato;

La ejecución, control y vigilancia del contrato;

La liquidación,

21 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. [En internet] M.P. Jorge Luis Quintero Milanés. Bogotá D.C. Febrero 6 de 2008. Proceso N°20815. [Visitado en septiembre de 2014]. Disponible en http://www.tesauro.com.co/CONTRESPONSABILIDAD/JREQUISIPENAL_1.htm

Estos temas hacen parte de los requisitos consagrados en la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007, la Ley 1474 de 2011, y los decretos reglamentarios de éstas, para el trámite, celebración y liquidación de los contratos estatales.

En cualquiera de los procesos que se incumpla con los requisitos legales esenciales se tipifica este delito.

7.2 Tendencia De Los Fallos De La Corte Suprema De Justicia

7.2.1 Tendencia de la Corte en los fallos por violación al régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades.

La única casación que se dio por el delito de Violación a régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades, fue motivado por la variación del delito que se realizó durante el juzgamiento, pues mientras la Fiscalía la acusó como autora de los delitos concurrentes de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, violación al régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades y peculado culposo, el Juzgado Penal del Circuito de Guamo (Tolima) al momento de dictar sentencia la condenó por el delito de interés ilícito en la celebración de contratos (Art 145 CP de 1980), que fue lo que motivó la casación.

En el asunto examinado, al proferir el fallo el Juzgado Penal del Circuito de Guamo, Tolima, consideró que los procesados EVELINE TRIANA ARAGÓN y YESID GUZMÁN LOZANO,

Debían responder como coautores de las conductas punibles de interés ilícito en la celebración de contratos (artículo 145 cp de 1980) y no la de violación al régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades (artículo 144 ibídem) que se les atribuyó en la resolución de acusación, sin que con tal variación se afectara el núcleo fáctico de la providencia calificatoria y tampoco la congruencia en la medida que, como así lo expresó el Tribunal, la nueva adecuación típica atentó contra el mismo bien jurídico y poseía idéntica sanción punitiva, de manera que en nada se agravaba la situación de los acusados. ²²

En esta sentencia no se presenta un análisis del tipo penal que nos ocupa, por cuanto los cargos de la demanda de casación se centraron en la ausencia de congruencia entre la acusación y el fallo, además por violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho derivado de falso raciocinio, donde la Corte Suprema además de aclarar la posibilidad legal de condenar por una conducta punible diferente a la imputada en la formulación de acusación, siempre y cuando no se agrave la situación del procesado con una pena mayor, dado que la congruencia jurídica es relativa y no absoluta, también llevo a cabo un análisis de las pruebas obrantes en el proceso que sustentaron cada uno de los delitos por los cuales se dictó sentencia condenatoria, lo que condujo a inadmitir los cargos.

Del estudio de esta sentencia se deduce que el casacionista no cumplió con las cargas que le imponía la ley procesal –Ley 600 de 2000- para que prosperen sus pretensiones, pues pasó por alto que *“debe precisar qué dice de manera objetiva el medio de prueba, qué infirió de él el juzgador, cuál mérito persuasivo le fue otorgado, señalar cuál postulado de la lógica, ley de la*

²² Óp. Cit. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Proceso N° 33199.

ciencia o máxima de la experiencia que debió tomarse en consideración y de qué manera; y, finalmente, demostrar la consecuencia del dislate indicando cuál debe ser la apreciación correcta de la prueba o pruebas que cuestiona, y que habría dado lugar a proferir un fallo sustancialmente distinto al impugnado.²³”.

En otro caso por igual delito, pero bajo el imperio del anterior Código Penal, la Corte afirmó:

Atendiendo al contenido del artículo 144 del decreto 100 de 1980, manifestó, que el supuesto de hecho debe ser complementado con las normas de inhabilidades e incompatibilidades de los diputados y según el literal “a” del artículo 8 de la ley 80 de 1993, están impedidos para participar en licitaciones o concursos y celebrar contratos con entidades estatales, las personas inhabilitadas para contratar por la Constitución y las leyes.

El artículo 127 superior prohíbe a los servidores públicos celebrar por sí o por interpuesta persona o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos. El canon 299 ibídem defiere en la ley la facultad de fijar el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los diputados, sin poder ser menos estricto que el señalado para los congresistas en lo que corresponda.

Como para la época de los hechos no existía ley que reglamentara su régimen, estimó aplicable el correspondiente a los congresistas previsto en el artículo 180-2 de la

23 Óp. Cit. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Proceso N° 33199.

Carta, el cual les prohíbe gestionar a nombre propio o ajeno asuntos ante las entidades públicas o celebrar con ellas, por sí o por interpuesta persona contrato alguno.

Dice que por su violación no sólo responde el servidor público en situación de inhabilidad o incompatibilidad, sino, además, quien por razón de sus funciones a sabiendas de la inhabilidad o incompatibilidad que posee el contratista celebra el acuerdo de voluntades, así sea por interpuesta persona. Estima que el delito se consuma con la sola gestión del servidor público conociendo la presencia de la inhabilidad o la incompatibilidad.²⁴

Por ser un caso sucedido en 1998, se rigió por el tipo penal del Código Penal de 1980, pero la tendencia de la Corte se encontró que no obstante no existir un régimen expreso en la ley para los diputados, se aplica las prohibiciones para congresistas por cuanto la misma Constitución Política preceptúa que el legislador no puede adoptar para estos servidores, medidas de prohibición menos estrictas que las previstas por la propia Carta para quienes pretendan ser congresistas; circunstancia que permite aplicar el régimen por violación al régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades.

En este caso el sujeto activo es el servidor público tanto el diputado que estaba incurso en las causales de inhabilidad como el Gobernador del Guainía, quien conocía las inhabilidades en las que estaban incursos los verdaderos contratistas y por ello hicieron el contrato a nombre de terceros no incursos en estas causales.

24 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL Proceso N° 24206. [En Internet]. Bogotá. 6 de marzo de 2008. [Visitada Octubre de 2014]. Disponible en: <http://190.24.134.69/busquedadoc/FULLTEXT.ASPX>

7.2.2 Delito de interés indebido en la celebración de contratos (Artículo 409 CP.)

Para establecer la tendencia de la Corte se transcriben a continuación algunas sentencias del período de estudio.

