

**Problemas de concurso aparente de leyes en la celebración indebida de contratos.  
Valoración crítica**

**Monografía para optar al título de magíster en Derecho Penal**

**Por: Juan José Rincón Escobar**

**Asesor de Monografía: Juan Carlos Álvarez Álvarez**

**UNIVERSIDAD EAFIT**

**2020**

## TABLA DE CONTENIDO

### INTRODUCCIÓN

1. CONSIDERACIONES GENERALES PREVIAS SOBRE EL CONCURSO APARENTE DE LEYES
2. LA CELEBRACIÓN INDEBIDA DE CONTRATOS EN EL CÓDIGO PENAL COLOMBIANO
  - a. El delito de violación del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades
  - b. El delito de interés indebido en la celebración de contratos.
  - c. Delito de tramitación, celebración o liquidación de contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales esenciales
3. ESTUDIO DE LOS CASOS DE LA JURISPRUDENCIA
4. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS
  - a. EL CONCURSO APARENTE EN LOS DELITOS DE CELEBRACIÓN INDEBIDA
  - b. EN RELACIÓN A LAS DIVERSAS POSTURAS ADOPTADAS POR LA CORTE SUPREMA EN LOS CASOS ANALIZADOS
  - c. PROPUESTAS LEGISLATIVAS
5. BIBLIOGRAFÍA Y WEBGRAFÍA

## INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo se analizarán problemas relacionados con el concurso aparente de leyes que se suscitan en el proceso de adecuación típica de aquellas conductas relacionadas con tres delitos incluidos el Título XV -Delitos contra la Administración pública- Capítulo IV -De la celebración indebida de contratos- del Código penal colombiano, esto es, los delitos de violación al régimen legal sobre inhabilidades e incompatibilidades (art. 408), interés indebido en la celebración de contratos (art. 409) y celebración de contrato sin cumplimiento los requisitos legales esenciales (art. 410).

Para ello se tomarán como referencia distintas sentencias de la Corte Suprema de Justicia, en las cuales que se puede evidenciar el tratamiento que esta corporación le ha dado a estos delitos. Se centrará la atención en la forma como la Corte ha resuelto aquellos casos en los que se puede advertir un concurso aparente de leyes, haciendo una valoración crítica de los argumentos planteados por aquella corporación judicial.

La escogencia de las sentencias tuvo como criterio, la identificación de los supuestos de hecho contenido en las providencias inicialmente recopiladas en los que en los que se podía avizorar la necesidad de estudiar con mayor profundidad la existencia de un concurso de leyes relacionado con conductas ejecutadas por servidores públicos en la tramitación, celebración, ejecución y liquidación de contratos de la Administración Pública. El marco temporal elegido corresponde a las sentencias dictadas con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 599 de 2000.

## 1. CONSIDERACIONES GENERALES PREVIAS SOBRE EL CONCURSO APARENTE DE LEYES

Se distingue entre *concurso ideal de delitos* y *concurso aparente leyes*, para hacer alusión a dos situaciones en relación con un mismo y único supuesto de hecho que tiene como presupuesto un comportamiento humano -activo u omisivo- que lesiona bienes jurídicos protegidos por la ley penal, respecto del cual, puede afirmarse: (i) que se encuadra en dos o más tipos penales distintos o dos o más veces en el mismo tipo penal (concurso ideal delitos) o (ii) que en apariencia podría encuadrarse en diversos tipos penales (concurso aparente). No obstante, con fundamento en los principios alternatividad, especialidad, consunción o subsidiariedad, que dan cuenta de las relaciones existentes entre los tipos concurrentes, es posible seleccionar solo uno de ellos que será el que se aplique al caso concreto<sup>1</sup>.

Como se indicó, en el *concurso ideal*, un mismo y único supuesto de hecho, derivado de una acción u omisión o comportamiento humano, puede adecuarse simultáneamente a varios tipos penales. Se dice que este es en realidad el único caso en el que se puede hablar de concurrencia de tipos penales, pues de esa única acción o conducta que realiza el sujeto, se desprende la necesidad de aplicar varios tipos penales, lo que a su vez da lugar a que se pueda hablar *concurso ideal homogéneo* en los eventos en los que el supuesto de hecho se encuadra dos o más veces en un mismo tipo penal o de *concurso ideal heterogéneo*, si el supuesto de hecho se encuadra en dos o más tipos penales diferentes.

