FISCALÍA
GENERAL DE LA NACIÓN
DE LA GENTE, POR LA GENTE, PARA LA GENTE

UNODC
Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito

Tipologías de **CORRUPCIÓN** en **COLOMBIA**

Fiscales Unidos por la Transparencia y la Integridad

Celebración indebida de contratos

Tomo 3

UNIDOS CONTRA LA CORRUPCIÓN

PARA EL DESARROLLO, LA PAZ Y LA SEGURIDAD

PRINCIPALES TIPOLOGÍAS DE CORRUPCIÓN EN COLOMBIA

Bogotá
Noviembre 2018

Derechos reservados ©
Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito (UNODC) y Fiscalía General de la Nación (FGN).

Las denominaciones empleadas en este documento y la forma en que aparecen presentados los datos que contiene, no implican, de parte de la Secretaría de las Naciones Unidas, juicio alguno sobre la condición jurídica de países, territorios, ciudades o zonas, o de sus autoridades, ni respecto del trazado de sus fronteras o límites.

La información sobre los localizadores uniformes de recursos y enlaces a sitios de Internet contenidos en el documento se consigna para facilitar la consulta y es exacta al tiempo de la elaboración. Las Naciones Unidas no asumen ninguna responsabilidad por la exactitud de dicha información en el futuro ni por el contenido de sitios web externos.

Los puntos de vista y opiniones de los autores expresados en este documento no representan ni reflejan necesariamente las de las Naciones Unidas o de la UNODC, y no serán utilizados con fines publicitarios o de patrocinio de personas o productos.

La información que se relaciona a continuación es confidencial, está sujeta a reserva hasta que las partes realicen acuerdos explícitos sobre aquello que se hace público y la manera de hacerlo.

Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito.

Documento elaborado en el marco del Acuerdo entre las Naciones Unidas, representadas por la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) y la Fiscalía General de la Nación (FGN).

PRINCIPALES TIPOLOGÍAS DE CORRUPCIÓN EN COLOMBIA

Fiscalía General de la Nación

Néstor Humberto Martínez Neira
Fiscal General de la Nación

Eduardo Charry Gutiérrez
Director de Altos Estudios

José Alberto Salas Sánchez
Director Especializado contra la Corrupción

Álvaro Osorio Chacón
Director Nacional de Articulación de Fiscalías Nacionales Especializadas

Daniela Andrea Suárez Naranjo
Profesional de la Dirección de Altos Estudios

Revisión y Comentarios
Andrés Felipe Vásquez Umaña
Profesional Especializado de la Dirección Especializada contra la Corrupción

Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito

Bo Mathiasen
Representante

David Álamos Martínez
Jefe de Área de Prevención del Delito y Justicia (PROJUST)

Diego Quintero Martínez
Coordinador de Prevención del Delito y Justicia (PROJUST)

Revisión
Anamaría Talero Pilonieta
Asesora Senior del Pilar Anticorrupción

María Carolina Garzón Sánchez
Asesora del Pilar Anticorrupción

Juan Carlos Lozano Giraldo
Asesor del Pilar Anticorrupción

Manuela Gómez González
Asistente Temática en Prevención y Lucha contra la Corrupción

Investigación, análisis y redacción

Juanita María Ospina Perdomo
Subdirectora de Análisis de Operaciones de la Unidad de Información y Análisis Financiero (UIAF)

ISBN Volumen: 978-958-56795-7-3
ISBN Obra Completa: 978-958-56795-4-2

Celebración indebida de contratos

En este módulo se abordan los principales delitos asociados a la corrupción en la contratación estatal, al partir de un análisis general comparativo de las principales conductas que se pueden identificar en escenarios propios de contratación con el Estado. Posteriormente se profundizará a partir de un análisis práctico al presentar las principales tipologías o estudios de casos para la mejor caracterización del fenómeno.

De manera general se identifica:

- Visión práctica y fundada en principales tipologías de los delitos de contratación estatal (celebración indebida de contratos).

- Otros delitos que se desarrollan en el marco de la contratación estatal (especial énfasis en delitos de peculados, prevaricatos por acción y por omisión, tráfico de influencias y sobornos).

Al ser conscientes de las dificultades que trae esta temática desde el punto de vista práctico, y al reconocer que se trata de tipos penales en blanco, encontrarán en el módulo virtual varios videos que se dirigen a exponer el contexto propio de la contratación estatal, e incluso contiene un acápite sobre tipologías de peculado en un contexto de contratación estatal.

- Video 5.3.1. Fundamento Legal y Constitucional de la Contratación Estatal. Conceptos (Jorge Beltrán)
- Video 5.3.2 Sujetos y regímenes de la contratación estatal (Jorge Beltrán).
- Video 5.3.3. Marco normativo y regímenes especiales de la contratación estatal (Juan David Duque).
- Video 5.3.4. Principios de la contratación estatal (Diana Valencia).
- Video 5.3.5. Etapas de la contratación cstatal (Juan David Duque).
- Video 5.3.6. Modalidades de selección del contratista (Juan David Duque).
- Video 5.3.7. La Contratación Directa (Diana Valencia)
- Video 5.3.8. Relación entre el modelo Integrado de planeación y gestión y los contratos estatales (Diana Valencia).
- Video 5.3.9. Presupuesto y contratación statal (Nathaly Higuera).
- Video 5.3.10. La colusión en la contratación estatal – Una visión desde el derecho comercial (Jaime Tovar).
- Video 5.3.11. Tipologías de peculado en la contratación estatal (Juanita Ospina).

Ahora, y aun cuando en los correspondientes videos se aclara lo pertinente para la mejor comprensión de este Tomo, se plantean a continuación algunos conceptos previos para abordar con detenimiento los delitos respectivos:

1. Elementos comunes a los delitos propios de la celebración indebida de contratos

Se analizan los elementos comunes a los tipos penales de celebración indebida de contratos contenidos en los arts. 408 a 410 A del Código Penal:

Sujeto activo cualificado: Servidor público

Salvo en lo que respecta al delito de acuerdos restrictivos de la competencia, los tipos penales contenidos bajo el capítulo de celebración indebida de contratos son de sujeto activo cualificado al ser exigible que se trate de servidor público.

Para conocer el concepto administrativo y penal de servidor público en Colombia, revisar los videos contenidos en la plataforma virtual No. 5 titulados:

- Video 5.0.1. Servidor público - Concepto dministrativo (Camilo Cetina).
- Video 5.0.2. Servidor público en el derecho penal (Juanita Ospina).

Así mismo, se recomienda revisar el contenido del art. 123 de la Constitución y el art. 20 del Código Penal (Ley 599 de 2000).

Para el escenario de contratación estatal se debe entender que son variados quienes suelen figurar y como tal también habrá alternativas múltiples frente a esta específica cualificación.

Para conocer sobre los diferentes sujetos y regímenes que intervienen en la actividad de contratación estatal, revisar los videos contenidos en la plataforma virtual No. 5 titulados:

5.3.2 Sujetos y regímenes de la contratación estatal (Jorge Beltrán).

A continuación, se presenta de manera esquemática:

El Representante Legal / Director de la Entidad Estatal

Es la persona visible en la actividad de contratación Estatal (normalmente es el mismo ordenador del gasto) y quien figura al suscribir el contrato.

Es importante precisar su rol en el marco del contrato de que se trate, y en todo caso se debe considerar que es una actividad que habilita la delegación para la celebración del contrato. (art. 12 Ley 80/1993 Parágrafo que se refiere a la Delegación y Desconcentración, pero se mantiene, en todo caso, el deber de control y vigilancia en cabeza del jefe o Representante Legal.

El supervisor del Contrato (arts. 44 y 83 de la Ley 1474/2011 y art. 210 Constitución)

Es el funcionario de la entidad a quien se le entrega la supervisión del contrato. Es quien realiza el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable, y jurídico sobre el cumplimiento del objeto del contrato. De manera general, no requiere conocimientos especializados.

El supervisor normalmente se designa con la celebración del contrato, pero es posible que se designe un supervisor desde etapas precedentes.

Entre otras, cumple las funciones de, (i) Vigilar permanentemente la correcta ejecución el objeto contratado con el fin de proteger la moralidad administrativa, de prevenir la ocurrencia de actos de corrupción y de tutelar la transparencia de la actividad contractual; (ii) Hacer el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable y jurídico sobre el cumplimiento del objeto del contrato; (iii) Mantener informada a la entidad contratante de los hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato, o cuando tal incumplimiento se presente; (iv) Exigir la calidad de los bienes y servicios adquiridos por la entidad estatal, o en su defecto, los exigidos por las normas técnicas obligatorias, o certificar como recibida a satisfacción, obra que no ha sido ejecutada a cabalidad; (v) entre otras, además de las que se designen en el Manual de Contratación.

Comité de Contratación u otros funcionarios de la entidad

Se debe recordar que la actividad de contratación es esencialmente desconcentrada, habiéndose reconocido en la propia ley que las diferentes actividades de trámite, aprobación y celebración de un contrato recaen en una pluralidad de personas (puede tratarse de comités de contratación u otros).

El Contratista (art. 7 de la Ley 80/1993)

Puede ser una persona natural o jurídica, un consorcio, una unión temporal[1], una promesa de sociedad futura o una sociedad con objeto único.

Se trata de un servidor público por asimilación (art. 56 de la Ley 80/1993) (particular que cumple de manera transitoria funciones públicas) siempre que con el contrato se transfiera una función pública y se esté en ejercicio de ella[2].

El interventor del Contrato (art. 83 de la Ley 1474 de 2011)

Persona de derecho privado, natural o jurídica, independiente de la entidad pública.

Es quien se encarga del seguimiento técnico del contrato. Sin embargo (si es justificado y acorde) puede además realizar el seguimiento administrativo, técnico, financiero, contable, y jurídico del objeto del contrato[3].

Sujeto Pasivo de la conducta

En todos los supuestos de celebración indebida de contratos el sujeto pasivo es el Estado como titular del bien jurídico de la administración pública. No se desconoce la posibilidad frente a que terceros puedan verse perjudicados o ser víctimas de este delito, al ser esta una hipótesis de los llamados delitos pluri-ofensivos, sin embargo, a la luz de la consagración y ubicación del delito el sujeto pasivo es el Estado.

Alguna confusión ha generado el tipo penal de acuerdos restrictivos de la competencia en tanto la denominación del delito, e incluso algunos elementos de su contenido, parecieren referir a un comportamiento contra el orden económico y social. No obstante, por tratarse de una conducta que se gesta en el escenario de la contratación estatal se edifica la administración pública (desde una perspectiva funcional) como bien jurídico tutelado.

Tipos penales en Blanco

Las conductas descritas en el acápite de celebración indebida de contratos son aquellas denominadas tipos penales en blanco toda vez que el supuesto de hecho de los delitos se encuentra incompleto, y para su concreción se exige de la remisión a normas extrapenales que permiten conocer el alcance de las conductas prohibidas.

De esta forma, el alcance de las conductas se complementará en las normas aplicables al régimen de contratación, lo que se dificulta al momento de observar la importante dispersión y evolución normativa de la Ley 80 de 1993 (Estatuto de Contratación Estatal vigente).

Dentro de las principales disposiciones se han de citar la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007, Ley 1474 de 2011, Ley 1508 de 2012 y Decreto Único Reglamentario No. 1082 de 2015 (entre otras). A continuación se incluye el universo de normatividad relacionada con esta temática:

Objeto material de la conducta

El objeto material de los diferentes tipos penales, en sentido amplio, lo constituye el contrato estatal (algunos delitos refieren a aspectos o elementos específicos del contrato). La importancia de la protección penal del contrato estatal, deriva, entre otros, de los siguientes elementos:

- A través del Contrato Estatal es como el Estado cumple los fines que le han sido encomendados.
- Por medio suyo se satisface el interés general y se prestan servicios esenciales.
- Una parte importante del presupuesto se emplea en la contratación estatal (en algunos casos – la mayoría- se trata de recursos públicos).
- El Estado es el mayor empleador en el mercado. A través de esta actividad se fomenta el empleo y las oportunidades de trabajo.
- Impulsa la economía (principal demandante de bienes y servicios en el mercado).
- Moviliza la economía al generar nuevas oportunidades: (i) no solo por la variedad de sujetos que pueden intervenir en la actividad de contratación estatal; (ii) sino además por generar oportunidades a pequeña y mediana empresa y ofertas nacionales.

Para profundizar sobre ello, revisar los Videos contenidos en la plataforma virtual No. 5 titulados: Video 5.3.1. Fundamento legal y constitucional de la contratación estatal. Conceptos (Jorge Beltrán) y Video 5.3.3. Marco normativo y regímenes especiales de la contratación estatal (Juan David Duque).

Para precisar el objeto, es relevante clarificar algunos conceptos:

Contrato estatal

La definición de contrato estatal se encuentra en el art. 32 de la Ley 80 de 1993 y supone (i) un acto jurídico generador de obligaciones; (ii) que celebren las entidades del Estado (criterio orgánico); (iii) típicos (nominados) o atípicos (innominados) que deriven de la autonomía de la voluntad.

Conforme a la definición expuesta, el criterio orgánico es lo único que diferencia un contrato de derecho privado de un contrato estatal. En este sentido, para que exista un contrato estatal basta con que al menos una de las partes sea una entidad del estado. De esta forma, solo es necesario corroborar que una de las partes concuerde con la definición otorgada a las entidades estatales en el art. 2 de la ley 80 de 1993 (denominación que abre la posibilidad a la creación de nuevas entidades del Estado).

Cuando hay recursos públicos, ¿hay un contrato estatal?

La ley 1150 de 2007 , la cual buscó dotar de eficiencia y transparencia a la contratación estatal, establece en su artículo 1 que las disposiciones allí contenidas son aplicables a toda contratación con recursos públicos. Esta disposición ha generado confusión ya que parece integrar la inversión o el manejo de recursos públicos dentro de los elementos de los contratos estatales.

No obstante, es posible que en algunas contrataciones se inviertan o manejen recursos públicos y no se trate de un contrato estatal. Es el caso, por ejemplo, de la subcontratación o la ejecución de subsidios o beneficios. Así mismo, existen contrataciones en las que no se invierten o manejan recursos públicos y aún así se trata de un contrato estatal. Es el caso de las asociaciones público-privadas.

Es importante recordar entonces que la definición de contrato estatal no ha sido modificada y tampoco se le han agregado elementos. En este sentido, se mantiene como único criterio diferenciador el elemento orgánico.

Régimen Jurídico Aplicable

Finalmente, se debe diferenciar la existencia de un contrato estatal del régimen que le es aplicable.

De conformidad con el art. 13 de la Ley 80 de 1993, la regla general es que a los contratos estatales les aplican las disposiciones de las leyes civiles y comerciales pertinentes, salvo en lo que tiene que ver con el régimen de inhabilidades e incompatibilidades y principios de la contratación estatal. Por otro lado, de acuerdo con este mismo artículo, los contratos estatales celebrados en el exterior pueden regirse, en su ejecución, por normas extranjeras y, excepcionalmente, en lo expresamente previsto, aplica la Ley 80 de 1993.

En este sentido, pueden existir contratos estatales cuyo régimen aplicable no será la Ley 80 de 1993[4].

2. Modalidades de delitos de celebración indebida de contratos

Delito / Elementos del delito	Elementos que integran las modalidades de Delitos en la Contratación Pública			
	Violación del régimen constitucional de inhabilidades[5] e incompatibilidades[6]. art. 408.	**Interés indebido en la celebración de contratos. art. 409.**	**Contrato sin cumplimiento de requisitos legales[7]. art. 410.**	**Acuerdos restrictivos de la competencia. art. 410A.**
Bien jurídico	Administración pública: Se protege el buen funcionamiento de la administración pública. En *"la finalidad de la protección de la administración pública es preciso resaltar que lo que busca es salvaguardar los principios y valores tanto legales como de orden constitucional regentes en todos los niveles de dicha administración para efectos de que la misma sea transparente. Dentro de tales principios y valores es posible encontrar la legalidad, la objetividad, la imparcialidad, la justicia, la honestidad, la eficiencia, la lealtad, entre otros"*[8].			
Sub-bien jurídico	Contrato estatal[9].			
¿Qué quiero proteger?	Transparencia y ausencia de reproche.	La legalidad y la legitimidad de la contratación estatal[10].	Forma y principios de la contratación.	Principio de Selección objetiva.
Sujeto activo	Cualificado. Servidor Público[11], **en ejercicio de sus funciones**.	Cualificado. Servidor Público, **por razón de su cargo o de sus funciones**.	Cualificado. Servidor Público, **por razón del ejercicio de sus funciones**.	Indeterminado, incluso un servidor público.
Verbo rector	**Intervenir**[12] en la tramitación, aprobación o celebración de un contrato con violación al régimen legal o a lo dispuesto en normas constitucionales, sobre inhabilidades o incompatibilidades[13]. El término "intervenir" permite una valoración amplia de la conducta en tanto no se restringe a quien finalmente es visible en el proceso de contratación (representante legal) sino que	**Interesarse**[14] en un contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo o de sus funciones. Aun cuando la conducta no señala de qué naturaleza ha de ser el interés la jurisprudencia[15] ha precisado que: (i) debe ser indebido[16]; (ii) debe exteriorizarse; (iii) debe probarse[17].	**Tramitar**, **liquidar** o **celebrar** un contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales esenciales. Realmente la conducta señala que el verbo rector es "tramitar" y "no verificar" (cuando se celebre o liquide)[19]. Sin embargo, de manera general la jurisprudencia indica los 3 primeros como verbos rectores.	**Concertar** con otra persona para alterar el proceso contractual.

	involucra a todos quienes de alguna forma hubieren participado del proceso de contratación que suele ser una actividad desconcentrada.	Se trata de un tipo penal de mera conducta[18].		
¿Tipo penal en blanco? / Norma de Referencia	Sí. Para dar alcance integral al delito es necesario analizar el régimen legal y constitucional de inhabilidades e incompatibilidades. Ello supone no solo comprender el concepto de inhabilidad, e incompatibilidad (ingredientes normativos) sino además evaluar cuál es el régimen de que se trata y que actualmente se encuentra en la Ley 80 de 1993, arts. 8 – 10.	Sí.	Sí[20]. Requisitos legales esenciales[21] (Aun cuando como se verá en el módulo presencial no existe una definición clara sobre lo que se tiene por "elemento esencial" y sin que exista esta clasificación en la que sería la norma de remisión: Estatuto de Contratación Estatal (Ley 80 de 1993 y normas complementarias). Surge fundamental estudiar los principios constitucionales que rigen la función administrativa[22] y los principios que orientan la contratación estatal. En todo caso, se debe considerar "el tipo de contratación y el régimen jurídico a que está sometido"[23]: "*No basta afirmar el abstracto desacatamiento de uno de esos principios para predicar la existencia del delito, sino que es necesario que el axioma desconocido esté ligado*	No

			a un requisito de carácter esencial propio del respectivo contrato y definido como tal previamente por el legislador" [24].	
Etapa de la contratación en que procede	Previa[25]. Cuando se hace referencia al "trámite", "aprobación" y "celebración" ocurre en su integridad en la etapa previa y comprende desde el momento en que surge la necesidad de contratar hasta que se celebra el contrato de manera efectiva[26].	En este caso no se restringe a una etapa concreta del contrato y procede en cualquier momento (tanto su etapa previa, contractual como postcontractual)[27].	Una de las críticas que se ha hecho a este delito es que por la indicación expresa de los momentos en que opera el delito pareciere excluir la etapa contractual (etapa de ejecución)[28]. Los requisitos legales esenciales pueden ser previos, concomitantes o posteriores a la celebración del contrato[29]. El tipo penal únicamente cobija las etapas de "tramitación" (precontractual), "celebración" y "liquidación" (postcontractual)[30]. No se extiende a la ejecución del contrato[31].	Por darse durante el proceso de selección del contratista se restringe a este específico momento que ocurre en la etapa precontractual.
Objeto Material	Contrato.	Contrato u Operación. Cuando se hace mención al término "operación" no se refiere a una "operación administrativa" y tiene por fin permitir que se involucren todas las etapas y momentos del contrato entendiendo "operación" en sentido amplio[32].	Contrato.	Proceso de selección del contratista, pero no en cualquiera sino específicamente en los que se señalan en la norma, a saber: (i) licitación pública, (ii) subasta pública, (iii) selección abreviada o (iv) concurso.