El delito de interés indebido en la celebración de contratos se caracteriza porque el tipo objetivo exige la presencia de (i) un sujeto calificado que interviene en los hechos en calidad de servidor público, (ii) una operación contractual a nombre de cualquier entidad estatal, y (iii) un interés particular por el agente estatal diferente al de los fines de la función pública; el tipo subjetivo requiere que la acción sea desplegada a título doloso, esto es que el servidor público proceda con conocimiento y voluntad.

Ha de recordarse que el legislador de 2000 acogió el planteamiento del proyecto presentado por la Fiscalía General de la Nación Fiscalía General de la Nación. Proyecto de ley por la cual se expide el código penal, Bogotá, Imprenta Nacional de Colombia, 1998, p. 64., en el cual se consignó que el nombre que realmente corresponde a este tipo es el de interés indebido en la celebración de contratos, pues en estos eventos el contrato formalmente es lícito, pero el servidor público indebidamente se interesa en el mismo y busca la obtención de un determinado resultado, contrariando sus específicos deberes de imparcialidad, transparencia, etc., que deben caracterizar las contrataciones estatales. Esa razón sirvió para que el tipo penal no se estructurara a partir de un interés ilícito sino de un interés indebido. Tal cambio afectó la forma pero fundamentalmente la sustancia del comportamiento punible, puesto que, no cabe duda, lo ilícito tiene que ver con lo antijurídico; por el contrario, lo indebido puede ser lícito o jurídico, pero para los efectos propios del tipo penal comentado basta tal clase

*de interés para concluir que se ha actuado con un interés típico relevante para el derecho penal.*²⁵

Lo más importante en este análisis es la configuración del tipo penal desde el interés “indebido”, porque en el tipo penal anterior se hablaba de interés “ilícito”, como una generalidad en estos delitos, pero conforme lo exige la ley penal es indebido, porque no corresponde a lo debido por un funcionario público que es el sujeto calificado, ni ordenado por la Constitución que es la moralidad, transparencia e imparcialidad, frente a los proponentes; configurándose así un verdadero desvío de poder, inclusive el contrato puede celebrarse cumpliendo las normas legales esenciales y sin violar el régimen de inhabilidades e incompatibilidades. Expresamente indicó la Corte:

Así mismo, el desconocimiento por el servidor público de sus deberes funcionales en sus actuaciones relacionadas con la contratación estatal y en particular de su obligación de perseguir exclusivamente los fines que para el efecto fijan la Constitución, la ley y los reglamentos, sin que pueden interferir sus propios intereses o los de terceros, es lo que penalmente se reprocha. Puede ocurrir, como lo ha dicho la Sala, que un contrato se celebre sin que se infrinja el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, taxativamente fijado en la Constitución y en la Ley, cumpliendo igualmente los requisitos legales esenciales determinados específicamente para el tipo de contrato de que se trate, sin que esto impida que se vulnere el bien jurídico administración pública. En efecto si la actuación del servidor público llamado a

25 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL Proceso N° 23915. M. P. YESID RAMÍREZ BASTIDAS. [En Internet]. Bogotá. 16 de mayo de 2007. [Visitada Octubre de 2014]. Disponible en: <http://190.24.134.69/busquedadoc/FULLTEXT.ASPX>

intervenir en razón de su cargo o sus funciones en un contrato estatal está determinada por un interés ajeno al general que de acuerdo con la Constitución, la ley y los reglamentos es el que debe perseguir dicho servidor en ese caso concreto, en nada incide para la vulneración del bien jurídico el respeto del régimen de inhabilidades o incompatibilidades o el cumplimiento de los requisitos legales esenciales aludidos, pues la desviación de la actuación del servidor en esas condiciones está desvirtuando la imagen de la administración pública, la transparencia y la imparcialidad en la celebración de los contratos y en fin la moralidad pública.

La ilicitud del comportamiento que se analiza se circunscribe entonces al interés indebido que en provecho propio o de un tercero tenga el funcionario en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo. El interés previsto puede ser pecuniario pero también puede consistir en la simple inclinación de ánimo por el servidor público hacia una persona o entidad, con desconocimiento de los principios de transparencia y selección objetiva, en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo o sus funciones.²⁶

En este pronunciamiento se repite por la Corte, como se había advertido en la sentencia anteriormente estudiada, que los casacionistas se apartan de las pautas fijadas por la Sala para la postulación y desarrollo de los cargos, entre las cuales está el deber de su formulación con indicación clara y precisa de sus fundamentos que le permitan a la Corte ordenar su trámite.

²⁶ Óp. Cit. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Proceso N° 23915.

En otra jurisprudencia, la Corte afirma sobre el interés indebido en la celebración de contratos, que en este ilícito se presenta necesariamente un desvío de poder del servidor público :

Se trata, entonces, de un tipo de mera conducta, que se consuma cuando *“el agente desatiende los axiomas que orientan la contratación estatal, cuyo aspecto subjetivo se revela cuando el actor durante la actividad contractual se interesa en provecho propio o ajeno, el que puede ser directo cuando se beneficia el mismo funcionario e indirecto al favorecer al tercero²⁷.”*

El interés que se penaliza es aquel que desconoce el deber general de cumplir con los fines estatales consagrados en el artículo 2° de la Constitución Política, entre otros, servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución.

Se enjuicia la ilegítima inclinación del ánimo hacia una persona o entidad, con desconocimiento de los deberes inherentes a la función administrativa, que conforme al artículo 209 constitucional implica estar al servicio de los intereses generales y desarrollarla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.²⁸

27 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, *Sentencia* del 4 de febrero de 2009, Radicado 25.989. [Visitada Octubre de 2014]. Disponible en: <http://190.24.134.69/busquedadoc/FULLTEXT.ASPX>

28 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL Proceso N° 32320. M. P. YESID RAMÍREZ BASTIDAS. [En Internet]. Bogotá. 3 de febrero de 2010. [Visitada Octubre de 2014]. Disponible en: <http://190.24.134.69/busquedadoc/FULLTEXT.ASPX>

Es la desviación del interés general por el interés particular por parte de los funcionarios, el que genera este tipo penal, se pierde el horizonte moral que debe guiar la conducta de todos los servidores públicos, en el desempeño de todas sus funciones, pero especialmente en la labor de contratación estatal. Por ello la Corte orienta la jurisprudencia a identificar las diferentes formas de desviación del poder que se manifiestan en el delito de interés indebido en celebración de contratos.

