

AVANCE JURISPRUDENCIAL SALA PENAL DE LA CORTE

SUPREMA DE JUSTICIA SOBRE LA CELEBRACIÓN INDEBIDA DE CONTRATOS

DIANA ROCÍO CUBILLOS RIVEROS

C.C. 1018454958

UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA

FACULTAD DE DERECHO

BOGOTÁ D.C.

SEPTIEMBRE DE 2016

TABLA DE CONTENIDO.

RESUMEN.....	4
PALABRAS CLAVES.....	4
KEY WORDS.....	5
INTRODUCCIÓN	5
CAPITULO PRIMERO.	8
CELEBRACIÓN INDEBIDA DE CONTRATOS.	9
Celebración indebida de contratos.	9
Concepto celebración indebida de contratos.	10
Concepto de servidores públicos, funcionarios públicos y contratista.	12
Delitos contra la administración pública causas y efectos.....	15
CAPITULO SEGUNDO.....	18
LA CONTRATACIÓN ESTATAL EN COLOMBIA.	18
Antecedentes jurídicos de la contratación estatal en Colombia.....	18
Aspectos jurídicos de la contratación estatal en Colombia.	22
Fines y principios de la contratación estatal en Colombia.	24
Régimen de Inhabilidades e incompatibilidades.	27
CAPITULO TERCERO.....	31
AVANCE JURISPRUDENCIAL CELEBRACIÓN INDEBIDA DE CONTRATOS.	31

Línea Jurisprudencial sentencias sala penal de la Corte Suprema de Justicia sobre Celebración indebida de contratos.....	31
Problema jurídico línea jurisprudencial.....	32
Sentencias Hito.....	33
Sentencias Confirmatorias.....	41
Gráfica de la Línea Jurisprudencial.....	46
RESULTADOS.....	47
CONCLUSIONES.....	48
REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.....	50
ANEXOS.....	54
Anexo 1.....	54
Anexo 2.....	60
Anexo 3.....	64
Anexo 4.....	75
Anexo 5.....	80
Anexo 6.....	83

RESUMEN

Teniendo en cuenta que el fenómeno de la corrupción ha generado un fuerte obstáculo al crecimiento del país y dado el hecho que en Colombia, uno de los factores más influyentes durante los últimos años es el aumento de la criminalidad y la conducta delictiva por parte quienes administran los bienes del estado en el momento de celebrar una contratación, surgen dudas respecto al por qué de estos comportamientos y en especial surge como principal interrogante ¿Cuál es el avance jurisprudencial que ha tenido la Corte Suprema de Justicia – sala penal con relación a la celebración indebida de contratos durante el periodo 2010 a 2016? respecto a la afectación de dichos actos en las diferentes administraciones gubernamentales que han realizado celebración indebida de contratos o de manera más puntual, actos de corrupción. Por lo anterior, se establece el motivo del presente escrito, puesto que a la luz del derecho constitucional, el campo del derecho administrativo, el derecho penal enfocado en un análisis jurisprudencial y a través del método argumentativo, se puede definir los parámetros legales encaminados a la solución de dicha crisis preservando así, el erario público del país.

PALABRAS CLAVES.

Celebración de contratos; celebración indebida de contratos; contratos; corrupción; delito; jurisprudencia.

ABSTRACT

Given that the phenomenon of corruption has created a major obstacle to the growth of the country and given the fact that in Colombia, one of the most influential factors in recent years is the increase in crime and criminal behavior by those who manage state assets at the moment of hold a hiring doubts arise as to why these behavior and especially emerges as main question mark What is the jurisprudential progress that has taken the Supreme Court- criminal court regarding the improper conclusion of contracts during the period 2010 to 2016? with regard to the involvement of such acts in the different government administrations have made improper execution of contracts or a more timely manner, acts of corruption. Therefore, the reason for this letter is established, being as, in the light of constitutional law, the field of administrative law, the criminal law focused on a jurisprudential analysis and through argumentative method, you can define the legal parameters aimed at solving the crisis thus preserving the exchequer of the country.

KEY WORDS.

Celebration of contract; contracts; corruption; crime; jurisprudence. undue celebration of contract;

INTRODUCCIÓN

El fenómeno de la corrupción en los últimos años ha sido uno de los principales problemas en Colombia tanto a nivel nacional, departamental y municipal, generando así, grandes obstáculos para el desarrollo del país, generando no solo desconfianza por parte de los ciudadanos ante los funcionarios del sector público que administran dichos bienes del estado, sino también, dudas ante los entes jurídicos que vigilan los deberes de dichos funcionarios y salvaguardan los derechos de la población Colombiana.

En efecto, han surgido diferentes políticas y entidades anticorrupción que protejan los intereses del estado y vigilen las actuaciones de quienes administran el erario público, por ello, surge el desarrollo de la presente monografía puesto que se genera un interés hacia los avances doctrinales y jurisprudenciales del país frente a tantos casos de corrupción y de manera más puntual, a las celebraciones de contratos que en la actualidad se generan ilícitamente o de una manera indebida.

Es claro que, la celebración indebida de contratos se determina como acto ilícito efectuado por un servidor público en el que se ve involucrado algún interés personal o particular, de tal manera que se prescinde de la transparencia con la que se debe llevar dicho acto jurídico según los parámetros legales del estado.

De esa manera, es pertinente mencionar que el Corte suprema de Justicia, es un ente judicial del Estado Colombiano, encargado de la preservación del orden público y como máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria emite respetados conceptos que ayudan al buen manejo de la administración pública, evitando conductas ilícitas en el momento de realizar contrataciones como lo en este caso.

Por lo anterior, cabe indagar y dilucidar acerca del interrogante que se plantea para la presente investigación: ¿Cuál es el avance jurisprudencial que ha tenido la Corte Suprema de Justicia – sala penal con relación a la celebración indebida de contratos durante el periodo 2010 a 2016? Así, el objetivo general para la presente monografía será: analizar los avances jurisprudenciales emitidos por la Corte Suprema de Justicia – sala penal respecto a la celebración indebida de contratos durante el periodo 2010 a 2016 a través de una línea jurisprudencial. Para lograr dicho objetivo se requiere efectuar el desarrollo de los siguientes pasos: estudiar los parámetros jurisprudenciales en los patrones decisionales del Sala penal de la Corte Suprema de Justicia conforme a las leyes de anticorrupción, identificar los antecedentes doctrinales, legales y jurisprudenciales de la celebración indebida de contratos, y finalmente, establecer las consecuencias y sanciones jurídicas que emite la Corte Suprema de Justicia – sala penal ante la celebración indebida de contratos.

De otro lado, es de gran importancia resaltar que del Derecho Administrativo se desprende una herramienta importante en relación al desarrollo Social, político y económico que se ha presenciado en los últimos años, la cual ha sido significativa en las celebraciones contractuales y comerciales con el Estado. Por ende, la Contratación ha sido el elemento necesario para la población colombiana ya que, las necesidades de la nación, departamento y/o municipio van creciendo por los mismos cambios sociales. Es por ello, que con esta monografía se pretende construir un enfoque de responsabilidad y cuidado hacia la administración a través del análisis doctrinal. Legal y jurisprudencial, dejando claro que es indispensable conocer los parámetros contractuales a través de las leyes de anticorrupción.

Así las cosas, se plantea como hipótesis a esta investigación, que si bien es cierto, los recursos de la administración en Colombia no están debidamente manejados por los servidores

públicos, además, que no se maneja transparencia en adjudicación de contratos, así como tampoco se celebran los contratos con todos los requerimientos legales establecidos por el manual de contratación; sin embargo, es pertinente afirmar que existen mecanismos que permiten sancionar a quienes comenten la conducta delictiva de la celebración indebida de contratos, dando como resultado la disminución de esta figura con una sanción pertinente, una eficaz regulación y efectuando un avance positivo e innovador ante esta situación a través de las jurisprudencias emitidas por la sala penal de la Corte Suprema de Justicia.

CAPITULO PRIMERO.

CELEBRACIÓN INDEBIDA DE CONTRATOS.

Celebración indebida de contratos.

En Colombia, como en muchos lugares del mundo el índice de criminalidad es muy alto, puesto que la situación socioeconómica de las personas en especial de los jóvenes en la mayoría de lugares país se presta para generar conductos ilícitas que para ellos son justificadas pero para la ley penal estos comportamientos deben ser sancionadas; sin embargo, el estudio que se ha desarrollado a través de la historia del porqué surgen las conductas delictivas en la sociedad ha permitido que el derecho penal pueda identificar la verificación de causas, tanto a nivel personal como social, de las actuaciones delictivas y el perfeccionamiento de principios legítimos para el control social de los delitos a través de la criminología. Antes de entrar en materia cabe dilucidar a cerca de los conceptos que se enmarca en el presente trabajo.

Vidal Perdonó, J en su libro de Derecho Administrativo establece que si bien es cierto la hacienda pública se le denomina a todos los bienes e impuestos que recibe la administración pública para los gastos públicos y cubrir las necesidades del país, también, se define como los recursos disponibles por parte del Estado y las entidades públicas para el cumplimiento de sus actividades y proyectos. Igualmente, se considera como el conjunto de entidades públicas que tienen encomendado gestionar los ingresos que recibe el Estado. Y por último, cabe resaltar que corresponde al más común de todos, como la disciplina que se encarga del estudio de los objetivos del sector público y la forma como se pueden lograr éstos con unos recursos limitados.

Así mismo, el autor nombrado anteriormente, establece que Administración Pública es un término de límites imprecisos que comprende el conjunto de organizaciones públicas que realizan

la función administrativa y de gestión del Estado y de otros entes públicos con personalidad jurídica, ya sean de ámbito regional o local. Por su función, la Administración Pública pone en contacto directo a la ciudadanía con el poder político, satisfaciendo los intereses públicos de forma inmediata, por contraste con los poderes legislativo y judicial, que lo hacen de forma mediata. Al hablar de patrimonio, Pardo Aguilar, J. (1981) en su libro Delitos contra el patrimonio económico hace posible establecer que son el conjunto de bienes que pertenecen a una persona, ya sea natural o jurídica, netamente de carácter económico. Peter Eigen, dice que la corrupción es un vicio capital de nuestra época que muestra su desagradable rostro en todas partes, se halla en la raíz misma del caso, todos los importantes problemas o al menos impide su resolución y actúa de manera devastadora en las regiones pobres del mundo donde mantiene atrapados a millones de seres humanos en la miseria, la pobreza, la enfermedad, la explotación y brutales conflictos. (Eigen, 2004)

Es importante saber qué se entiende por delitos contra la administración pública, entendido por ello a los delitos cometidos por funcionarios públicos ya sean de la rama Legislativa, Ejecutiva, o Judicial; lo anteriormente mencionado como característica principal de estos delitos, en cumplimiento de sus funciones estatales ya sea por acción u omisión; así mismo se consideran como delitos aquellas situaciones que impiden o perturban la organización y desarrollo normal de las actividades de los órganos públicos en ejercicio de sus funciones.

Concepto celebración indebida de contratos.

Celebración indebida de contratos, este delito tiene como autor al funcionario o servidor público, que aprovechándose de su situación laboral, puesto o cargo dentro del ámbito público

interviene para favorecer y aprobar la celebración de un contrato ya sea saltándose los requisitos exigidos por la ley o interviniendo en él, para que se lleve a su fin exitoso. Dentro de la ley por la cual se determina el estatuto general de la contratación de la administración pública en Colombia (Ley 80 de 1993) se da a conocer la contratación estatal como: Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.

Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones. Hay contratos administrativos por determinación de la ley, cuando ella misma les otorga ese carácter. También son contratos administrativos los celebrados por una persona pública y que reúnan, además una de las dos condiciones siguientes: Que tengan por objeto la ejecución misma de un servicio público o que contengan cláusulas exorbitantes.

Igualmente, la ley 80 de 1993 en su artículo 2º establece: que Servidores públicos son personas naturales que prestan sus servicios dependientes a los organismos y entidades de que trata este artículo, excepto de las asociaciones y fundaciones de participación mixta en las cuales dicha denominación se predicará exclusivamente de sus representantes legales y de los funcionarios de los niveles directivo, asesor o ejecutivo o sus equivalentes en quienes se delegue la celebración de contratos en representación de aquellas. Servidores públicos, los miembros de las corporaciones públicas que tengan capacidad para celebrar contratos en representación de éstas.

Esta misma ley hace referencia en cuanto a los Servicios Públicos, como los que están destinados a satisfacer necesidades colectivas en forma general, permanente y continua, bajo la dirección, regulación y control del Estado, así como aquellos mediante los cuales el Estado busca preservar el orden y asegurar el cumplimiento de sus fines.

Cabe resaltar que dentro del contrato debe existir la capacidad para contratar la cual se define como la facultad que tienen los particulares que colaboran con la administración pública para obligarse válidamente en la contratación estatal. Art. 1503 del Código Civil. Capacidad de las personas salvo las declaradas incapaces por la ley.

Por último, es posible entrar a definir el concepto principal para este documento: *celebración indebida de contratos*, este delito al igual que los otros tiene como autor al funcionario o servidor público, que aprovechándose de su situación laboral, puesto o cargo dentro del ámbito público interviene para favorecer y aprobar la celebración de un contrato ya sea saltándose los requisitos exigidos por la ley o interviniendo en él, para que se lleve a su fin exitoso.

Concepto de servidores públicos, funcionarios públicos y contratista.

La Constitución Política de 1991, en su artículo 123 define los servidores públicos como aquellos miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios, quienes están al servicio del estado y de la comunidad, y ejercen sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el

reglamento.¹ Además, la Sala de Consulta y Servicio Civil en su concepto 855 de 1996, también acogió estos parámetros, definiendo al servidor público así:

Servidores públicos es un concepto genérico que emplea la Constitución Política para comprender a los miembros de las corporaciones públicas y a los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios; todos ellos están "al servicio del Estado y de la comunidad" y deben ejercer sus funciones "en la forma prevista en la Constitución, la ley y el reglamento. (Sala de consulta y servicio civil, 1995).

Siguiendo los parámetros constitucionales, la ley 80 de 1993 en el artículo 2 numeral 2 literal b de las disposiciones generales expresa que se denominan servidores públicos:

Las personas naturales que prestan sus servicios dependientes a los organismos y entidades de que trata este artículo, con excepción de las asociaciones y fundaciones de participación mixta en las cuales dicha denominación se predicará exclusivamente de sus representantes legales y de los funcionarios de los niveles directivo, asesor o ejecutivo o sus equivalentes en quienes se delegue la celebración de contratos en representación de aquéllas.

Por lo anterior, surge dentro de la investigación un interrogante en cuanto aquellos delitos que son muy frecuentes pero son escasamente mencionados dentro de la sociedad tales como los delitos contra la administración pública, pues quienes los cometen son personas reconocidas ya sea por sus excelentes referencia academias o por el cargo público que esté ejerciendo dentro del

¹ ARTICULO 123 CP: Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento. La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.

estado; mencionados delitos se encuentran tipificados dentro de nuestro Código penal Ley 599 de 2000 en su Título XV, a partir del artículo 397, pero antes de iniciar a estudiar cada uno de ellos es importante saber que son los delitos contra la administración pública, entendido por ello a los delitos cometidos por funcionarios públicos ya sean de la rama Legislativa, Ejecutiva, o Judicial; lo anteriormente mencionado como característica principal de estos delitos, en cumplimiento de sus funciones estatales ya sea por acción u omisión; así mismo se consideran como delitos aquellas situaciones que impiden o perturban la organización y desarrollo normal de las actividades de los órganos públicos en ejercicio de sus funciones.

Tal como se menciona en el párrafo anterior estos tipos de delitos son cometidos exclusivamente por funcionarios o servidores públicos, es decir, tienen un sujeto activo especial, teniendo el presupuesto que funcionarios públicos son todos aquellos que tienen un tipo de vinculación y responsabilidad laboral con el estado, ya sea por nombramiento o elección popular, servidores públicos son aquellas personas naturales vinculadas mediante una relación de servicio para el sector público.