Ingrediente	No. No se requiere, ni siquiera, que se genere menoscabo patrimonial al Estado[33].	Ingrediente subjetivo - En beneficio propio o de un tercero siendo indiferente si el mismo llega o no a obtenerse[34].	N/A[35].	Ingrediente subjetivo: "con el fin de alterar ilícitamente" un proceso contractual. Es importante señalar que esta es la finalidad pretendida, sin que se exija como tal un resultado y debiendo recordar que existen concertaciones que pueden ser lícitas o admitidas en los procesos de contratación (*p. ej.* consorcios, uniones temporales, etc.).
Clasificación según contenido	De **mera conducta**. "El delito se consuma con la sola gestión del servidor público a pesar de la inhabilidad o incompatibilidad por él conocida, sin necesidad de que la administración sufra menoscabo patrimonial ni que el funcionario obtenga rendimientos específicos, caso en el cual la conducta podría conllevar otra configuración diferente"[36].	De **mera conducta**. "El tipo penal no sanciona entonces, los simples pensamientos, la personalidad o tendencias del servidor, sino el interés indebido que se manifiesta externamente a través de actuaciones concretas del servidor. El momento consumativo del delito lo constituyen las actuaciones concretas que evidencian ese interés"[37].		
Elemento Subjetivo	Dolo[38].			

Para profundizar sobre algunos conceptos necesarios que facilitarán este ejercicio, se recomienda profundizar con los contenidos virtuales:

- Video 5.3.1. Fundamento legal y constitucional de la contratación estatal. Conceptos (Jorge Beltrán).
- Video 5.3.2 Sujetos y regímenes de la contratación estatal (Jorge Beltrán).
- Video 5.3.3. Marco normativo y regímenes especiales de la contratación estatal (Juan David Duque).
- Video 5.3.4. Principios de la contratación estatal (Diana Valencia).
- Video 5.3.5. Etapas de la contratación estatal (Juan David Duque).
- Video 5.3.6. Modalidades de selección del contratista (Juan David Duque).
- Video 5.3.7. La contratación directa (Diana Valencia).
- Video 5.3.8. Relación entre el modelo Integrado de planeación y gestión y los contratos estatales (Diana Valencia).
- Video 5.3.9. Presupuesto y contratación estatal (Nathaly Higuera).

3. Principales tipologías en la contratación Estatal

A continuación, se presentan las principales tipologías de corrupción que se pueden desarrollar en el contexto de los contratos estatales.

Es necesario aclarar que las tipologías que se presentan no se limitan a los delitos que integran el capítulo de celebración indebida de contratos. Lo anterior, con el fin de realizar un análisis más completo del fenómeno de corrupción el cual plantea una variedad de comportamietos en escenarios propios de contratación estatal. A continuación, se incluyen los comportamientos más comunes y reiterados y se analizan de forma separada de acuerdo con la etapa de contratación en la que cada uno se podría presentar.

Para ello, se sugiere analizar el video contenido en la Plataforma Virtual Módulo 5: Video 5.3.5. Etapas de la contratación estatal (Juan David Duque).

Etapas en la Contratación

Etapa Precontractual	Etapa Contractual	Etapa Poscontractual
Inicia con la idea o la necesidad de contratación y culmina con la celebración del contrato	Inicia con la celebración del contrato (siempre por escrito) -no con el acta de inicio que únicamente tiene efectos si se ha pactado y para contabilizar tiempo de ejecución- y finaliza con la terminación del contrato.	Inicia con la terminación del contrato y abarca todas las actividades hasta su cierre definitivo, lo que no ocurre con la liquidación (*p. ej.* si se cuenta con póliza a 20 años de estabilidad de la obra, finaliza una vez cumplidos los 20 años)

Modalidades de Selección del Contratista

Licitación Pública	Selección Abreviada	Concurso de Méritos	Contratación Directa	Contratación de mínima cuantía
Este mecanismo de selección del contratista es la regla general, excepto para los casos previstos en los núm. 2 y s.s. del art. 2º de la Ley 1150 de 2007. Se trata de un proceso público, abierto y competitivo. Se debe tener en consideración la evolución que ha tenido desde la Ley 1150/2007, en especial en lo que corresponde a la diferenciación de los denominados	Modalidad prevista para aquellos contratos en que, por las características del objeto a contratar, las circunstancias de la contratación o la cuantía o destinación del bien, obra o servicio, puedan adelantarse procesos simplificados para garantizar la eficiencia de la gestión contractual (*p. ej.* características técnicas uniformes).	Modalidad prevista para la selección de consultores o proyectos (incluidos proyectos de arquitectura). Aquí el factor determinante lo constituye la calidad y experiencia, siendo el precio un criterio que no se califica (sobre cerrado, basta con que se encuentre dentro del presupuesto establecido)	Modalidad prevista para las causales específicas previstas en los literales a) a j) del núm. 4º del art. 2º de la Ley 1150/ 07. No se hace necesario acudir a un proceso abierto, sin embargo, aún se deben respetar los principios de contratación (selección objetiva)	Modalidad prevista para los procesos de contratación cuyo valor no excede del 10% de la menor cuantía de la entidad independientemente de su objeto.

requisitos habilitantes frente a los que son objeto de calificación en la propuesta.	Modalidades: (i) Subasta a la Inversa; (ii) compra por catálogo derivado de la celebración de Acuerdos Marco de Precios (revisar los que se han realizado); (iii) bolsas de productos; (iv) Menor cuantía, entre otros.			
Subsección 1 arts. 2.2.1.2.1.1.1 y s.s. del Dec. 1082/15.	Subsección 2 arts. 2.2.1.2.1.2.1 y s.s. del Dec. 1082/15.	Subsección 3 arts. 2.2.1.2.1.3.1 y s.s. del Dec. 1082/15.	Subsección 4 arts. 2.2.1.2.1.4.1 y s.s. del Dec. 1082/15.	Subsección 5 arts. 2.2.1.2.1.5.1 y s.s. del Dec. 1082/15.

4. Principales tipologías en la etapa precontractual

Tipología No. 1 – Falsa Necesidad

Todo contrato estatal tiene por objeto satisfacer una determinada necesidad[39] y es a partir de aquí, que inicia el proceso de contratación estatal, y a su vez surge un primer riesgo para el mismo, entre otros, derivado de una falsa necesidad.

Los supuestos en que se edificaría esta tipología son los siguientes:

- Se crea una necesidad que no se tiene

Realmente no existe una necesidad para contratar. Sin embargo, los funcionarios a cargo del proceso idean una falsa necesidad, motivada o no, al permitir con ello: (i) defraudar el patrimonio del Estado (peculado por apropiación en favor de terceros); (ii) omitir un requisito legal esencial con transgresión del principio de maduración de proyectos y economía (celebración sin el lleno de los requisitos legales esenciales); (iii) favorecer a un tercero con un contrato (interés indebido en la celebración de contratos); u otros.

La Secretaría de Movilidad ha identificado tasas elevadas de accidentes de tránsito, en especial en las principales autopistas de la ciudad. Por razón de lo anterior, genera un plan de movilidad que supone crear una cultura para conducir a velocidades más bajas y por ello contrata la instalación de reductores de velocidad y señalización en barrios residenciales.

- Se prioriza de manera inadecuada, al darse prelación a necesidades secundarias.

En algunos casos es posible que sí existan múltiples necesidades. No obstante, ante la existencia de recursos limitados se debe priorizar dando atención primaria a aquellos aspectos que requieren de atención urgente (podrían configurarse los mismos delitos previamente anotados).

El IDU decide implementar un plan para mejorar las vías en la ciudad. Dentro de las actividades a desplegar se identifican: (i) Re parcheo huecos pequeños; (ii) Tapar alcantarillas; (iii) Repavimentar zonas en exceso dañadas; (iv) Planes de intervención en terrenos complejos; (v) Reemplazar la señalización e iluminación, para generar sentido de pertenencia. Dentro de las actividades planteadas, y de acuerdo con el presupuesto que alcanzaría para 3 de las actividades dispuestas, se prioriza la señalización e iluminación y se amplía la cobertura, así como la calidad de los elementos para mejorar los aspectos visuales de la ciudad.

Dentro de esta tipología, se enmarcan además los denominados elefantes blancos[40]:

En el barrio X del Municipio de W la comunidad convive con un enorme "elefante blanco". Se trata del colegio "Y" con una infraestructura de más de $15.000'000. 000.oo que ha permanecido cerrada desde el 8 de julio del 2014 (Fecha de entrega). Ya alcanza los 4 años de abandono por lo que ha sufrido deterioros en la infraestructura, en épocas de invierno se ha inundado en varias ocasiones y ha sido usado desde hace 8 meses por los habitantes de calle, al destacar que una parte del colegio no se ha podido terminar. Se debe señalar además que esta infraestructura tiene la capacidad para más de 1000 estudiantes, aspecto que se ha criticado considerado el tamaño del Municipio y la existencia de necesidades acreditadas de apenas 100 estudiantes en la zona.

En otras ocasiones, incluso, se hace una simulación completa de bienes o servicios que sustentan importantes sumas de dinero que son apropiadas por terceros (con lo que además se incurre en conductos propias de peculado).

Tipología No. 2 – El objeto acomodado

Una vez se identifica la necesidad, el paso a seguir es definir el objeto a contratar y describir sus especificaciones técnicas o características[41], y surge aquí otro posible escenario de corrupción a través de diferentes figuras (con amplio desarrollo en la jurisprudencia).

Se analizan en detalle a continuación:

- El objeto incompleto

En algunas ocasiones el objeto no está completo.

Conforme lo define el art.2.2.1.1.2.1.1. del Decreto 1082 de 2015 hace parte de los estudios previos "El objeto a contratar, con sus especificaciones, las autorizaciones, permisos y licencias requeridos para su ejecución, y cuando el contrato incluye diseño y construcción, los documentos técnicos para el desarrollo del proyecto". Sin embargo, son variados los supuestos en que se omiten uno o varios de estos requisitos con un grave impacto en la ejecución del contrato que usualmente debe regresar a una etapa previa (que se presumía finalizada) para complementar lo requerido.

La apertura de licitación se produce al día siguiente de la entrega de los productos contratados con una firma consultora (diseños y estudios previos), con lo cual se contaba con estudios preliminares, pero no definitivos. Ello se ve reflejado en la etapa de ejecución en donde surgen una serie de modificaciones que se ajusten a la versión definitiva de los estudios.

Comportamientos de esta naturaleza constituyen el delito de contrato sin cumplimiento de los requisitos legales esenciales, en tanto se omite la forma exigida en la norma a la par que se transgrede el principio de economía y de maduración de proyectos.

Se adelanta un proceso de contratación sin haber efectuado un estudio de suelos. Una vez en ejecución la obra debe ser suspendida en repetidas ocasiones y se concluye en la necesidad de adelantar un estudio de suelos previo a continuar.

- Fraccionamiento de Contratos

"(...) hay fraccionamiento de un contrato cuando el ente oficial de manera engañosa disuelve la materia del contrato para darle a los elementos resultantes apariencia de contratos autónomos o independientes, cuando en verdad éstos integran o componen una unidad natural, bien por corresponder tales sub-objetos contratados a una misma especie, o ya porque la no realización de alguno impide la cabal ejecución del otro(...)"[42].

> "El fraccionamiento de contratos consistente en la celebración de varios contratos que por la estrecha relación entre sus objetos, bien podrían haber hecho parte de un único acuerdo, y comúnmente es utilizada para eludir los procedimientos de selección de contratistas. En otras palabras, el fraccionamiento se presenta cuando se quebranta y se divide la unidad natural del objeto, con desconocimiento de que desde la óptica económica sería más eficiente para la Entidad la celebración de un solo contrato"[43].

En este caso se parte de un único objeto y que se presenta como si fueran varios separados para un fin determinado[44].

Normalmente, esta conducta se hace con variados propósitos: Puede tratarse de un interés en omitir controles o procedimientos y por ello se presentan objetos más pequeños con trámites simplificados (celebración sin el lleno de los requisitos legales esenciales); puede orientarse a defraudar el patrimonio del Estado -en especial al considerar que en esta forma lo usual es que sea más costoso- (peculado por apropiación); con el fin de beneficiar a uno o varios contratistas (interés indebido en la celebración de contratos); u otros.

> "(...) cuando la administración de manera artificiosa deshace la unidad natural del objeto con miras a sustraerse del procedimiento contractual que debía llevar a cabo, adelantando en cambio dos o más contratos a través de trámites menos estrictos, práctica que indudablemente riñe con las normas que gobiernan la contratación estatal, particularmente con los principios de transparencia y selección objetiva"[45].

> "la administración para eludir el procedimiento de licitación pública divide disimuladamente el objeto del contrato con el ánimo de favorecer a los contratistas"[46].

Santiago, en su calidad de jefe del Servicio de Formación de una entidad del Estado, generó dos contratos diversos para la contratación de unas aplicaciones que debían ser desarrolladas por el contratista para un mismo propósito. En los diferentes procesos, por la naturaleza y la cuantía, los contratos pudieron seguirse bajo un trámite de contratación directa, habiendo sido adjudicados ambos a la contratista Elsy. Las cuentas de la actividad se presentaron en épocas diversas, sin embargo, quien dio el trámite respectivo fue la misma persona e identificó que se trataba de Elsy (la misma contratista) y que además eran dos objetos similares (si no iguales).

"Entre la Unidad Administrativa Especial "Comisión Nacional de Regalías" y la Corporación Autónoma Regional de Santander —CAS—, se suscribió el convenio interadministrativo No. 000577 por valor de $288.000.000, cuyo objeto era la "Protección y Mejoramiento del Medio Ambiente y la Salud Pública en San Gil, al crearse un Sistema de Manejo Integrado de Residuos Sólidos Municipales".
A su vez, la referida corporación no ejecutó ese convenio directamente sino que el 8 de octubre de 2002 firmó otro, el No. 00019-02 por la misma cuantía con el municipio de San Gil, donde fungía como alcalde JAVIER GUILLERMO AGON MARTÍNEZ, el cual tuvo por objeto "adelantar programas de educación y capacitación ambiental en el manejo de residuos sólidos, en los diferentes centros educativos del municipio de San Gil, como preescolar, primaria, educación básica secundaria y media vocacional, y en otros centros de educación no formal, comunidad, sectores privados, organismos públicos y sector rural del municipio de San Gil"
Con el fin de dar cumplimiento al convenio anotado, el burgomaestre JAVIER GUILLERMO AGON MARTÍNEZ suscribió directamente 5 contratos, a pesar de que por la unidad de objeto y la mayor cuantía (En este caso el límite de la menor cuantía de la contratación para la época de los hechos era de $77.250.000, y teniendo en cuenta el monto anual del presupuesto del municipio de San Gil) resultaba necesario realizar uno solo a través de licitación pública"[47].

En todo caso se debe aclarar que no en todos los supuestos en que se pueda predicar una unidad de objeto[48] existe esta tipología puesto que hay escenarios en que es admisible dicha figura por motivos razonables de interés público, de manera que habría que acreditarse:

> "[E]n su demostración, deben confluir las circunstancias siguientes: i) Que sea posible pregonar la unidad de objeto en relación con el contrato cuya legalidad se cuestiona y, de ser así, ii) determinar cuáles fueron las circunstancias que condujeron a la administración a celebrar varios contratos, pues solo de esta manera se puede inferir si el actuar se cimentó en criterios razonables de interés público, o si por contraste, los motivos fueron simulados y orientados a soslayar las normas de la contratación pública"[49].