Para la Corte Suprema de Justicia hay un cambio en la Ley frente al tipo penal anterior que establecía como delito “interés ilícito en celebración de contratos”, por cuanto no todo interés indebido, es de por sí “ilícito”, en algunas ocasiones no pasa de ser indebido, aunque también puede trascender a ilícito cuando por ello se llega a peculado, falsedad en documentos u otros delitos.

Debe resaltarse que en el tipo penal de interés indebido en la celebración de contratos, también se puede encontrar vulnerados principios de la contratación estatal y no por ello el encuadramiento típico deba hacerse al delito de celebración de contrato sin el cumplimiento de requisitos legales; dado que el interés que se penaliza es aquel que desconoce la transparencia e imparcialidad de la actividad contractual del Estado. Estas precisiones fueron realizadas por la Corte Constitucional con ocasión del examen de constitucionalidad realizado al artículo 409 del Código penal, en el que se enseñó:

(...) las normas acusadas no se refieren al interés que muestre el servidor en el cumplimiento de los fines estatales y en particular del interés concreto que corresponda perseguirse con la celebración del contrato en el que interviene de acuerdo con la

Constitución, la ley y los reglamentos y demás decisiones administrativas aplicables.

Ese interés lógicamente no es el que reprocha la norma pues este se confunde con el deber del servidor.

El interés que se penaliza es precisamente el que desconoce dicho deber y se manifiesta en provecho propio o de un tercero.

No es entonces cualquier interés el que se penaliza sino el interés indebido que se manifiesta en las actuaciones del servidor público con las que se vulnera la transparencia e imparcialidad de la actividad contractual.²⁹

En este mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia se pronunció sobre el asunto, así:

“El interés previsto por ese precepto tampoco ha de ser, necesariamente, pecuniario, sino simplemente consistir en mostrar una inclinación de ánimo hacia una persona o entidad, con desconocimiento de los principios de transparencia y selección objetiva, en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo o sus funciones.³⁰”.

En otras providencias, este Alto Tribunal ha insistido en que para atender los principios en que se asienta la función administrativa y la contratación estatal, el servidor público debe estar

29 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-128 del 18 de febrero de 2003. M.P. Álvaro Tafur Galvis. [En internet]. Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/c-128-03.htm>. [Visitada en octubre de 2014]

30 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL Proceso 14.170. M.P. Marina Pulido de Barón y Yesid Ramírez Bastidas. [En Internet]. Bogotá, 12 de noviembre de 2002 [Visitada Octubre de 2014]. Disponible en: 190.24.134.69/sentencias/.../PENAL/.../14170(12-11-02).doc

desprovisto de cualquier tipo de interés diferente al general que lo guía al cumplimiento de los fines del Estado. Así lo señaló:

*“La ilicitud del comportamiento que se analiza se circunscribe entonces al ‘interés’ que en provecho propio o de un tercero tenga el funcionario en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo. Dicho interés ilícito se liga **indefectiblemente** al desconocimiento de los principios de transparencia y selección objetiva.³¹”*

Aspectos que recordó cuando indicó que :

Sobran mayores explicaciones sobre el asunto que plantea el libelista respecto de no haberse probado el interés ilícito en la celebración de contratos, pues si conforme a la variada jurisprudencia previamente trascrita, de ninguna manera se trata solo y exclusivamente de un interés pecuniario, sino precisamente de cualquier maniobra que en contra de los principios de imparcialidad, objetividad y transparencia incurra no solamente el servidor público sino quien se asimila como tal en el proceso de contratación estatal.³²

31 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL Proceso 12.658. M.P. Jorge Aníbal Gómez Gallo. [En Internet]. Bogotá, 18 de abril de 2002 [Visitada Octubre de 2014]. Disponible en: www.notinet.com.co/pedidos/proceso12658.doc

32 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL Proceso 21.322. M.P. Yesid Ramírez Bastidas. [En Internet]. Bogotá, 7 de septiembre de 2005 [Visitada Octubre de 2014]. Disponible en: [190.24.134.69/sentencias/Penal/2005/Dr.../21322\(07-09-05\).doc](http://190.24.134.69/sentencias/Penal/2005/Dr.../21322(07-09-05).doc)

Puede suceder entonces que el funcionario abandone el interés general sin desconocer requisitos contractuales, porque como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia, “*el servidor público puede apartarse del interés que como tal le asiste aún si el contrato ha cumplido en sus diversas fases con los requisitos legales. Sin embargo, esa posibilidad no excluye el supuesto contrario, esto es, que se actualice el delito de interés ilícito o indebido en la celebración de contratos y que, a la par, se desconozcan requisitos legales del contrato, con lo cual se rebate el postulado del actor en el sentido de que necesariamente cuando ocurre esto último desaparece la posibilidad de adecuar la conducta a esta modalidad delictiva.*”³³”.

En resumen para la estructuración del delito “interés indebido en la celebración de contratos” es esencial demostrar, como lo indica la Corte Suprema de Justicia,

*(...) El acto de desvío de poder del servidor en cuanto desborda el interés objetivo y general que de acuerdo con la Constitución, la ley, los reglamentos y las decisiones de la propia administración le corresponde asegurar en el proceso contractual específico, no se incurre en el denunciado error de subsunción en el tipo penal cuando el incumplimiento de dichos requisitos está relacionado con el acto de desviación de poder. En sentido contrario, si el incumplimiento de los presupuestos no es consecuencia del interés indebido del funcionario la conducta se enmarcará en el tipo penal de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, en cuyo caso tendría validez la tesis pregonada por el censor (...).*³⁴.

33 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL Proceso 26.261. M.P. María del Rosario González de Lemos. [En Internet]. Bogotá, 04 de febrero de 2009 [Visitada Octubre de 2014]. Disponible en: [www.usergioarboleda.edu.co/derecho_penal/.../26261\(04-02-09\).doc](http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_penal/.../26261(04-02-09).doc)

34 Óp. Cit. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Proceso N° 26261.

7.2.3 Celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

Como ya se había advertido, este delito constituye un tipo penal en blanco, situación que impone acudir, en cada caso, a la norma legal vigente, que contenga los requisitos esenciales en cada una de las tipologías contractuales.