En cuanto a la definición de funcionario público la Corte Constitucional en la Sentencia C-681 de 2003, contempló que los funcionarios públicos son: *"Las personas naturales que ejercen la función pública establecen una relación laboral con el Estado y son en consecuencia funcionarios públicos.* También, los magistrados Barrera Cabonell A, y Gaviria Diaz C. en la sentencia 563 de 1998 se realizan una mención amplia y restringida acerca de la función pública en los siguientes términos:

En sentido amplio la noción de función pública atañe al conjunto de las actividades que realiza el Estado, a través de los órganos de las ramas del poder público, de los órganos autónomos

e independientes, (art. 113) y de las demás entidades o agencias públicas, en orden a alcanzar sus diferentes fines. En un sentido restringido se habla de función pública, referida al conjunto de principios y reglas que se aplican a quienes tienen vínculo laboral subordinado con los distintos organismos del Estado. Por lo mismo, empleado, funcionario o trabajador es el servidor público que esta investido regularmente de una función, que desarrolla dentro del radio de competencia que le asigna la Constitución, la ley o el reglamento. (Sentencia c – 563, 1998)

Igualmente, es pertinente definir la figura de los contratistas, la cual se encuentra esta misma sentencia de manera clara y expresa en los siguientes términos:

Los contratistas, conforme a dicho estatuto, son las personas naturales o jurídicas, privadas o públicas, que asumen la ejecución de una labor o actividad, o que deben asumir la realización de una determinada prestación, según las especificidades del objeto del contrato, a cambio de una contraprestación (Sentencia c- 563, 1998) ratificando así lo expuesto en el artículo 6 de la Ley 80 de 1993, el cual establece que quienes tienen capacidad para contratar, entre ellos las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes, los consorcios y uniones temporales, las personas jurídicas nacionales y extranjeras previo cumplimiento de los requisitos allí previstos y en las normas contractuales se denomina contratistas.

Delitos contra la administración pública causas y efectos.

La teoría política reconocía al interés general como fundamento del buen gobierno, esto se puede observar en lo que decía varios autores:

Inicialmente, Platón lo consideraba como una de las finalidades que debe guiar a los gobernantes (Platón, 1986), Aristóteles lo utilizaba como una forma de identificar una constitución gobierno puro (Aristoteles, 1988). Estas ideas se rescatan en la ilustración, época en la cual Rousseau señalaba como uno de los límites del poder soberano (Rousseau, 1990), y para Locke era uno de los fines de la sociedad y de los gobiernos políticos. (Locke, 1983)

En un primer plano del orden conceptual, se considera corrupción administrativa como el fenómeno por el cual, un servidor estatal, actúa diferente al ordenamiento jurídico establecido, para favorecer intereses particulares, dejando a un lado lo principal, mantener el Estado como Constitucional, social y democrático, donde el servidor debe ir encaminado a la realización del interés general. (Romero Rendón, 2009) Además, Peter Eigen, dice que la corrupción es un vicio capital de nuestra época que muestra su desagradable rostro en todas partes, se halla en la raíz misma del caso, todos los importantes problemas o al menos impide su resolución y actúa de manera devastadora en las regiones pobres del mundo donde mantiene atrapados a millones de seres humanos en la miseria, la pobreza, la enfermedad, la explotación y brutales conflictos. (Eigen, 2004).

Ahora, la contratación pública se destaca no solo la normatividad existente la cual ha tratado los diferentes problemas jurídicos que se han presentado desde los últimos tiempos en cuanto a contratación, sino a aquellos fenómenos que se ha tomado en la actualidad no solo en el Derecho Administrativo también en el Derecho General, tales como la Probidad (honradez) y la corrupción en la contratación pública. Antes de abordar el tema a tratar, se es necesario definir el fenómeno que deteriora la buena imagen que debe tener la administración pública, colocando trabas en el camino hacia la excelencia. Desde el punto de vista, acudiendo a la etimología, la

expresión traduce putrefacción, alteración, seducción, vicio o abuso, conceptos que al ser aplicados a la función pública, adquieren unas connotaciones singulares. (Salcedo Forero, 2009)

La corrupción impide llevar a cabo los principios de igualdad, libertad y dignidad en los que se asienta este modelo de Estado, esto pone obstáculos dentro del compromiso de ofrecer mejores condiciones de vida, interrumpe el acceso a la educación, a la salud, y al trabajo en condiciones dignas. En aspecto democrático, impide la libertad de elección, la adopción libre en las decisiones que debe tomar el pueblo para determinarse en que los afecta.

De hecho, en el actual Código Penal Colombiano, Ley 599 de 2000, en su título XV Delitos contra la administración pública que surgen de conductas punibles que no dan buen manejo de los recursos estatales, por lo que se tipifica la *Celebración indebida de contratos*, este delito tiene como autor al funcionario o servidor público, que aprovechándose de su situación laboral, puesto o cargo dentro del ámbito público interviene para favorecer y aprobar la celebración de un contrato ya sea saltándose los requisitos exigidos por la ley o interviniendo en él, para que se lleve a su fin exitoso. Se da como acción el interés en un contrato u operación en que el autor intervenga en razón de su cargo. En atención a este delito se puede observar que se divide en 3 categorías del mismo, así:

a. Violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades.

Esta se da cuando un servidor público que en ejercicio de sus funciones interviene ósea hay un interés de él para que se lleve a cabo la celebración de un contrato entre un particular y el estado, eta intervención ya sea en la tramitación o aprobación del contrato violando así el régimen legal de la contratación.

- b. Interés indebido en la celebración de un contrato.** Este es el interés de un servidor público con ánimo propio o de un tercero de sacar provecho en cualquier clase de contrato en razón de su cargo.
- c. Contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales.** Se consuma el hecho al omitir los requisitos legales y esenciales que debe de llevar un contrato, lo celebre sin la observancia requerida.

CAPITULO SEGUNDO.

LA CONTRATACIÓN ESTATAL EN COLOMBIA.

Antecedentes jurídicos de la contratación estatal en Colombia.

En Colombia, la contratación estatal tuvo una evolución igual a la jurisdicción contenciosa administrativo, esto se ve estipulado en el art 73 numeral 1 de la ley 167 de 1941, prohibía que las resoluciones de las autoridades que tuvieran su origen en un contrato fueran acusados ante la jurisdicción contenciosa. (Vidal Perdomo, 1994) Más tarde, El artículo 1 del acto legislativo 1 de 1945, le quita la competencia a la Corte Suprema de Justicia para asumir las controversias que se daban a través de los contratos suscritos por la administración. (Naranjo Florez, 2007)

Posteriormente, El decreto ley 528 de 1964 traslado al conocimiento de los Tribunales Administrativos y del Consejo de Estado ciertos contratos administrativos. (Vidal Perdomo, 1994) Fue hasta el decreto 150 de 1976, que estableció una regulación unificada aplicable a los contratos que celebren la nación (ministerios y departamentos administrativos), y los establecimiento

públicos, la cual ya contemplaba una amplia normatividad que regulaba los procedimientos como licitación pública, la licitación privada y la contratación directa. (1976, 1976) Sin embargo, esta normatividad tenía varias falencias, como el exceso reglamentario, se daba una desnaturalización del contrato y de las múltiples instancias de control y revisión. (García. González J.)

La normatividad de la contratación pública ha sido objeto de varias modificaciones a lo largo del tiempo, esto se puede ver reflejado en el Decreto 150 de 1976 y el Decreto 222 de 1983, que se tomaron como instrumentos legales que dieron lugar a la regulación a la contratación del Estado en Colombia antes de 1993 y que ante todo, se tomaba como códigos de requisitos y procedimientos.

Por lo anterior, se dio paso a la expedición de la ley 80 de 1993, que regula la contratación de las entidades estatales, procedimientos como la licitación pública y la contratación directa, cláusulas de terminación, modificación e interpretaciones unilaterales, y la tipificación de contratos como las obras públicas, consultoría, suministro, compraventa, y servicios. (1993, 2013)

En cuanto a la Constitución Política, se establece que la responsabilidad del servidor público resulta compleja, que puede ser política, civil o patrimonial, fiscal, penal y disciplinaria, donde se deriva de la última la falta disciplinaria, la que traduce incursión en cualquiera de las conductas o comportamientos previstos en la ley. (Constitución Política de Colombia 1991)

Conjuntamente, en busca de la eficiencia y transparencia en la gestión de la contratación pública, el Consejo Nacional de Política Económica y Social, aprobó en el documento COMPES N° 3249 de 20 de noviembre de 2003, que desarrollo el tema de la “Política de Contratación Pública para un Estado Gerencial”. En este documento el gerente público se enfocó como un claro impacto que tiene la contratación pública en el país.

Indudablemente, al iniciar un estudio sobre los antecedentes normativos en cuanto a Corrupción en la contratación estatal, es necesario darle importancia a la reglamentación que preliminar, ya que de ahí surge la conceptualización de la contratación estatal.

Por lo cual, las estrategias anticorrupción comenzaron formalmente con la administración de Cesar Gaviria, la cual creó la Misión para la Moralización y Eficiencia de la Administración Pública (Decreto 1860 de 1991). Posteriormente, el gobierno de Ernesto Samper creó la Consejería Presidencial para la Administración Pública (Decreto 2098 de 1994), y logró la promulgación del estatuto anticorrupción (Ley 190 de 1995). En la siguiente administración, Andrés Pastrana creó el Programa Presidencial de Lucha contra la Corrupción, el cual buscaría reducir los niveles de corrupción basándose en dos líneas de acción: promover la prevención con participación ciudadana y fortalecer las acciones de control y sanción mediante la coordinación interinstitucional. En la primera administración de Álvaro Uribe se reformaron algunas leyes, las cuales hicieron más severos algunos castigos y se incentivó la participación y veeduría ciudadana en los procesos de administración pública. (Gamarra Vergara, 2006)

Recientemente, el Presidente de la Republica Juan Manuel Santos Calderón a través de las facultades que le otorga la Constitución Política en su artículo 189 numeral 11² remitió el Decreto 1182 de 2015 por el cual se expide el “Decreto Único Reglamentario del sector Administrativo de Planeación Nacional” a través del Departamento Nacional de planeación, con dicha disposición se logró compilar las normas de carácter reglamentario para la contratación estatal en el País; otorgando definiciones claras dentro del sistema de compras y contratación pública tales como el

² Artículo 189. C.P. Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa: (...) 11. Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes. (...)

RUP (Registro Unico de Proponentes) así: “Las personas naturales y jurídicas, nacionales o extranjeras, con domicilio en Colombia, interesadas en participar en Procesos de Contratación convocados por las Entidades Estatales, deben estar inscritas en el RUP, salvo las excepciones previstas de forma taxativa en la ley”.

Actualmente en Colombia, la Constitución Política (artículo 209) establece que la función administrativa se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad. En tal sentido, la adquisición de bienes y servicios, indispensable para el cumplimiento de los fines del Estado, debe realizarse conforme a los principios. (Constitución política de Colombia 1991)

Sin embargo, es de mencionar que ya el conceso de Estado en reiteradas jurisprudencias ha discutido la importancia de tales principios que servirán de guía para el desarrollo y cumplimiento de los fines esenciales del Derecho, por tal motivo es de mencionar un extracto de sentencia en donde se habla de las características de la moralidad que deberían tener los funcionarios públicos en relación a trabajo que desarrollan como tal, es por esto que nos podemos referir de la siguiente manera: a) es un principio que debe ser concretado en cada caso; b) al realizar el juicio de moralidad de las actuaciones, deben deslindarse las valoraciones sobre conveniencia y oportunidad que corresponde realizar al administrador de aquellas en las que se desconozcan las finalidades que debe perseguir con su actuación. En la actualidad Colombia tiene vigente la Ley 80 del 28 de octubre de 1993 , la cual en su artículo 1° menciona su objeto el cual es la de “disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales”, en ella se pretende dar las herramientas necesarias para que los servidores públicos del Estado, contraten de manera eficiente y transparente los bienes y servicios necesarios en las entidades estatales para su normal funcionamiento y cumplan con la misión de cada una de ellas. En el régimen de los contratos

estatales, las obligaciones en principio están regidas por el estatuto contractual o por las disposiciones del derecho privado o por normas contractuales o estipulaciones que acuerden las partes por el principio de la autonomía de la voluntad.

Aspectos jurídicos de la contratación estatal en Colombia.

Teniendo en cuenta la supremacía de las normas, es pertinente mencionar dentro del ordenamiento jurídico del país, la constitución política³ estable que Colombia es un estado social de derecho que se fundada en la prevalencia del interés general dando paso a fundar como fines esenciales del estado⁴ el servir a la comunidad y promover la prosperidad general, garantizar los principios, deberes y derechos consagrados en la misma, por ello, el legislador a través de las normas jurídicas da paso al estatuto del régimen de contratación estatal, la ley 80 de 1993 “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública” en la que se implanta la regulación de la actividad precontractual y contractual del país; así como, la ley 1150 de 2007 “Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos”.

³ ARTICULO 1 CP: “ Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”

⁴ ARTICULO 2 CP: “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”

En efecto, La ley 80 de 1993 se caracteriza por instaurar la prevalencia de principios como la igualdad, con el que los contratistas obtienen condiciones ecuánimes e idénticas para participar en un proceso de contratación, así como, el principio de publicidad, el cual brinda a toda la ciudadanía el derecho y la posibilidad de conocer el desarrollo de las gestiones estatales, también, las entidades colombianas están obligadas a ejercer el principio de transparencia con el que se pretende evitar cualquier tipo de irregularidad dado que, todo contratista debe someterse a un proceso de selección presentando una licitación o un concurso público, además, se garantiza una selección objetiva, dando así la favorabilidad a quien cumpla los requisitos establecidos en los pliegos de condiciones.

Cabe resaltar que dicho estatuto dentro de su articulación describe las diferentes modalidades de selección por las cuales se puede contratar con una entidad estatal; licitación pública, concurso de méritos, selección abreviada y contratación directa, teniendo en cuenta que cualquier persona legalmente capaz para celebrar negocios jurídicos como lo son las personas naturales que pueden obligarse por sí mismas sin autorización de un tercero u otra persona, así como, las personas jurídicas quienes según se su objeto social tiene capacidad limitada al momento de contratar, también, los consocios y las uniones temporales, cuyas figuras ejercen una cooperación entre diversas empresas en el momento de adquirir una obligación derivada de un contrato para distribuirse o proporcionar las cargas y labores provenientes de la misma, por último, se encuentran las sociedades proyecto o asociaciones futuras, la cual surge por la unión de diversas partes que contraen una obligación ante objeto específico.

Es pertinente definir las modalidades de contratación anteriormente mencionadas, en primer lugar, se encuentra la licitación pública, la cual se puede entender como un proceso de selección en el que las entidades estatales abren una convocatoria a nivel público y/o general para

que cualquier persona con la capacidad de ejecutar un contrato específico, presente una oferta potencial y de esta manera se escoja la más favorable para la entidad estatal, en segundo lugar, se encuentra el concurso de méritos, como su palabra lo indica en esta modalidad se realiza una lista limitada de consultores o proyectos altamente calificados utilizando criterios como experiencia, capacidad intelectual y talento por encima del precio o costo que dicha ejecución sobrelleva, en tercer lugar, se encuentra la selección abreviada, la cual surge para facilitar procesos que garanticen la eficacia de la gestión contractual, es decir, que aquellos contratos se realizan a través de una selección objetiva de una manera más ágil y simple avalando la efectividad del contratista al momento de la ejecución de dicho contrato el cual puede ser de menor cuantía; por último, está una modalidad que se presenta de manera excepcional y su diligencia es de carácter condicional o restrictivo la cual se denomina contratación directa.

Fines y principios de la contratación estatal en Colombia.

La contratación estatal en Colombia se rige principalmente por los fines y principios estrictamente establecidos por la ley 80 de 1993 tal como lo menciona su artículo 3 de la siguiente manera:

Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.

Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones.

Teniendo en cuenta que la ley 80 de 1993 hace prevalecer principios como la transparencia, la economía, la responsabilidad, entre otros; como lo establece el artículo 23 y subsiguientes, puesto que, se regula la actividad pre contractual y contractual con el estado, dado que estos están amparados por la Constitución Política tal como lo establece el artículo 209:

La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, 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.

Es así como se establece dentro de la ley 80 de 1993 los principios de la contratación estatal en Colombia, a través de su artículo 23.

De Los Principios de las Actuaciones Contractuales de las Entidades Estatales. Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de

la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.