> "A manera de síntesis puede destacarse que aun cuando el fraccionamiento contractual *per se* no determina la ilegalidad del trámite ni por ello mismo comporta automáticamente la tipicidad objetiva del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos

legales conforme a su descripción en el artículo 410 de la Ley 599 de 2000, es lo que sucede en su generalidad, pues su procedencia es excepcional solo para cuando se demuestra que motivos razonables de interés público imponen acudir a esa modalidad no obstante, tratarse de contratos de la misma especie y que no haya respondido a un interés velado de evadir el proceso licitatorio"[50].

Lorena suscribió los contratos AB1 y AB2, cada uno por un valor cercano a los Doscientos cincuenta millones de pesos ($250'000.000) con el mismo objeto contractual, solo que con coberturas diversas (municipios distintos), facilitando con ello un mejor servicio y bajo los procedimientos que le eran aplicables, a saber: contratación directa por tratarse de un tema de salud pública. Lorena advierte que aun cuando los contratos tenían el mismo objeto, existía una justificación para fraccionarlos *"ya que se dividió por razones de acceso, distancias, economía presupuestal y administrativa, el departamento en dos zonas"*[51].

- Las Adiciones de los Contratos

Otra tipología común de corrupción en la contratación estatal se relaciona con el empleo indebido de la figura de adición del contrato para propósitos ilegales.

El parágrafo del art. 40 de la Ley 80 de 1993 establece que "(...) Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado este en salarios mínimos legales mensuales", sin embargo, se ha dado una lectura errada a esta disposición al punto que se ha llegado a afirmar que se trata de un derecho. La jurisprudencia ha sido clara en señalar que la adición de contrato es excepcional:

"Para una adecuada interpretación de la citada norma de la ley, es preciso entender cuál fue el verdadero sentido atribuido por ella y, por consiguiente, cuándo ha de entenderse que existe una verdadera "adición" al contrato, pues la administración pública en general, ha hecho, sistemáticamente, una inadecuada aplicación de la norma, desatendiendo la jurisprudencia que sobre el particular ha sentado el Consejo de Estado, en especial la sección tercera. (…) Es preciso, entonces, entender que solamente habrá verdadera "adición" a un contrato cuando se agrega al alcance físico inicial del contrato algo nuevo, es decir, cuando existe una verdadera ampliación del objeto contractual, y no cuando solamente se realiza un simple ajuste del valor estimado inicialmente del contrato, en razón a que el cálculo de cantidades de obra estimada en el momento de celebrar el contrato no fue

adecuada; en otros términos, los mayores valores en el contrato no se presentan debido a mayores cantidades de obra por cambios introducidos al alcance físico de las metas determinadas en el objeto del contrato, sino que esas mayores cantidades de obra surgen de una deficiente estimación inicial de las cantidades de obra requeridas para la ejecución de todo el objeto descrito en el contrato(…)"[52].

"Solo cuando se hace necesario reformar el objeto del contrato se está frente a la celebración de verdaderos contratos adicionales, porque ello implica una modificación fundamental del convenio inicial.
Por lo mismo, debe entenderse que cuando la norma se refiere a la celebración de un contrato adicional por modificación del plazo o del valor se está frente a una mera reforma del contrato. Y que se celebra un contrato adicional cuando las partes contratantes acuerdan una modificación del objeto, del plazo y del valor del contrato; como por ejemplo cuando en un contrato de obras públicas se pacta la construcción de un determinado tramo de una carretera y una vez en ejecución se determina que el tramo debe ampliarse; ese cambio obviamente redunda en la modificación del objeto, del plazo y del valor del contrato principal, lo que conlleva necesariamente la celebración de un contrato adicional
(…)

Cualquier estipulación de las partes contratantes, que tenga relación directa con el objeto del contrato estatal, debe llevarse a cabo a través de la firma de un nuevo contrato, lo cual se deduce de dicha formulación normativa, donde la adición del contrato, que es distinta del contrato adicional, se admite expresamente para adicionar su valor no más allá del 50% del valor inicial del contrato, no para modificar su objeto, puesto que este elemento esencial de los contratos tan solo puede sufrir mutaciones por vía del contrato adicional"[53].

De la jurisprudencia y la doctrina citadas se puede concluir que la adición de los contratos estatales consiste en una modificación a los mismos, efectuada por las partes, de común acuerdo, o unilateralmente por la entidad estatal para,

- Agregar al objeto inicial del contrato bienes, obras, servicios o actividades no previstas inicialmente en dicho objeto, pero que guardan una estrecha relación con el mismo y se requieren para su debida ejecución y, en últimas, para el logro de la finalidad perseguida con el contrato, y/o

- Modificar el precio del contrato, entendido este como el precio global acordado, los precios unitarios, el valor de los honorarios reconocidos al contratista etc., según la modalidad de remuneración acordada, siempre que dicho ajuste tenga un fundamento legal, técnico y económico, y no se trate de la simple actualización de los precios estipulada inicialmente por las partes (cláusulas de actualización o reajuste de valor) o de la revisión de los mismos por el acaecimiento de hechos sobrevinientes extraordinarios o imprevisibles (teoría de la imprevisión, hecho del príncipe etc.)[54].

Normalmente, cuando existe una adición responde a una de tres situaciones:

- Hubo deficiencias en la etapa de planeación[55].

En la mayoría de los supuestos la adición responde a un proceso de corrección de elementos que debieron preverse pero que no se planearon de manera adecuada. Por ello, durante la fase de ejecución se corrige, mediante adición, lo que no se incorporó (y debió haberse incorporado) en la etapa precontractual.

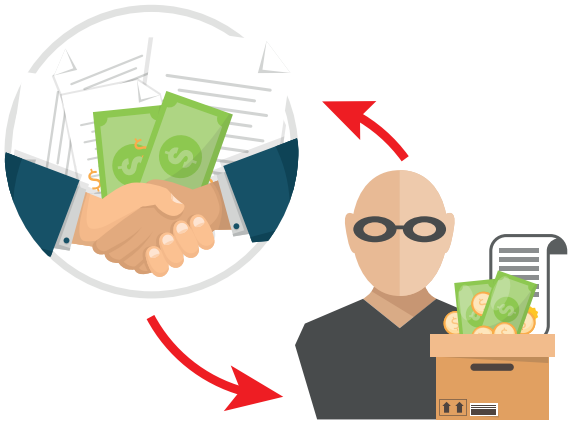
Se adelanta un proceso de contratación para la instalación de un nuevo software en los equipos de una entidad. Cuando se desarrolla e instala el software, y por tratarse de un tema novedoso en la entidad, se dispone a adicionar el contrato de manera que se faciliten espacios de capacitación y acompañamiento.

En este caso, principalmente, se configura el delito de celebración de contratos sin el lleno de los requisitos legales. Lo anterior, en tanto se omite el adelantamiento correcto de los estudios previos y se delimita de manera inadecuada el objeto en contravía del principio de maduración de proyectos o planeación (derivado del principio de economía).

- Realmente se trata de un contrato adicional.

En algunos casos se utiliza la figura de la adición de contrato para ocultar un contrato adicional frente al que se omiten los requisitos propios que le son exigibles:

"(...) Su diferencia con el contrato adicional se fundamenta en el principio de autonomía o independencia de cara al contrato principal, ya que mientras las modificaciones simples o de forma son meras adiciones accesorias de este, el contrato adicional encierra una modificación de fondo, es decir, un cambio sustancial del objeto convenido"[56].



De esta forma, se presenta como si se tratara de una misma esencia un objeto que realmente constituye un contrato diverso y que, como tal, ha de surtir las etapas respectivas de manera separada. Con ello se incurre en el tipo penal de celebración de contratos sin el lleno de los requisitos legales esenciales pues se omiten las formas propias de la etapa precontractual en contravía de los principios de economía y maduración de proyectos.

- Se trata de una verdadera adición en los términos del parágrafo del art.40 de la Ley 80 de 1993

Esta se presenta cuando existe una situación imprevista que surge en la ejecución del contrato y que se encuentra estrechamente vinculada con el objeto del contrato:

"(..) procede cuando en desarrollo de la ejecución del contrato surjan circunstancias excepcionales imposibles de prever en el proyecto y en los estudios técnicos iniciales, sin que con ello se autorice hacer nugatorio el proceso licitatorio establecido por la ley.
La adición del contrato representa una verdadera ampliación del objeto contractual"[57].

En este contexto la adición es permitida y no se configura delito alguno.

Tipología No. 3 – Colusión

Dentro de los Estudios previos se encuentra, además, la identificación de la modalidad de selección del contratista y su justificación, al incluir los fundamentos jurídicos[58].

La ley en Colombia prevé diversos mecanismos de selección[59] y cada uno de ellos responde a criterios o características concretas que procuran garantizar el acatamiento al principio de selección objetiva[60] (revisar tabla correspondiente en la parte inicial).

La correcta identificación de la modalidad de escogencia del contratista garantiza la objetiva selección de este al incorporarse, exclusivamente, los criterios objetivos que facilitan reconocer la que es la mejor alternativa para el Estado en función del objeto contratado.

No obstante, esta es otra etapa vulnerable a la corrupción, identificándose variedad de formas en que se puede configurar la colusión. Se citan algunas de ellas (las principales):

- Colusión a través de la modificación del proceso de selección (selección inadecuada de la modalidad de escogencia del contratista)

De acuerdo con las características y la naturaleza del objeto a contratar se haya definido una modalidad de selección específica, se opta por una diferente con fines diversos.

Por ejemplo, puede pretenderse omitir requisitos o procedimientos establecidos en la ley (celebración de contratos sin el lleno de los requisitos legales esenciales); o es también viable que se altere el mecanismo con miras a favorecer a un tercero o a un determinado contratista (celebración de contratos sin el lleno de los requisitos legales esenciales e interés indebido en la celebración de contratos); incluso puede gestarse con miras a permitir la apropiación en cabeza de terceros (celebración de contratos sin el lleno de los requisitos legales esenciales, interés indebido en la celebración de contratos y peculado por apropiación):

En una entidad del Estado se desea adquirir papelería, en particular las resmas papel Bond 500gr blanco que se requiere en la entidad. Para ello Luz, encargada del proceso, y sobre la idea que "la licitación es el proceso más transparente", realiza un proceso de licitación al incluir dentro de los criterios de selección "experiencia y trayectoria en el mercado". Ello lleva a que el seleccionado sea la empresa de Mario, que por los años de experiencia genera un cobro adicional de Mil Pesos ($1. 000.oo) la resma[61].

Se requiere efectuar una consultoría en materia ambiental para una entidad del Estado. Para ello se acude a un proceso de licitación[62].

- La colusión entre oferentes y el servidor público

En algunos casos la colusión o acuerdo se establece entre el potencial oferente y el servidor público que, de forma alguna, interviene en el proceso de contratación (le puede, o no, anteceder un cohecho).

Este acuerdo puede darse, entre otros, para (i) intercambio de información; (ii) direccionar el contrato a su favor; (iii) incidir en el proceso de selección; entre otros, cada forma que constituirá un tipo penal diverso.

En este caso, se configura el delito de acuerdos restrictivos de la competencia y al depender de lo que se trate, pueden darse diversas conductas punibles[63].

Por ejemplo, si la información que se entrega está sujeta a reserva o confidencialidad (no es de aquella que está destinada para conocimiento público) puede darse un delito asociado al uso de información (revelación de secreto, por ejemplo). Si el acuerdo surge para direccionar el contrato podría concursar con el delito de interés indebido en la celebración de contratos; o si se orienta a una adjudicación ilegal podría configurarse también el delito de prevaricato por acción; entre otros.

- La colusión entre oferentes

Así mismo, los acuerdos se pueden dar entre los potenciales oferentes en un proceso de contratación[64].

Estos acuerdos pueden adoptar diversas formas. Para ello se sugiere consultar: Guía Práctica Combatir la Colusión en las Licitaciones[65] (2007) en que se presentan varias de las modalidades junto con herramientas prácticas de prevención que se pueden volcar a la actividad de investigación.

En esta guía se encuentran tres escenarios específicos de colusión, así:

El primero de estos escenarios se abordó con ocasión de la tipología precedente y el tercero corresponderá a la etapa de ejecución. En este aparte se hará referencia concreta a los posibles acuerdos colusorios que se edifican en la etapa previa (al momento de presentar ofertas):

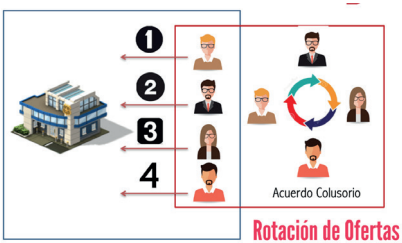
Cover Bidding (Posturas Encubiertas) - Ofertas sin posibilidad

Posturas Encubiertas- Cover bidding

En este caso los potenciales oferentes llegan a un acuerdo en que deciden quién será beneficiado con el contrato. Frente a la entidad existe un proceso competitivo transparente en que gana la mejor opción "apuntan hacia la presentación de ofertas que no tienen la posibilidad de obtener la adjudicación, ya sea por los altos precios o por no cumplir con las exigencias realizadas por la entidad"[66].

Supresión de Ofertas

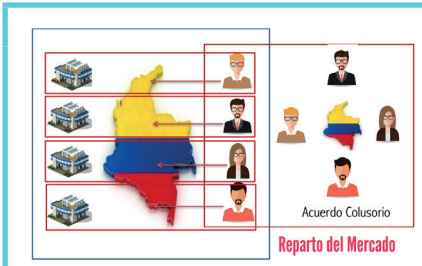
Se acuerda la abstención o retiro de ofertas con el fin de asegurar su adjudicación a un proponente concreto (conforme al acuerdo).



Rotación de Ofertas

Rotación de Ofertas

Los oferentes coludidos asignan turnos en que le corresponderá a cada uno ser adjudicatario del contrato (pueden usarse las estrategias o metodologías precedentes).



Asignación de mercado

En este los oferentes coludidos hacen un reparto geográfico o por zonas del mercado (pueden usarse las estrategias o metodologías precedentes).

Tipología No. 4 – Alteración de los mecanismos de selección

En esta tipología se suele acudir a la manipulación de las condiciones a contratar para emplear un determinado mecanismo de selección del contratista y con ello omitir los controles o procedimientos aplicables a un caso concreto.

Las más usuales son aquellas que promueven mecanismos de selección más simples o sencillos (con menos controles) como son la selección abreviada, la mínima cuantía y la contratación directa.

A raíz de la ola invernal que trae consigo el desastre natural el alcalde del municipio X declara la existencia de una "urgencia manifiesta" y con ello celebra una serie de contratos (contratación directa) para la construcción de vivienda, proyecto a largo plazo que suponía adquirir terrenos, construir y asignar[67].

La entidad "X" acude a contratar a una empresa de servicios públicos domiciliarios de carácter público a través de un convenio interadministrativo para el desarrollo de actividades de obra de la entidad. La empresa acude a contratar a terceros que desplieguen las actividades descritas en el objeto[68].

Tipología No. 5 - El Checklist

Los contratos son solemnes y en todos los eventos existen disposiciones de forma que se deben cumplir:

Para conocer de cuáles se trata, los pasos a seguir son:

- Definir que se está en presencia de un contrato estatal. Para ello se debe verificar quiénes son las partes que lo suscriben y sobre ello cotejar frente al art. 2º de la Ley 80 de 1993 si al menos una es una entidad estatal (criterio orgánico).

- Hecho lo anterior, se debe definir el régimen aplicable. Para ello se debe observar el contenido del art. 13 de la Ley 80 de 1993 y verificar las condiciones o características propias del contrato que se suscribe[69].

- En dicho régimen se identificarán aquellos requisitos legales que se deben acatar para el contrato respectivo.

- Identificados los requisitos legales pretermitidos, se debe cotejar frente a los principios que rigen la contratación estatal y la función pública para con ello determinar si son de aquellos denominados esenciales.

Cuando se omitan aquellos elementos de forma que a su vez conlleven la transgresión de principios de la contratación estatal, se incurre en el tipo penal de celebración sin el lleno de los requisitos legales esenciales.

Tipología No. 6 – Con plata ajena hago fiesta

Una vez se define el proceso de selección, corresponde determinar el valor estimado del contrato y la justificación de este[70].

Surge entonces una nueva oportunidad de corrupción en la contratación, por lo general, orientada a defraudar el patrimonio del Estado (peculado por apropiación).

En este caso se presentan las siguientes modalidades:

- Manipulación del estudio de mercado

El estudio de mercado tiene por fin complementar el objeto a contratar (características técnicas acorde con oferta en el mercado) y fijar el presupuesto del contrato (precio competitivo).

Sin embargo, no existen formas o modos específicos de realizar este estudio de mercado[71] y se puede prestar para elevar los costos, o incluso para disminuirlos al generarse un favorecimiento en la contratación. Las conductas más reiteradas en la práctica son:

- Estudio de mercado orientado a elevar el valor del presupuesto para el contrato a celebrar. Se solicitan las cotizaciones de mayor valor, o se acuerda con los oferentes que eleven dicho valor.

- Estudio de mercado se orienta a disminuir el valor del contrato, al permitir que solo unos pocos puedan ofertar en dichas condiciones (favorecimiento o direccionamiento).

- Kick-Back (tipología que se analiza en el Módulo de Sobornos). Aquí se eleva el valor del contrato con el objeto de asegurar la fuente del pago de un soborno al funcionario (se retornará del pago del contrato al servidor público).