La Corte Constitucional en su jurisprudencia consolidada, señala que si bien la regla general consiste en que el tipo penal cuente con una descripción completa de la conducta objeto de sanción, es admisible excepcionalmente, que dada la naturaleza de la conducta a reprimir, el legislador considere necesario que exista reenvío normativo, siempre y cuando tal **remisión sea clara e inequívoca**. Así lo indicó precisamente al examinar la constitucionalidad del artículo 410 de la ley 599 de 2000, que describe el delito de “Celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales”, en la sentencia C-917 de 2001.

Para el caso de la celebración de contratos lo propio es remitirse al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, donde se debe encontrar en forma clara e inequívoca la definición de los requisitos esenciales para la tramitación, celebración y liquidación de los contratos.

No obstante que la ley 80 de 1993, modificada por las leyes 1150 de 2007 y 1474 de 2011, establece una serie de principios y reglas que se deben seguir para la selección del contratista en las diferentes modalidades y los requisitos para la celebración y liquidación de los contratos, no

determina cuáles de estos se califican como **esenciales**, como lo exige el tipo penal bajo estudio.

Esta situación ha sido resuelta por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, lo cual contraría la exigencia del principio de legalidad, que debe ser la norma de reenvío la que permita al intérprete determinar inequívocamente el alcance de la conducta penalizada. Sobre cuáles son los requisitos esenciales, la Corte Suprema de Justicia señaló:

La conclusión, entonces, es obvia: dentro de la definición del artículo 146 del Código Penal, están materialmente incorporados también como componentes suyos y por encima de los demás, los principios constitucionales y legales de la contratación, en el entendido que las exigencias esenciales de los trámites, las celebraciones y las liquidaciones de los contratos de la administración devienen y se impregnan en todo momento de esos axiomas.

Principios que toman cuerpo en los requisitos que la ley de contratación exige sean cumplidos en las distintas fases del proceso de contratación pública.

2.1.2.1. Unos previos a la celebración del contrato que de ser omitidas impiden su nacimiento, son ellos:

a. Competencia del funcionario para contratar.

b. Autorización para que el funcionario competente pueda contratar.

c. Existencia del rubro y registro presupuestal correspondiente.

d. La Licitación o el concurso previo.

2.1.2.2 Requisitos concomitantes a la celebración del contrato cuyo cumplimiento habilita el acuerdo entre la administración y el particular, son ellos:

a. Elaboración de un contrato escrito que contenga todas las cláusulas atendiendo a su naturaleza, y las obligatorias en casos determinados y para ciertos contratos.

b. La constitución y otorgamiento de garantías de cumplimiento por el contratista.

c. La firma del contrato por las personas autorizadas.

2.1.2.3. Requisitos posteriores a la celebración del contrato, cuyo cumplimiento permite que una vez firmado el contrato la actuación quede en firme y pueda ser ejecutado; son los siguientes:

a. La aprobación por parte de la entidad competente.

b. El pago del impuesto de timbre.

c. La publicación del contrato en el órgano competente, para efectos de la publicidad del acto.³⁵.

35 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA PENAL. [En internet] Proceso N°17088. M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón. Diciembre 19 de 2000. [Visitado en septiembre de 2014]. Disponible en [http:// 190.24.134.69/sentencias/.../PENAL/.../17088\(19-12-](http://190.24.134.69/sentencias/.../PENAL/.../17088(19-12-)

Aunque la sentencia trasunta hace relación al artículo 146 del Código de 1980, es la posición que se sigue en la Corte Suprema de Justicia para las conductas tipificadas bajo el Código del año 2000, lo cual es legalmente posible toda vez que este elemento normativo se mantuvo igual en ambas legislaciones. Por ejemplo, en el proceso seguido en contra del Gobernador del Departamento de Guaviare, en decisión aprobada en el acta N°084 del 6 de octubre de 2004, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia con ponencia del Magistrado Edgar Lombana Trujillo, señaló:

2.1.2. En cuanto al elemento normativo relativo a la violación de los requisitos legales esenciales de la contratación pública, la Sala en proveído del 19 de diciembre de 2.000, radicado 17088, con ponencia del H. Mg., ALVARO ORLANDO PEREZ PINZON, precisó su contenido y alcance, de la siguiente forma:

“.....se trata de un tipo penal en blanco, exactamente impropio, porque para su aplicación requiere que su supuesto de hecho o precepto sea complementado con otras normas, para el caso las que consagra el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, adoptado por la Ley 80 de 1993 y demás disposiciones que la desarrollan, en cuanto precisan el alcance del concepto “requisitos legales esenciales”.

Pronunciamiento similar produjo la Corte Suprema de Justicia, al sentar los mismos

requisitos como esenciales, lo cual fundamentó en lo siguiente:

“Consecuente con lo anterior, la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia tiene determinado que los requisitos legales esenciales a los cuales se refiere el artículo 410 del estatuto punitivo, según la fase contractual respectiva, son: (...).³⁶”.

Obsérvese que para la Corte Suprema de Justicia, según la jurisprudencia reiterada, constituye un requisito previo y esencial a la celebración del contrato estatal: *“c. Existencia del rubro y registro presupuestal correspondiente.”*; sin embargo, esa determinación no proviene del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aspecto que igualmente fue estudiado por el Consejo de Estado y llegó a la misma conclusión al señalar:

En conclusión, la Sala observa que la exigencia de la disponibilidad presupuestal se encuentra establecida por el artículo 25 de la Ley 80 de 1993 en forma previa a la celebración del contrato, pero disposición alguna erige la mencionada disponibilidad como elemento esencial a la existencia jurídica del contrato estatal, ni requisito de validez del objeto contractual en los términos de la Ley 80.

36 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA PENAL. [En internet] Proceso N°31654. M.P. María del Rosario González de Lemos y Augusto J. Ibáñez Guzmán. Mayo 20 de 2009 [Visitado en septiembre de 2014]. Disponible en [www.usergioarboleda.edu.co/derecho.../31654\(20-05-09\).doc](http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho.../31654(20-05-09).doc)

*Así las cosas, la falta de la disponibilidad presupuestal afecta la viabilidad y legalidad del pago, puede comprometer la responsabilidad disciplinaria de los funcionarios por el daño que cause con ocasión de la violación de las disposiciones presupuestales y contractuales antes citadas, mas no da lugar a la declaración de nulidad absoluta del contrato estatal.*³⁷ (Negrilla y subrayas fuera del texto citado).