Principio de Transparencia. Este principio tiene como fin evitar la corrupción en el proceso selección de una contratación con el estado, dicho principio lo define Palacios H. (2010) de la siguiente manera:

Mediante este principio se ataca la corrupción; con él se busca garantizar la moralidad en la contratación, la imparcialidad de la Administración en la escogencia del contratista al exigir que se haga de acuerdo con unas reglas precisas, claras, completas y objetivas. En este principio se conjugan también los de igualdad, el de la publicidad, y de la libre concurrencia o competencia, que sirven de base a la forma más clara de selección del contratista, que es la licitación, pero que deben estar presentes en los otros mecanismos de selección del contratista cualquiera que sea la forma escogida, como se expresó en la exposición de motivos de la Ley, que debe existir «aun en los casos de contratación directa o urgencia. (pág. 56- 57)

Principio de Economía. Este principio se encarga de evitar detrimentos y perjuicios de los bienes y servicios del estado, garantizando así, la utilización de los recursos necesarios para realizar una selección objetiva, la ley 80 de 1993 lo consagra en su artículo 25 con diferentes disposiciones entre ellas el numeral 1 que determina: “En las normas de selección y en los pliegos de condiciones para la escogencia de contratistas, se cumplirán y establecerán los procedimientos y etapas estrictamente necesarios para asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable.

Para este propósito, se señalarán términos preclusivos y perentorios para las diferentes etapas de la selección y las autoridades darán impulso oficioso a las actuaciones”.

Conjuntamente, según la ley 1437 por la cual se consagra “Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo” (2011) delibera en el numeral 12 de su artículo 3 lo siguiente: “En virtud del principio de economía, las autoridades deberán proceder con austeridad y eficiencia, optimizar el uso del tiempo y de los demás recursos, procurando el más alto nivel de calidad en sus actuaciones y la protección de los derechos de las personas”.

Principio de Responsabilidad. Este principio esencialmente se encarga del cumplimiento de los fines de la contratación a través de los servidores públicos tal como lo establece el artículo 26 de la ley 80 de 1993, el cual indica además en su numeral 2 que “Los servidores públicos responderán por sus actuaciones y omisiones antijurídicas y deberán indemnizar los daños que se causen por razón de ellas”.

Asimismo, se señala que “En virtud del principio de responsabilidad, las autoridades y sus agentes asumirán las consecuencias por sus decisiones, omisiones o extralimitación de funciones, de acuerdo con la Constitución, las leyes y los reglamentos” tal como lo acuerda la ley 1437 por la cual se consagra “Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo” (2011) numeral 7 del artículo tercero

Régimen de Inhabilidades e incompatibilidades.

Teniendo en cuenta que la ley 80 de 1993 es el pilar de la contratación pública en Colombia, es pertinente mencionar que dentro de su articulación en las disposiciones generales se encuentra establecido las inhabilidades e incompatibilidades para quienes pretendan celebrar contratos con las entidades estatales, partiendo del fundamento legal que establece la Constitución Política (1991).

Artículo 122 (...) <Inciso modificado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2004. El nuevo texto es el siguiente:> Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la Comisión de Delitos que afecten el patrimonio del Estado. Tampoco quien haya dado lugar, como servidor público, con su conducta dolosa o gravemente culposa, así calificada por sentencia judicial ejecutoriada, a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño.

De acuerdo a lo anteriormente mencionado, La ley 80 es clara en establecer quienes no pueden de celebrar contratos con el estado puesto que enmarca en numeral 1 del artículo 8 como lo son:

- a. Las personas que se hallen inhabilitadas para contratar por la Constitución y las leyes.
- b. Quienes participaron en las licitaciones o concursos o celebraron los contratos de que trata el literal anterior estando inhabilitados.
- c. Quienes dieron lugar a la declaratoria de caducidad

- d. Quienes en sentencia judicial hayan sido condenados a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas y quienes hayan sido sancionados disciplinariamente con destitución.
 - e. Quienes sin justa causa se abstengan de suscribir el contrato estatal adjudicado.
 - f. Los servidores públicos.
 - g. Quienes sean cónyuges o compañeros permanentes y quienes se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con cualquier otra persona que formalmente haya presentado propuesta para una misma licitación o concurso⁵.
 - h. Las sociedades distintas de las anónimas abiertas, en las cuales el representante legal o cualquiera de sus socios tenga parentesco en segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el representante legal o con cualquiera de los socios de una sociedad que formalmente haya presentado propuesta, para una misma licitación o concurso.
 - i. Los socios de sociedades de personas a las cuales se haya declarado la caducidad, así como las sociedades de personas de las que aquéllos formen parte con posterioridad a dicha declaratoria.
- Las inhabilidades a que se refieren los literales c), d), e i) se extenderán por un término de cinco (5) años contados a partir de la fecha de ejecutoria

⁵ La expresión "Concurso" fue derogada por el art. 32 de la Ley 1150 de 2007. (...) el artículo 61 y las expresiones "concurso" y "términos de referencia" incluidas a lo largo del texto de la Ley 80 de 1993 (...)

del acto que declaró la caducidad, o de la sentencia que impuso la pena, o del acto que dispuso la destitución; las previstas en los literales b) y e), se extenderán por un término de cinco (5) años contados a partir de la fecha de ocurrencia del hecho de la participación en la licitación o concurso, o de la celebración del contrato, o de la de expiración del plazo para su firma (...)

Así como, Ley 1150 de 2007, “por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos” la cual adiciona los literales j del numeral 1 del artículo 8 de la ley 80 así:

Artículo 18. De las inhabilidades para contratar. “Artículo 8 (...) j) Las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos de peculado, concusión, cohecho, prevaricato en todas sus modalidades y soborno transnacional, así como sus equivalentes en otras jurisdicciones. Esta inhabilidad se extenderá a las sociedades de que sean socias tales personas, con excepción de las sociedades anónimas abiertas”.

Es pertinente mencionar que a nivel jurisprudencial se han presentado diversos pronunciamientos referentes a las inhabilidades e incompatibilidades tal como lo hace el Dr. Martínez Caballero A. de la corte constitucional en sentencia C- 429 de 1997 quien preceptúa:

La inhabilidad para participar en licitaciones o concursos o para celebrar contratos estatales se predica de los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de

afinidad o primero civil con los empleados de los niveles directivo, asesor, ejecutivo o con los miembros de la junta o consejo directivo o con quienes ejercen el control interno o fiscal de la entidad contratante respectiva. Esto significa que para aplicar la correspondiente inhabilidad el operador jurídico debe dirigirse a las normas que definen los niveles de los empleos del poder público. Así, de acuerdo con el Decreto 1042 de 1978, los empleos de la rama ejecutiva se clasifican en distintos grupos. El nivel directivo “comprende los empleos a los cuales corresponden funciones de dirección general de los organismos principales de la rama ejecutiva del poder público, de formulación de políticas y de adopción de planes y programas para su ejecución”. En general se considera que los miembros de las juntas o consejos directivos de establecimientos públicos, sociedades comerciales del Estado, empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta, pertenecen a esta categoría de empleos.

CAPITULO TERCERO.

AVANCE JURISPRUDENCIAL CELEBRACIÓN INDEBIDA DE CONTRATOS.

Línea Jurisprudencial sentencias sala penal de la Corte Suprema de Justicia sobre Celebración indebida de contratos.

La siguiente es una línea jurisprudencial, basada en los criterios doctrinales y jurisprudenciales -cabe la redundancia- desarrollados por la Corte Suprema de Justicia Sala Penal, en el periodo de tiempo comprendido entre el año 2010 y el año 2016, respecto al desarrollo normativo que le ha dado dicha sede judicial a la celebración indebida de contratos, sancionable

por la vía penal. Está compuesta de 6 sentencias claves, una de las cuales es la sentencia condenatoria del Ex Ministro de Agricultura Andrés Felipe Arias, y la cual causó un gran revelo mediático en el país.

La forma en la cual se desarrollará el análisis de la línea será el siguiente: Primero, se dará un resumen del contenido jurídico relevante de cada una de las sentencias, resumen en el cual se abordará el contenido hallado en cada una de ellas concerniente a la celebración indebida de contratos. Posteriormente, gráficamente se mostrará la tendencia que la Corte Suprema de Justicia ha tenido, considerando si tiene una innovación o creación jurisprudencial nueva, se ha mantenido en una postura similar, o ha retrocedido en su sembrada doctrina. Finalmente, se dará una conclusión crítica de lo dicho jurisprudencialmente, y qué se debe esperar a futuro en nuevos y particulares casos. Si se desea abordar más en los contenidos de la sentencia, o en los hechos y actuaciones procesales, las fichas hechas para complementar la línea jurisprudencial se encontrarán en los anexos de este trabajo.

No siendo más, iniciaremos con la introducción de los casos.

Problema jurídico línea jurisprudencial.

Teniendo en cuenta las consideraciones de la sala penal y la sala de casación penal de la Corte Suprema de Justicia respecto a la celebración indebida de contratos, ¿existe una sentencia innovadora y ejemplar para quienes efectúen celebraciones indebidas de contratos?

Tesis A.

La Corte Suprema de Justicia – Sala Penal a través de las sentencias emitidas demuestra sanciones empleares e innovadores de acuerdo a la reglamentación actual del país sobre la celebración indebida de contratos.

Tesis B.

La Corte Suprema de Justicia – Sala Penal a través de las sentencias emitidas demuestra sanciones no empleares y no se evidencia ningún avance jurisprudencial de acuerdo a la reglamentación actual del país sobre la celebración indebida de contratos.

Sentencias Hito.

Sentencias fundadoras de la Línea.

Sentencia 31288 de 01 de febrero de 2012.

En el año de 2006 el alcalde de La Jagua de Ibirico contrató con Coopemun la compra de 6050 metros de tubo de hierro dúctil para el transporte de agua potable. Sin embargo, se vieron algunas irregularidades, como que la empresa que vendió los tubos a Coopemun y los transportó hasta La Jagua cobrando por cada metro lineal menos del 50% del valor pagado por el municipio, el

contratista no realizó el suministro en el plazo acordado, no lo hizo directamente y ni siquiera recibió todo el dinero pactado a la entrega.

En la sentencia de casación de este caso, la Corte determina un criterio que desde tiempo atrás venía manejando: El concepto de servidor público en los delitos relacionados a la celebración indebida de contratos los configura como tipos penales en blanco, por lo que ese vacío conceptual debe ser suplido por otras normas, como la constitución y la Ley 80 de 1993 en este caso.

Sabiendo eso, la corte determina que los contratos administrativos, al ser una manifestación de la función pública, deben buscar proteger los intereses generales, y por lo tanto deben guiarse por principios básicos de la contratación pública como lo son el interés general, legalidad, transparencia, objetividad, igualdad, moralidad, eficacia, planeación, economía, celeridad, imparcialidad, responsabilidad y publicidad. Teniendo en cuenta lo anterior, la administración y los servidores públicos que hagan uso de la función pública deben no sólo considerar los bienes o servicios requeridos para su correcto funcionamiento, sino que también deben determinar que el objeto contractual sea real, determinado, lícito, cierto y ajustado a los precios del mercado, sin que existan elementos de distorsión que puedan terminar en un beneficio ilícito para el funcionario, el contratista o un tercero y en detrimento del patrimonio estatal, u otro tipo de comportamientos que afecten negativamente el erario público, y mucho menos o que a través del contrato de apariencia legal, se dé una destinación distinta a la cual están asignados, o se comprometan sumas superiores a las fijadas en el presupuesto, o se inviertan o utilicen en forma no prevista en él “en perjuicio de la inversión social o de los salarios o prestaciones sociales de los servidores”. (Anexo 1)

Sentencia 35344 del 25 de septiembre de 2013.

Esta sentencia de casación estudia lo concerniente a los siguientes hechos:

Todo ocurre en el año 2001, cuando el señor CARLOS ALBERTO CASTRO CORREA en calidad de alcalde municipal de El Cairo (Valle), presuntamente sin el lleno de los requisitos que exige la normatividad, celebró el convenio interadministrativo No. 005, mediante el cual cedió, a través de la figura de la dación en pago a la Empresa Social del Estado “Santa Catalina”, un automóvil propiedad del municipio ya referido. Se Expuso que no existía soporte legal sobre el cual se fundamentara la deuda por la cual procedió el Alcalde a efectuar mediante un cruce de cuentas la cesión del vehículo, toda vez que las facturas cobradas por el hospital no cumplían los requisitos para ser exigibles y las necesidades que se dijo fueron satisfechas por el hospital con cargo al municipio del Cairo, se encontraban cubiertas con otros dineros.

En este caso, la Corte prudentemente determina, utilizando criterios jurisprudenciales y dogmáticos propios de otra rama del derecho, como lo es la civil, para determinar la naturaleza de la dación y en pago, y si puede determinarse como una forma contractual o no. Entonces contempla que la dación en pago es un mecanismo autónomo e independiente enderezado a extinguir las obligaciones, por lo cual, si bien se trata de un medio jurídico para extinguir las obligaciones en que no existe un contrato en sentido estricto, de todas formas “es un acto jurídico que tiene naturaleza negocial en el que es evidente la presencia del elemento consensual y volitivo, es decir, se trata de una convención”. Por lo cual, sin importar cómo se denomine el acuerdo de voluntades suscrito entre las partes, el acusado incumplió las exigencias previstas en la normatividad para que dicho acuerdo surgiera a la vida jurídica sin viso alguno de ilegalidad, al no determinar origen de la deuda; así mismo, no acreditó la existencia de un contrato escrito y no ejecutó ninguna acción encaminada a establecer si la obligación tenía causa alguna o a establecer si el vehículo entregado en dación en pago tenía un valor inferior o superior a la deuda que pagaba.

Así mismo, la corte da a saber que:

se tiene en cuenta que los contratos, al igual que los convenios interadministrativos, como modalidades de contratación directa previstos en el artículo 24, numeral 1°, literal c) de la ley 80 de 1993, así como en el artículo 7° del Decreto 855 de 1993, se encuentran sujetos de manera irrestricta a los principios generales de contratación estatal, y en especial a la imperativa y vinculante observancia de lo dispuesto en el artículo 2° de la disposición últimamente citada, pues el hecho de que sean dos entidades públicas las que se relacionan en el negocio jurídico no implica que puedan desconocer las normas especiales de contratación en cuanto a los procedimientos y reglas que garantizan los principios de legalidad, economía, transparencia y selección objetiva, dado que es a los organismos estatales a quienes perentoriamente corresponde obedecer las disposiciones de la Ley 80 de 1993. (Anexo 2)

Sentencia consolidadora de la línea jurisprudencial.

Sentencia SP 9225 (Radicado No. 37462) de 16 de julio de 2014.

Esta sentencia posee una relevancia particular que el resto de los casos en este análisis no posee: un impulso mediático enorme, causado por coyunturas políticas y el seguimiento que públicamente se le dio al caso, al tratarse de un proceso penal contra un ex funcionario público: Es el caso de Andrés Felipe Arias y Agro Ingreso Seguro. Cabe aclarar que para este análisis en concreto sólo se tendrá en cuenta lo concerniente a la celebración indebida de contratos, y no el resto de delitos por los cuales el ex ministro fue acusado por la Fiscalía General de la Nación.

Para resumir los hechos, se contextualiza que, con el objeto de afrontar los retos impuestos al sector agropecuario nacional por la globalización de la economía y, en especial, por la suscripción de tratados de libre comercio, el Congreso de la República expidió la Ley 1133 de 20072, «por medio de la cual se crea e implementa el programa Agro Ingreso Seguro – AIS». En desarrollo de Agro Ingreso Seguro, el doctor Andrés Felipe Arias Leiva, como Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural, entidad encargada de implementarlo, tramitó y celebró con la Oficina en Colombia del Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura, IICA, los convenios especiales de cooperación técnica y científica números 003 de 2007, 055 de 2008 y 052 de 2009. En el trámite y celebración de estos negocios jurídicos se acudió a la contratación directa para celebrar los convenios aludidos, pese a que su objeto no comportaba el desarrollo directo de actividades de actividades científicas y tecnológicas. Por ello, la mención de este tipo de labores para justificar el procedimiento contractual utilizado, se muestra como la forma ideada para justificar la escogencia directa del IICA como cooperante y eludir la licitación pública a la cual debía acudirse dada la cuantía de los dineros comprometidos y el real objeto de los convenios, pues las labores pactadas se orientaron exclusivamente a administrar recursos del erario. De igual forma, respecto de cada uno de ellos se incumplió la obligación de elaborar los estudios previos que justificaran su celebración, de fijar los términos de referencia de manera completa, precisar la actividad de ciencia y tecnología sobre la cual versaban y su ejecución comenzó antes de que fueran suscritos.