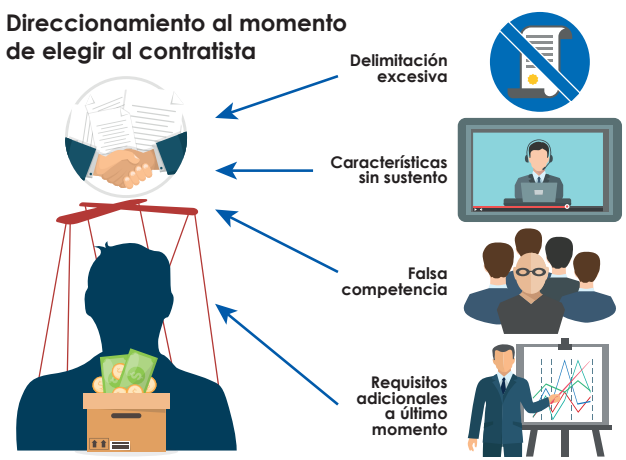
- Omisión de requisitos legales esenciales

La jurisprudencia es uniforme en contemplar que el certificado de disponibilidad presupuestal es un requisito legal esencial. De manera que su omisión constituye el delito de celebración de contrato sin el lleno de los requisitos legales esenciales.

No ocurre igual con el registro presupuestal que se contempla como un requisito de ejecución, etapa en la que no se configura el delito aludido.

Tipología No. 7 – Direccionamiento

Es importante conocer los criterios que se considerarán para definir cuál es la oferta más favorable a la entidad[72]. En este caso el riesgo más evidente es el Direccionamiento del contrato, conducta que supone definir criterios o adoptar mecanismos al interior del proceso de selección que aseguren a un único ganador o adjudicatario del contrato.



Ello se presenta cuando:

- Existe una delimitación excesiva del objeto

En algunos casos la definición del objeto adquiere una delimitación excesiva, al punto que se impide que algunos posibles oferentes en el mercado participen. Así, pareciera que la invitación se dirigiera de manera específica a un potencial contratista que ofrece dicho producto que se describe como si se tratara de cuerpo cierto y no así de género.

> En la entidad X se desea adquirir un software. Para ello se hace una licitación en donde se especifica marca del software (debido a que es la misma de los equipos de cómputo) y se describe uno que precisamente coincide con el último que se ha diseñado por la compañía Y (la misma de los equipos de cómputo).

Usualmente, se identifica por la incorporación de marcas, nombres de empresas, productos muy específicos, entre otros. El común denominador en esta tipología es que la inclusión de estas características o descripciones no encuentra explicación o justificación técnica.

- Se determinan características sin sustento

También es usual que se incluyan condiciones o características que, al igual que en el caso anterior, no tienen una explicación lógica o técnica de cara al objeto que se requiere. La diferencia con aquella es que no suele ser por una descripción excesiva, sino que se trata de unas pocas características extrañas al mercado de que se trata y que casualmente cumple uno de los proponentes. Es usual que a esta característica se asigne un mayor puntaje (que hará la diferencia al momento de evaluar las propuestas):

> En la entidad X se desea realizar un proceso de obra pública para la readecuación de los andenes en una zona de la ciudad. Para ello se abre un proceso de licitación en que, entre otros, se incluye un puntaje adicional a quien acredite experiencia específica en la "elaboración de andenes".

Dentro de las más comunes se evidencian precisiones o especificaciones frente a género, edad, o experiencia específica.

- Se genera falsa competencia

También ocurre, principalmente cuando no se trata de procesos abiertos y competitivos, que se definen unos límites o procedimientos en los manuales de contratación: *p. ej.* la exigencia de al menos 3 cotizaciones. Con ello, y con el interés de beneficiar a un potencial candidato, se presentan alternativas que no son competitivas y que arrojan como única propuesta válida la de quien se desea favorecer:

Para una consultoría en derecho ambiental en la entidad X se allegan las hojas de vida de Paula, Sara y María. Paula es abogada experta en derecho ambiental con maestría en medio ambiente y con experiencia de 10 años en la materia. Sara es abogada recién graduada, cuya práctica desarrolló en el Ministerio de Medio Ambiente. Finalmente, María es ingeniera, pero ha dedicado parte de su experiencia al cuidado del medio ambiente.

- Se requieren elementos adicionales de último momento

En otros supuestos, el direccionamiento se genera por la variación intempestiva de condiciones que afecta a algunos proponentes quienes no alcanzan a cumplir, con lo que se reducen las alternativas de competencia al favorecer a aquél que al parecer conocía de las condiciones con antelación.

En la entidad X se abre un proceso de licitación. Al Faltar dos días para el cierre, se genera un nuevo requisito que supone un análisis de fondo y contenido sobre la propuesta a estructurar, y no se amplía el plazo. Finalmente, dos de los proponentes no alcanzan a modificar y adecuar sus propuestas.

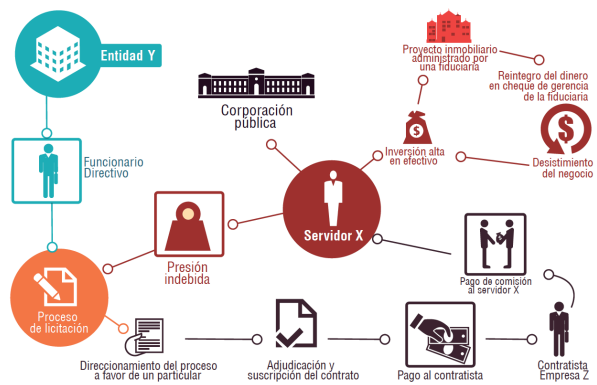
- Tráfico de influencias para la asignación de contratos

Puede acudirse a una o varias de las anteriores, en algunas ocasiones, derivado de un tráfico de influencias precedente:

> "El servidor utiliza de manera indebida su posición como miembro de una corporación pública para presionar el direccionamiento de un proceso precontractual e incidir en la adjudicación de una licitación a favor de un proponente en particular; afectando de

manera grave los principios de selección objetiva, transparencia, responsabilidad, igualdad y economía, previstos en el estatuto de contratación pública, y poniendo en grave riesgo la prestación de un servicio directamente relacionado con la satisfacción de necesidades básicas de una colectividad.
El servidor se beneficia del pago de comisiones y otro tipo de beneficios que recibe del proponente que fue favorecido en el proceso"[73].

74



Gráfica 5. Grafo Tipología No. 1 – Tráfico de influencias para la adjudicación de contratos. UNODC. 2015.

- La evaluación irregular

Existen casos en que el direccionamiento o favorecimiento se ve representado en trámites irregulares, indebidas o ilegales exclusiones de proponentes o manipulación de los procesos de evaluación.

De esta forma, la irregularidad se identificará en los procesos o trámites de evaluación en que se evidenciará, entre otros: (i) ausencia de criterios claros de calificación; (ii) inclusión de criterios abiertos o abstractos que dejan a la voluntad del evaluador la selección de la mejor oferta; (iii) manipulación de los procesos de evaluación; (iv) falsedades en los criterios de evaluación; entre otros.

En la entidad X se abre un proceso de licitación para desarrollar obra pública. A la misma se presentan Gloria y Stephan. Al momento de evaluar quien tiene mayor experiencia, ofrece mayores garantías en términos de calidad y con un precio justo y adecuado es Stephan. Sin embargo, uno

de los elementos de evaluación es "propuesta abierta: el plus que aporte el potencial contratista" para lo que Stephan desarrolla un elemento en el contrato derivado de las actividades principales y Gloria promete la transferencia de un inmueble. Al final, siendo este el criterio de mayor puntuación, se le asigna el contrato a Gloria.

Claramente, en este caso, se trata de un criterio abierto o abstracto que permite al evaluador adoptar una decisión arbitraria en contravía de la selección objetiva.

Tipología No. 8 – Falsos Proponentes

En algunos casos quienes figuran presentando propuestas u ofertas con una expectativa de contratar con el Estado no son los reales beneficiarios de las mismas. En algunos casos se ocultan otras circunstancias por diversos fines:

- Oferentes de relleno

Existen personas con expectativas legítimas de llegar a contratar con el Estado pero que por sus propios medios no son capaces de tener una posibilidad real.

Para ello, ingresan hojas de vida de terceros (con o sin su consentimiento) para, con ello demostrar una mayor capacidad de contratación o volverse más atractivos para el Estado, personas quienes en realidad no tendrán participación o siquiera interés en contratar.

Gerardo, nuevo en el mercado, desea acceder a un contrato con el Estado. Para ello solicita a Cristina y Sofía que faciliten sus hojas de vida para la propuesta, quienes tienen amplia experiencia en la materia, y a cambio les ofrece una suma de dinero, sin que tengan que participar del contrato que ejecutará únicamente Gerardo.

- El proponente oculto

También ocurre que, en ocasiones, quienes figuran visibles en los procesos de contratación no son quienes realmente se benefician o harán parte de

los contratos. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando se incurre en causal de inhabilidad o incompatibilidad, cuando existen propósitos ocultos o desleales (ilegales incluso), u otros. Normalmente, se actúa a través de terceros, intermediarios o creando nuevas personas jurídicas.

Pedro, propietario de un establecimiento de comercio y agente de seguros independiente actúa en representación de una aseguradora en virtud de un contrato mercantil suscrito con esta. Dada su calidad de intermediario de seguros, el agente es quien negocia directamente con la administración (tomador) y suscribe el convenio correspondiente. En este caso lo hizo un empleado suyo, con la utilización de su clave y sello, motivo por el cual al señor Pedro le fue pagada la comisión respectiva y es, indirectamente, el contratista. Dado que sobre él recaía una inhabilidad, incurre en el delito[75].

Incluso, algunas personas para ocultar alguna característica o situación pasada, actúa a través de una persona jurídica, o cambia el nombre o figura societaria, o incluso se acude a la subcontratación.

Tipología No. 9 – Adjudicación Irregular

Aun cuando esta tipología se puede dar como consecuencia de varias de las antes dispuestas, se centra esta tipología en los escenarios en que se adjudica de manera irregular un determinado contrato.

Para ello, se insiste, se pueden emplear una o varias de las formas previamente anotadas, pero, además:

- Adjudicar el contrato a la oferta de precio artificialmente más bajo o de mayor cantidad, para beneficiar al oferente, y luego realizar ajustes a los precios o valores pactados en el contrato invocando el equilibrio contractual;

- Un funcionario solicita o recibe el pago de un soborno para adjudicar el contrato a un determinado proponente;

Tipología No. 10 – Hechos cumplidos

Existen supuestos en donde se transgrede de manera flagrante el principio de economía y como tal la preclusividad de las etapas. Se omiten los diferentes requisitos previstos para el contrato y se realizan con posterioridad o se legalizan hechos que ya se han cumplido.

Claramente esta tipología constituye el delito de celebración sin el lleno de los requisitos legales esenciales.

Señales de Alerta

- Objetos que parecieren ser irrelevantes o innecesarios.
- Objetos de mayor prioridad abandonados o sin expectativas de contratos a corto, mediano o largo plazo.
- Situaciones de necesidad en una determinada región, comunidad o entidad sin atender.
- Se presentan adiciones, suspensiones, prórrogas o similares en la fase de ejecución (normalmente responde a problemas en la planeación).
- Se generan sobrecostos u otras situaciones que implican mayores gastos en el desarrollo de una obra o actividad.
- Existen incumplimientos o retrasos en la ejecución de la obra.
- Existencia de intereses de índole político en la gestión de la entidad.
- Modificaciones excesivas del plan anual de adquisiciones en un período de tiempo corto.
- Fluctuaciones irregulares en la contratación de la entidad que coinciden con las dinámicas propias de los procesos electorales.
- Adjudicación de contratos en una alta proporción al mismo proponente.
- Siempre se trata de los mismos proponentes.
- Pocos proponentes en un proceso de selección.
- Retiros intempestivos de ofertas en procesos de selección.
- Cambio de condiciones de oferta de un proceso a otro por parte de un mismo proponente.
- Adjudicación de contratos por valores significativamente mayores a los precios de mercado de los bienes o servicios en cuestión.
- Ambigüedad y generalidad en los términos de referencia de la contratación, modificaciones injustificadas de los mismos y/o cambios en la modalidad de contratación, que impiden la pluralidad de oferentes.
- Los funcionarios encargados de estructurar el proceso de contratación no cuentan con el perfil para desarrollar estas funciones.
- Cambios repentinos e injustificados de los funcionarios responsables de estructurar el proceso de contratación.

- Celebración de contratos en épocas sospechosas (concentración a final de año).
- Objetos injustificados o repetitivos en los procesos de contratación de una entidad.
- Contratos a través de mecanismos de selección con menores controles (*p. ej.* contratación directa). Revisión de casos de urgencia manifiesta, contratos o convenios interadministrativos, entre otros.
- Procesos que se adelantan con diligencia extrema.
- Procesos que inicialmente muestran dificultades y de un momento a otro se solventan.
- Condiciones o requisitos sin justificación en los procesos de selección.
- En la ejecución no se ve la presencia de algunos de los contratistas que confluyeron a presentar ofertas.
- Desigualdad o desproporción manifiesta entre los integrantes de una oferta (experiencia, capacidades, etc.).
- Coincidencias de socios de las personas jurídicas proponentes.
- Abandono de la obra por infraestructura innecesaria.

¿Qué podría hacer?

- Lo primero que se debe hacer es establecer si se está o no frente a un contrato estatal.
- Una vez definido que se trata de un contrato estatal, se debe definir el régimen jurídico que le es aplicable (para ello se sugiere revisar el régimen que destaca el mismo contrato o que se define en los estudios previos, y con ello cotejar frente a la normatividad correspondiente).
- Es importante definir los responsables y personas intervinientes en cada una de las fases del contrato.
- Se debe definir en qué etapa se configura la conducta.
- Se debe recordar que la mayoría de las conductas que se presentan en la fase precontractual tienen sus manifestaciones o impactos en la fase contractual.
- Previo a requerir los documentos del caso, se sugiere verificar adecuadamente la teoría del caso que se plantea (hipótesis delictiva) pues de lo contrario se obtendrán documentos en exceso que perjudicarán el avance efectivo de la actuación.
- Es de gran utilidad acudir a entrevistas e interrogatorios como una forma de indagar sobre lo ocurrido de forma previa a la obtención de la información documental.
- Hacer estudios de costos/ precios para establecer sobrecostos.

- Verificar si se configura un tipo penal adicional a los relacionados con la actividad de contratación (*p. ej.* peculado).
- Se sugiere verificar lo que es exigible de cara al Modelo Integrado de Planeación y Gestión, Plan Anticorrupción y de Atención al Ciudadano, Ley de Archivo y Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, como forma de determinar responsables, obligaciones incumplidas y en todo caso conocer cómo responder ante eventuales excusas.
- Verificar responsables de hecho (aun cuando no obren delegaciones expresas).
- Indagar escenarios de delegación o desconcentración en especial forma de selección de las personas a cargo y vigilancia de la actividad de estas.
- Importante conocer procesos de formación y capacidades e idoneidad técnica de quienes intervienen en los procesos de selección.
- Investigación de bienes y análisis contable para verificar los movimientos de dinero de los anticipos.
- Buscar nexos económicos, financieros y societarios entre los proponentes.
- En investigaciones por varios contratos, establecer líneas de investigación por cada objeto.
- Verificar idoneidad y labores ejecutadas por interventores y supervisores y buscar, si es el caso, responsabilidad en su actuar.
- Verificar consistencia de los estudios previos.

5. Principales tipologías en la etapa contractual

Tipología No. 1 – Apropiación del anticipo

En este caso conviene diferenciar lo que concierne al pago anticipado de lo que es el anticipo. En el primero de los casos existe una transferencia real del pago y como tal el contratista es señor y dueño de este, y disponer del mismo.

Cuando se trata de un anticipo, son recursos del Estado, que mantiene su titularidad, y el contratista obra como administrador del mismo:

> "La diferencia entre estos conceptos está dada por la destinación que debe darse a dicha suma "puesto que mientras el anticipo se entrega al contratista para que este invierta en la ejecución del contrato y por ello no ingresa al patrimonio del contratista sino que sigue perteneciendo a la entidad que lo gira, el pago anticipado, es simplemente la remuneración entregada antes de que se cumplan las obligaciones contractuales del contratista, de modo que puede ser gastada por este sin ninguna limitación (...)"[76].

Esta tipología supone una apropiación o indebida amortización del anticipo, o desviación de recursos de este para objetos o contratos diferentes.

Con ello, se configura el tipo penal de peculado por apropiación -siempre que se trate de servidor público a la luz del art. 56 de la Ley 80 de 1993 y su desarrollo jurisprudencial – o un delito de abuso de confianza en este caso calificado por tratarse de bienes del Estado.

Tipología No. 2 – Supervisor o interventor desleal

El supervisor de contratos, conforme se aclaró en el primer aparte del documento, asume -entre otros- la supervisión técnica, administrativa, jurídica, contable y financiera del contrato. Es garante de la transparencia y moralidad en la contratación, y tiene una serie de funciones asignadas que se orientan a salvaguardar el patrimonio Estatal.

Cuando el supervisor (o el interventor: cuando hay lugar a esta figura en los términos de la Ley 1474 de 2011) omite su rol (por variadas razones) impide el cumplimiento de los objetivos de la contratación estatal y conlleva a un riesgo de corrupción el contrato.

> "Quien es designado como supervisor de un contrato, asume su rol de manera negligente olvidando que actúa como "administrador" y que de él se exige una conducta transparente y leal (...)"[77].

Se traen algunos supuestos:

- El que no se esfuerza por saber

La asignación del supervisor suele depender de variados factores que no necesariamente guardan relación con el conocimiento del tema específico o la experticia en materia de contratación estatal.

Es usual que en estos casos se aluda a la ausencia de conocimiento o ignorancia sobre aspectos concretos

> "(...) El supervisor alega como justificación de un acto incorrecto el "no saber qué se hace como supervisor".
> Sin embargo, es importante recordar que se actúa en representación del Estado, se administran bienes ajenos y como tal se exige de la mayor diligencia y cuidado en el desarrollo de las actividades a cargo. Ahora, existe un acto de corrupción cuando el funcionario no se preocupa por actualizar su conocimiento, entender la dinámica y alcance de sus obligaciones, ahondar en el cumplimiento de ellas, y como tal "no se esfuerza por saber"[78].