Lo mismo puede decirse sobre el requisito posterior a la celebración del contrato, consistente en la aprobación, por parte de la entidad contratante, de la garantía única, que para la Corte Suprema de Justicia es esencial, pero para el Consejo de Estado, Tribunal de cierre de la Justicia Contenciosa Administrativa, no lo es, por cuanto la ley 80 de 1993, no le otorga tal carácter. Al respecto ha indicado:

*(...) Inclusive, también es requisito de ejecución la aprobación de la garantía única que constituye el contratista, **defecto o ausencia que de ninguna manera produce inexistencia del contrato, ni siquiera nulidad, se trata de una falla que genera otras consecuencias, pero no las dos mencionados.** De aceptarse la tesis del tribunal se concluiría que la falta de póliza y/o de su aprobación produce la nulidad absoluta de contrato, y que la administración puede terminarlo unilateralmente, al amparo del art. 45 de la Ley 80. Semejante conclusión es inaceptable, porque los incumplimientos de algunas obligaciones en que incurran las partes para empezar la ejecución del*

37 CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN A. [En internet]. Expediente N°34324. Consejero ponente (e) : HERNÁN ANDRADE RINCÓN. Bogotá D.C., doce (12) de noviembre de dos mil cuatro (2014). [Visitado en diciembre de 2014]. Disponible en http://www.contratacionestatal.co/aym_images/files/Sentencia_34324_2014.pdf

contrato, e incluso posteriores a ésta, generan consecuencias de otra índole, pero no la extinción del contrato..³⁸”. (Negrilla y subrayas fuera del texto citado)

En los casos señalados, la ley 80 de 1993 o Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, no establece que esos requisitos sean esenciales, sin embargo la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia les ha dado este carácter, desconociendo con ello que en este tipo penal en blanco es necesario que el axioma violado esté ligado a un requisito de carácter esencial propio del respectivo contrato y definido como tal previamente por el legislador.

En esta decisión reitera la Corte el carácter de norma en blanco del artículo 410 del Código Penal, así mismo señala que la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, tiene determinado los requisitos legales esenciales a los cuales se refiere el artículo 410 del estatuto punitivo, según la fase contractual respectiva, como ampliamente se indicó en el numeral 7.1.3 de este trabajo.

Frente al reproche de los casacionistas consistente en que los falladores de instancia aplicaron indebidamente el artículo 410 del Código Penal, por considerar la destinación dada a los recursos de regalías un requisito esencial de los contratos, sin serlo, cuando realmente corresponde a un manejo presupuestal y por tanto, debieron ser juzgados por el delito de peculado por aplicación oficial diferente y no por el de celebración, la Sala señaló:

38 CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia de agosto 12 de 2014. exp. 05001-23-31-000-1998-01350-01(28565). C.P. Enrique Gil Botero. Disponible en http://www.contratacionestatal.co/aym_images/files/Sentencia_28565_2014.pdf

Como se observa, la naturaleza de los fondos con los cuales se realiza el contrato administrativo no constituye requisito legal esencial para su tramitación o celebración, según lo antes visto, de modo que desacertaron los falladores cuando enmarcaron la conducta de los procesados en el tipo penal descrito en el artículo 410 del estatuto punitivo.

¿Cuál comportamiento punible era el concurrente? es entonces la pregunta que corresponde ahora responder. Sobre el particular, se recuerda que la Ley 141 de 1994 creó el Fondo Nacional de Regalías y la Comisión Nacional de Regalías; reguló además el derecho del Estado a percibir regalías por la explotación de recursos naturales no renovables; estableció las reglas para su liquidación y distribución, y dictó otras disposiciones. De esa manera, en su artículo 15 contempló la forma como los municipios tenían que utilizar los recursos provenientes de las regalías. (...)

Como se observa, las regalías tienen una destinación específica, pues la ley ha establecido que en el cien por ciento (100%) de las mismas se aplique a proyectos de desarrollo municipal contenidos en el plan de desarrollo, priorizando aquellas inversiones dirigidas al saneamiento ambiental, así como las destinadas a la construcción y ampliación de la estructura de los servicios de salud, educación, electricidad, agua potable, alcantarillado y demás servicios públicos básicos esenciales, resultando imperioso en aquellas entidades municipales en las cuales no se hayan alcanzado coberturas mínimos en esos sectores asignar por lo menos, hoy en día, el 75% de total de sus regalías.

Lo expuesto permite concluir, como lo hizo también la Sala en la sentencia última citada, que “la utilización de los recursos provenientes de las regalías en actividades diferentes a las previstas por el legislador en la cantidad porcentual mínima, no sólo constituye un grave ataque a la convivencia social, porque se priva a la ciudadanía de satisfacer sus necesidades básicas, sino que además implica la realización de comportamiento punible sancionable en los términos del artículo 136 del Código Penal de 1980 (Modificado por la Ley 190 de 1995, artículos 18 y 32)...” (se subraya, ahora).

Actualmente, dicha conducta ilícita se encuentra prevista en el artículo 399 de la Ley 599 de 2000, norma al amparo de la cual incurre en peculado por aplicación oficial diferente “el servidor público que dé a los bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, aplicación oficial diferente de aquella a que están destinados, o comprometa sumas superiores a las fijadas en el presupuesto, o las invierta o utilice en forma no prevista en éste, en perjuicio de la inversión social o de los salarios o prestaciones sociales de los servidores”.

Lamentablemente, debe admitir la Sala que en el presente caso no resulta pertinente aplicar la disposición penal antes mencionada, pues la Fiscalía General de La Nación, en la pieza calificatoria de segunda instancia, decidió precluir la instrucción a favor de los procesados por razón del delito de peculado por aplicación oficial diferente, pronunciamiento que no puede desconocerse en este momento so pena de violarse el principio non bis in ídem y, con ello, el efecto de cosa juzgada que hoy en día reviste.

Lo procedente es, por consiguiente, absolver a los acusados en relación con el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, en cuanto se refiere a aquellos contratos en los cuales se reprochó a los aludidos vulnerar la destinación específica prevista en la Ley 141 de 1004, sin que para este efecto resulte de recibo el argumento del Procurador Delegado en el sentido de que el actor no sustentó la trascendencia del yerro, pues, aparte de tratarse ello de un aspecto inherente a la admisibilidad de la demanda, superado ya por la Corte, el marginamiento de la imputación de los contratos en los cuales se reprochó su celebración con recursos provenientes de regalías reporta, sin duda, una ventaja punitiva para los procesados, como se verá más adelante³⁹.