Dentro de su análisis del caso, la Corte Suprema de Justicia determina que existen dos tipos de conductas que se reprochan a través de dicha tipificación penal: una es la falta en la cual se reprocha el hecho de tramitar el contrato sin observar sus requisitos legales esenciales y, otra, la

de quien lo celebra o liquida, al no verificar el cumplimiento de los requisitos legales inherentes a cada fase.

Así mismo, señala la corte que:

No es la forma cómo se desarrolla el negocio jurídico, sino su objeto directo y concreto, lo que define si puede acudirse o no a la contratación directa y a través de qué tipo de relación jurídica. Suponer lo contrario implica aceptar que situaciones posteriores a la celebración del acuerdo pueden variar la naturaleza de una determinada forma de contratación. También es preciso indicar, que el juicio de legalidad al proceso de contratación en orden a verificar si en su trámite, celebración y liquidación se ajustó o no a los principios rectores de la contratación estatal, no incluye la etapa de ejecución del contrato o convenio.” Todo esto la Corte lo da a conocer, para concluir con posterioridad que los acuerdos celebrados entre el Ministerio de Agricultura y el IICA no eran relacionados a la implementación de los proyectos de ciencia y tecnología, más el objeto que se buscaba realizar con esos contratos era la implementación de las convocatorias en las cuales se evaluarían los proyectos productivos que los particulares que se encontraban interesados podían presentar, en búsqueda de los recursos que ofrecía el programa de Agro Ingreso Seguro. Entonces, eso significa que no se estaba frente a una excepción para usar la contratación directa para la asignación de ese contrato, sino que era necesario el uso de la licitación pública, según lo determinado por la Ley 80 de 1993.

Eso mismo lo vuelve a determinar la corte, cuando menciona que:

Debe precisar que en el análisis de este delito no es función del operador judicial establecer cuál fue el trámite que debió adelantarse o cuál resultaba más conveniente u

oportuno para solucionar la necesidad de la administración, en tanto su juicio debe delimitarse a determinar si lo realizado consultó o no el ordenamiento jurídico. En este caso, la Fiscalía cuestiona que el Ministro hubiera celebrado tres negocios jurídicos cuyo objeto real era la administración de recursos de fuente nacional, bajo la tipología de convenios especiales de ciencia y tecnología como medio para eludir la licitación pública que legalmente demandaba el compromiso de esos recursos, dada su cuantía.

Así mismo, se evidencia que:

La selección del IICA para operar la convocatoria de riego, fue decidida por el doctor ARIAS LEIVA directamente, sin que mediara el análisis que demandaba esa decisión dada la naturaleza y cuantía de los recursos comprometidos, el objeto del convenio o las posibilidades del contratista para ejecutarlo, pues el único norte que tuvo en cuenta fue su designio de iniciar la ejecución del programa y la inversión controlada de los recursos a comienzos del año siguiente (...) Otra situación revela la ejecución antelada de los convenios: la elaboración de los términos de referencia de las convocatorias que constituían su objeto, antes de que los mismos convenios hubieran sido suscritos. Sobre el particular debe indicarse que unos son los términos de referencia de los convenios y otros los términos de referencia de las convocatorias de riego y drenaje. Los primeros, responden a la obligación de establecer las pautas que determinan y rigen la celebración de los convenios y en este caso, como se explicó en precedencia, su precariedad lleva a considerar incumplido el principio de economía y el deber de planeación. Los segundos constituyen las reglas que regían cada convocatoria, esto es las que debían cumplir quienes pretendían acceder a los subsidios entregados a través de ellas.

De la misma manera, la corte inicia un análisis frente al posible error invencible en el que pudo haber incurrido Andrés Felipe Arias con respecto a la errónea adjudicación de los contratos, a lo cual dicha corporación esgrima que:

El error frente a la tipificación se determina que se concreta cuando el sujeto activo de la acción ignora que su comportamiento se adecúa a un tipo penal y excluye el dolo porque afecta su aspecto cognitivo, incidiendo así en la responsabilidad. Se ha reiterado que esta clase de error puede ser invencible, cuando ni aún actuando en forma diligente y cuidadosa, el autor habría podido llegar a otra conclusión. Es vencible cuando la falsa representación podía evitarse o superarse si el autor hubiere colocado el esfuerzo explicativo a su alcance, que le era exigible, de acuerdo con las circunstancias que rodearon el hecho. En este caso, la conducta será punible si está prevista como culposa. Sobre el tema corresponde indicar que el procesado cuenta con una vasta formación académica en ciencias económicas, que unida a su experiencia profesional, lleva a inferir que conocía la trascendencia de la contratación pública como medio para concretar los fines del Estado, así como la necesidad de adelantarla respetando las normas que la regulan y que ese deber se reclama con mayor razón de quien tiene la potestad de disponer de los recursos estatales. (Subrayado fuera del texto original).

Así mismo, añade que una simple lectura del proceso contractual permite concluir a cualquiera -y sobre todo a alguien como el entonces ministro- que el objeto del contrato con el IICA no implicaba desarrollo alguno de ciencia y tecnología, sino que se trataba de una asesoría y acompañamiento técnico para designar a cuáles particulares se les iban a asignar los recursos, en virtud a los proyectos que ellos mismos presentarían. (Anexo 3)

Sentencias Confirmatorias.**Sentencias confirmatorias de la línea jurisprudencial.****Sentencia SP 7759 del 18 de julio de 2014.**

En esta ocasión, la Corte Suprema hace un estudio relacionado al Recurso extraordinario de Casación, relativo a los siguientes hechos:

El Alcalde del municipio de Solano, departamento de Caquetá, puso en conocimiento que la anterior administración, pese a la inexistencia de un diagnóstico sobre la presunta falla, suscribió el contrato número 031 del 9 de septiembre de 2003, cuyo objeto era el suministro de repuestos para la reparación de la planta generadora de energía eléctrica Cummins de 400KW, por valor de \$42.806.500, de los cuales fueron entregados al contratista como anticipo \$17.122.720, equivalentes al 40%. No obstante, los mencionados elementos nunca llegaron a la localidad y por consiguiente no fueron utilizados en la mencionada reparación. Así mismo, señala que el 26 de septiembre de 2003 se liquidó el contrato en cuestión, sin que se hubiere cancelado al contratista el 60% restante del total del costo del mismo, por lo cual se interpuso un derecho de petición reclamando dicha suma.

A partir de esos hechos, esa Corporación primero realiza un análisis sobre lo que quiere decirse al hablar de la “función pública”, y lo que implica el concepto de servidor público a la hora de realizar la tipificación de los delitos concernientes a la celebración indebida de contratos -

análisis que anteriormente en otros casos la corte ya había realizado, incluso en la primera sentencia de esta línea, por lo cual no ahondaremos en el mismo-.

Sin embargo, hace una clara distinción sobre los casos en los cuales los particulares asumen o no dicha función pública, porque no en todos los casos en que un particular signe un contrato con estado, significa que este asuma la Función Pública en sentido estricto, y por lo tanto le sean imputables penalmente los delitos relativos a la celebración indebida de contratos. Todo esto lo resume al decir que:

Sólo en la medida en que el Estado a través de un contrato asigne a un particular el cumplimiento de una función pública en estricto sentido, reiterase, entendiendo por ésta toda actividad dirigida a cumplir unos de los fines propios o inherentes al Estado, ese particular se transforma en servidor público y asume correlativamente las responsabilidades públicas inherentes, con todas las consecuencias que ella conlleva, en los aspectos civiles y penales. En los demás casos, al particular que contrata con el Estado para el agotamiento de un fin o prestación diversos, de manera general, su responsabilidad civil y penal se rige por los postulados Constitucionales sobre los que descansa una y otra (Preámbulo, artículos 6º y 95, entre otros), y de manera específica, desde el punto de vista penal, de acuerdo con lo normado en el artículo 56 de la Ley 80 de 1993, su actuar irregular en el trámite contractual —celebración, ejecución y liquidación de un contrato estatal—, da lugar a que se le atribuyan las conductas punibles de Celebración Indebida de Contratos. (Anexo 4)

Sentencia SP 8415 (Radicación n° 38768) de 1° de junio de 2015.

Esta sentencia de Casación se basa en el análisis jurídico realizado a un caso ocurrido en el año de 1997, el cual trata sobre “el contrato de ejecución de obra N° 000170-A97 entre la Cooperativa COOPGUALIVÁ LTDA y la empresa HIDROLOGÍA PETROLERA, HIDROPETRO, cuya finalidad es la construcción de una planta para el tratamiento de aguas residuales por un valor de \$122.000.000 de pesos, en el municipio de San Francisco, Cundinamarca. Vencido el plazo de ejecución de las obras, se liquidó unilateralmente el contrato (resolución 017 del 11 de julio de 2000) y se determinó que HIDROPETRO debía reembolsar a la Cooperativa la suma de \$78.524.516 pesos, correspondientes a valores de anticipo. El CTI efectuó visita a la obra y se concluyó que existía un faltante de \$9.635.584 de pesos.”

Para determinar lo que ocurre en este caso, la Corte vuelve a rememorar las circunstancias especiales en las cuales se hallan los delitos relativos a la celebración indebida de contratos, el tipo blanco que se determina por el concepto de “servidor público”, y las facultades que puedan tener o no los particulares al momento de la celebración de contratos con el estado, y si pueden encontrarse como sujetos activos a la hora de darse una imputación penal concerniente a los delitos ya mencionados.

E igualmente, la Corte reitera que:

En materia de responsabilidad penal derivada de la contratación estatal es importante en cada caso concreto observar si el hecho o inacción constitutivo de la conducta penal se materializó durante las distintas fases del contrato, o a raíz de los deberes contractuales impuestos, pues “...lo que coloca al particular en la situación de servidor público, no es concretamente el vínculo que surge de la relación, importante o no, con el Estado, sino la naturaleza de la función que se le

atribuye por ministerio de la ley, la cual fija la índole y alcance de la relación jurídica...”. (Anexo 5)

Sentencia AP 933 de 24 de febrero de 2016.

Esta última sentencia de casación, y objeto de análisis dentro de esta línea jurisprudencial, se basa en los siguientes aspectos fácticos:

Jesús Antonio Buriticá Restrepo refirió que Guillermo Fino Serrano le encomendó cambiar cheques y convertirlos en dólares americanos, transacciones que alcanzaron una suma aproximada de \$2´000.000.000 de pesos, por lo que recibió como contraprestación la suma de US \$30.000. Aseguró que los cheques los recibía de Rodrigo Díaz Sendoya, quien los giraba a una cuenta de la sucursal del Banco de Bogotá, ubicada en la Avenida El Dorado, mismos que eran cambiados a dólares por Laura Gómez, Pedro José Herrera Roca y, en su gran mayoría, por Dora Medina, propietaria de la casa de cambio “New York Money”, dinero que a su vez era recibido personalmente y en diversos lugares de esta ciudad por Guillermo Fino Serrano, estando presente la señora Claudia de la Inmaculada Concepción Hernández Mendoza, la que algunas veces servía como conducto para la entrega del dinero y quien para esa época era esposa de Buriticá, y se desempeñaba como asesora de la Vicepresidencia de la Entidad Promotora de Salud –EPS– del Instituto de Seguros Sociales –ISS–. Del mismo modo, afirmó que tuvo conocimiento que el dinero de los cheques –girado por Rodrigo Díaz Sendoya– provenía de la corrupción en la celebración del contrato [No.] 110 del 20 de marzo de 2002, [suscrito] entre el presidente del Instituto de Seguros Sociales –Fino Serrano– y el director de Fresenius Medical Care –Díaz Sendoya–.

En este caso lo relevante no es concluir si la condenada tenía o no el uso de la función pública, o si se encontraba siendo servidora pública o no, sino se entra a discutir el grado de participación que la misma había tenido en la celebración indebida de contratos que la señora Claudia de la Inmaculada Concepción Hernández Mendoza tuvo. En ello, la Corte primero determina lo ocurrido fácticamente:

En ese orden, la colaboración que prestó la implicada no estuvo circunscrita a la acción cohechadora, sino que también ayudó a Fino Serrano, en su calidad de presidente del ISS, a interesarse indebidamente en el contrato cuando desde un comienzo, contactó al gerente de la sociedad Fresenius Medical Care para concertar una reunión, a la que incluso asistió, donde el primero ofreció a este último favorecerlo con la adjudicación del contrato No. 110 de 2002, a cambio de una comisión.

Posteriormente, concluye su análisis jurídico determinando la posibilidad de ser cómplice en los delitos de celebración indebida de contratos, aun no siendo servidor público o no estando facultada para ejercer la función pública:

Así lo consideró el ad quem al reconocer que el cargo y las funciones que desempeñaba la procesada ninguna relación tenían con dicho trámite, lo cual no obsta para considerarla cómplice de interés indebido en la celebración de contratos, puesto que la condición que echa de menos el censor solo se predica del autor, vale decir, del servidor público que se interesa en un contrato en el que debe intervenir por razón de su cargo o de

sus funciones, mientras que la complicidad implica una cooperación que facilita a que el autor realice la conducta, de donde se sigue que el cómplice carece del dominio del hecho, tal como se destacó en el fallo de segundo grado. (Anexo 6)

Gráfica de la Línea Jurisprudencial.

La manera en la cual se graficará la sentencia será la siguiente: se mostrará en una tabla la orientación que ha tenido la Corte Suprema de Justicia sobre la tipificación concerniente a los delitos de celebración indebida de contratos, si esta ha sido mucho más completa, o si, por el contrario, han vuelto a definiciones menos precisas o han cambiado su criterio a algo menos desarrollado.

Problema jurídico línea jurisprudencial.			
Teniendo en cuenta las consideraciones de la sala penal y la sala de casación penal de la Corte Suprema de Justicia respecto a la celebración indebida de contratos, ¿existe una sentencia innovadora y ejemplar para quienes efectúen celebraciones indebidas de contratos?			
Tesis A.			Tesis B.
La Corte Suprema de Justicia – Sala Penal a través de las sentencias emitidas demuestra sanciones empleares e innovadores de acuerdo a la reglamentación actual del país sobre la		Sentencia 31288 (01 de febrero de 2012)	La Corte Suprema de Justicia – Sala Penal a través de las sentencias emitidas demuestra sanciones no empleares y no se evidencia ningún avance jurisprudencial de acuerdo a la
		Sentencia 35344 (25 de septiembre de 2013)	
	Sentencia SP225 (16 de julio de 2014)		

celebración indebida de contratos.	Sentencia SP7759 (18 de julio de 2014)		reglamentación actual del país sobre la celebración indebida de contratos.
	Sentencia SP8415 (1° de junio de 2015)		
	Sentencia AP933 (24 de febrero de 2016)		



 Sentencias fundadoras



 Sentencia Consolidadora



 Sentencias Confirmatorias

RESULTADOS.

De acuerdo a la investigación planteada es pertinente mencionar que desde la parte introductoria de dicha investigación se estableció como posible respuesta ante la pregunta ¿Cuál es el avance jurisprudencial que ha tenido la Corte Suprema de Justicia – sala penal con relación a la celebración indebida de contratos durante el periodo 2010 a 2016?; que pese a los malos manejos del erario público del país por parte de servidores públicos y en especial el incumplimiento de los parámetros establecidos por el manual de contratación, se afirmó que los entes judiciales como lo es en este caso la Corte Suprema de Justicia – sala penal, emitirían

sanciones pertinentes y eficaces ante los casos de la celebración indebida de contratos, obteniendo así, un avance jurisprudencial positivo e innovador ante dicha situación.