Alfredo supervisor del contrato suscrito con Mariana recibe una entrega parcial y con ello autoriza el giro del pago correspondiente. Sin embargo, luego se evidencia que lo que entregó Mariana no cumplía con los requisitos exigibles para lo que alega Alfredo desconocer sobre la materia y haber confiado legítimamente en el contratista.

Este aspecto adquiere relevancia dada la complejidad de las normas aplicables en materia de contratación estatal. Incluso, existen antecedentes en la jurisprudencia en que se ha reconocido la existencia de **error de prohibición** y en otros casos de un **error de tipo**.

La existencia de un error de tipo se sustenta sobre la ausencia de dolo al partir del supuesto que el funcionario desconoce que la decisión o la contratación que se adelante conlleva a una celebración sin el lleno de los requisitos legales esenciales, por considerar que se cumple con todos ellos derivado de la asesoría profesional recibida. Sin embargo, de manera más reciente y con mayor acogida se ha hablado de un error de prohibición en que se traslada la discusión a un análisis de culpabilidad por desconocimiento de las normas aplicables al caso concreto y que se torna invencible cuando se cuenta con la asesoría y acompañamiento de un profesional que así lo indica. Se citan los apartes jurisprudenciales pertinentes:

> "Según se indicó en párrafos anteriores, la estructura típica del tipo penal en blanco de celebración de contratos sin cumplimiento de requisitos legales tiene una alta carga de complejidad que se refleja en la necesidad de articular a la tipicidad los requisitos que deben cumplir los convenios interadministrativos, los cuales, para el momento de comisión de la conducta, admitían distintas y aceptables interpretaciones.
> (...)
>
> En ese orden, si la tipicidad básica del artículo 410 de la Ley 599 de 2000 se complementa con normas que, se insiste, admitían para esa época -seguramente hoy la cuestión sea distinta— diversas lecturas en relación con los requisitos de validez de los convenios interadministrativos, la posibilidad de incurrir en error acerca de esas exigencias hay que examinarla en el marco del estado del arte de esa época y en la concreta posibilidad de actuación para ese entonces, que como se indicó, influyeron decisivamente en la suscripción del convenio por fuera del marco general de la Ley 80 de 1993 y del Decreto 855 de 1994, en el convencimiento de que ello era posible y legal.
>
> Pues bien:
>
> Dogmática y jurisprudencialmente se sostiene que, si el error recae sobre normas complementarias del tipo penal en blanco, el error es de prohibición, caso en el cual, si es invencible, la conducta es impune por falta de culpabilidad, mientras que, si es vencible, la pena se reduce a la mitad (numerales 10 y 11 del artículo 32 del Código Penal). No obstante, en determinados eventos y dependiendo de la situación concreta, es posible asignar las consecuencias del error invencible sobre las normas complementarias del tipo, a la manera como se suelen solucionar casos límite, por las razones que en seguida se expondrán.

De acuerdo con la interpretación que ha hecho la Sala del artículo 410 del Código penal, "el núcleo y el complemento integran una sola disposición", de manera que, bajo esa lógica conceptual, habría que desgajar el objeto de valoración para concluir que si el error recae sobre el núcleo de la conducta se está ante un error de tipo, pero si recae sobre las normas de complemento, se trata de un error de prohibición.

Según esta última posibilidad, el error acerca de la ley complementaria sería un problema de conocimiento de la ley, y en este caso en particular, de un "error de subsunción", consistente en que el agente conoce la norma, pero la considera no aplicable, en este caso debido a la inocultable y puntual influencia de la asesoría especializada que en esa materia recibió.

Pero, si se asume, como lo ha expresado la Sala, que "el núcleo y el complemento integran una sola disposición", es posible admitir que el error que recae sobre las normas complementarias "desintegra el tipo" y por tanto la tipicidad, con lo que, el error invencible sobre las normas que complementan la descripción del artículo 410 del Código Penal podría solucionarse a la manera de un error de tipo y en consecuencia asumir que la conducta es impune si no está prevista en la ley la modalidad culposa. (...)

Véase que, en este caso, la posibilidad admisible de que la acusada haya obrado bajo error, se deriva del hecho de que no infringió el deber de información acerca de la norma aplicable, sino que fue la asesoría profesional y razonable, no solo del doctor RR, la que indujo a suscribir en los términos expuestos los convenios, juicio que, en las condiciones expuestas no se ofrece vencible, caso en el cual si serían distintas las consecuencias en materia de error de tipo y de prohibición"[79].

"Como se destacó, el error de tipo se califica como invencible cuando no es posible superar esa errada interpretación ni aun actuando de forma diligente y cuidadosa. Para la determinación de este aspecto debe mediar la consideración del entorno en el que se desarrollaron los hechos, así como las condiciones personales del funcionario.

En este evento, si bien para la época de los hechos el ex alcalde solo tenía la profesión de médico, razón por la cual para los asuntos legales y técnicos recibía la asesoría de sus secretarios jurídico y de planeación, su anterior calidad de concejal del municipio vinculado por tanto a la materia pública hacen viable considerar

que esa falsa representación que tenía respecto del cumplimiento de los requisitos para conformar la UT, la habría podido superar con un esfuerzo factible para adquirir el conocimiento adecuado.

No obstante, como ante el error de tipo vencible la conducta solo será punible cuando la ley la hubiera previsto como culposa, en este evento la comisión del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales no será sancionada pues no prevé esta modalidad y por tanto se precluirá la investigación por el hecho imputado, al configurarse la causal de ausencia de responsabilidad prevista en el artículo 32 numeral 10 del C.P."[80].

Ahora, este no puede ser un reconocimiento genérico aplicable de forma arbitraria a los eventos en que se alegue el desconocimiento. Se debe recordar que se ha reconocido en escasos escenarios y como tal se debe prever el desarrollo jurisprudencial pertinente, pero que en cada específico asunto supone verificar:

- Claridad de las disposiciones normativas a la fecha del contrato.
- Rol que ocupa la persona que es objeto de investigación penal.
- Conocimiento y experiencia del sujeto que se investiga. y
- Actividad desplegada en orden a determinar solventar un posible error en que se haya incurrido.

- El buena gente

En este caso, el supervisor omite el rol y olvida que representa al Estado, y adopta decisiones propias de señor y dueño que no le competen para beneficiar al contratista:

"En este caso, quien ejerce como "supervisor" dentro del contrato, por ser "buena gente" con el contratista, omite cumplir su función. Se ven casos como, (i) ausencia de imposición de multas; (ii) ausencia de seguimiento juicioso del contrato "confiando en la palabra del contratista"; (iii) autorización de pagos de productos

no entregados o que no cumplen con los requisitos de calidad o en general sobre los que se contrató; (iv) permisividad con el contratista y autorización injustificada de prórrogas, suspensiones, adiciones; entre otros"[81].

> Esmeralda se encuentra supervisando el contrato que ejecuta Alfonso. Alfonso se ha retrasado notablemente en el ejercicio de las actividades a su cargo y para ello solicita una suspensión del contrato, período durante el cual espera ponerse al día con la ejecución. Esmeralda, prefiere optar por esta opción bajo el compromiso de palabra del contratista, por lo que no solo no reporta el incumplimiento, omite el cobro de la multa, sino que además se presta para que se autorice la suspensión que se sustenta – supuestamente- en hechos imprevisibles de modificación de los precios de la materia prima evitando sobrecostos al Estado.

Así las cosas, podrían configurarse variedad de conductas punibles al depender del actuar del funcionario. Por ejemplo:

- Si sus decisiones son manifiestamente contrarias a derecho podría configurarse el delito de prevaricato por acción o por omisión (dependiendo del supuesto).

- Si por cuenta de sus decisiones se impide el ingreso de sumas de dinero para el Estado (por ejemplo, no se impone una multa) se configura el delito de peculado por apropiación (revisar Tomo II Peculados).

- Se reciben productos que no cumplen con las condiciones de calidad o con los requisitos descritos en las especificaciones técnicas, y con ello se habilita un pago se configura el delito de peculado por apropiación (revisar Tomo II Peculados).

- Se adoptan decisiones que favorecen al contratista, por ejemplo, a cambio de sobornos o coimas, se configura el delito de interés indebido en la celebración de contratos.

- El negociante

En algunos casos la conducta del supervisor deriva de la existencia de un soborno o incentivo precedente, al obtener un beneficio de la indebida ejecución de su rol o labor

"En este caso quienes participan en la actividad de contratación (en cualquiera de sus etapas), en lugar de concentrarse en este rol, se centran en buscar oportunidades de "negocios" o "ganancias" adicionales. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando se recibe un soborno para asignar un contrato, se obtienen beneficios económicos derivados de una supervisión desleal, entre otros"[82].

Luz María acuerda con Camilo una adición al contrato a cambio de una suma de dinero que recibiría si se consigue este propósito.

- El sobrecosto

También puede ocurrir que se de viabilidad a la incursión en mayores cantidades de obra, suspensiones, prórrogas, adiciones u otros que impliquen retrasos injustificados o sobrecostos.

- El omiso

En algunos casos, puede ser derivado de un desinterés o simple irresponsabilidad, el posible que el supervisor omita su rol o gestión o no la realice de manera adecuada.

Ello es relevante pues por tratarse de un garante por virtud de lo dispuesto en la Ley 1474 de 2011, puede atribuírsele responsabilidad a título de omisión (en especial revisar la procedibilidad en el caso concreto de dolo eventual).

Tipología No. 3 – El contrato como medio para...

En estos eventos el contrato se utiliza como un medio para la realización de otras conductas punibles. Es posible que a través de este se oculten actividades ilegales, se laven activos o se cometan otras conductas delictivas que tienen alguna apariencia de legalidad por encontrarse enmarcadas en una actividad de contratación con el Estado.

> Una organización ilegal dedicada al tráfico de estupefacientes decide contratar con el Estado a través de una asociación público-privada en condiciones extrañamente favorables a la Administración (muy económico conforme a los precios del mercado). Realiza la inversión con aportes propios y luego obtiene el pago producto de la operación. Los recursos que ingresa los aporta de sus actividades ilegales, con lo que el contrato se constituye el medio de lavado de activos.

Tipología No. 4 – La Estafa

Debemos recordar que se ha reconocido en la jurisprudencia la figura de la estafa contractual en donde el contrato se edifica como el mecanismo o medio engañoso por el cual se obtiene un acto de disposición patrimonial (en este caso que deriva del pago del contrato).

La estafa se encuentra consagrada en el artículo 246 del Código Penal.

Se trata de una conducta de sujeto activo indeterminado.

El sujeto pasivo es quien es titular del bien jurídico tutelado (que en este caso es el patrimonio económico) y que en el marco de la estafa es quien dispone haciendo una entrega de su patrimonio como consecuencia del engaño a que es sometido y como tal puede ser el Estado.

El verbo rector, consiste en obtener. Asimismo, para que se configure la conducta, debe mediar un acto de inducción o mantenimiento en error al sujeto

pasivo, mediante artificios o engaños. Los artificios y engaños son los medios o las herramientas a través de las cuales el infractor de la norma penal se sirve para cometer el delito. Son, como se puede inferir, el elemento constitutivo del delito de estafa, ya que sin ellos no habría disposición patrimonial por medio del error sobre el sujeto pasivo. Sobre los artificios o engaños ha manifestado la jurisprudencia nacional lo siguiente:

> "Ahora bien, frente a la estructuración de la mencionada conducta punible, no se discute hoy en día que el medio engañoso debe tener idoneidad para inducir en error a la víctima y obtener de esa manera provecho patrimonial ilícito con perjuicio ajeno"[83].

Es decir, el error a través del cual se realiza la respectiva disposición patrimonial debe darse a través de un medio que tenga la contundencia o idoneidad suficiente para que la víctima del delito sea engañada o siga manteniéndose en este estado de error.

No cualquier artificio o engaño es apropiado para la consecución de este estado de distorsión con la realidad: para saber si esta idoneidad es predicable en el caso concreto, hay que analizar el contexto bajo el cual se dio y la persona sobre la cual recayó.

En este orden de ideas, se configuraría el delito de estafa dentro de lo que se ha denominado estafa contractual y valiéndose del contrato para evidenciar una falsa apariencia de un negocio que nunca se iba a realizar o a cumplir.

Tipología No. 5 – Otras modalidades

Así mismo, cabe mencionar otros posibles aspectos que pueden surgir en la etapa contractual y que podrían dar lugar a otros punibles (no necesariamente dentro de los delitos de celebración indebida de contratos):

- Se debe evaluar todo lo concerniente al objeto contractual, principalmente en términos de posibles apropiaciones, sobrecostos, u otros; conductas que configurarían los tipos penales de peculado por apropiación.

- Es usual que en esta etapa se incurra en fraude procesal. Por ejemplo, para que el Estado de aplicación alguna de las cláusulas exorbitantes (modificación, interpretación o terminación unilateral); para que se conceda un equilibrio económico

del contrato o en general para que se adopte cualquier otra determinación derivado de un engaño.

- También se debe observar la posible incursión en falsedades en todas sus modalidades para diversos fines. Por ejemplo, a partir de una falsa amortización del anticipo, acreditación falsa de experiencia, pago de seguridad social fraudulento; demostración de costos adicionales u otras circunstancias; entre otros.

Señales de Alerta

- Ausencia de procedimiento o capacitación específica para supervisores de contratos.
- Relaciones personales entre supervisores y contratistas de tiempo atrás y evidencias de exceso de confianza en el trato entre las partes.
- Concentración de poder en pocos funcionarios de la entidad para los procesos de contratación (ausencia de controles).
- Tiempo prolongado de un mismo funcionario en un mismo cargo.
- Aprobación de adiciones, suspensiones, prórrogas u otros.
- Aquí también resultarías aplicables varias de las que se analizaron en la etapa precontractual.

¿Qué podría hacer?

- Es importante definir los responsables y personas intervinientes en cada una de las fases del contrato.
- Se debe definir en qué etapa se configura la conducta.
- Se debe recordar que la mayoría de las conductas que se presentan en la fase precontractual tienen sus manifestaciones o impactos en la fase contractual. Se deben diferenciar los que sí corresponden a esta etapa.
- En todo caso, se debe contemplar la posible existencia de concurso con otros delitos como es el caso de peculado por apropiación (*p. ej.* por incumplimiento del objeto).

6. Principales tipologías en la etapa poscontractual

Tipología No. 1 – Favorecimiento

La liquidación del contrato es una etapa prevista al finalizar el término de ejecución y que se surte de manera conjunta por la entidad del Estado y el contratista, y en imposibilidad de ello de forma unilateral por el Estado:

> "(...) actuación administrativa posterior a la terminación de contrato, por cuyo medio las partes verifican en qué medida y de qué manera cumplieron las obligaciones recíprocas de él derivadas, con el fin de establecer si se encuentran o no a paz y salvo por todo concepto derivado de su ejecución(...)"[84].

En algunos casos esta etapa se ha empleado para favorecer, de manera indebida, al contratista. Ello puede ocurrir por diversos motivos:

- Desconocimiento de temas o elementos pendientes por parte del contratista y declaratoria irregular de un estado de paz y salvo con lo que se podría incurrir en un peculado por apropiación.
- Reconocimiento de sumas de dinero falsamente adeudadas al contratista, al incurrir en sobrecostos y favorecimientos irregulares.
- Reconocimiento de obras adicionales que no se habían autorizado o legalizado.

Aun cuando Sofía no había entregado la totalidad de las actividades derivadas del contrato celebrado con la entidad X, en la liquidación se deja constancia de la entrega a satisfacción y el estado a paz y salvo.

Tipología No. 2 – El conformista

El contrato no cesa con la terminación y es importante estar atento a las actividades que se pueden desprender de la etapa postcontractual o en todo caso para el desarrollo o empleo de lo que se ha contratado.

En esta tipología se identifican diferentes modalidades:

- Se recibe a satisfacción lo que no cumple a cabalidad los requisitos contratados (se declara a paz y salvo aun cuando no debió darse ello por sentado - posible peculado por apropiación).

- Se renuncia a la exigencia de elementos pendientes, actividades u otros y a pesar de ello se autoriza el pago o reconocimiento a paz y salvo (posible peculado por apropiación).

- Se contrata un producto, bien o servicio que se archiva o guarda y pierde vigencia, capacidad de empleo u otros.

> Juan José contrata un censo para conocer a quienes puede ir y cobrar unos recursos del estado (fondos parafiscales). Sin embargo, en la planeación se dispone la contratación, se recibe el producto contratado y pasan 3 años antes de emplear el censo con lo que ha perdido vigencia y surge la necesidad de celebrar un nuevo contrato con el mismo objeto.

- No se verifica a tiempo la utilidad, servicio o cumplimiento efectivo del bien o producto contratado, y cuando se percata de ello han vencido las oportunidades de cobro (vencimiento de pólizas, caducidad de acciones, u otros).

- En este caso, también puede ocurrir que, conociendo de ello, se omita el ejercicio o cobro efectivo de las obligaciones pendientes, de las pólizas disponibles o el ejercicio de las acciones legales en los tiempos previstos para ello.