En este pronunciamiento itera la Corte que no basta afirmar el abstracto desacatamiento de uno de esos principios para predicar la existencia del delito, sino que es necesario que el elemento desconocido esté ligado a un requisito de carácter esencial propio del respectivo contrato y definido como tal previamente por el legislador; porque si no fuera así el tipo penal previsto en el artículo 410 devendría inconstitucional ante la indeterminación de sus elementos descriptivos, es decir, se apartaría del principio de tipicidad estricta que constituye componente de principio de legalidad, a su vez, integrante de la garantía del debido proceso consagrada en el artículo 29 de la Constitución Política.

7.3 Demandas Presentadas Por Año.

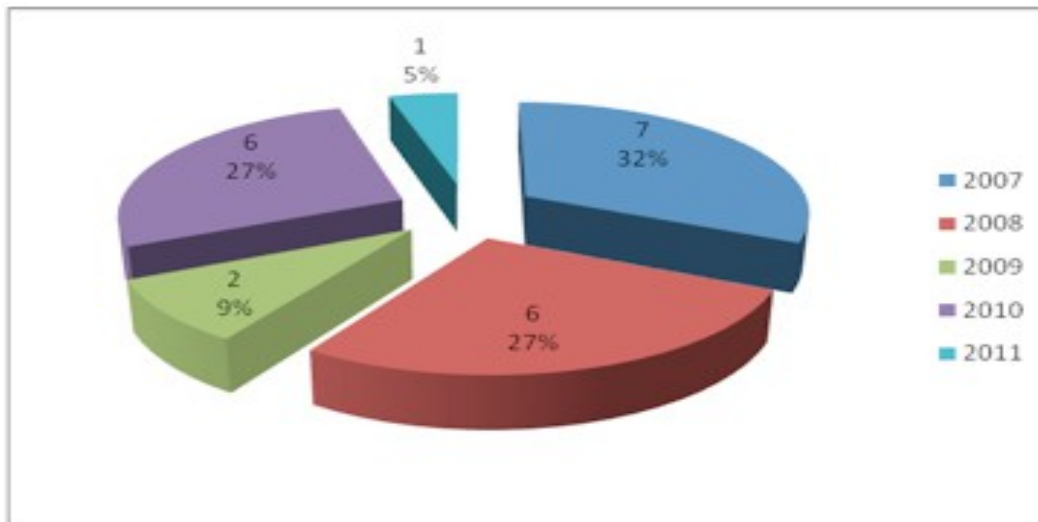
³⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Sentencia del 20 de mayo de 2009. Radicado 31.654. [Visitada Octubre de 2014]. Disponible en: [www.usergioarboleda.edu.co/derecho.../31654\(20-05-09\).doc](http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho.../31654(20-05-09).doc)

Cuadro 2. Procesos por año

Año	Valor	%
2007	7	31,82
2008	6	27,27
2009	2	9,09
2010	6	27,27
2011	1	4,55
Total	22	100,00

Fuente: Trabajo propio

Gráfico 1. Procesos por año



Fuente: Trabajo propio

El año con más demandas revisadas en procesos ocurridos después fue el 2007 con siete, que equivale al 32%, en el 2008 y el 2010, se tramitaron igual número de procesos con 6 tramitados que equivalen al 27%, en el 2009 se tramitaron solo dos procesos con un 9% y en el 2011 uno.

Vale recordar que los procesos tramitados son por celebración indebida de contratos y que sean por hechos ocurridos bajo la Ley 599 de 2000.

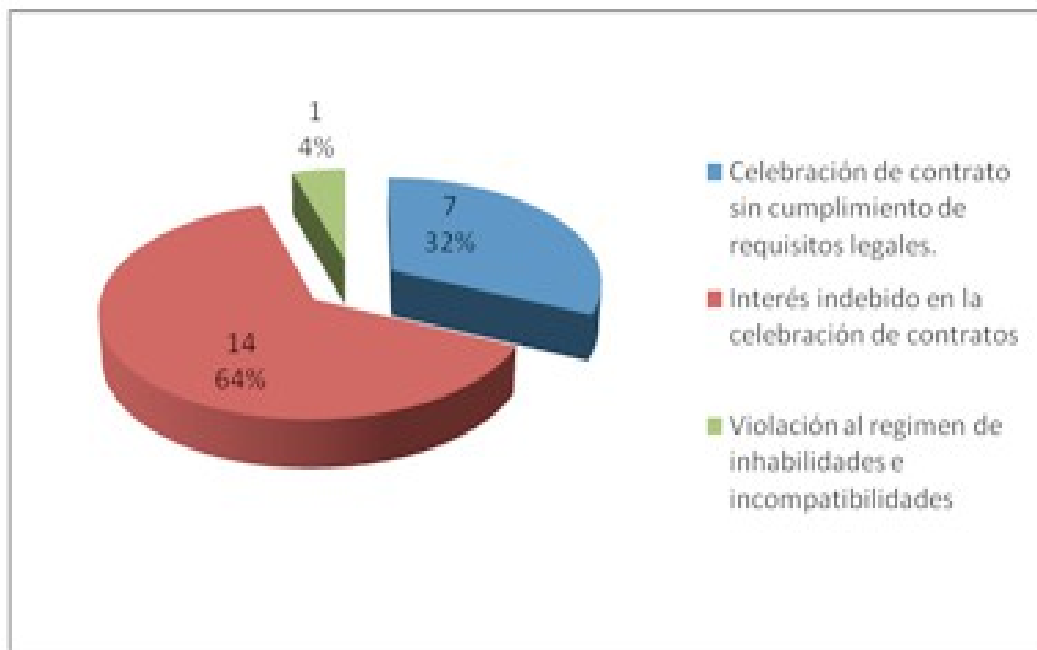
7.4 Tipos Penales De Los Procesos.

Cuadro 3. Tipos penales de los procesos

Ítem	Valor	%
Celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.	7	31,82
Interés indebido en la celebración de contratos	14	63,64
Violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades	1	4,55
Total	22	100,0

Fuente: Trabajo propio.

Gráfico 2. Tipos penales de los procesos



Fuente: Trabajo propio.

El tipo penal que más procesos promovió fue el de Interés indebido en la celebración de contratos, con un total de 14 casos, que equivalen a un 64%, le sigue Celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales que tuvo 7 casos con un 32% de participación y la Violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades con un solo caso y un 4% de participación.