No muy lejos de la realidad, el análisis jurisprudencial evidenciado en dicha investigación refleja que en los últimos seis años, la Corte Suprema de Justicia – sala penal como máximo tribunal de la jurisdicción cumpliendo con sus deberes constitucionales ha emitido dentro de sus fallos decisiones contundentes y severas como es el caso de la sentencia SP 9225-2014 (Radicación n° 37462) en donde se refleja que a través de la actuación procesal y la comprobación del delito de celebración indebida de contratos dicha sala declara penalmente responsable a un exministro de agricultura sin importar su “distinguida” posición política y económica en el país, con una pena íntegra ante dicho caso de corrupción. Por lo anterior, es claro que el avance jurisprudencial de la sala penal - Corte suprema de justicia, es un avance positivo y riguroso en cuanto a la imposición de penas y sanciones frente a los casos de la celebración indebida de contratos.

CONCLUSIONES.

Se puede determinar que llena muchas expectativas los avances jurisprudenciales en cuanto a sus nuevos criterios para sancionar las conductas delictivas como lo es la celebración indebida de contratos, es por ello que para concluir esta línea jurisprudencial, debemos resolver esta pregunta: ¿Que nos ha demostrado el estudio de estas 6 sentencias, junto a la gráfica de la línea? Por ahora, podemos decir que la Corte Suprema de Justicia ha avanzado, pero que le falta progresar un poco más.

¿Por qué? Si bien observamos que en muchas de sus sentencias deja claro que, al configurarse un tipo penal en blanco, es necesario llenar ese vacío conceptual con conocimientos

de otras áreas, como lo son el derecho constitucional y el administrativo, e incluso en algunos casos aferrándose a contenidos doctrinales del derecho civil, y mostrando que el derecho penal es una materia multidisciplinar y que necesita complementarse con otras áreas de conocimiento, puede llegar a ser inconcluso ese resultado. Sin embargo, si lo vemos a mayor profundidad, el análisis que hace la Corte Suprema de Justicia en su Sala Penal se realiza básicamente sobre una sola norma: la Ley 80 de 1993.

Si bien esa ley es el primer criterio al cual tenemos que acudir al realizar contratos con entes estatales, no significa que sea el único. Para que exista un análisis completo de lo que un contrato estatal comprende, lo que este significa, el proceso por el cual pasa, los principios por los cuales se guía, y las excepciones que se puedan dar dentro del mismo, se necesitan tener en cuenta criterios tan fundamentales como la Ley 1437 de 2011 (El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), se tengan en cuenta las excepciones en la contratación estatal planteadas en la misma Ley 80, el desarrollo jurisprudencial dado por el Consejo de Estado relativo a las mismas excepciones, la misma Ley Anticorrupción, e incluso el desarrollo jurisprudencial que en materia civil exista sobre la suscripción de contratos entre entes estatales con particulares.

A pesar de eso, no podemos decir que el trabajo actual de la Corte haya sido malo, o incluso que sea solamente aceptable. Todos los criterios que ha abordado, desde la idea de servidor público, cuando un particular asume o no una función pública, los niveles de participación que los particulares puedan tener a la hora de tipificárseles uno de esos delitos, o el hecho de mostrarse la debida diligencia que los servidores públicos deben de tener al momento de ejercer sus funciones y suscribir contratos en representación del estado, es un aspecto dogmático bastante interesante, y que siembra carácter y seguridad jurídica a la sociedad, al poder determinar con mayor claridad

cuando se tipifican esos delitos y en qué tipo de casos, para saber de antemano cuales pueden ser las consecuencias dadas por un actuar indebido.

Por lo tanto, la gran conclusión a la cual podemos llegar, es que si bien el desarrollo jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia en su Sala Penal ha sido congruente y que ha cumplido con los estándares básicos que se le puede pedir a una magna institución como esa, lo cierto es que falta tomar muchos más aspectos a tener en cuenta a la hora de plantear y cuestionar en los análisis jurídicos si la tipificación de los delitos ha sido la correcta o no, y si las consecuencias jurídicas de la misma son claras o no, todo en aras de blindar jurídicamente el sistema penal, para la protección y defensa no solo del Estado, sino también de todos los individuos que, directa o indirectamente, interactúan con él a través de medios contractuales.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.

Aristóteles. (1988) *La política, en Aristóteles (p. 171)*. Bogotá D.C. Ed. Gredos

Colombia, (1991) *Constitución Política de Colombia*. Bogotá D.C. Ed. Legis

Colombia, (1996) *Concepto servidor publico*. Radicación No. 855 de julio 8 de 1996. Sala de consulta y de servicio civil.

Colombia, (2000) *Código penal Colombiano*. Bogotá D.C. Ed. Legis.

Colombia, Congreso de la República, (1993, 28 de octubre) “Ley 80 de 28 de octubre de 1993, por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública,

adoptada en todo el territorio Nacional Colombiano, el 28 de octubre 1993”. *Diario oficial* núm. 41.094. 21 de enero de 2016. Bogotá D.C.

Colombia, Congreso de la Republica, (2007, 16 de julio) “Ley 1150 de 2007 Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos”. *Diario Oficial* núm. 46.691 de julio de 2007. Bogotá. D.C.

Colombia, Congreso de la Republica, (2011, 18 de Enero) “Ley 1437 de 2011 Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”. *Diario Oficial* núm. 47.956 de enero 18 de 2011. Bogotá. D.C.

Colombia, Corte Contitucional (1997) Sentencia C – 429 M.P. Martinez Cabello A. Bogotá D.C.

Colombia, Corte Contitucional (1998) Sentencia C – 563. M. P. Barrera Cabonell A, y M. P. Gaviria Díaz C. Bogotá D.C.

Colombia, Corte Contitucional (2003) Sentencia C – 681 M.P. Galviz Ortiz L. Bogotá D.C.

Colombia, Corte Suprema de Justicia – Sala de casación penal (2014) Sentencia SP 9225 M.P. Gonzalez Muñoz M. Bogotá D.C.

Colombia, Corte Suprema de Justicia – Sala de casación penal (2014) Sentencia SP 7759 M.P. Salazar Otero L. Bogotá D.C.

Colombia, Corte Suprema de Justicia – Sala de casación penal (2015) Sentencia SP 8415 M.P. Salazar Otero L. Bogotá D.C.

Colombia, Corte Suprema de Justicia – Sala de casación penal (2012) Sentencia 31288 M.P. Bustos Martinez J. Bogotá D.C.

Colombia, Corte Suprema de Justicia – Sala de casación penal (2013) Sentencia 35344 M.P. Salazar Otero L. Bogotá D.C.

Colombia, Corte Suprema de Justicia – Sala de casación penal (2016) Sentencia AP 933 M.P. Malo Fernandez G. Bogotá D.C.

Colombia, Departamento Nacional de Planeación, (2015, 26 de Mayo) “Decreto único reglamentario 1082 de 2015 por el cual se expide el decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional”. Presidente de la Republica, *Diario oficial* núm. 49523 de mayo 26 de 2015. Bogotá D.C.

Delitos contra la administración pública (s.f.) recopilado en: http://www.robertexto.com/archivo/delitos_c_adminpub.htm

Eiger, P. (2004). *Las redes de la corrupcion. la sociedad civil contra los abusos del poder* . Bogotá D.C. Planeta colombiana

Gamarra Vergara, J. (2006) *Agenda anticorrupción de Colombia: reformas, logros y recomendaciones*. Bogotá D.C. Documento Banco de la Republica.

García González, J. *Nuevo Régimen de Contratación Administrativa*. Bogota D.C. Ministerio de Gobierno.

Locke, J. (1983) *Ensayo sobre el Gobierno civil* (p. 138). Bogota D.C.

Palacios Hincapie, J. A. (2010) *La Contratación de las Entidades Estatales*. (pág. 56 – 57) Medellín. Librería Jurídica Sánchez.

Pardo Aguilar, J. (19819 *Delitos contra el patrimonio económico*. Medellín. Ed. Medellín Señal.

Platón. (1986) *La república*. (p. 193) Bogotá D.C. Ed. Greco

Política de Contratación Pública para un Estado Gerencial. (2003) Consejo Nacional de Política Económica y Social República de Colombia Departamento Nacional de Planeación.

Recopilado en: http://www.mintic.gov.co/portal/604/articles-3500_documento.pdf

Romero Rendón, C. S. (2009). *Las causas de la corrupción de los regimenes politicos según Platón. " la justicia en platon, un antecedente de la etica publica"*. Bogotá D.C. Procuraduria General de la Nación

Rousseau, J. J. (1990) *El contrato social en Rousseau* (p. 51) Bogotá D.C. Ed. Espasa

Salcedo Forero, J.R. (2009) *Lecciones de Derecho Disciplinario*. Bogotá D.C. Procuraduria General de la Nación.

Sampieri H.R. (2006). *Metodología de la investigación*. México. Mc gra-whill interamericana. EDITORES, SA.

Shutherland, E. H. (1999) *El delito de cuello blanco*. Madrid. Las ediciones La Piqueta

Vidal Perdomo, J. (1994) *Derecho Administrativo*. Bogotá D.C. Ed. Dike

Zaffaroni, E, (2009). *Estructura básica del derecho penal*, I edición. Buenos Aires.

ANEXOS.

Anexo 1.

SENTENCIA:

31288

FECHA:

01 de febrero de 2012

TIPO DE SENTENCIA:

Sentencia de Casación

HECHOS RELEVANTES:

El 26 de enero de 2006 el entonces Alcalde (e) de La Jagua de Ibirico contrató con la Cooperativa para el Desarrollo Integral de los Municipios –Coopemun- con sede en Bogotá, la compra de 6050 mts. de tubo de hierro dúctil de 18 pulgadas para transporte de agua potable, por valor de \$3.037.000.000. Intervinieron en la contratación interadministrativa, además el entonces Secretario de Planeación Municipal –Jhon Harol Gutiérrez de Arco- y por el contratista, su representante legal, Vladimir Roldán Umaña. Aparte de que la empresa que vendió los tubos a Coopemun y los transportó hasta La Jagua cobrando por cada metro lineal menos del 50% del valor pagado por el municipio, el contratista no realizó el suministro en el plazo acordado, no lo hizo directamente y ni siquiera recibió todo el dinero pactado a la entrega, puesto que aún es acreedor de \$623.000.000.

ACTUACIÓN PROCESAL:

El 30 de enero de 2007 se dio resolución de acusación en contra del procesado EDINSON FIDEL LIMA DAZA como presunto autor penalmente responsable del concurso de delitos de peculado por apropiación a favor de terceros y contrato sin cumplimiento de requisitos legales; de VLADIMDIR ROLDÁN UMAÑA como presunto interviniente penalmente responsable de los delitos de peculado por apropiación y contrato sin el cumplimiento de requisitos legales; y de JHON HAROL GUTIÉRREZ DE ARCO, como presunto autor penalmente responsable de los delitos de peculado por apropiación a favor de terceros e interés indebido en la celebración de contratos. La etapa de juicio fue asumida por el Juzgado Penal del Circuito de Chiriguaná, en donde se llevó a cabo la audiencia pública, y el 6 de diciembre de 2007, se puso fin a la instancia

absolviendo a los procesados EDINSON FIDEL LIMA DAZA, VLADIMIR ROLDÁN UMAÑA y JHON HAROL GUTIÉRREZ DE ARCO, de los cargos que les fueron formulados.

El Ministerio Público y la Fiscalía solicitaron el recurso de apelación, por lo que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, por medio del fallo proferido el 11 de junio de 2008 resolvió revocarla y en su lugar condenar a los procesados “EDINSON FIDEL LIMA DAZA con prisión de 156 meses y multa de \$1.420.189.676 como autor de peculado por apropiación a favor de terceros y de celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales; JHON HAROLD GUTIÉRREZ DE ARCO a prisión de 144 meses y multa por valor de la anterior en condición de coautor de peculado por apropiación a favor de terceros y cómplice de celebración de contrato sin cumplimiento de los requisitos legales y, VLADIMIR ROLDÁN UMAÑA a penas de prisión de 99 meses y multa por \$1.065.142.257, como interviniente en peculado por apropiación”.

Contra la sentencia de segunda instancia, el procesado EDINSON FIDEL LIMA DAZA y la defensora del acusado VLADIMIR ROLDÁN UMAÑA interpusieron recurso extraordinario de casación.

CONCEPTOS JURÍDICOS APLICADOS:

Los servidores públicos no sólo están al servicio del Estado y la comunidad, sino que deberán ejercer sus funciones en la forma prevista por la Constitución y la ley, de manera que su actividad ha de orientarse a promover la prosperidad general, asegurar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en el Estatuto Superior, y el cumplimiento de los deberes sociales que al Estado corresponden. Así, los contratos administrativos, como manifestación de ejercicio de la función pública, han de orientarse a salvaguardar los intereses generales, y por ende tramitarse, aprobarse, celebrarse o liquidarse siguiendo estrictamente los

principios de interés general, legalidad, transparencia, objetividad, igualdad, moralidad, eficacia, planeación, economía, celeridad, imparcialidad, responsabilidad y publicidad. Entonces, el principio de estricta legalidad obliga necesariamente al interviniente en la contratación estatal a cumplir la totalidad de las exigencias normativamente previstas de manera general para cualquier tipo de contratos en la constitución, la ley o el reglamento.

En el contexto de la normativa vigente, los principios de interés general, transparencia, economía, planeación y conmutatividad que rigen la contratación estatal, imponen que en el trámite, celebración o liquidación de los contratos estatales la administración no sólo perciba los bienes o servicios requeridos para su correcto funcionamiento, sino que en guarda del patrimonio estatal, el objeto contractual sea real, determinado, lícito, cierto y ajustado a los precios del mercado, sin que resulten admisibles elementos dolosos de distorsión que puedan redundar en beneficio ilícito para el funcionario, el contratista o un tercero y en detrimento del patrimonio estatal, u otro tipo de comportamientos que afecten negativamente el erario; o que inclusive, a través del contrato de apariencia legal, se dé una destinación diversa de aquella a la cual están asignados, o se comprometan sumas superiores a las fijadas en el presupuesto, o se inviertan o utilicen en forma no prevista en él “en perjuicio de la inversión social o de los salarios o prestaciones sociales de los servidores”

Analizando la sentencia, se encuentra que no tuvo como fundamento el informe de policía (pese a que hizo alusión al mismo), ni le confirió el mérito que el casacionista dice, sino que se lo tomó como criterio orientador de la investigación, a tal punto que la fiscalía instructora escuchó en diligencia de indagatoria a las personas involucradas en el proceso de contratación y que mediante tal documento aparecían mencionadas, así como que recibió las declaraciones de los testigos allí referidos, eso sin dejar de oír a la funcionaria investigadora de policía judicial que

realizó la averiguación, y recaudó la documentación relativa al contrato celebrado entre COOPEMUN y la Alcaldía Municipal de La Jagua de Ibirico, así como lo relativo a la adquisición de la tubería por parte de COOPEMUN a PAM DE COLOMBIA S.A., de donde surge que la queja de la casacionista, formulada en el segundo cargo de su demanda, es absolutamente infundada, máxime si el Tribunal hizo alusión a los antecedentes de la contratación relacionados con la declaratoria de urgencia manifiesta avalada por la Contraloría, a la ampliación de indagatoria rendida por el Secretario de Planeación Municipal, la manifestación del representante de la empresa contratista y, en fin, toda una serie de medios de convicción, principalmente de índole documental y testimonial, a los cuales se aludió en el fallo y, por ende, sustentaron el sentido de la decisión finalmente adoptada.

Así mismo, la defensora de VLADIMIR ROLDÁN UMAÑA formula un cargo con lo que considera consiste en “error de derecho por falso juicio de legalidad”, así como el defensor de EDINSON FIDEL LIMA DAZA, por su parte, frente al mismo medio de convicción, pregona que en el fallo se incurrió en error de hecho por falso raciocinio. En este caso, el Tribunal destacó cómo las cotizaciones en que se fundó el estudio ostentaban deficiencias tales como el haber sido allegadas en fotocopia, presentar enmendaduras, carecer de firma de persona responsable y coincidir con algunas de las solicitadas de manera particular por la defensa en oportunidad anterior, todo lo cual ponía en tela de juicio su confiabilidad. Así mismo, los casacionistas no dicen por qué resulta contrario a las reglas de la sana crítica el considerar que en el caso concreto resultó acreditado el costo real de los bienes adquiridos por el Municipio a través de un contrato con apariencia de legalidad, pero realmente transgresor de los principios que rigen la contratación estatal y destinado a apropiarse de los recursos oficiales. No de otra manera entiende la Corte el corto tiempo en que se desarrolló todo el proceso de contratación, que se hubiere llevado acabo a

espaldas de la comunidad, que no se hubieren realizado estudios de mercado, ni de factibilidad técnica, económica, o financiera; que el verdadero costo de los bienes adquiridos fuera inferior en más del 50% del precio pagado por ellos; que los dineros pagados hubieren sido consignados en cuentas bancarias distintas de las ordinarias de la empresa contratista; que en sus libros no existiera registro de la contratación realizada; y, finalmente, que a los bienes adquiridos no se les hubiere dado el destino para el cual supuestamente se celebró la contratación, todo lo cual resulta violatorio de los principios que rigen la contratación estatal y patentiza la ilicitud del medio contractual para lograr la apropiación de dineros oficiales, como fue señalado precisamente por uno de los procesados en la ampliación de indagatoria. Así, frente a este panorama razón tuvo el juzgador en no detenerse a considerar las particularidades del contrato realizado en orden a encontrarle visos de legalidad, cuando resultaba ostensible no solamente el sobrecosto del producto suministrado, sino la grosera transgresión de los principios que gobiernan la contratación estatal con la sola finalidad de lesionar el erario municipal.