7. Jurisprudencia celebración indebida de contratos

A continuación, de manera esquemática se traen a colación algunas de las principales y más recientes sentencias en materia de celebración indebida de contratos:

Celebración indebida de contratos		
Fecha	**Cita**	**Contenido relevante para celebración indebida de contratos**
17/01/2018	CSJ. Cas. Penal Auto 17/01/2018 MP Eyder Patiño Cabrera (51.784).	• Antijuridicidad del delito de celebración sin el lleno de los requisitos legales esenciales.
15/12/2017	CSJ Cas. Penal Auto 15/12/2017 MP Eyder Patiño Cabrera (45.023).	• Elementos del delito de interés indebido en la celebración de contratos. • Delito de mera conducta. • Bien jurídico tutelado.
30/11/2017	CSJ. Cas. Penal Sent. 30/11/2017 MP Luis Antonio Hernández Barbosa (29.726).	• Elementos del delito de celebración de contratos sin el lleno de los requisitos legales esenciales. • Tipo penal en blanco. • Admisibilidad del error de prohibición (orientación profesional y dificultad de entendimiento de la norma de referencia).
08/11/2017	CSJ. Cas. Penal Sent. 08/11/2017 MP Luis Guillermo Salazar Otero (47.318).	• Elementos del delito de celebración de contratos sin el lleno de los requisitos legales esenciales. • El Certificado de Disponibilidad Presupuestal y el Registro Presupuestal y la procedencia del delito ante su omisión o por celebrar un contrato que excede en su valor.
08/11/2017	CSJ. Cas. Penal. Sent. 08/11/2017 MP Eugenio Fernández Carlier (43.263).	• Elementos del delito de celebración de contratos sin el lleno de los requisitos legales esenciales. • Etapas que cobija (tramitación, celebración y liquidación). • Análisis de algunas modalidades del delito. • Principio de planeación (Análisis o estudio de conveniencia: requisito esencial del contrato). • Concepto de la Adición de Contrato y las diferencias con el Contrato Adicional. • Plan de manejo ambiental y licencia ambiental como requisitos previos. • Dolo (elemento subjetivo). • Delegación y desconcentración no deriva en la ausencia de responsabilidad del encargado de la contratación / Principio de confianza legítima en escenarios de contratación. • Antijuridicidad.

01/11/2017	CSJ Cas. Penal Sent. 01/11/2017 MP José Luis Barceló Camacho (48.978)	• Elementos del delito de violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades. • Tipo penal en blanco. • Cobija la celebración directa o indirecta del contrato (intermediario).
11/10/2017	CSJ Cas. Penal Sent- 11/10/2017 MP Patricia Salazar Cuellar (44.609)	• Elementos del delito de celebración de contratos sin el lleno de los requisitos legales esenciales. • Elementos del interés indebido en la celebración de contratos. • Posibilidad de concurso (real o aparente) entre ambas conductas – presupuestos (constituyen formas semejantes de desvío de poder). • Etapas en las que proceden.
11/10/2017	CSJ Cas. Penal Sent. 11/10/2017 MP Luis Antonio Hernández Barbosa (SP 16.622)	• Intervención en el trámite contractual – inoperancia de cumplimiento de orden legal.
13/09/2017	CSJ. Cas. Penal Sent. 13/09/2017 MP Luis Antonio Hernández Barbosa (47.724)	• Requisitos legales esenciales • Atipicidad de la conducta de celebración sin el lleno de los requisitos legales esenciales.
30/08/2017	CSJ. Cas. Penal. Auto 30/08/2017 MP José Luis Barceló Camacho (50.955)	• Elementos del delito de celebración de contratos sin el lleno de los requisitos legales esenciales.
23/08/2017	CSJ Cas. Penal Auto 23/08/2017 MP Patricia Salaz Cuellar (49.592).	• Elementos del delito de interés indebido en la celebración de contratos.
05/07/2017	CSJ Cas. Penal Auto 05/07/2017 MP Eugenio Fernández Carlier (50.605).	• No se exige la obtención de provecho o la causación de un perjuicio al Estado en el delito de celebración sin el lleno de los requisitos legales esenciales. • Etapas en que procede el delito.
24/05/2017	CSJ Cas. Penal Sent. 24/05/2017 MP Patricia Salazar Cuellar (49.819).	• Parámetros del delito de celebración de contrato sin el lleno de los requisitos legales esenciales: (i) etapa en que procede; (ii) no basta la alusión genérica a los principios; (iii) debe considerarse el tipo de contratación y el régimen que le es aplicable. • Tipo penal en Blanco – norma de remisión. • No basta afirmar el abstracto desacatamiento de uno de esos principios para predicar la existencia del delito, sino que es necesario que el axioma desconocido esté ligado a un requisito de carácter esencial propio del respectivo contrato y definido como tal previamente por el legislador. • Requisitos legales esenciales. • Régimen aplicable en el caso de ESE.
07/04/2017	CSJ Cas. Penal Auto 07/'4/2017 MP Eyder Patiño Cabrera (44.712).	• Elementos del delito de celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales esenciales • Bien jurídico protegido

23/03/2017	CSJ Cas. Penal Auto 23/03/2017 MP Eugenio Fernández Carlier (34.282 A)	• Concurso aparente entre los delitos de interés indebido en la celebración de contratos y celebración de contrato sin el lleno de los requisitos legales esenciales.
22/03/2017	CSJ Cas. Penal. Sent. 22/03/2017 MP Luis Antonio Hernández Barbosa (40.216)	• Elementos del delito de celebración de contratos sin el lleno de los requisitos legales esenciales. • Trámite de contratación en la prestación de servicios de salud (régimen especial de contratación directa). • Tipo penal en blanco. • Fraccionamiento de contratos: es viable por razonables motivos de interés público.
25/01/2017	CSJ Cas. Penal Sent. 25/01/2017 MP Patricia Salazar Cuellar (48.250)	• Etapas en que procede el delito de celebración de contrato sin cumplimiento de los requisitos legales esenciales. • El registro presupuestal es requisito de ejecución y como tal no conlleva a la comisión del delito de celebración sin el lleno de los requisitos legales esenciales. • Tipo penal en blanco. • Carácter de esencial de los requisitos legales esenciales. • Interventoría y su rol en la liquidación del contrato.
25/01/2017	CSJ. Cas. Penal. Auto 25/01/2017 MP Gustavo Enrique Malo Fernández (48.134).	• El delito de celebración de contratos sin el lleno de los requisitos legales esenciales no exige consecución de provecho ni la producción de un perjuicio a la administración.
18/01/2017	CSJ. Cas. Penal. Sent.18/01/2017 MP Patricia Salazar Cuellar (47.100).	• Lesividad de los delitos de interés indebido en la celebración de contratos y celebración de contratos sin el lleno de los requisitos legales esenciales no comporta concreción de un desmedro económico al Estado, sino la pretermisión de los principios constitucionales y legales que gobiernan la contratación estatal. • Principios rectores de la actividad de contratación estatal • Elementos del delito de celebración de contratos sin el lleno de los requisitos legales esenciales.
23/11/2016	CSJ Cas. Penal 23/11/2016 MP Patricia Salazar Cuellar (46.037).	• Contrato sin cumplimiento de los requisitos legales esenciales como tipo penal en blanco. • Requisitos legales esenciales: determinación (Teorías). • Aplica a las etapas de trámite, celebración y liquidación y no se extiende a la ejecución del contrato. • La póliza como requisito de ejecución del contrato. • Dolo.
12/09/2016	CSJ Cas. Penal Auto 12/09/2016 MP Eugenio Fernández Carlier (39.178).	• Elementos del delito de interés indebido en la celebración de contratos.

31/08/2016	CSJ Cas. Penal Auto 31/08/2016 MP Patricia Salazar Cuellar (46.076)	• Diferencias entre el delito de interés indebido en la celebración de contratos y contratos sin el lleno de los requisitos legales esenciales. • Antijuridicidad del delito de interés indebido en la celebración de contratos. • Diferencia entre el interés indebido / interés ilícito.
22/08/2016	CSJ Cas. Penal Auto 22/08/2016 MP Eugenio Fernández Carlier (44.655)	• Elementos del delito de celebración de contrato sin el lleno de los requisitos legales esenciales. • Tipo penal en blanco. • Verbos rectores del delito (modos alternativos de ejecución del delito). • Dolo. • Reconocimiento de un error de tipo.
29/06/2016	CSJ Cas. Penal Auto 29/06/2016 MP Fernando Alberto Castro Caballero (47.400)	• Interviniente – Delito de celebración sin el lleno de los requisitos legales esenciales.
04/05/2016	CSJ Cas. Penal. Sent 04/05/2016 MP Eugenio Fernández Carlier (41.009).	• Fraccionamiento de Contratos (explicación de la figura) y cómo constituye el delito de celebración de contratos sin el lleno de los requisitos legales esenciales.
25/04/2016	CSJ Cas. Penal Auto 25/04/2016 MP Eugenio Fernández Carlier (34282A).	• Diferencias entre el delito de interés indebido en la celebración de contratos y celebración sin el lleno de los requisitos legales esenciales.
13/04/2016	CSJ Cas. Penal Sent. 13/04/2016 MP Luis Guillermo Salazar Otero (38.878).	• El delito de celebración sin el lleno de los requisitos legales esenciales. • Tipo penal en blanco. • Contratación directa bajo falso supuesto de urgencia manifiesta.
11/04/2016	CSJ. Cas. Penal. Auto 11/04/2016 MP Patricia Salazar Cuellar (47.776).	• Fraccionamiento de Contratos y Celebración de Contratos sin el lleno de los requisitos legales esenciales.
06/04/2016	CSJ Cas Penal Auto 06/04/2016 MP Eugenio Fernández Carlier (44.655).	• Celebración sin el lleno de los requisitos legales esenciales. • Licitación.
06/04/2016	CSJ Cas. Penal Auto 06/04/2016 MP Gustavo enrique Malo Fernández (42.001).	• Diferencia entre interés indebido e interés ilícito. • Tipo penal de mera conducta. • Antijuridicidad. • Dolo
30/03/2016	CSJ Cas. Penal Auto 30/03/2016 MP Eyder Patiño Cabrera (47.416).	• Elementos del delito de interés indebido en la celebración de contratos. • Indicios para la prueba del interés indebido en la celebración de contratos. • Prueba del dolo. • Interés ilícito / interés indebido. • Tipo penal de mera conducta. • Bien jurídico tutelado. • Dolo.

24/02/2016	CSJ Cas. Penal Sent. 24/02/2016 MP Gustavo enrique Malo Fernández (40.627).	• Evolución del delito de Celebración sin el lleno de los requisitos legales esenciales. • Elementos. • Etapas que cobija del proceso de contratación. • Antijuridicidad. • Culpabilidad. • Principio de Confianza- Delegación y desconcentración en la actividad de contratación estatal.
10/12/2015	CSJ Cas. Penal Sent. 10/12/2015 MP Eugenio Fernández Carlier (37.345).	• Elementos del delito de violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades. • Tipo penal de mera conducta. • Tipo penal en blanco.
28/10/2015	CSJ Cas. Penal Sent. 28/10/2015 MP Eyder Patiño Cabrera (39.754)	• Elementos del delito de celebración de contratos sin el lleno de los requisitos legales esenciales. • Contrato Estatal_ definición.
30/09/2015	CSJ Cas. Penal Sent. 30/09/2015 MP Euder Patiño Cabrera (46.679)	• Demostración del dolo en el delito de celebración sin el lleno de los requisitos legales esenciales. • No existe exigencia en torno a la búsqueda de provecho ilícito para el propio agente, para el contratista o para un tercero.
08/07/2015	CSJ Ca. Penal Sent. 08/07/2015 MP Eugenio Fernandez Carlier (38.464)	• Elementos del delito de celebración sin el lleno de los requisitos legales esenciales. • Tipo penal en blanco.
16/04/2015	CSJ cas. Penal Sent. 16/04/2015 MP José Leonidas Bustos Martínez (44.719)	• Principios de la contratación estatal. • celebración de contratos sin el lleno de los requisitos legales esenciales.
22/02/2015	CSJ Cas. Penal auto 22/02/2015 MP Eugenio Fernández Carlier (42.042)	• Diferencias del delito de celebración de contratos sin el lleno de los requisitos legales esenciales con el de interés indebido en la celebración de contratos.
16/07/2014	CSJ. Cas. Penal Sent. 16/07/2014 MP María del Rosario González Muñoz (37.462)	• Elementos del delito de celebración de contratos sin el lleno de los requisitos legales esenciales. • Tipo penal de conducta alternativa con tres hipótesis delictivas que derivan de dos modalidades de comportamiento. • Principios que gobiernan la contratación administrativa. • Elemento subjetivo del delito: Dolo (especial referencia al conocimiento). • Antijuridicidad del tipo penal. • No conlleva necesariamente a la configuración del delito de peculado por apropiación.
09/07/2014	CSJ Cas. Penal Auto 09/07/2014 MP Gustavo enrique Malo Fernández (43.557)	• Elementos del delito de celebración de contratos sin el lleno de los requisitos legales esenciales. • Etapas en la que procede, no se extiende a la ejecución del contrato.

09/04/2014	CSJ Cas. Penal Sent. 09/04/2014 MP Patricia Salazar Cuellar (39.852)	• Delito de celebración de contratos sin el lleno de los requisitos legales esenciales. • Elemento o ingrediente normativo: requisito legal esencial.
12/03/2014	CSJ Cas. Penal Auto 12/03/2014 MP Fernando Alberto Castro Caballero (35.551)	• Elementos del delito de interés indebido en la celebración de contratos. • Bien jurídico tutelado. • Delito de mera conducta.
05/02/2014	CSJ Cas Penal Auto 05/02/2014 MP José Leonidas Bustos Martínez (43.081)	• Delito de violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades. • No hay necesidad que se presente menoscabo patrimonial. • No requiere menoscabo patrimonial al Estado.
21/10/2013	CSJ Cas. Penal Sent. 21/10/2013 MP María del Rosario González Muñoz y Gustavo enrique Malo Fernández (41.665)	• Elementos del delito de celebración de contratos sin el lleno de los requisitos legales esenciales. • Antijuridicidad de la conducta. • Dosificación punitiva.
03/07/2013	CSJ Cas. Penal 03/07/2013 MP Javier Zapata Ortiz (41.381)	• Elementos del delito de interés indebido en la celebración de contratos. • Interés indebido / interés ilícito.
12/06/2013	CSJ Cas. Penal. Sent 12/06/2013 MP María del Rosario González Muñoz (35.560)	• Elemento subjetivo del tipo penal de celebración de contratos sin el lleno de los requisitos legales esenciales: dolo. • Ya no contiene ingrediente normativo, no exige provecho para sí o para un tercero.
05/06/2013	CSJ Cas Penal Auto 05/06/2013 MP Gustavo Enrique Malo Fernández (39.015)	• Elementos del delito de interés indebido en la celebración de contratos.
21/11/2012	CSJ Cas. Penal Auto 21/11/2012 (31.043)	• Elementos del delito de violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades.
24/10/2012	CSJ Cas. Penal. Sent. 24/10/2012 MP Fernando Alberto Castro Caballero (33.714)	• Fraccionamiento de Contratos y de la configuración del delito de celebración de contratos sin el lleno de los requisitos legales esenciales.

Notas y referencias

1 Ni el Consorcio ni la Unión Temporal constituyen una persona jurídica diferente de quienes la conforman. La diferencia entre una y otra radica en el modelo de responsabilidad, siendo viable diferenciar la que corresponde a cada integrante en la Unión Temporal (siempre que se haya dispuesto desde el inicio en el documento de constitución)

2 CSJ, Sentencias No. 18.158/2004; 22.595/2006; 23.872/2006; 22.683/2007; 23.228/2008; 26.592/2009; 34.474/2011 y 34.732/2011 y Corte Constitucional C-563/1998

3 Se puede acudir a la figura del interventor cuando (i) se tenga la necesidad de contar con conocimientos especializados; (ii) ante la imposibilidad de la entidad de ejercerla directamente y (iii) por la complejidad o la extensión del contrato, para desarrollar las actividades que implica el seguimiento técnico -principalmente-. En todo caso, en todo contrato de obra pública de mayor cuantía, se deberá contar con interventoría, y se obliga a que en los demás que superen este valor, los estudios previos se pronuncien sobre la pertinencia de contar con la misma.

4 CSJ Cas. Penal. Sent. 22/03/2017 MP Luis Antonio Hernández Barbosa (40.216)

5 "La inhabilidad es una situación o condición predicada del particular o contratista que le impide acceder al contrato y, por tanto, participar en el proceso selectivo contractual y celebrar contratos con el Estado o sus entidades Estatales (…)". Echeverry Garzón, "Misión de Contratación: Hacia una política para la eficiencia y la transparencia en la contratación pública". Tomo II. Páginas 494 y 495. Namén Vargas, "Las limitaciones a la libertad de acceso a la contratación con las entidades estatales. Régimen de Inhabilidades e incompatibilidades".

6 "Las in*compatibilidades, generalmente predicadas del servidor público, surgen por virtud y en razón del cargo o función, de la relación legal, reglamentaria o de servicio que vinculada a un sujeto con el Estado*" Ibid.

7 Para determinar qué se entiende por requisitos legales esenciales es indiferente la existencia de decisión de lo contencioso administrativo que declare la ilegalidad, la nulidad absoluta, la ilicitud, entre otros; así no se exige prejudicialidad, sin perjuicio que en un caso concreto el juez acuda

a la decisión adoptada previo a tomar decisión. Para complementar esta información ver: C. Const., Sent. C-917/2001. M.P. Alberto Beltrán Sierra.

8 Forero Ramírez & Ospina Perdomo, "Aspectos Penales de la Contratación Estatal", 2017, Pág. 153 – 154.
"La conducta penal "preserva es la legalidad del contrato, esto es, *que los servidores públicos que intervengan en el trámite, celebración o liquidación del contrato, observen la legalidad con la finalidad de prescindir de subjetivismos, caprichos, desviación de poder o anteponer el interés particular en detrimento del interés general". (CSJ SP, auto 21 nov. 2011, Rad. 31043).*
Deviene, en ese sentido, que: "la protección del bien jurídico busca mantener los postulados que orientan la función administrativa, la cual al tenor del artículo 209 de la Carta Política, ha de estar al servicio de los intereses generales y desarrollarse con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad". (CSJ SP, sentencia 12 dic. 2012, Rad. 31508)." CSJ Cas. Penal Auto 07/'4/2017 MP Eyder Patiño Cabrera (44.712)

9 "Se está en presencia de un contrato estatal cuando se configuren los siguientes elementos: i) la presencia de un acto jurídico generador de obligaciones (…) ii) que el mismo se celebre por las entidades a que se refiere el estatuto de contratación (…)". Forero Ramírez & Ospina Perdomo, "Aspectos Penales de la Contratación Estatal" 2017, Pág. 165 - 166.