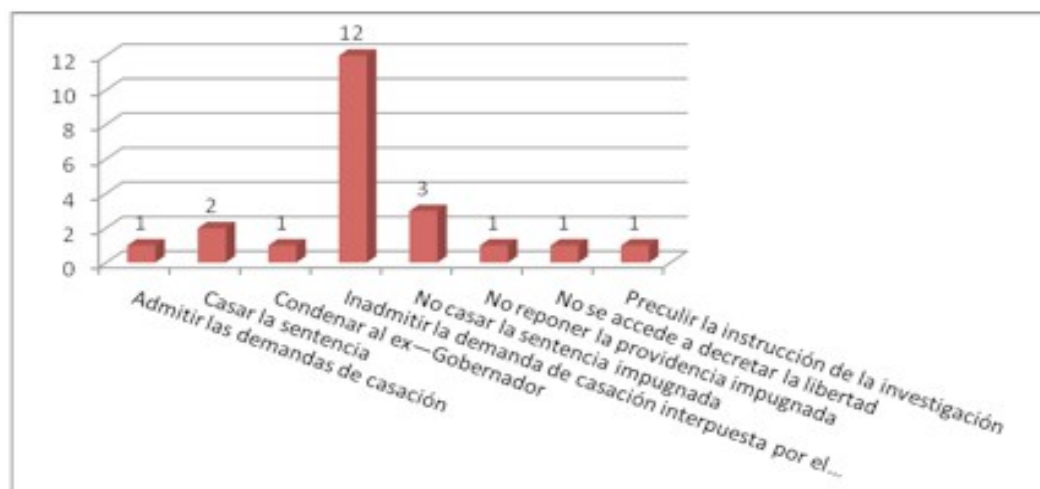
7.5 Fallos De La Corte.

Cuadro 4. Fallos de la Corte Suprema de Justicia

Ítem	Valor	%
Admitir las demandas de casación	1	4,55
Casar la sentencia	2	9,09
Condenar al ex—Gobernador	1	4,55
Inadmitir la demanda de casación interpuesta por el defensor	12	54,55
No casar la sentencia impugnada	3	13,64
No reponer la providencia impugnada	1	4,55
No se accede a decretar la libertad	1	4,55
Precluir la instrucción de la investigación	1	4,55
Total	22	100,00

Fuente: Trabajo propio

Gráfico 3. Fallos de la Corte Suprema de Justicia



Fuente: Trabajo propio

En el 54,55% de los casos, la Corte Suprema de Justicia, inadmite las demandas, es decir, que considera que no fueron presentadas conforme a lo ordenado por la Ley, y por ello no se toma una decisión frente a la petición que busca el casacionista.

Se casan dos sentencias, que equivalen al 9%, y no se casaron tres sentencias con el 13,64%, esto indica que a pesar de que el casacionista presentó una demanda conforme a la ley, sus

argumentos no fueron aceptados por la Corte para haber accedido a su petición. Hay un caso en que no se repone una sentencia que había sido impugnada por considerar que no habían aceptado pruebas para la casación y no fueron aceptadas por segunda vez.

8. CONCLUSIONES

El cambio introducido por la ley 599 de 2000 al tipo penal de “interés ilícito en la celebración de contrato” (artículo 145 del anterior Código Penal), al modificar el interés **ilícito** por **INDEBIDO**, facilita la judicialización de los servidores públicos que al tramitar o celebrar un contrato que aunque cumple con los requisitos formales del

contrato y, por tanto, estos son lícitos; actúan buscando un provecho para sí o para un tercero, vulnerando con ello la transparencia de la actividad contractual del Estado.

Con la expedición de la ley 599 de 2000, la eliminación del elemento normativo que exigía el “propósito de obtener un provecho ilícito para sí, para el contratista o para un tercero” en el delito de “celebración de contrato sin el cumplimiento de requisitos legales”, hizo más eficiente la protección al principio de legalidad de la contratación que se tutela en este caso, toda vez que con la tipificación anterior se hacía preciso la demostración del provecho, lo cual no guarda relación con el bien jurídico amparado.

La falta de claridad y certeza legal sobre cuáles son los requisitos esenciales para la tramitación, celebración y liquidación de contratos, genera una grave inseguridad jurídica y puede llevar a la violación del debido proceso, por desconocimiento del principio de legalidad de los delitos y de las penas.

El aporte de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, en la definición y alcance de los tipos penales que hacen parte de “La celebración indebida de contratos”, se constituyen en una garantía del debido proceso.

9. CRONOGRAMA

Cuadro 5. Cronograma

	2014																															
Actividad	Junio				Julio				Agosto				Septiembre				Octubre				Noviembre				Diciembre							
	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4				
Identificación problema	■																															
Rev. Bibliográfica	■	■	■	■	■	■	■	■	■	■	■	■																				
Construc. anteproyecto		■																														
Recolección información	■	■	■	■	■	■	■	■	■	■	■	■	■	■	■	■																
Análisis de sentencias									■	■	■	■	■	■	■	■	■	■	■	■	■	■	■	■								
Construcción dcto final																	■	■	■	■	■	■	■	■	■	■						
Presentación																													■			
Sustentación																														■		

Fuente: Diseño propio

10. TALENTO HUMANO, RECURSOS TECNOLÓGICOS, TÉCNICOS Y FINANCIEROS

10.1. Talento Humano.

10.2. Recursos Tecnológicos, Técnicos Y Financieros.

Cuadro 6. Recursos Tecnológicos, Técnicos

DESCRIPCIÓN	UNID	VR. UNITARIO	VR. TOTAL
Material fungible	1	50.000	50.000
CD RW	3	\$ 1.000	\$ 3.000
Tinta para impresora	2	\$ 30.000	\$ 60.000
Fotocopias	20	\$ 100	\$ 2.000
Corrector de estilo	1	\$ 500.000	\$ 500.000
Cosedora	1	\$ 8.000	\$ 8.000
		TOTAL	\$621.000

Fuente: Equipo de Trabajo

10.3. Recursos Financieros.

Se calculó un total de \$621.000, los cuales se financian con aportes económicos de la proponente.

11. BIBLIOGRAFIA

Banfi del Rio, C. (2000). La asimilación de la culpa grave al dolo en la responsabilidad contractual en Chile. *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 27, No. 2. P. 291. Recopilado de <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2650214>

Congreso de la República. (2002). Ley 734. Código Disciplinario Único. Art. 48, numeral 36. Colombia.