Sin embargo, los casacionistas caen en razón al afirmar que, en el presente caso, el Tribunal al realizar el proceso de individualización judicial de la pena desbordó el marco de la imputación jurídica contenido en la resolución acusatoria al incluir una circunstancia de mayor punibilidad no prevista en ella. Esto dio lugar a imponer una pena superior a la que en derecho correspondía, pues para tales efectos, en el delito base se partió de los cuartos medios por considerar la concurrencia de circunstancias tanto de atenuación como de agravación punitiva, cuando al no haberse imputado éstas en la acusación, lo procedente era ubicarse en el ámbito del cuarto inferior.

DECISIÓN:

CASAR PARCIALMENTE el fallo impugnado. Por lo cual se ordena CONDENAR al procesado EDINSON FIDEL LIMA DAZA a las penas principales de noventa y un (91) meses y ocho (8) días de prisión, y multa en cuantía de \$1.420.189.676.00, como AUTOR penalmente responsable del concurso de delitos de peculado por apropiación a favor de terceros agravado por la cuantía y celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, a él imputado en la resolución de acusación; CONDENAR al procesado JHON HAROL GUTIÉRREZ DE ARCOS a las penas principales de ochenta y cuatro (84) meses y siete (7) días prisión y multa en cuantía de \$ 1.420.189.676.00, como COAUTOR penalmente responsable del delito de peculado por apropiación a favor de terceros agravado por la cuantía y cómplice del de celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales; y CONDENAR al procesado VLADIMIR ROLDÁN UMAÑA a las penas principales de cincuenta y siete (57) meses y veintiocho (28) días de prisión y multa en cuantía de \$1.065.142.257.00, como INTERVINIENTE penalmente responsable del delito de peculado por apropiación, agravado por la cuantía.

Anexo 2.**SENTENCIA:**

35344(25-09-13)

FECHA:

25 de septiembre de 2013

TIPO DE SENTENCIA:

Sentencia de Casación

HECHOS RELEVANTES:

Todo ocurre en el año 2001, cuando el señor CARLOS ALBERTO CASTRO CORREA en calidad de alcalde municipal de El Cairo (Valle, presuntamente sin el lleno de los requisitos que exige la normatividad, celebró el convenio interadministrativo No. 005, mediante el cual cedió, a través de la figura de la dación en pago a la Empresa Social del Estado “Santa Catalina”, un automóvil propiedad del municipio ya referido. Se Expuso que no existía soporte legal sobre el cual se fundamentara la deuda por la cual procedió el Alcalde a efectuar mediante un cruce de cuentas la cesión del vehículo, toda vez que las facturas cobradas por el hospital no cumplían los requisitos para ser exigibles y las necesidades que se dijo fueron satisfechas por el hospital con cargo al municipio del Cairo, se encontraban cubiertas con otros dineros.

ACTUACIÓN PROCESAL:

El 23 de diciembre de 2004 se ordenó indagación previa, y en atención a las pruebas practicadas, el 3 de mayo de 2005 se inició formal investigación. El 8 de agosto de 2005 se admitió la demanda de parte civil presentada por el representante judicial del municipio de El Cairo. El conocimiento de la etapa procesal del juicio correspondió al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Cartago, funcionario que le puso fin al proceso en primera instancia con sentencia del 16 de octubre de 2008 a través de la cual absolvió al acusado del cargo que le fuera imputado por el delito de celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales. El representante de la Fiscalía General de la Nación interpuso recurso de apelación, por cuyo motivo la Sala Penal del Tribunal Superior de Buga, mediante pronunciamiento del 11 de Junio de 2010, revocó la absolución, y en su lugar condenó al acusado a la pena principal de cuatro (4) años de prisión y multa por el equivalente a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e

inhabilitación para ejercer cargos públicos y celebrar contratos con entidades estatales por lapso de cinco (5) años.

CONCEPTOS JURÍDICOS APLICADOS:

La naturaleza jurídica de la dación en pago ha sido tema de constante debate, al que no ha sido ajena la Corte, pese a lo cual, el criterio vigente de la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil, indica que la *datio in solutum* es un mecanismo autónomo e independiente enderezado a extinguir las obligaciones. La Corte concluye que la noción imperante sobre la naturaleza jurídica de la dación en pago es que, si bien se trata de un medio jurídico para extinguir las obligaciones en que no se aprecia una naturaleza contractual, de todas formas se trata de un acto jurídico que tiene naturaleza negocial en que es evidente la presencia del elemento consensual y volitivo, es decir, se trata de una convención. Entonces, independientemente del término utilizado para identificar el acuerdo de voluntades suscrito entre las partes, lo cierto es que el acusado incumplió las exigencias previstas en la normatividad para que el mismo surgiera a la vida jurídica sin viso alguno de ilegalidad, en cuanto no determinó el origen de la deuda; no acreditó la existencia de un contrato escrito y no ejecutó ninguna acción encaminada a establecer si la obligación tenía causa alguna o a establecer si el vehículo entregado en dación en pago tenía un valor inferior o superior a la deuda que pagaba.

Además, se tiene en cuenta que los contratos, al igual que los convenios interadministrativos, como modalidades de contratación directa previstos en el artículo 24, numeral 1°, literal c) de la ley 80 de 1993, así como en el artículo 7° del Decreto 855 de 1993, indudablemente se encuentran sujetos de manera irrestricta a los principios generales de contratación estatal, y en especial a la imperativa y vinculante observancia de lo dispuesto en el artículo 2° de la disposición últimamente citada, pues el hecho de que sean dos entidades públicas

las que se relacionan en el negocio jurídico no implica que puedan desconocer las normas especiales de contratación en cuanto a los procedimientos y reglas que garantizan los principios de legalidad, economía, transparencia y selección objetiva, dado que es a los organismos estatales a quienes perentoriamente corresponde obedecer las disposiciones de la Ley 80 de 1993 (art. 1°, 2°, 3°, 4°, 13 y 23 a 31).

Así las cosas, si el acatamiento de los principios atrás precisados constituye un requisito esencial de los contratos estatales, sin excepción, incluso en los convenios interadministrativos, desconocer los requerimientos mediante los cuales se expresan da lugar a la tipificación de la conducta punible de contrato sin cumplimiento de los requisitos legales, como en efecto en el asunto analizado se estructura. Así mismo, constituye un requisito esencial del contrato estatal y del convenio interadministrativo, el acatamiento integral de los principios de planeación, economía, responsabilidad, transparencia y selección objetiva, por ser estos mandatos improrrogables, imperativos, innegociables e inderogables por voluntad de las partes.

Obviamente, tampoco en materia de contratación directa es permitido pactar con desconocimiento de los señalados principios, pues en el párrafo 1° del citado artículo 24 se garantiza el control a cargo de las autoridades pertinentes del comportamiento de los servidores públicos que hubiesen intervenido en dichos procedimientos, y en el párrafo 2° se faculta al legislador para promulgar un reglamento de contratación directa en “...*cuyas disposiciones se garanticen y desarrollen los principios de economía, transparencia, y selección objetiva...*” previstos en la ley 80 de 1993, prohibiendo el mismo canon la celebración directa de contratos por entidades públicas hasta tanto no se expida el respectivo reglamento so pena de la nulidad del acto.

Analizando los hechos, se encuentra que el procesado en su calidad de alcalde del municipio de El Cairo y el gerente de la Empresa Social del Estado “Hospital Santa Catalina”, se pusieron de acuerdo con el fin de celebrar un convenio interadministrativo consistente en la extinción de una obligación patrimonial mediante la figura de dación en pago, pese a lo cual en ningún momento se acreditó la existencia real de la obligación por pagar, como tampoco su vigencia. Dicha comprobación adquiere especial relevancia si se tiene en cuenta que el anterior alcalde no reconoció las facturas aportadas como fuente de obligación para afectar el presupuesto municipal. Es decir, claramente se observa que el principio de transparencia fue inobservado en este caso.

DECISIÓN:

La corte decide no casar la sentencia de Segunda instancia.

Anexo 3.**SENTENCIA**

SP9225-2014 (Radicación n° 37462)

FECHA

16 de julio de 2014

TIPO DE SENTENCIA

Sentencia de Juicio Oral

HECHOS RELEVANTES

El doctor ANDRÉS FELIPE ARIAS LEIVA fue acusado por la Fiscal General de la Nación como presunto autor responsable de los punibles de celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación, definidos y sancionados, en su orden, en los artículos 410 y 397 de la Ley 599 de 2000, conductas que estimó cometidas en concurso homogéneo y heterogéneo, material y sucesivo, en las circunstancias de mayor punibilidad establecidas en el artículo 58 numerales 9° y 10° del mismo ordenamiento, esto es, en su orden, la posición distinguida que el acusado ocupe en la sociedad por su cargo, posición económica, ilustración, poder, oficio o ministerio y obrar en coparticipación criminal.

Con el objeto de afrontar los retos impuestos al sector agropecuario nacional por la globalización de la economía y, en especial, por la suscripción de tratados de libre comercio con diferentes países, entre ellos con los Estados Unidos, el Congreso de la República, a instancias del Gobierno Nacional, expidió la Ley 1133 de 20072, «por medio de la cual se crea e implementa el programa Agro Ingreso Seguro – AIS». Éste programa fue concebido como una política pública orientada a «...promover la productividad y competitividad, reducir la desigualdad en el campo y preparar el sector agropecuario para enfrentar el reto de la internacionalización de la economía». En desarrollo de Agro Ingreso Seguro, el doctor ANDRÉS FELIPE ARIAS LEIVA, como titular del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, entidad encargada de implementarlo, tramitó y celebró con la Oficina en Colombia del Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura, IICA, los convenios especiales de cooperación técnica y científica números 003 de 2007, 055 de 2008 y 052 de 2009. En el trámite y celebración de estos negocios jurídicos se desconocieron los principios de transparencia, planeación, economía y responsabilidad propios de la contratación estatal y los rectores de la función pública, por cuanto el entonces Ministro, aduciendo la aplicación del literal d, numeral 1° del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, acudió a la

contratación directa para celebrar los convenios aludidos, pese a que su objeto no comportaba el desarrollo directo de actividades de actividades científicas y tecnológicas. Por ello, la mención de este tipo de labores para justificar el procedimiento contractual utilizado, se muestra como la forma ideada para justificar la escogencia directa del IICA como cooperante y eludir la licitación pública a la cual debía acudirse dada la cuantía de los dineros comprometidos y el real objeto de los convenios, pues las labores pactadas se orientaron exclusivamente a administrar recursos del erario. De igual forma, respecto de cada uno de ellos se incumplió la obligación de elaborar los estudios previos que justificaran su celebración, de fijar los términos de referencia de manera completa, precisar la actividad de ciencia y tecnología sobre la cual versaban y su ejecución comenzó antes de que fueran suscritos. Las situaciones descritas, señaló la Fiscalía, además de los principios oportunamente enunciados, desconocen aquellos que de manera general rigen la función administrativa, los cuales son aplicables a la contratación pública como forma de actuación administrativa.

ACTUACIÓN PROCESAL

El Fiscal General de la Nación dispuso investigar la asignación, en apariencia irregular, de apoyos económicos destinados a cofinanciar proyectos de infraestructura de riego y drenaje, entregados entre 2007 y 2009 en cumplimiento del programa Agro Ingreso Seguro, por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, cuyo titular en ese lapso fue el doctor ANDRÉS FELIPE ARIAS LEIVA. A partir de los elementos materiales probatorios y evidencia física acopiada, la Fiscal General promovió ante la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, audiencia de imputación, cumplida el 21 de julio de 2011. En esa oportunidad, ante una Magistrada de dicha Colegiatura quien fungió como Juez de Control de Garantías, la Fiscal General atribuyó al ex Ministro ARIAS LEIVA, en calidad de autor y en relación con los convenios especiales de

cooperación técnica y científica 003 de 2007, 055 de 2008 y 052 de 2009, los ilícitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación, en favor de terceros, tipificados en los artículos 410 y 397 de la Ley 599 de 2000, respectivamente, cometidos en concurso homogéneo y heterogéneo, material y sucesivo, en las circunstancias de mayor punibilidad establecidas en el artículo 58 numerales 9° y 10° del estatuto citado. Solicitó de la misma funcionaria la imposición de medida de aseguramiento de detención preventiva intramural, la cual fue ordenada el 26 de julio de 2011 y se mantuvo hasta el 14 de junio de 2013, cuando fue revocada por estimarse que no resultaba adecuada y razonable para la obtención de un fin constitucionalmente legítimo, ni necesaria, en términos de los artículos 2, 295, 296 y 308 n. 1 de la Ley 906 de 2004.

El 16 de septiembre de 2011, la Fiscal General de la Nación radicó escrito de acusación ante la Sala y audiencia efectuada el 12 de octubre de 2011, acusó formalmente al mismo ex funcionario como presunto autor responsable de los ilícitos mencionados, cometidos en concurso, en las circunstancias de agravación referidas. El trámite de la audiencia preparatoria se cumplió en sucesivas sesiones adelantadas entre el 14 de diciembre de 2011 y el 14 de mayo de 2012. EL JUICIO ORAL La audiencia de juicio oral se inició el 14 de junio del mismo año y culminó el 25 de febrero de 2014.

De conformidad con los artículos 235 numeral 4 y parágrafo de la Constitución Política y 32 numeral 6 de la Ley 906 de 2004, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es competente para proferir este fallo, toda vez que los hechos por los cuales se formuló acusación en contra del doctor ANDRÉS FELIPE ARIAS LEIVA acaecieron con ocasión de su desempeño como Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural.

CONCEPTOS JURÍDICOS RELEVANTES

Hay dos tipificaciones en este caso que hay que analizar: La primera consiste en dar trámite al contrato sin la observancia de requisitos legales esenciales para concretarlo, gestión que dicha Sala ha precisado comprende «los pasos que la administración debe seguir hasta la fase de celebración del compromiso contractual»; la segunda consiste en celebrar el contrato sin verificar el cumplimiento de sus requisitos legales esenciales, incluidos aquellos que de acuerdo con la Ley 80 de 1993 y sus decretos reglamentarios constituyen solemnidades ineludibles en la fase precontractual y, finalmente, liquidar el contrato cuando concurren similares falencias (SCJ, SP, 20 May 2003, Rad. 14699). La Corte ha precisado que las formas de comisión de éste delito se refieren a comportamientos distintos; así, una es la conducta aludida en la primera modalidad, donde se reprocha el hecho de tramitar el contrato sin observar sus requisitos legales esenciales y, otra, la de quien lo celebra o liquida, pues en estos casos la prohibición se hace consistir en no verificar el cumplimiento de los requisitos legales inherentes a cada fase. Así mismo, la Ley 80 de 1993 da como valor fundamental para el desarrollo de la actividad contractual, el principio de economía, en cuya esencia se encuentra el deber de planeación del contrato. Además, los procedimientos constituyen mecanismos de dicha actividad destinados a servir a los fines del Estado, a la adecuada, continua y eficiente prestación de los servicios públicos, a la protección y garantía de los derechos de los administrados.