10 Para complementar esta información ver: CSJ, Cas. Penal, Sent.abr.18/2002. M.P. Jorge Aníbal Gómez Gallego. "El ámbito de aplicación del tipo penal de interés indebido en la celebración de contratos, como lo ha clarificado la Sala, no se reduce a situaciones de desviación *de poder para la celebración de contratos ilícitos, sino que comprende contratos lícitos, pero de interés protervo. Lo sancionable es, entonces, la prevalencia del interés particular del servidor público que interviene sobre el general de la comunidad en el proceso de contratación, contraviniendo los principios y fines que rigen la administración pública. (CSJ SP 06.04.2016, rad. 42001)».*" CSJ Cas. Penal Auto 31/08/2016 MP Patricia Salazar Cuellar (46.076). en igual sentido CSJ Cas. Penal Auto 06/04/2016 MP Gustavo enrique Malo Fernández (42.001)

11 CSJ Cas. Penal Sent. 10/12/2015 MP Eugenio Fernández Carlier (37.345) "No es difícil concluir que es sujeto activo del delito descrito en el artículo 408 de la Ley 599 de 2000, no solo es el servidor público que como contratante y encargado de tramitar, aprobar o suscribir un contrato, así procede, a pesar de conocer de la existencia alguna causal de inhabilidad o de impedimento que perturba o enturbia el legítimo ejercicio de la función; también será sujeto activo del delito el contratista particular que con plena

conciencia de la causal inhibitoria para obrar de conformidad, interviene en la respectiva contratación con la entidad pública, pues el artículo 56 de la Ley 80 de 1993, señala que para "efectos penales, el contratista, el interventor, el consultor y el asesor se consideran particulares que cumplen funciones públicas en todo lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebren con las entidades estatales y, por lo tanto, estarán sujetos a la responsabilidad que en esa materia señala la ley para los servidores públicos"

12 El verbo rector exige una participación que se debe materializar en la una actuación concreta, ya sea un contrato, un acto, una operación administrativa, una vía de hecho o un hecho administrativo. Castro Cuenca & Moreno G, Manual de Derecho Penal, 2011.

13 "El tipo penal no exige que la conducta se realice con alguna especi*al finalidad, ni que se obtenga algún provecho, ni que se deba determinar la causa; basta con que el sujeto intervenga en la tramitación, aprobación o celebración de un contrato, con el cual se viole el régimen en comento, para que se pueda predicar la tipicidad*". CSJ, Cas. Penal, Sent.dic.16/1997. M.P. Ricardo Calvete Rangel.

14 El interés puede ser de cualquier naturaleza sin que requiera ser pecuniario (incluso de estar presente este tipo de interés podría concursar con el tipo penal de peculado por apropiación). Para complementar esta información ver: CSJ, Cas. Penal, Sent.ene.18/2017. M.P. Fernando Alberto Castro Caballero. Ha señalado la Corte Suprema de Justicia: "(...) el interés y el provecho no necesariamente tienen que ser pecuniarios, pues puede tratarse de la «simple inclinación de ánimo por el servidor público hacia una persona o entidad, con desconocimiento de los principios de transparencia y selección objetiva, en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo o sus funciones»". CSJ, Cas. Penal, Sent.may.16/2007 Rad. (23915)

15 *"La jurisprudencia penal y constitucional conciben el interés indebido como aquél opuesto al general o al bien común que debe perseguir en el ejercicio de las funciones el servidor público encargado del trámite, celebración, ejecución y liquidación de los contratos estatales, es decir, uno de carácter individual o personal dirigido a obtener un beneficio propio o de un tercero. (…] Así entonces, este requisito se agota cuando el servidor público persigue un provecho propio o a favor de un tercero en lugar del bien común. Propósito que en un derecho penal de acto se expresas con conductas externas antes, en el trámite, la celebración, ejecución o liquidación del contrato.*
Si lo esencial es la desorientación de los fines de la contratación pública, la ventaja particular pretendida puede ser de cualquier índole, patrimonial,

ideológica, filosófica, familiar, política, amistad, enemistad, aun en beneficio de la misma administración pública. Lo trascendente es el desconocimiento de los principios de imparcialidad, transparencia y selección objetiva, con intenciones individuales»." *CSJ* Cas. Penal Auto 25/04/2016 MP Eugenio Fernández Carlier (34282A)

16 "El ámbito de aplicación del tipo penal de interés indebido en la *celebración de contratos, como lo ha clarificado la Sala, no se reduce a situaciones de desviación de poder para la celebración de contratos ilícitos, sino que comprende contratos lícitos, pero de interés protervo. Lo sancionable es, entonces, la prevalencia del interés particular del servidor público que interviene sobre el general de la comunidad en el proceso de contratación, contraviniendo los principios y fines que rigen la administración pública. (CSJ SP 06.04.2016, rad. 42001)».*" CSJ Cas. Penal Auto 31/08/2016 MP Patricia Salazar Cuellar (46.076)

"«El interés al que se refiere el legislador penal para tipificarlo, es el que nada tiene que ver con los fines de la contratación estatal, debe ser personal, mezquino, arbitrario, oculto e injustificado, gobernado por propósitos o inclinaciones personales; ventaja particular que puede ser de cualquier índole, esto es, económica, ideológica, filosófica, familiar, política, de amistad o enemistad, que incumpla uno de los fines fundantes del Estado social como es el interés general. No es entonces cualquier interés el que se penaliza, sino la ilegítima inclinación hacia una persona o entidad, alejándose del bien común. Por ello el legislador lo previó como «indebido»»." CSJ Cas. Penal Auto 30/03/2016 MP Eyder Patiño Cabrera (47.416*)*

17 Se ha señalado que la conducta se debe hacer prevalido de un interés indebido. Sobre lo que se entiende por interés indebido ha dicho la doctrina: "De conformidad con lo dispuesto *en el artículo 1502 del Código Civil, los elementos necesarios para que una persona pueda asumir voluntariamente obligaciones con respecto a otra son cuatro: capacidad, consentimiento, objeto y causa. Y por causa, dice el mismo Código Civil en el segundo inciso del artículo 1524, se entiende "el motivo que induce al acto o contrato", de tal manera que es claro que desde que la administración busca celebrar un contrato, fuere de la naturaleza o índole que fuere, debe contar con una causa o interés, que es precisamente lo que lo lleva a contratar.*

No se sanciona entonces, dentro del ámbito de la figura que se examina el interés que pueda tener la administración o un determinado servidor público, en la celebración de un cierto o especifico contrato, pues que ello equivaldría tanto como a ir en contravía de toda la teoría de las obligaciones; lo que sanciona, para decirlo de una vez, es el interés indebido que eventualmente impulsa el actuar de ese servidor público" MOLINA ARRUBLA, Carlos Mario "Delitos contra la Administración Pública" E*ditorial Leyer Cuarta Edición, página* 330

Y ese interés indebido se refiere al "actuar con miras a la *obtención de un determinado resultado favorable al propio agente o a un tercero" (GOMEZ MENDEZ Alfonso, "Delitos contra la A*dministración Pública" universidad Externado de Colombia, Bogotá 2000, Reimpresión de la Primera edición, página 96). La jurisprudencia ha señalado sobre el interés que debe existir para la configuración de la conducta típica que aquí se analiza, lo siguiente: *"El interés previsto por el aludido artículo 145 no ha de ser, necesariamente, pecuniario, sino simplemente consistir en mostrar una inclinación de ánimo hacia una persona o entidad, con desconocimiento pleno o parcial de principios de neutralidad, objetividad, transparencia, igualdad de oportunidades y selección objetiva, en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir en razón de su cargo sus funciones, elemento subjetivo esencial para la estructuración del delito en estudio" CSJ. Cas. Penal. Sent. 27/09/2000* MP Nilson E. Pinilla Pinilla

Se trata entonces de un interés: "contrario al fin de cada contrato en particular, a los fines de la contratación estatal y a los principios de la actuación a*dministrativa pues solo un interés indebido, en provecho propio o de un tercero, es relevante para el tipo y susceptible de generar responsabilidad penal (…) lo que se reprocha es un interés externamente manifestado, contrario a la transparencia que debe regir la contratación estatal y, por lo mimo, idóneo para lesionar el bien jurídico administración pública" CC, Sent. No. C*-128 de 18/02/2003 MP Álvaro Tafur Galvis.

En igual sentido, la Corte Constitucional ha abordado el tema del "interés indebido" al referirse a la constitucionalidad del artículo 409 del Código penal, en el sentido de exigir que, además de existir dicho interés, se manifieste o se exteriorice de alguna forma, pues se proscribe la sanción de los simples pensamientos. Dijo en aquella oportun*idad la Corte:*

"Al respecto la Corte señala que como se desprende de las consideraciones preliminares de esta providencia, las normas acusadas exigen necesariamente para la configuración del delito que ellas tipifican, la manifestación externa del interés indebido del servidor público que interviene en un contrato en razón de su cargo o funciones. Los tipos penales acusados no reprochan en efecto los pensamientos no exteriorizados del servidor público como lo pretende el actor – los cuales si no tienen ninguna significación penal - , sino el interés que este muestra con sus actuaciones en provecho propio o de un tercero, dejando de lado el interés general que de acuerdo con la Constitución, la ley y los reglamentos corresponda asegurar específicamente a la administración en el proceso contractual en el que el servidor público interviene. Es decir que el interés que las normas acusadas penalizan es el que se exterioriza por el servidor público en desconocimiento de su deber de imparcialidad en la gestión contractual, conducta que en la medida en que afecta el bien jurídico administración pública en los términos ya aludidos puede perfectamente ser penalizada por el legislador en ejercicio de su potestad de configuración en este campo (…)" CC, Sent. No. C-128 de 18/02/2003 MP Álvaro Tafur Galvis.

Así mismo adujo en otra oportunidad: "Cabe precisar además que las normas acusadas en momento *alguno consagran una presunción de mala fe. Es cierto, un elemento del tipo está determinado por el interés indebido del servidor que interviene en la contratación estatal. No obstante, tal elemento está sujeto a demostración, como todos los elementos de la responsabilidad penal, pues recuérdese que en los sistemas penales impera la presunción de inocencia. De este modo, si el interés indebido, manifestado externamente, no se demuestra, no hay lugar a aplicar las consecuencias punitivas previstas en la ley, con lo que se desvirtúa la supuesta presunción planteada por el actor" CC, S*ent. No. C-128 de 18/02/2003 MP Álvaro Tafur Galvis.

18 CSJ Cas. Penal Auto 06/04/2016 MP Gustavo enrique Malo Fernández (42.001) "Se trata entonces, el descrito, de un tipo penal de mera conducta que, por tanto, no exige un perjuicio a la administración pública en grado de consumación. Lo sancionable es la prevalencia del interés particular del servidor público que interviene sobre el general de la comunidad en el proceso de contratación, contraviniendo los principios y fines que rigen la administración pública». (...) «No está de más reiterar que la satisfactoria realización de las obras contratadas no desdice la tipicidad analizada, en tanto que, como se vio desde el inicio, el tipo penal de interés indebido en la celebración de contratos se adecúa en contratos legales e, inclusive, de satisfactoria ejecución, pero de intereses desviados a los que gobiernan la contratación pública, como en este caso aconteció, donde las pretensiones del grupo guerrillero se antepusieron al interés general».''

19 "(…) l*a norma identifica claramente dos verbos rectores a partir de los cuales se actualiza la conducta prohibida: tramitar y no verificar el cumplimiento de los requisitos legales esenciales" (…) sobre las formas de comisión del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos, estima oportuno la Sala hacer precisión que el legislador acude a un giro conforme al cual la conducta que se reprocha de quien tramita el contrato es diversa a aquella que se censura de quien lo celebra o lo liquida, pues mientras en la primera modalidad se alude expresamente a "tramitar" el acuerdo de voluntades sin observancia de sus requisitos legales esenciales, en las dos restantes el contenido de la prohibición se hace consistir en "no verificar" el cumplimiento de los requisitos consustanciales a cada fase. (…)" CSJ. Cas.* Penal. Sent. 10/02/2010 MP Jorge Luis Quintero Milanés (*24.850)*

20 "E*n dicho tipo penal se describe como delito la infracción al principio de legalidad, mediante la técnica de un tipo penal en blanco, es decir, de tipos penales en los cuales el supuesto de hecho no se encuentra regulado por completo en la norma legal, sino que debe acudirse a otra norma jurídica con el mismo rango o de rango inferior para completar el sentido de la prohibición" CSJ.* Cas. Penal Sent. 30/11/2017 MP Luis Antonio Hernández Barbosa (29.726)

21 CSJ Cas. Penal Sent. 25/01/2017 MP Patricia Salazar Cuellar (48.250) "En *relación con el ingrediente normativo requisitos esenciales, no cualquier inobservancia o falta de verificación en el cumplimiento de las formalidades de ley aplicables a la contratación estatal realiza el tipo objetivo de contrato sin cumplimiento de requisitos legales. El quebrantamiento de la legalidad en las fases de tramitación, celebración o liquidación del contrato ha de recaer sobre aspectos sustanciales, cuya desatención comporta la ilicitud del proceso contractual, basada en el quebranto de alguna o varias máximas que deben regir la contratación estatal.*
Sobre este último particular, de cara al art. 410 del C.P., un requisito contractual puede catalogarse como esencial a partir de, entre otros criterios, la valoración sobre el impacto que su inobservancia pueda tener en la materialización de los principios de la contratación estatal, en tanto concreción de las máximas rectoras de la función administrativa (art. 209 de la Constitución). Sobre esa base, la jurisprudencia tiene dicho que los principios constitucionales y legales que gobiernan la contratación de la administración pública integran materialmente el tipo penal de contrato sin cumplimiento de requisitos legales. Ello, por cuanto tales principios constituyen límites del ejercicio funcional del servidor público en materia de contratación; por ende, la violación de los requisitos legales esenciales del contrato tiene que examinarse con remisión a aquéllos. Pues la contratación estatal, como actividad reglada, debe adelantarse ajustada a esos postulados fundamentales."

22 *"se trata de un tipo penal en blanco que requiere para su configuración de otros ordenamientos jurídicos, valga decir los principios constitucionales de la función administrativa, la cual, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 209 de la CN debe estar al servicio de los intereses generales y se desarrollan con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (…)". CSJ, Sent. feb.06/2008. Ahora, en todo caso: "aunque los principios consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política y los que rigen la contratación administrativa en general son aplicables a todos los contratos celebrados por servidores públicos en ejercicio de sus funciones, la alusión genérica a la trasgresión de dichos principios no puede aceptarse como referente suficiente para tener por estructurado el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales" CSJ Cas. Penal Sent. 24/05/2017 MP Patricia Salazar Cuellar (49.819)*

23 CSJ Cas. Penal Sent. 24/05/2017 MP Patricia Salazar Cuellar (49.819)

24 CSJ Cas. Penal Sent. 24/05/2017 MP Patricia Salazar Cuellar (49.819)

25 "Mientras la violación del régimen legal y constitucional de inhabilidades *e incompatibilidades se manifiesta durante las fases de tramitación o*

celebración del contrato, no así de la ejecución y liquidación que son posteriores a aquellas (…) No se trata pues de un olvido del legislador de incluir en el tipo de violación del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades la intervención indebida del servidor público en la fase de ejecución y liquidación, pues acorde con la previsión establecida en el artículo 8° de la Ley 80 de 1993, las inhabilidades e incompatibilidades no solo son taxativas sino que se predican de la participación "en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales", no de la etapa de ejecución, pues en ella, la voluntad de la administración plasmada en el contrato administrativo se manifiesta, como se ha dejado expuesto, a través de las denominadas operaciones administrativas que corresponden a un fenómeno posterior a su existencia y perfeccionamiento y con el que se busca materializar el consentimiento expresado en aquél, es decir, hacerlo operante desde el punto de vista de su eficacia.(…)". CSJ, Cas. Penal, Sent.may.20/2003. M.P. Fernando E. Arboleda Ripoll.