Recopilado de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4589>

Constituyente de Colombia (1991). Constitución Política. Art. 4.

Recopilado de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>

Congreso de la república (1996). *Ley 270 1996*. Diario Oficial No. 42.745, de 15 de marzo de 1996. Estatutaria de la Administración de Justicia.

Recopilado de

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/1996/ley_0270_1996_pr00

[2.html](http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/civilizar-16/accion-repeticion.pdf)

<http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/civilizar-16/accion-repeticion.pdf>

Córdoba. F (2013). El delito de interés indebido en la celebración de contratos especial referencia al elemento normativo del tipo: interés indebido. Tesis de Grado, Magister en Derecho Penal. EAFIT.

Corte Suprema de justicia. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sala de juzgamiento

Magistrado Ponente: FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO.

Disponible en

[http://190.24.134.121/webcsj/Documentos/Penal/Providencias/BOLETIN\(10-09-13\)/34282\(02-09-13\).pdf](http://190.24.134.121/webcsj/Documentos/Penal/Providencias/BOLETIN(10-09-13)/34282(02-09-13).pdf)

Kelsen. Hans. *Teoría Pura del Derecho*. Ed. Eudeba. 4ª Edición, 9ª reimpresión Buenos Aires.

Recuperado de: <http://cvperu.typepad.com/files/libro-teoria-pura-del-derecho-hans-kelsen.pdf>

Nino. C. (2003). *Introducción al análisis del Derecho*. Bolivia, Unidad Académica Santa Cruz.

Recuperado de <http://hdl.handle.net/123456789/1349>

Roa & Sanabria. *Aplicación del principio de confianza en los tipos penales de interés indebido en la celebración de contratos y en el de contrato sin cumplimiento de requisitos legales*. Trabajo de Grado. Universidad Libre Seccional: Bogotá

Rodríguez R. Libardo. *Derecho Administrativo General y colombiano*. Duodécima edición. Editorial Temis. Bogotá 2001.

GLOSARIO⁴⁰

CONTRATISTA: Persona o empresa encargada de realizar los trabajos por cuenta del dueño de ella. En las obras públicas por administración, el contratista y el constructor de la obra se identifican.

El que toma a su cargo, por contrata, la ejecución de alguna cosa. Persona que celebra un contrato con el Estado.

CONTRATO: Relación basada en un acuerdo o convención. Generalmente se identifica con un negocio bilateral de carácter patrimonial. El contrato consta, al igual que el negocio jurídico, de elementos esenciales, naturales y accidentales.

CORRUPCIÓN: El mal uso del poder público (gubernamental) para conseguir una ventaja ilegítima, generalmente secreta y privada, con beneficios económicos o políticos.

DAÑO: Perjuicio causado a una persona o cosa como consecuencia de un evento determinado. Se clasifica generalmente en daño material, cuando se causa en el patrimonio o bienes de una persona, incluidos los daños físicos a la misma, o daño moral, como sufrimiento o perjuicio de difícil valoración económica causado en el ánimo de una persona. Ambos son indemnizables.

40 Enciclopedia Jurídica. [En Internet]. [Visitada 14 de noviembre de 2014]
Disponible en <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/i/index-c.htm>

El concepto de daño puede ser comprendido con dos significados de distinta extensión: 1) en sentido amplio, hay daño cuando se lesiona cualquier derecho subjetivo; 2) en sentido estricto, la lesión debe recaer sobre ciertos derechos subjetivos, patrimoniales o extrapatrimoniales, cuyo menoscabo genera- en determinadas circunstancias- una sanción patrimonial.

Derecho público interno: Es aquella parte del derecho que establece la organización y comportamiento de la Administración, organizando sus relaciones jurídicas con el administrado» (Garrido Falla).

(Derecho Público) En sentido amplio el derecho administrativo corresponde al conjunto de las normas del derecho privado y del derecho público que se aplican a la administración en su gestión de los servicios públicos y en sus relaciones con los particulares. En un sentido más restringido, pero admitido comúnmente, el derecho administrativo se extiende exclusivamente a las normas que derogan el derecho privado y que son por tanto normalmente aplicadas por las jurisdicciones administrativas.

DOCTRINA: Conjunto de tesis y opiniones de los tratadistas y estudiosos del Derecho que explican y fijan el sentido de las leyes o sugieren soluciones para cuestiones aún no legisladas. Tiene importancia como fuente mediata del Derecho, ya que el prestigio y la autoridad de los destacados juristas influyen a menudo sobre la labor del legislador e incluso en la interpretación judicial de los textos vigentes..

DOLO: Vicio de la voluntad que tiene lugar cuando, por palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho. Constituye también una modalidad de incumplimiento de las obligaciones y que aparece sancionada con un reforzamiento de la responsabilidad del deudor.

FÁCTUM: En latín, hecho. "Factum" o alegaciones de [acto son las relativas al hecho o hechos objeto del pleito, a diferencia del jus o alegaciones de Derecho.

JURISPRUDENCIA: Doctrina jurídica asentada mediante resoluciones judiciales reiteradas de los tribunales. Su función principal es la de completar e integrar el ordenamiento jurídico. A pesar de que formalmente la jurisprudencia no es una fuente del Derecho (CC, art. 1.1), desde un punto de vista práctico sí debe ser considerada como tal. .

SERVIDOR PÚBLICO: Son los miembros de las entidades estatales, y descentralizadas territorialmente.

SUJETO ACTIVO CUALIFICADO: Hace referencia de forma exclusiva al servidor público que realiza la conducta dolosa en razón de su función.

SUJETO ACTIVO: Personas que cometen la infracción, son por lo general el funcionario o servidor público y el contratista (particular o entidad estatal).

SUJETO PASIVO: Es el Estado que sufre los efectos de la conducta dolosa.

TIPICIDAD: [DP] Principio en virtud del cual constituyen infracción penal sólo los hechos típicos, es decir, aquellos hechos descritos por el legislador penal como supuestos de hecho antijurídicos con su correspondiente sanción penal.

Es uno de los elementos jurídicos fundamentales del delito. Consiste en la cualidad que han de tener las conductas, presumiblemente delictivas, de encajar en la descripción que de ellas se hace, como figuras delictivas o delitos, en las leyes penales.