---

<sup>1</sup> Para un análisis más detallado sobre la problemática del concurso de delitos véase: Posada Maya, Ricardo, Delito continuado y concurso de delitos, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2012; Escuchuri Aisa, Estrella, Teoría del concurso de leyes y delitos. Bases para una revisión crítica, Granada, Comares, 2002; Sanz Morán, Ángel, El concurso de delitos. Aspectos de Política legislativa, Valladolid, Universidad Valladolid, 1986; Caramuti, Carlos, Concurso de delitos. Buenos Aires, Hammurabi, 2005, este último autor distingue entre la comisión de un delito y la infracción de la disposición legal penal. Afirma que solo podemos considerar como delito ese acto concreto que se encuadra en la descripción legal, pero que, además, requiere el cumplimiento del resto de elementos necesarios para determinar la responsabilidad penal. Puntualiza que no se debe caer en la confusión de equiparar pluralidad de infracciones con pluralidad de delitos, pues una conducta solo puede generar un delito, pero puede infringir varias veces una misma norma penal, o varias disposiciones.

De otro lado, según se anotó más arriba, en el llamado *concurso aparente de leyes*, lo que sucede, es que un mismo y único supuesto de hecho parece estar abarcado por distintos tipos penales.<sup>2</sup> MUÑOZ CONDE se refiere a este tipo de concurso afirmando que se trata de situaciones en las que existe una pluralidad de leyes que aparentemente pueden abarcar un mismo hecho, pero que finalmente, solo una de ellas podrá ser la que efectivamente se aplique, utilizando diversos criterios interpretativos.<sup>3</sup> REYES ALVARADO puntualiza que “en la figura analizada existe un verdadero concurso de tipos penales pero un único hecho punible”<sup>4</sup> y agrega que debe acudirse a los criterios establecidos por la doctrina y la jurisprudencia para determinar el tipo aplicable.

De acuerdo con POSADA MAYA, para que se pueda predicar la existencia de un concurso aparente de leyes, es necesario que se cumplan los siguientes requisitos: (i) unidad de acción; (ii) aparente posibilidad de aplicación de varios tipos penales; (iii) unidad de autor y (iv) unidad de enjuiciamiento penal<sup>5</sup>. Por el lado de la jurisprudencia, la Corte Suprema de Justicia, ha establecido como presupuestos básicos del concurso aparente de delitos los siguientes: (i) la unidad de acción (ii) que la acción desplegada por el agente persiga una única finalidad y (iii) que lesione o ponga en peligro un solo bien jurídico, de manera tal que la ausencia de uno de tales elementos conduce a predicar el concurso real y no el aparente<sup>6</sup>.

De otro lado, en lo que atañe a los criterios que han de tenerse en cuenta para decidir en cada caso concreto cuál es el tipo penal aplicable, debe acudirse a los principios de alternatividad, especialidad, consunción y subsidiariedad a fin de establecer la relación

---

<sup>2</sup> Al respecto la Corte Constitucional Sentencia C-464 de 2014, MP. Alberto Rojas Ríos, explicó que el concurso aparente: “[es] el fenómeno en virtud del cual una misma conducta parece subsumirse a la vez en varios tipos penales diversos y excluyentes, de manera que el juez, no pudiendo aplicarlo coetáneamente sin violar el principio de *non bis in idem*, debe resolver concretamente a cuál de ellos se adecua el comportamiento en estudio”. Por su lado la Corte Suprema, radicado 21629 de 2005. M.P. Alfredo Gómez Quintero, ha expresado: “El concurso aparente de tipos penales –que bien se ha clarificado es solo un aparente concurso- emerge en aquellas hipótesis en que una conducta pareciera simultáneamente concurrir en la estructura típica de diversos hechos punibles, aun cuando una detenida valoración de la misma permite demostrar su exclusión entre sí, en forma tal que solamente un delito se consolida como existente”.

<sup>3</sup> Muñoz Conde, Francisco. Teoría General del Delito, Bogotá, Temis, 2018, p. 210.

<sup>4</sup> Reyes Alvarado, Yesid., El concurso de delitos, Bogotá, Temis, 1990, p.84. En igual sentido Corte Constitucional, sentencia C-464 de 2014. M.P. Alberto Rojas Ríos.

<sup>5</sup> Posada Maya, Ricardo. Delito Continuado y concurso de delitos, cit., pp. 215 – 216.

<sup>6</sup> Corte Suprema de Justicia, rad. 21629 de 2005. M.P. Alfredo Gómez Quintero.

entre los varios tipos concurrentes y determinar cuál de ellos será el aplicable al caso particular. De esta manera se asegura el cumplimiento la prohibición de juzgar dos veces el mismo hecho (*no bis in idem*) y se garantiza la plena valoración del injusto<sup>7</sup>. Los principios aludidos se pueden explicar de manera sucinta así:

*Principio de especialidad:* Ante la concurrencia de varios tipos penales hay uno de ellos que contiene una mayor riqueza descriptiva y en consecuencia abarca los elementos de los tipos restantes y por tanto se torna especial frente a ellos. Tiene como fundamento la máxima según la cual *lex specialis derogat lex generalis*, de lo cual se desprende la prevalencia de la ley especial sobre la ley general<sup>8</sup>.