26 Debiendo advertir que la conducta se puede generar únicamente en esta etapa previa no así en etapa posterior: "Mientras la violación del régimen legal y constitucional de inhabilidades e incompatibilidades se manifiesta durante las fases de tramitación o celebración del contrato, no así de la ejecución y *liquidación que son posteriores a aquellas (…) No se trata pues de un olvido del legislador de incluir en el tipo de violación del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades la intervención indebida del servidor público en la fase de ejecución y liquidación, pues acorde con la previsión establecida en el artículo 8° de la Ley 80 de 1993, las inhabilidades e incompatibilidades no solo son taxativas sino que se predican de la participación "en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales", no de la etapa de ejecución, pues en ella, la voluntad de la administración plasmada en el contrato administrativo se manifiesta, como se ha dejado expuesto, a través de las denominadas operaciones administrativas que corresponden a un fenómeno posterior a su existencia y perfeccionamiento y con el que se busca materializar el consentimiento expresado en aquél, es decir, hacerlo operante desde el punto de vista de su eficacia.(…)" CSJ. Cas. Penal. Sent. may.20/2003 MP Fernando E Arboleda Ripoll (14.699)*

Ello a su vez genera un efecto relevante en lo que se refiere a las inhabilidades e incompatibilidades sobrevinientes. "En materia contractual, las inhabilidades y las incompatibilidades son restricciones o limitaciones a la libertad de contratación estatal, impiden el acceso a esta o su continuidad cuando sobrevienen y constituyen un defecto de la legitimación para actuar u obrar, activa o pasivo, y no una incapacidad, porque el sujeto puede y suele ser plenamente capaz, tener la habilidad jurídica para celebrar contratos en el tráfico jurídico, mas no puede disponer del interés frente o respecto de la entidad estatal ni soportar los efectos de la disposición (…) Desde esta perspectiva, el régimen de inhabilidades

*e incompatibilidades, constituye una restricción a la autonomía privada y a la libertad de contratación del sujeto jurídico es una excepción al principio de igualdad y una limitación a los derechos políticos y negociales, sustentada en la tutela y preeminencia del interés público o general sobre los intereses particulares, los principios de la buena administración, legalidad, proporcionalidad, sub*sidiariedad, transparencia, moralidad, eficacia, eficiencia, e imparcialidad de la función administrativa, la materia contractual, el manejo de los recursos del Estado y los cometidos estatales." ECHEVERRY GARZÓN, "Misión de Contratación: Hacia una política para la eficiencia y la transparencia en la contratación pública". Tomo II. Página 481 y 490. NAMÉN VARGAS, William "Las limitaciones a la libertad de acceso a la contratación con las entidades estatales. Régimen de Inhabilidades e incompatibilidades"

Como es conocido, la inhabilidad o incompatibilidad puede presentarse en dos (2) momentos, bien al inicio del contrato, o durante el curso de este. Sobre el particular, ha establecido la Corte Constitucional, que no existe duda en torno a que, durante el curso de la relación contractual, siguen los intervinientes sujetos al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, de manera que, de presentarse alguna circunstancia de esta entidad, debe informarse de inmediato y proceder a la cesión (Si ello es posible y previa autorización escrita de la entidad) o a la renuncia a la ejecución. En la Ley 190 de 1995 se fijaba un término de 3 meses para finalizar tal situación, lo que opera, por virtud de la decisión No. C-038 de 05/02/96 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz), únicamente en aquellos eventos en que no medió culpa o dolo del funcionario que llevara a la situación de inhabilidad o incompatibilidad. Ahora esta regulación se evidencia desde el plano meramente administrativo, sin que quede cobijada esta conducta por el derecho penal.

27 «El tipo subjetivo exige que la acción sea desplegada a título de dolo, esto significa que el servidor público debe tener conocimiento y voluntad de lo que hace. Puede realizarse en cualquiera de las fases previas, concomitantes o posteriores al contrato estatal, es decir, desde su trámite, celebración, ejecución o liquidación del contrato.». CSJ Cas. Penal Auto 30/03/2016 MP Eyder Patiño Cabrera (47.416)

28 "*La Corte se ha referido al modo de ejecución de la conducta típica analizada, que se concreta en la intervención de los funcionarios competentes en una de las fases del contrato estatal sin acatar los requisitos esenciales de validez, de cara a la manera como se desarrolla la función pública de la contratación, "la ley diferencia la conducta realizada por los servidores públicos competentes para tramitar el contrato, de la que cumple el representante legal o el ordenador del gasto en las fases de celebración y liquidación, pues en la primera modalidad alude expresamente a tramitar el acuerdo de voluntades sin observancia de sus*

requisitos legales esenciales, mientras que en los dos restantes el contenido de la prohibición se hace consistir en no verificar el cumplimiento de los presupuestos legales esenciales en cada fase, distinción fundada en la forma desconcentrada como actualmente se cumple la función pública en las entidades estatales». "CSJ Cas. Penal Auto 22/08/2016 MP Eugenio Fernández Carlier (44.655)

29 Para complementar esta información ver: CSJ, Cas. Penal, Sent.may.20/2009. M.P. Augusto José Ibañez Guzmán, María del Rosario González de Lemos. En igual sentido CSJ Cas. Penal Auto 05/07/2017 MP Eugenio Fernández Carlier (50.605) y CSJ Cas. Penal Sent. 24/05/2017 MP Patricia Salazar Cuellar (49.819) "Recientemente *(CSJ SP, 24 nov. 2016, Rad. 46037), esta Corporación, basada en sus propios precedentes, reiteró que el delito consagrado en el artículo 410 del Código Penal solo es predicable de las fases de trámite, celebración y liquidación. Por tanto, las actuaciones realizadas durante la fase de ejecución no pueden subsumirse en este tipo penal"*

30 *"La tramitación, en sentido estricto, corresponde a la fase precontractual, comprensiva de los pasos que la administración debe seguir desde el inicio del proceso hasta la celebración del contrato. Celebrarlo significa formalizar el convenio para darle nacimiento a la vida jurídica, a través de las ritualidades legales esenciales. Mientras la liquidación es una actuación administrativa posterior a la terminación de contrato, por cuyo medio las partes verifican en qué medida y de qué manera cumplieron las obligaciones recíprocas de él derivadas, con el fin de establecer si se encuentran o no a paz y salvo por todo concepto derivado de su ejecución."* CSJ Cas. Penal Sent. 25/01/2017 MP Patricia Salazar Cuellar (48.250)

31 CSJ Cas. Penal Sent. 25/01/2017 MP Patricia Salazar Cuellar (48.250): "Es decir, en el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, la i*nobservancia de formalidades inherentes a la ejecución del contrato no comporta reproche penal. Esta tesis fue acogida por la jurisprudencia de la Sala (CSJ SP 20 May. 2003, rad. 14.669) y, desde entonces, ha venido siendo reiterada (recientemente, cfr. CSJ y SP 23 nov. 2016, rad. 46.037). Por expresa disposición legal, la mencionada conducta punible se limita a las etapas de tramitación, celebración o liquidación, sin que pueda entenderse que todo lo que tenga que ver con la contratación administrativa pertenece al trámite del contrato."* En igual sentido CSJ Cas. Penal 23/11/2016 MP Patricia Salazar Cuellar (46.037)

32 CSJ Cas. Penal Auto 25/04/2016 MP Eugenio Fernández Carlier (34282A) "Objeto material. El contrato u operación estatal en cuyo desarrollo debe intervenir el sujeto agente por razón del cargo o de la función; el jurídico alude a la protección que hace del cumplimiento recto y probo de las

atribuciones del Estado, en particular en lo atinente a la contratación pública, en cuyo desarrollo los servidores públicos están obligados a respetar los principios de moralidad, transparencia, objetividad e igualdad, manteniéndose al margen del influjo de intereses individuales y de la corrupción. Además, de conservar incólume la buena imagen, confianza y decoro de la administración ante la colectividad."

33 "Sin embargo, al quebrantar el régimen contractual de inhabilidades, al satisfacer sus propias conveniencias o al modificar las reglas del proceso contractual, el servidor público no produce, necesaria e indefectiblemente, un daño al patrimonio del Estado: la violación del régimen de inhabilidades -por ejemplo- no necesariamente deriva en deterioro de la hacienda pública. Es posible imaginar escenarios distintos en los que vulneración de dichas normas genere, por el contrario, incremento en las arcas públicas. "CSJ Cas Penal Auto 05/02/2014 MP José Leonidas Bustos Martínez (43.081)

34 CSJ Cas. Penal Auto 25/04/2016 MP Eugenio Fernández Carlier (34282A) "Para su consumación es indiferente que el provecho propio o de un tercero se obtenga, basta comprobar el interés singular con el objetivo de ayudarse así mismo o a un tercero."

35 La jurisprudencia ha señalado de manera clara que este delito no exige consecución de provecho ni la producción de un perjuicio a la administración. CSJ. Cas. Penal. Auto 25/01/2017 MP Gustavo Enrique Malo Fernández (48.134). en igual sentido CSJ Cas. Penal Auto 05/07/2017 MP Eugenio Fernández Carlier (50.605): "*Al respecto, vale la pena reseñar que la Corte de manera insistente ha indicado que tales diferencias en ambos artículos resultan aparentes, pues el propósito de obtener un provecho ilícito para sí, para el contratista o para un tercero, -suprimido por innecesario con la Ley 599 de 2000-, se deriva del simple hecho de celebrar el contrato sin acatar los principios y normas de carácter constitucional y legal aplicables a la contratación administrativa, dado que el objeto de protección es el principio de legalidad en ese ámbito, cuyo quebrantamiento por el servidor público estructura objetivamente ese tipo penal aunque el resultado práctico del convenio sea beneficioso para la administración y desventajoso desde el punto de vista económico para el contratista.*"

36 Para complementar esta información ver: CSJ, Cas. Penal, Sent.mar.11/1997. M.P. Nilson Pinilla Pinilla. y CSJ, Cas. Penal, Sent.nov.08/2001. M.P. Carlos E. Mejía Escobar.

37 C. Const., Sent. C-128/2003. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

38 El en tipo penal de "Acuerdos restrictivos de la competencia" la jurisprudencia ha establecido que no es válido alegar la buena fe o la

confianza legítima. CSJ, Cas. Penal, Sent.may.06/2009. M.P. Javier de Jesús zapata Ortiz. En el mismo sentido CSJ Cas. Penal Auto 22/08/2016 MP Eugenio Fernández Carlier (44.655)

65 Documento de la Superintendencia de Industria y Comercio y el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo disponible en http://www.sic.gov.co/recursos_user/documentos/articulos/2010/Guia_Contratacion.pdf

66 Guía Práctica Combatir la Colusión en las Licitaciones (2007), Documento de la Superintendencia de Industria y Comercio y el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo; Pág. 11

39 El art. 3º de la Ley 80 de 1993, inc. 1º señala: "*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*. (...)". Por su parte: "*La descripción de la necesidad que la Entidad Estatal pretende satisfacer con el Proceso de Contratación*" hace parte de los estudios previos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.2.1.1.2.1.1. Núm. 1 del Decreto 1082 de 2015.

40 Como usualmente se les denomina a las obras públicas de construcción, mantenimiento o instalación en que se evidencia un impacto negativo para la comunidad debido a que ha sido abandonada o sin terminar, los costos superan los beneficios de su funcionamiento o es utilizada con un uso diferente para el que fue creada.

41 "2. *El objeto a contratar, con sus especificaciones, las autorizaciones, permisos y licencias requeridos para su ejecución, y cuando el contrato incluye diseño y construcción, los documentos técnicos para el desarrollo del proyecto.*" (artículo 2.2.1.1.2.1.1. Núm. 2 del Decreto 1082 de 2015)

42 CSJ Cas. Penal. Sent 04/05/2016 MP Eugenio Fernández Carlier (41.009)

43 "*Si bien se trata de un comportamiento que no se encuentra expresamente prohibido por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, contradice abiertamente "la regla contenida en el numeral 8º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, según la cual las autoridades no actuarán con desviación o abuso del poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley, y al propio tiempo les prohíbe eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en dicho estatuto*" CE, Sección 3ª, Sent. 31/01/2011 CP Olga Mélida Valle de La Hoz (17.767)

44 Esta figura se encontraba prohibida expresamente en los estatutos de contratación anteriores a la Ley 80 de 1993 (a saber, Decreto Ley 150 de 1976 y Decreto Ley 222 de 1983) *"Si bien dicha figura no aparece dentro del estatuto actual en los mismos términos de los estatutos anteriores, ello obedece a la estructura misma de la ley 80, puesto que se pretendió terminar con la exagerada reglamentación y rigorismo y en cambio se determinaron pautas, reglas y principios, de los que se infiere la prohibición del fraccionamiento, y que se traduce en distintas disposiciones como la regla contenida en el numeral 8° del artículo 24, según la cual las autoridades no actuarán con desviación o abuso del poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley, y al propio tiempo les prohíbe eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en dicho estatuto"* (Citado en CSJ Cas. Penal. Sent 04/05/2016 MP Eugenio Fernández Carlier (41.009)

45 CSJ, Cas. Penal. Sent. 02/12/2008 (29.285)

46 CSJ, Cas. Penal. Sent. 28/11/2007 (26.857).

47 CSJ. Cas Penal, Sentencia de 24/10/2012 MP Fernando Alberto Castro Caballero (33.714)

48 *"En cuanto al concepto de unidad de objeto contractual, por su parte, se ha entendido como la especie de los bienes u obras contratadas de un mismo género, sin que la ley entonces prohíba celebrar varios contratos cuando se trata de bienes o servicios de esa naturaleza (mismo género), pero sí cuando corresponden a la misma especie"* CSJ. Cas. Penal Sent. 12/06/2013 MP María del Rosario González Muñoz (35.560)

49 CSJ, Cas. Penal, Sent. 22/03/2017 MP Luis Antonio Hernández Barbosa (40.216) En igual sentido CSJ. Cas. Penal Sent. 12/06/2013 MP María del Rosario González Muñoz (35.560)

50 CSJ. Cas. Penal Sent. 12/06/2013 MP María del Rosario González Muñoz (35.560)

51 Caso inspirado en CSJ, Cas. Penal, Sent. 22/03/2017 MP Luis Antonio Hernández Barbosa (40.216)

52 CE, **Sala de Consulta, Concepto No. 1439 - 18/07/ 2002, CP. Dra. Susana Montes de Echeverri.**

53 CE, Sala Contencioso Administrativo, Sección Quinta 20/05/2004 CP. Dra. María Nohemí Hernández Pinzón (3314)

54 CE, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto No. 2148 de 23/08/2013 CP. Dr. William Zambrano Cetina (E)

55 "*El principio de planeación hace referencia al deber de la entidad contratante de realizar estudios previos adecuados (estudios de prefactibilidad, factibilidad, ingeniería, suelos, etc.), con el fin de precisar el objeto del contrato, las obligaciones mutuas de las partes, la distribución de los riesgos y el precio, estructurar debidamente su financiación y permitir a los interesados diseñar sus ofertas y buscar diferentes fuentes de recursos*" CC, Sent. No. C-300 de 25/04/ 2012, MP. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

56 CSJ. Cas. Penal. Sent. 08/11/2017 MP Eugenio Fernández Carlier (43.263)

57 CSJ. Cas. Penal. Sent. 08/11/2017 MP Eugenio Fernández Carlier (43.263)

58 Art. 2.2.1.1.2.1.1. del Decreto 1082 de 2015 Num.3

59 Se encuentran contenidos en el art. 2º de la Ley 1150 de 2007 y se desarrollan individual y ampliamente en el Decreto 1082 de 2015

60 Este principio se encontraba consagrado en el art. 29 de la Ley 80 de 1993 (derogado por el art. 32 de la Ley 1150 de 2007) y que se redefine en el art. 5º de la Ley 1150 de 2007, de manera general, en los siguientes términos: "*Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. (...)*" habiéndose definido una serie de criterios que así la garantizan.

61 En este caso es evidente que se configura una conducta punible, toda vez que el mecanismo de selección por el que debió optarse era el de selección abreviada en donde los criterios a evaluar se sustentan en precio y sin que se tenga en consideración la trayectoria o experiencia por tratarse de un producto de condiciones técnicas uniformes.

62 Una vez más no era el mecanismo adecuado, pues en este caso lo relevante no será la propuesta económica del oferente sino su experiencia y conocimiento, lo que se determina o se elige sobre la base de un concurso de méritos.

63 Se debe clarificar que es viable que las conductas concursen. De esta forma, el acuerdo que se surte entre el oferente y el servidor público puede ir acompañado del, "cohecho" (consumándose ambos tipos penales), o puede implicar el incurrir en otro tipo de comportamientos adicionales que

surgen como consecuencia del acuerdo ilegal (entrega de información que no está dispuesta para conocimiento público, destrucción de algún documento que pueda servir de prueba, u otros).

64 Incluso fue este el origen del delito de Acuerdos Restrictivos de la Competencia (o la finalidad pretendida al momento de su configuración).

67 Caso tomado de CSJ Cas. Penal Sent. 13/04/2016 MP Luis Guillermo Salazar Otero (38.878)

68 Caso tomado de CSJ Cas. Penal Sent. 13/04/2016 MP Luis Guillermo Salazar Otero (38.878)

69 En materia de investigación penal, se sugiere revisar la normatividad aplicable de acuerdo con el texto mismo del contrato o los estudios previos, y realizar el análisis a partir de allí.

70 Art. 2.2.1.1.2.1.1. del Decreto 1082 de 2015 Num.4

71 En algunos casos los manuales de contratación de las entidades definen procedimientos.

72 Art. 2.2.1.1.2.1.1. del Decreto 1082 de 2015 Núm. 5

73 Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito y la Alcaldía Mayor de Bogotá (2015) Tipologías de Corrupción, Pág. 24

74 Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito y la Alcaldía Mayor de Bogotá (2015) Tipologías de Corrupción, Pág. 24

75 Caso que se toma de CSJ Cas. Penal Sent. 01/11/2017 MP José Luis Barceló Camacho (48.978)

76 CE, Sección III, Sent. 07/09/2015 MP. **Olga Mélida Valle De La Hoz (36878)**

77 Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito y la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales; "Cartilla de las Principales Tipologías de Corrupción", junio 2018, Pág. 64

78 Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito y la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales; "Cartilla de las Principales Tipologías de Corrupción", junio 2018, Pág. 64

79 CSJ. Cas. Penal Sent. 30/11/2017 MP Luis Antonio Hernández Barbosa (29.726)

80 CSJ Cas. Penal Auto 22/08/2016 MP Eugenio Fernández Carlier (44.655)

81 CSJ Cas. Penal Auto 22/08/2016 MP Eugenio Fernández Carlier (44.655)

82 CSJ Cas. Penal Auto 22/08/2016 MP Eugenio Fernández Carlier (44.655)

83 CSJ, Cas. Penal Sent. 13/07/2016 MP Luis Antonio Hernández Barbosa (42.548).

84 CSJ, Cas. Penal. Sent. 25/01/2017 MP Patricia Salazar Cuellar (48.250)

FISCALÍA
GENERAL DE LA NACIÓN
DE LA GENTE, POR LA GENTE, PARA LA GENTE

UNODC
Oficina de las Naciones Unidas
contra la Droga y el Delito

Mayores informes:

Fiscalía General de la Nación
www.fiscalia.gov.co

Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito
www.unodc.org/colombia

UNIDOS CONTRA
LA CORRUPCIÓN

PARA EL DESARROLLO, LA PAZ Y LA SEGURIDAD