Es de señalar que no es la forma cómo se desarrolla el negocio jurídico, sino su objeto directo y concreto, lo que define si puede acudirse o no a la contratación directa y a través de qué tipo de relación jurídica. Suponer lo contrario implica aceptar que situaciones posteriores a la celebración del acuerdo pueden variar la naturaleza de una determinada forma de contratación. También es preciso indicar, que el juicio de legalidad al proceso de contratación en orden a

verificar si en su trámite, celebración y liquidación se ajustó o no a los principios rectores de la contratación estatal, no incluye la etapa de ejecución del contrato o convenio.

No se desconoce que la convocatoria se orientaba a seleccionar unos proyectos en los cuales debían invertirse los recursos públicos destinados a implementar sistemas de riego y drenaje o mejorar los existentes en el agro nacional, ni que esta infraestructura puede generar los cambios positivos mencionados por la defensa; sin embargo, crear y desarrollar los proyectos, que son en últimas el medio para alcanzar los probables avances, no constituyó el propósito directo del convenio, pues éste se centró en diseñar e implementar una convocatoria en la cual se previó que las propuestas debían incluir un proyecto de riego cuyo diseño estaba a cargo de los interesados, quienes si resultaban favorecidos, eran los únicos responsables, por su propio beneficio, de llevarlo a buen término, bajo la interventoría contratada por el IICA con particulares para vigilar la correcta y oportuna ejecución de los recursos. Fue el IICA fue contratado para diseñar e implementar una convocatoria, a través de la cual se evaluarían los proyectos productivos presentados por particulares, a fin de obtener la asignación de recursos públicos. En ese orden, mal podía intervenir en el diseño de propuestas o generar aportes para contribuir a su mejoramiento técnico, pues de hacerlo estaría interviniendo en los aspectos que debía calificar, con evidente desventaja de quienes por cualquier causa, no contaron con ese apoyo. Por ello, los informes sobre el acompañamiento reiteran que quienes lo realizaron, se limitaban a presentar sugerencias sobre el cumplimiento de los términos de referencia y el avance documental de las propuestas. Importa señalar, por otra parte, que los informes de avance del convenio refieren el seguimiento efectuado por el IICA al desarrollo de las obras tema de los proyectos y a la inversión de los recursos entregados en virtud de los acuerdos de financiamiento, tarea que incluyó implementar el denominado Comité de modificaciones. Pero estas labores, igual que en el convenio 003 de 2007,

sólo brindaban soporte al objetivo central de su similar 055, en tanto se trataba de actuaciones propias de la interventoría, dirigidas a controlar que los recursos públicos se invirtieran en la obra a la cual se asignaron, en forma eficiente y oportuna, motivo por el resulta imposible aceptar que los resultados de esta actividad corresponden a desarrollos de ciencia y tecnología. Además, el Comité de Modificaciones tenía como propósito definir, previo concepto técnico, legal, administrativo y financiero del interventor, los cambios propuestos por los ejecutores de los proyectos, derivados de circunstancias propias de su desarrollo, entre ellas, ampliación del plazo, reinversiones por descuentos en los materiales de construcción, variación en el número de hectáreas o familias beneficiadas, modificaciones en los diseños iniciales, entre otros. Es decir, actividades ajenas a las legalmente calificadas como de ciencia o tecnología y surgidas de la iniciativa de los ejecutores de los proyectos, no del cooperante del Ministerio. Entonces, incluso si se aceptara que alguna de las actividades asignadas al convenio comportaba una actividad de asesoría, lo real es que ella no era el objeto directo del convenio, pues éste se centró en la implementación de una convocatoria para colocar recursos públicos en particulares, situación que no se compadece de lo dispuesto en el literal d del n 2 art. 24 de la Ley 80 de 1993. Queda claro que las actividades del IICA no responden al concepto de innovación ni aparejan la mejora en infraestructura agropecuaria que supone implantar un sistema de riego. Este adelanto, en los casos en que se haya concretado, es consecuencia directa y única del desarrollo de un proyecto cuyo diseño no constituyó el objeto de los convenios, al punto que elaborarlo jamás fue tarea del IICA. Ni podía serlo, pues el Instituto tenía la función de calificarlo. En último término, porque la realización de fondos concursales no era un tema nuevo en el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural.

La Corte debe precisar que en el análisis de este delito no es función del operador judicial establecer cuál fue el trámite que debió adelantarse o cuál resultaba más conveniente u oportuno para solucionar la necesidad de la administración, en tanto su juicio debe delimitarse a determinar si lo realizado consultó o no el ordenamiento jurídico. En este caso, la Fiscalía cuestiona que el Ministro hubiera celebrado tres negocios jurídicos cuyo objeto real era la administración de recursos de fuente nacional, bajo la tipología de convenios especiales de ciencia y tecnología como medio para eludir la licitación pública que legalmente demandaba el compromiso de esos recursos, dada su cuantía.

También se evidencia que la selección del IICA para operar la convocatoria de riego, fue decidida por el doctor ARIAS LEIVA directamente, sin que mediara el análisis que demandaba esa decisión dada la naturaleza y cuantía de los recursos comprometidos, el objeto del convenio o las posibilidades del contratista para ejecutarlo, pues el único norte que tuvo en cuenta fue su designio de iniciar la ejecución del programa y la inversión controlada de los recursos a comienzos del año siguiente, propósitos a los cuales servía el modelo contractual escogido y la selección del operador de quien dependía la Unidad Coordinadora de AIS, estrechamente vinculada al Ministro. De igual forma indica, que el doctor ARIAS seleccionó, por sí y ante sí al IICA, no para hacer transferencias de ciencia, tecnología o innovación alguna, criterio que ni se mencionó, sino para implementar una convocatoria destinada a entregar los recién aprobados recursos del programa a los particulares, actuación que también sin análisis se repitió en los subsiguientes convenios. Y que tomada su decisión por el Ministro, la Unidad Coordinadora integrada por contratistas del IICA, procedió a elaborar los documentos precontractuales de los convenios, entre ellos la propuesta respectiva.

Otra situación revela la ejecución antelada de los convenios: la elaboración de los términos de referencia de las convocatorias que constituían su objeto, antes de que los mismos convenios hubieran sido suscritos. Sobre el particular debe indicarse que unos son los términos de referencia de los convenios y otros los términos de referencia de las convocatorias de riego y drenaje. Los primeros, responden a la obligación de establecer las pautas que determinan y rigen la celebración de los convenios y en este caso, como se explicó en precedencia, su precariedad lleva a considerar incumplido el principio de economía y el deber de planeación. Los segundos constituyen las reglas que regían cada convocatoria, esto es las que debían cumplir quienes pretendían acceder a los subsidios entregados a través de ellas. Precisamente, los términos de referencia de las convocatorias constituían un producto esperado de cada convenio, vale decir, de su desarrollo, su elaboración antes de haberse suscrito dicho negocio jurídico, constituye un acto de ejecución que desconoce el artículo 41 del Estatuto de Contratación Administrativa. Además, con independencia de que en ellos se plasme una política pública, lo real es que los tres convenios cuestionados, conforme la prueba documental allegada, preveían la elaboración de los términos de referencia de los concursos como una de las actividades contratadas y, en ese orden, mal puede ahora pretenderse desligarlos de los aludidos convenios.

Por eso, la manera de hacerlo debía propender porque los subsidios para riego llegaran a quienes verdaderamente, por su condición de desigualdad, no podían adquirir la infraestructura agraria que aquellos recursos podían facilitar, pues para quienes la tenían a su alcance, existían otros mecanismos de financiación previstos en el mismo programa. Ese primordial objetivo sólo se lograba con: (a) una planeación adecuada que garantizara el manejo responsable de los dineros disponibles y su aplicación a una política pública con metas claramente definidas; (b) el respeto de los procedimiento para obligarse, a través de los cuales se garantizaba la transparencia en la

selección del contratista, la igualdad entre los proponentes, así como la administración eficaz y razonable del tiempo, los gastos y los recursos de la entidad y, (c) la escogencia objetiva de la mejor propuesta para satisfacer la necesidad origen de la contratación y de la persona más idónea para ejecutarla, aspectos todos inexistentes en este caso.

El error frente a la tipificación se determina que se concreta cuando el sujeto activo de la acción ignora que su comportamiento se adecúa a un tipo penal y excluye el dolo porque afecta su aspecto cognitivo, incidiendo así en la responsabilidad. Se ha reiterado que esta clase de error puede ser invencible, cuando ni aún actuando en forma diligente y cuidadosa, el autor habría podido llegar a otra conclusión. Es vencible cuando la falsa representación podía evitarse o superarse si el autor hubiere colocado el esfuerzo explicativo a su alcance, que le era exigible, de acuerdo con las circunstancias que rodearon el hecho. En este caso, la conducta será punible si está prevista como culposa. Sobre el tema corresponde indicar que el procesado cuenta con una vasta formación académica en ciencias económicas, que unida a su experiencia profesional, lleva a inferir que conocía la trascendencia de la contratación pública como medio para concretar los fines del Estado, así como la necesidad de adelantarla respetando las normas que la regulan y que ese deber se reclama con mayor razón de quien tiene la potestad de disponer de los recursos estatales. Por ello, no es posible admitir que el doctor ARIAS LEIVA, cuyo nivel de preparación académica es superior al promedio y fue caracterizado por quienes trabajaban a sus órdenes como un líder, muy inteligente, empoderado de su cargo y de sus deberes, meticoloso y exigente, no advirtiera la importancia que aparejaba su función de ordenador del gasto. Así mismo, el Plan Operativo integrado a cada convenio, llevaba a descartar la existencia de actividades de la naturaleza alegada, claramente definidas en los Decretos ley 393 y 591 de 1991, citados para justificarlos. Su sola lectura permitía advertir al más desprevenido y con mayor razón a alguien del nivel y capacitación

del Ministro, que las tareas deferidas al IICA eran divulgar la convocatoria y sus reglas, orientar sobre los términos de referencia, recibir los proyectos, calificarlos, escoger a quienes harían el seguimiento de su ejecución y pagar a las personas naturales y jurídicas que mediante subcontratación desarrollaban esas labores y que éstas no implicaban desarrollo alguno de ciencia y tecnología. Lo propio ocurría con la propuesta presentada por el Instituto, donde sin ambages se indicaba que su cooperación consistía en el apoyo a la Dirección de AIS en la contratación de personal técnico para implementar la convocatoria, lo cual evidentemente constituye una simple tarea administrativa, que en este caso recaía sobre recursos del erario. Pero si esto no fuera suficiente, recuérdese que en los convenios no se indicó cuál era la precisa labor que a tenor de las normas citadas, iba a permitir avances en ciencia o tecnología, ni tampoco cuál era el concreto resultado que de ella se esperaba, ni cuál sería la apropiación que de éste haría el Estado, situación que racionalmente no pasa inadvertida para quien, como el Ministro, venía suscribiendo ese tipo de documentos donde tal asunto sí se precisaba, según evidencia la prueba F 308. Agréguese que conforme el Manual de Contratación vigente en el Ministerio, la Oficina Asesora Jurídica no podía iniciar el trámite de los procesos contractuales hasta tanto no contara, como requisitos mínimos, con los estudios previos y sus soportes, el certificado de disponibilidad presupuestal, el proyecto de pliego de condiciones o términos de referencia, la justificación y la ficha EBI, si se trata de un proyecto inscrito en el Departamento Nacional de Planeación. Por lo demás, las circunstancias que rodearon la elaboración de los soportes contractuales, al igual que la suscripción de los convenios, apuntan a que el doctor ARIAS LEIVA, (i) conocía su obligación de acatar el Estatuto de Contratación Administrativa; (ii) sabía que los convenios especiales de ciencia y tecnología sólo pueden tener por objeto las actividades señaladas por el legislador y (iii) pese a ello, voluntariamente soslayó dichas normas al tramitar y celebrar los convenios 03 de 2007, 055 de

2008 y 052 de 2009 los cuales no tenían por objeto actividades científicas o tecnológicas. Actuación cuyo propósito fue legitimar la escogencia discrecional del IICA, determinada por su interés de ejecutar, cuanto antes, los recursos asignados al componente de riego y drenaje, cuyo control aseguraba a través de la organización implementada en ese tipo de negocios jurídicos.

DECISIÓN

DECLARAR a ANDRÉS FELIPE ARIAS LEIVA penalmente responsable como autor de las conductas punibles de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación, cometidas ambas en concurso homogéneo y heterogéneo, por lo que se le condena a las penas principales de 209 meses y 8 días de prisión, multa equivalente a 50.000 s.m.l.m.v., e interdicción de derechos públicos por el mismo lapso de la pena principal y, además, a la inhabilidad para el ejercicio de funciones públicas dispuesta en el artículo 122 Constitucional, con la modificación introducida por el Acto Legislativo N° 1 de 2004. Sin embargo, se le absuelve de los cargos imputados por la Fiscalía General de la Nación respecto del concurso homogéneo de punibles de peculado por apropiación en favor del IICA.

Anexo 4.

SENTENCIA:

SP7759-2014

FECHA:

18 de julio de 2014

TIPO DE SENTENCIA:

Sentencia de Casación

HECHOS RELEVANTES:

“El Alcalde del municipio de Solano, departamento de Caquetá, puso en conocimiento que la anterior administración, pese a la inexistencia de un diagnóstico sobre la presunta falla, suscribió el contrato número 031 del 9 de septiembre de 2003, cuyo objeto era el suministro de repuestos para la reparación de la planta generadora de energía eléctrica Cummins de 400KW, por valor de \$42.806.500, de los cuales fueron entregados al contratista como anticipo \$17.122.720, equivalentes al 40%. No obstante, los mencionados elementos nunca llegaron a la localidad y por consiguiente no fueron utilizados en la mencionada reparación. Así mismo, señala que el 26 de septiembre de 2003 se liquidó el contrato en cuestión, sin que se hubiere cancelado al contratista el 60% restante del total del costo del mismo, por lo cual se interpuso un derecho de petición reclamando dicha suma.

ACTUACIÓN PROCESAL:

El 6 de febrero de 2014 se ordenó el inicio de formal investigación penal; el 4 de agosto de 2004 se realizó diligencia de formulación de cargos para sentencia anticipada contra Santos Manuel Ibáñez Chacón, quien aceptó cargos por el punible de peculado por apropiación. El 2 de diciembre del mismo año, la Fiscalía Octava de la Unidad de Delitos Contra la Administración Pública de Florencia, calificó el mérito probatorio del sumario con resolución de acusación contra Mario Botache Sandoval, Myriam Montiel Escobar, Sandra Norma Carvajal Cuellar, Rodrigo Saavedra Lasso y Jaime Uribe Jiménez, como presuntos coautores del delito de peculado por apropiación, en concurso sucesivo y homogéneo de Falsedad ideológica. Mediante providencia del

20 de junio de 2005, declaró la nulidad de lo actuado en atención a no haberse emitido pronunciamiento respecto del recurso de reposición interpuesto por la defensa contra la resolución que ordenó el cierre de la investigación.

Subsanada la irregularidad, el 1° de diciembre de 2005 se dispuso nuevamente la clausura de la fase de instrucción, mientras que el 11 de agosto de 2006 se calificó el mérito probatorio del sumario con resolución de acusación en contra de los implicados, por el delito de peculado por apropiación, en concurso sucesivo y homogéneo con el de Falsedad ideológica. La etapa procesal del juicio correspondió adelantarla al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Florencia, Despacho que dictó la sentencia del 19 de octubre de 2009, mediante la cual condenó a Mario Botache Sandoval y Rodrigo Saavedra Lasso a la pena principal de 3 años y 5 meses de prisión, inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena principal y multa por el equivalente a 8'561.360 pesos, como responsables de los delitos de peculado por apropiación “en grado de tentativa” y falsedad ideológica, así como absolvió a Sandra Norma Carvajal y Jaime Uribe Jiménez, por los cargos que les fueran formulados.

Al pronunciarse en torno al recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte civil y por el defensor de Mario Botache Sandoval, el Tribunal Superior de Florencia, en decisión del 18 de diciembre de 2012, modificó la sentencia de primera instancia en el sentido de condenar a Mario Botache Sandoval a la pena principal de 60 meses de prisión y multa de \$21'622.720 pesos, como coautor penalmente responsable del delito de peculado por apropiación, en concurso heterogéneo y sucesivo con el delito de falsedad ideológica en documento público. De igual manera revocó la absolución emitida en favor de Sandra Norma Carvajal y en su lugar la condenó a la pena principal de 60 meses de prisión y multa de \$21'622.720 pesos como coautora

penalmente responsable del delito de peculado por apropiación, en concurso heterogéneo y sucesivo con el delito de falsedad ideológica en documento público.