*Principio de subsidiariedad:* Este principio da cuenta de la relación según la cual al supuesto de hecho podrían aplicarse un tipo principal y uno de recogida, este último solo es aplicable en caso de que resulte inaplicable el tipo principal. La subsidiariedad puede ser expresa o tácita, la primera se presenta en los casos en los que la ley remite expresamente mediante expresiones como “siempre y cuando el hecho no constituya delito más grave” o similares, y la tácita es el resultado de una interpretación teleológica de los preceptos, a falta de expresa remisión legal.

En sentido similar, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ<sup>9</sup> subdivide este principio en dos variantes: subsidiariedad expresa y subsidiariedad tácita. Respecto de la primera, afirma que se presenta cuando el mismo legislador, utiliza frases como “fuera de los casos especialmente previstos como conductas punibles” o “siempre que el hecho no esté sancionado con pena

---

<sup>7</sup> Al respecto, véase Posada Maya, Ricardo. Delito continuado y concurso de delitos, cit. p. 197 y, en sentido similar, Caramuti, Carlos, Concurso de delito, cit., p.183.

<sup>8</sup> Corte Constitucional, sentencia C-464 de 2014. M.P. Alberto Rojas Ríos. Según la Corte Suprema de Justicia, rad. 37733. M.P. Julio Enrique Socha Salamanca: “una norma penal es especial cuando describe conductas contenidas en un tipo básico, con supresión, agregación, o concreción de alguno de sus elementos estructurales. Por consiguiente, para que un tipo penal pueda ser considerado especial respecto de otro, es necesario que se cumplan tres supuestos fundamentales: a) que la conducta que describe esté referida a un tipo básico; b) Que entre ellos se establezca una relación de género a especie; y, c) Que protejan el mismo bien jurídico. Si estos presupuestos concurren, se estará en presencia de un concurso aparente de tipos, que debe ser resuelto conforme al principio de especialidad: *lex specialis derogat legi generali*”.

<sup>9</sup> Velásquez Velásquez, Fernando, Manual de Derecho Penal. Parte General, Bogotá, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, p. 982.

mayor”, etc., que le permiten al intérprete saber que dichas disposiciones solo podrán ser aplicadas cuando no sea posible aplicar la principal<sup>10</sup>.

*Principio de consunción:* Se refiere a aquellas hipótesis en las que teniendo en cuenta el modo concreto como se ha desarrollado el hecho típico, se puede concluir que uno de los tipos penales concurrentes absorbe el desvalor de los demás. Su operancia o aplicación está sujeta a que no procedan los principios de especialidad o subsidiariedad<sup>11</sup>. Por ello se ha planteado que, mientras que de acuerdo con el principio de especialidad la escogencia del precepto obedece a una comparación *ex ante* para determinar cuál de los tipos tiene mayor riqueza descriptiva, en el de consunción, se atiende a la forma concreta como se desarrolla el hecho típico<sup>12</sup>.

*Principio de alternatividad:* Da cuenta de la incompatibilidad existente de dos tipos penales, y por regla general, obedece a que el legislador ha previsto el mismo delito en dos tipos diferentes, y ello se debe a que una misma relación antijurídica puede ser analizada desde diversas perspectivas político- criminales. Por tanto la relación de alternatividad se presenta entre aquellos preceptos que se utilizan como medios diferentes para proteger el mismo bien jurídico<sup>13</sup>. Se ha dicho la relación de alternatividad puede ser propia o impropia. Respecto a la primera, se dice que se refiere a la situación en la cual, los dos (o más) tipos

---

<sup>10</sup> *Ibíd.* p. 982; también la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, rad. 27383 de 2007, M.P. Yesid Ramírez Bastidas: “1) Que la conducta investigada corresponda a la del tipo penal subsidiario exclusivamente; y, 2) Que simultáneamente aparezca definida en otro tipo penal de mayor jerarquía (básico o especial) que protege el mismo bien jurídico. En el primer supuesto ningún inconveniente se presenta, pues siendo una la norma que tipifica la conducta, se impone su aplicación. En el segundo, surge un concurso aparente de tipos que debe ser resuelto con exclusión de la norma accesorio, en virtud del principio de subsidiariedad: *lex primaria derogat legis subsidiariae*”.

<sup>11</sup> Véase Posada Maya, Ricardo, Delito continuado y concurso de delitos, cit. p. 234.

<sup>12</sup> Al respecto véase Escuchuri Aisa, Teoría del concurso de leyes y delitos. Bases para una revisión crítica, 2002, p. 180 y ss.; sobre el particular Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, rad. 22415. M.P. Marina Pulido, sostiene: “se tiene el tipo penal complejo o consuntivo, que por regla general se presenta cuando su definición contiene todos los elementos constitutivos de otro de menor relevancia jurídica. Se caracteriza por guardar con éste una relación de extensión-comprensión, y porque no necesariamente protege el mismo bien jurídico. Cuando esta situación ocurre, surge un concurso aparente de normas que debe ser resuelto en favor del tipo penal de mayor riqueza descriptiva, o tipo penal complejo, en aplicación del principio de consunción. (...). En virtud del principio de consunción -que no se ocupa de una plural adecuación típica de la conducta analizada- si bien los delitos que concursan en apariencia tienen su propia identidad y existencia, el juicio de desvalor de uno de ellos consume el juicio de desvalor del otro, y por tal razón sólo se procede por un solo comportamiento”.

<sup>13</sup> Sanz Morán, Ángel, El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa, cit. p. 127.

penales protegen un mismo bien jurídico, sin embargo, cada una de ellas lo protege de diferentes formas de ataque al mismo. La alternatividad impropia, por su parte, se presenta cuando en dos tipos se describe la misma conducta “de tal manera que siendo idénticas las descripciones puede afirmarse que las varias disposiciones actúan como círculos secantes; de acuerdo con esta concepción doctrinal dicha forma de alternatividad se resolverá seleccionando la norma que prevea la sanción más alta aplicable”<sup>14</sup>.

## **2. LA CELEBRACIÓN INDEBIDA DE CONTRATOS EN EL CÓDIGO PENAL COLOMBIANO**

En el Título XV, capítulo IV de Código penal colombiano se regula lo que genéricamente se denomina “Celebración indebida de contratos”. En este capítulo, se encuentran los delitos de violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades (art. 408), interés indebido en la celebración de contratos (art. 409) y contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales (art. 410), que son objeto del presente trabajo.

Estos delitos tienen las siguientes características comunes: la primera, que se trata de tipos penales en blanco, y por tanto, algunos elementos pertenecientes a la descripción típica están contenidos en normas extrapenales, especialmente en el Estatuto General de la contratación pública<sup>15</sup>; la segunda, consiste en que son delitos con sujeto activo calificado de conformidad con lo dispuesto en los artículos 20 del código penal y 56 de la ley 80 de 1993<sup>16</sup>. Por otro lado, son delitos de mera conducta, en tanto que, con la sola realización

---

<sup>14</sup> Corte Constitucional, sentencia C-464 de 2014, MP. Alberto Rojas Ríos. Por su lado, Caramuti, Carlos. Concurso de delitos. Buenos Aires, Hammurabi, 2005, p. 196, señala que en esta situación no estamos frente a un concurso aparente de leyes, pues como se observa, a pesar de que existen similitudes entre los tipos, la acción, o el bien jurídico, realmente no se desplaza a los otros tipos, sino que desde el inicio es solo ese el único aplicable.

<sup>15</sup> Ley 80 de 1993: “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”

<sup>16</sup> El artículo 20 establece: “Para todos los efectos de la ley penal, son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Para los mismos efectos se consideran servidores públicos los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República, los integrantes de la Comisión Nacional Ciudadana para la Lucha contra la Corrupción y las personas que administren los recursos de que trata el artículo 338 de la Constitución Política; por su lado el artículo 56, prescribe: “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”.

de las acciones típicas descritas en cada uno de ellos se consuma el delito, sin que sea necesario un resultado separable espacio-temporalmente de la acción.

Además, y es un aspecto resulta de vital importancia para el análisis relacionado con los problemas concursales, estos delitos comparten un bien jurídico común a saber: el *correcto funcionamiento de la Administración Pública* que se concreta en *la imparcialidad y objetividad* que debe guiar las actuaciones de los servidores públicos.<sup>17</sup> La imparcialidad implica la obligación del servidor público de decidir con fundamento en el interés público, y por tanto, sin incorporar sesgos de ninguna naturaleza (políticos, económicos, religiosos, etc.) en su actuación.