Contra dicha determinación el defensor de Sandra Norma Carvajal Cuellar interpuso recurso extraordinario de Casación, y una vez declarada ajustada a derecho la demanda, el representante del Ministerio Público emitió el respectivo concepto.

CONCEPTOS JURÍDICOS RELEVANTES:

Se debe tener en cuenta que la “función pública” atribuida a los particulares que intervienen en la contratación estatal, no implica que pueda considerárseles sujetos activos de todas las conductas punibles lesivas de la Administración Pública que exigen sujeto activo calificado, sino que, por el contrario, constituye una extensión de la calidad de servidor público a efectos, exclusivamente, de permitir la eventual imputación de los tipos penales de “Celebración indebida de contratos” descritos en los artículos 408 a 410 de la Ley 599 de 2000. Debe aclararse entonces que el artículo 56 de la Ley 80 de 1993 no convierte a los contratistas, interventores, consultores y asesores externos en servidores públicos, sino que les asigna el cumplimiento de una función pública, diferenciación que por sutil no deja de ser trascendente a la hora de establecer la responsabilidad penal que les pudiera ser atribuida con ocasión de conductas punibles cristalizadas por sus acciones u omisiones, bien en el trámite, celebración, ejecución y liquidación de un contrato estatal, o ya en el cumplimiento de las obligaciones inmanentes del respectivo contrato que los liga con el Estado.

Sólo en la medida en que el Estado a través de un contrato asigne a un particular el cumplimiento de una función pública en estricto sentido, reiterase, entendiendo por ésta toda actividad dirigida a cumplir unos de los fines propios o inherentes al Estado, ese particular se

transforma en servidor público y asume correlativamente las responsabilidades públicas inherentes, con todas las consecuencias que ella conlleva, en los aspectos civiles y penales. En los demás casos, al particular que contrata con el Estado para el agotamiento de un fin o prestación diversos, de manera general, su responsabilidad civil y penal se rige por los postulados Constitucionales sobre los que descansa una y otra (Preámbulo, artículos 6° y 95, entre otros), y de manera específica, desde el punto de vista penal, de acuerdo con lo normado en el artículo 56 de la Ley 80 de 1993, su actuar irregular en el trámite contractual —celebración, ejecución y liquidación de un contrato estatal—, da lugar a que se le atribuyan las conductas punibles de Celebración Indebida de Contratos.

Entonces, en el caso específico, Rodrigo Saavedra Lasso suscribió con el alcalde de la población de Solano (Caquetá) un contrato de compraventa de repuestos para la reparación de la planta eléctrica del municipio, por la naturaleza de la prestación no se le atribuyó función pública alguna, por lo cual no se le puede imputar alguno de los delitos previstos en los artículos 408 a 410 del Código Penal. Sin embargo, no quiere decir que no pueda ser responsable de los delitos de falsedad ideológica en documento público y de Peculado por apropiación y por los que fue condenado Saavedra Lasso, más no en los términos en que lo entendieron el Instructor y los falladores de primer y segundo grado. Ello sería lo correspondiente, si no fuera por la prescripción de la acción penal relativa a los delitos imputados a Saavedra Lasso.

DECISIÓN:

La corte decide no casar la sentencia de Segunda instancia, así como de oficio declara la extinción de la acción penal de los delitos imputados a Rodrigo Saavedra Lasso.

Anexo 5.**SENTENCIA**

SP8415-2015 (Radicación n° 38768)

FECHA

1° de junio de 2015

TIPO DE SENTENCIA

Sentencia de Casación

HECHOS RELEVANTES

El 20 de agosto de 1997 fue celebrado el contrato de ejecución de obra N° 000170-A97 entre la Cooperativa COOPGUALIVÁ LTDA y la empresa HIDROLOGÍA PETROLERA, HIDROPETRO, cuya finalidad es la construcción de una planta para el tratamiento de aguas residuales por un valor de \$122.000.000 de pesos, en el municipio de San Francisco, Cundinamarca. Vencido el plazo de ejecución de las obras, se liquidó unilateralmente el contrato (resolución 017 del 11 de julio de 2000) y se determinó que HIDROPETRO debía reembolsar a la Cooperativa la suma de \$78.524.516 pesos, correspondientes a valores de anticipo. El CTI efectuó visita a la obra y se concluyó que existía un faltante de \$9.635.584 de pesos.

ACTUACIÓN PROCESAL

El 7 de septiembre de 2006 se efectuó la resolución de acusación en contra de John Jairo Andrade Franco como presunto autor del delito de peculado por apropiación previsto en el artículo

397 de la Ley 599 de 2000, pronunciamiento confirmado en su integridad por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal el 25 de junio de 2008. La etapa procesal del juicio correspondió adelantarla al Juzgado Penal del Circuito de Villeta (Cundinamarca), Despacho que dictó sentencia el 14 de julio de 2011, mediante la cual condenó a John Jairo Andrade Franco a la pena principal de setenta y dos (72) meses de prisión y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por lapso igual al de la pena privativa de la libertad, como autor responsable del delito de peculado por apropiación, así como ordenó el pago de \$78.524.516 pesos como indemnización por los perjuicios causados con el delito.

El Tribunal Superior de Cundinamarca, al pronunciarse en torno al recurso de apelación interpuesto por el defensor del procesado contra la sentencia de primer grado, la confirmó en su integridad. Contra dicha determinación el defensor interpuso recurso extraordinario de Casación, y una vez declarada ajustada a derecho la demanda, el representante del Ministerio Público emitió el respectivo concepto.

CONCEPTOS JURÍDICOS RELEVANTES

Dado que el concepto de **servidor público** genéricamente definido en la Parte General del Código Penal, su contenido debe precisarlo el operador acudiendo a la Constitución Política y a la ley como únicas fuentes válidas que determinan en qué casos los particulares desempeñan esa clase de función, con el fin de hacer posible la imputación a ellos de ciertos injustos típicos en los que pueden incurrir con ocasión de la función pública discernida. Con este propósito, se acude al artículo 56 de la Ley 80 de 1993, al señalar que los contratistas, consultores, interventores y asesores se consideran particulares que cumplen funciones públicas en todo lo relacionado con la celebración, ejecución y liquidación de contratos estatales, y que por lo mismo se encuentran

sujetos a la responsabilidad penal que en esa específica materia, la de contratación, prevé la Ley para los servidores públicos. Pero se debe tener en cuenta que esa “*función pública*” atribuida a los particulares que intervienen en la contratación estatal, no implica que pueda considerárseles sujetos activos de todas las conductas punibles lesivas de la Administración Pública que exigen sujeto activo calificado, sino que constituye una extensión de la calidad de servidor público a efectos, exclusivamente, de permitir la eventual imputación de los tipos penales de “*Celebración indebida de contratos*” descritos en los artículos 408 a 410 de la Ley 599 de 2000. Entonces, el artículo 56 de la Ley 80 de 1993 no convierte a los contratistas, interventores, consultores y asesores externos en servidores públicos, sino que les asigna el cumplimiento de una función pública, diferenciación que por sutil no deja de ser trascendente a la hora de establecer la responsabilidad penal que les pudiera ser atribuida con ocasión de conductas punibles cristalizadas por sus acciones u omisiones, bien en el trámite, celebración, ejecución y liquidación de un contrato estatal, o ya en el cumplimiento de las obligaciones inmanentes del respectivo contrato que los liga con el Estado.

Así las cosas, en materia de responsabilidad penal derivada de la contratación estatal es importante en cada caso concreto observar si el hecho o inacción constitutivo de la conducta penal se materializó durante las distintas fases del contrato, o a raíz de los deberes contractuales impuestos, pues “...*lo que coloca al particular en la situación de servidor público, no es concretamente el vínculo que surge de la relación, importante o no, con el Estado, sino la naturaleza de la función que se le atribuye por ministerio de la ley, la cual fija la índole y alcance de la relación jurídica...*”. En consecuencia, sólo en la medida en que el Estado a través de un contrato asigne a un particular el cumplimiento de una función pública en estricto sentido, ese particular se transforma en servidor público y asume correlativamente las responsabilidades

públicas inherentes, con todas las consecuencias que ella conlleva, en los aspectos civiles y penales, e incluso disciplinarios, según lo disponga el legislador.

Por consiguiente, este procesado incurrió en un comportamiento punible, puesto que el acusado se apoderó de parte del anticipo recibido con ocasión del contrato de obra que celebró, por lo que su actuación no se adecua al punible de peculado por apropiación, pero sí, al de peculado por extensión que tipificaba el artículo 138 del Decreto 100 de 1980, cuya sanción en ese entonces se encuentra en el artículo 250 del estatuto punitivo de 2000 bajo la denominación de abuso de confianza calificado, concurriendo la circunstancia de agravación prevista en el numeral 2º del artículo 267 del mismo ordenamiento, por tratarse de bienes del Estado. La Corte determina que se procedería a hacer el estudio de cuantificación de la pena, si no fuera porque la acción penal a ese momento ya había prescrito.

DECISIÓN

Se casa, y se declara la prescripción de la acción penal y civil derivada del delito de abuso de confianza calificado, y proferir cesación de procedimiento a favor de John Jairo Andrade Franco.

Anexo 6.

SENTENCIA:

AP933-2016

FECHA:

24 de febrero de 2016

TIPO DE SENTENCIA:

Sentencia de Casación

HECHOS RELEVANTES:

Jesús Antonio Buriticá Restrepo refirió que Guillermo Fino Serrano le encomendó cambiar cheques y convertirlos en dólares americanos, transacciones que alcanzaron una suma aproximada de \$2'000.000.000 de pesos, por lo que recibió como contraprestación la suma de US \$30.000. Aseguró que los cheques los recibía de Rodrigo Díaz Sendoya, quien los giraba a una cuenta de la sucursal del Banco de Bogotá, ubicada en la Avenida El Dorado, mismos que eran cambiados a dólares por Laura Gómez, Pedro José Herrera Roca y, en su gran mayoría, por Dora Medina, propietaria de la casa de cambio “New York Money”, dinero que a su vez era recibido personalmente y en diversos lugares de esta ciudad por Guillermo Fino Serrano, estando presente la señora Claudia de la Inmaculada Concepción Hernández Mendoza, la que algunas veces servía como conducto para la entrega del dinero y quien para esa época era esposa de Buriticá, y se desempeñaba como asesora de la Vicepresidencia de la Entidad Promotora de Salud –EPS– del Instituto de Seguros Sociales –ISS–. Del mismo modo, afirmó que tuvo conocimiento que el dinero de los cheques –girado por Rodrigo Díaz Sendoya– provenía de la corrupción en la celebración del contrato [No.] 110 del 20 de marzo de 2002, [suscrito] entre el presidente del Instituto de Seguros Sociales –Fino Serrano– y el director de Fresenius Medical Care –Díaz Sendoya–.

ACTUACIÓN PROCESAL:

Mediante resolución de 30 de junio de 2006, se calificó el mérito del sumario con acusación en contra de RODRIGO DÍAZ SENDOYA y CLAUDIA DE LA INMACULADA CONCEPCIÓN HERNÁNDEZ MENDOZA, el primero como autor de los ilícitos de estafa,

cohecho por dar u ofrecer, falsedad en documento privado y falsedad personal, así como determinador de interés indebido en la celebración de contratos; y la segunda como cómplice de los delitos de cohecho e interés indebido en la celebración de contratos; decisión que apelada fue confirmada por la Fiscalía de segundo grado. Habiendo correspondido la actuación al Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Bogotá, se llevó a cabo la audiencia preparatoria donde se negaron las solicitudes de nulidad formuladas por los defensores de los acusados, decisión que impugnada, fue revocada por la Sala Penal del Tribunal de la misma ciudad mediante proveído del 3 de marzo de 2008, que invalidó la actuación respecto de CLAUDIA DE LA INMACULADA CONCEPCIÓN HERNÁNDEZ MENDOZA al advertir irregularidades en su vinculación a través de la declaratoria de persona ausente que afectaron el derecho de defensa, lo cual generó la ruptura de la unidad procesal.

Subsanados los defectos advertidos por la mencionada Corporación, en resolución del 17 de septiembre de 2009, la Fiscalía Segunda Delegada ante el Tribunal de Bogotá, asignada especialmente al caso, nuevamente impartió calificación al mérito sumarial, profiriendo acusación en contra de la implicada CLAUDIA DE LA INMACULADA CONCEPCIÓN HERNÁNDEZ MENDOZA como cómplice de los ilícitos de cohecho e interés indebido en la celebración de contratos. Impugnada la anterior decisión por el defensor de la procesada, la Fiscalía 10ª Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, en proveído del 29 de abril de 2010, la confirmó parcialmente, en tanto precluyó la investigación adelantada por el delito de cohecho impropio en razón de haber operado la prescripción, dejando subsistente el pliego de cargos por la conducta de interés indebido en la celebración de contratos a título de cómplice.

Cumplidas las audiencias preparatoria y pública, el 24 de abril de 2012, el Juzgado Dieciséis Penal del Circuito Adjunto de Descongestión dictó sentencia por cuyo medio condenó a

CLAUDIA DE LA INMACULADA CONCEPCIÓN HERNÁNDEZ MENDOZA a la pena principal de 48 meses de prisión, así como a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término, como cómplice del delito de interés indebido en la celebración de contratos.

Apelada tal decisión por el defensor de la procesada, mediante fallo calendado 13 de enero de 2015, la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá la confirmó parcialmente, en tanto le redujo las penas de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas a 30 meses de prisión y le otorgó el mecanismo sustitutivo de la prisión domiciliaria.

Frente a lo anterior, el profesional que representa los intereses de la acusada CLAUDIA DE LA INMACULADA CONCEPCIÓN HERNÁNDEZ MENDOZA, interpuso recurso de casación, siendo el estudio del libelo respectivo el objeto del presente pronunciamiento.

CONCEPTOS JURÍDICOS APLICADOS:

El Tribunal encontró probado que la acusada HERNÁNDEZ MENDOZA, además de presionar al representante de la sociedad Fresenius Medical Care para que, una vez se le adjudicó el contrato cuestionado, pagara la ilícita comisión, fue quien previamente propició la reunión en la que Fino Serrano le hizo la exigencia económica a Rodrigo Díaz Sendoya, gerente de dicha empresa, y recibió de manos de su directora financiera una aclaración a la propuesta, requerida para que resultara favorecida en dicho proceso de selección. En ese orden, la colaboración que prestó la implicada no estuvo circunscrita a la acción cohechadora, sino que también ayudó a Fino Serrano, en su calidad de presidente del ISS, a interesarse indebidamente en el contrato cuando desde un comienzo, contactó al gerente de la sociedad Fresenius Medical Care para concertar una reunión, a la que incluso asistió, donde el primero ofreció a este último favorecerlo con la

adjudicación del contrato No. 110 de 2002, a cambio de una comisión; contribución que también se patentizó en desarrollo del proceso de selección contractual, toda vez que la inculpada recibió del proponente documentación requerida para cumplir el anotado propósito criminal. Por lo tanto, si la aspiración del casacionista era acreditar el reproche por aplicación indebida, resulta insustancial alegar que la implicada HERNÁNDEZ MENDOZA carecía de «la posibilidad jurídica y material de participar en el proceso de contratación pública del ISS», puesto que la colaboración que ésta prestó a Fino Serrano para interesarse indebidamente en el contrato y que es objeto de reproche penal, no se dio en el ámbito del proceso de selección contractual.

Así lo consideró el ad quem al reconocer que el cargo y las funciones que desempeñaba la procesada ninguna relación tenían con dicho trámite, lo cual no obsta para considerarla cómplice de interés indebido en la celebración de contratos, puesto que la condición que echa de menos el censor solo se predica del autor, vale decir, del servidor público que se interesa en un contrato en el que debe intervenir por razón de su cargo o de sus funciones, mientras que la complicidad implica una cooperación que facilita a que el autor realice la conducta, de donde se sigue que el cómplice carece del dominio del hecho, tal como se destacó en el fallo de segundo grado.

DECISIÓN:

La corte decide no casar la sentencia de Segunda instancia.