Precisamente en aras de proteger la imparcialidad, se establece un amplio régimen de inhabilidades e incompatibilidades orientadas a evitar que el servidor público, que de alguna manera pueda tener interés en el contrato, se aparte de él. En sentido similar, la prohibición de que el servidor público se interese indebidamente en un contrato cuya celebración debe intervenir en razón de sus funciones, se orienta directamente a evitar que sus intereses privados o los de un tercero prevalezcan sobre el interés público que ha de guiar todas las etapas de la contratación estatal.

En el mismo orden de ideas, lo propio puede decirse de la incriminación del comportamiento del servidor público que tramita, celebra o liquida un contrato sin observar los requisitos legales esenciales del mismo, debido a que la inobservancia de tales requisitos, es el medio eficiente para que el sujeto activo del delito se favorezca a sí mismo o a terceros, en detrimento de la imparcialidad y objetividad. Teniendo como base estas tres

---

<sup>17</sup> No obstante, en la doctrina colombiana no existe consenso en relación con este particular, pues algunos consideran que en el caso de la violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades y en la celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales esenciales se el bien jurídico lesionado es la legalidad. Otro tanto ocurren la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. A este respecto, en la doctrina colombiana véase, Cancino, Antonio, *Delitos contra la Administración Pública*, en: AA.VV. *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, Universidad Externado, Bogotá, 2011; Gómez Méndez y Gómez Méndez Alfonso/Gómez Pavajeau, Carlos Arturo, *Delitos contra la Administración Pública*, 3ª, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008; Molina Arrubla, Carlos Mario, *Delitos contra la Administración Pública*, Bogotá, Leyer, 2003; Castro Cuenca; Carlos/ Henao Cardona, Luis Felipe/ Tirado Álvarez, Margarita, en: Castro Cuenca Carlos (Coord.), *Manual de Derecho Penal, Tomo II, Parte Especial*, Bogotá, Temis-Universidad del Rosario, 2019.

características comunes a los tres delitos mencionados, se procederá a hacer una caracterización de cada uno de estos tres delitos.

#### **A. El delito de violación del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades**

Así se encuentra establecido en el Código Penal:

“Artículo 408. Violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades: El servidor público que en ejercicio de sus funciones intervenga en la tramitación, aprobación o celebración de un contrato con violación al régimen legal o a lo dispuesto en normas constitucionales, sobre inhabilidades o incompatibilidades, incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a doscientos dieciséis (216) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a doscientos dieciséis (216) meses.”

El sujeto calificado debe ser un servidor público en los términos ya indicados, debe realizar la conducta típica, esto es, *intervenir* en alguno de los tres momentos de la contratación estatal descritos en el tipo, a saber: la tramitación, aprobación o celebración del contrato, para lo cual deberá estar ejerciendo sus funciones. Lo anterior implica que el delito no se realiza ni durante la fase de ejecución, ni durante la liquidación.<sup>18</sup>

La intervención, para que sea típica, debe darse en concurrencia con una causal de inhabilidad o incompatibilidad establecida en la Constitución o la Ley<sup>19</sup>, siempre y cuando se trate de un supuesto en el que el servidor público tenga la potestad, la competencia o el

---

<sup>18</sup> Corte Suprema de Justicia. Auto 31043 del 21 de noviembre de 2012. M.P. José Leonidas Bustos Martínez. Sobre el particular véase, Cancino, Antonio, Delitos contra la Administración Pública, en: AA.VV. Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial, Universidad Externado, Bogotá, 2011; Gómez Méndez y Gómez Méndez Alfonso/Gómez Pavajeau, Carlos Arturo, Delitos contra la Administración Pública, 3ª, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008; Molina Arrubla, Carlos Mario, Delitos contra la Administración Pública, Bogotá, Leyer, 2003; Castro Cuenca; Carlos/ Henao Cardona, Luis Felipe/ Tirado Álvarez, Margarita, en: Castro Cuenca Carlos (Coord.), Manual de Derecho Penal, Tomo II, Parte Especial, Bogotá, Temis-Universidad del Rosario, 2019.

<sup>19</sup> El régimen de inhabilidades e incompatibilidades está disperso en distintas normas del ordenamiento jurídico. En especial en la contratación estatal debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 8 de la ley 80 de 1993.

deber legal de intervenir en el trámite o celebración del contrato en ejercicio de su cargo o de sus funciones. Así las cosas, el delito no se tipifica en aquellos supuestos en que esa intervención la realiza un servidor público que no tenga asignada la función de intervenir en el proceso contractual correspondiente.

Además, es necesario que el servidor actúe dolosamente, es decir, que conociendo la existencia de la inhabilidad o la incompatibilidad decida voluntariamente intervenir en la tramitación, aprobación o celebración del contrato del cual debería apartarse, precisamente por concurrir la causal constitucional o legal que lo inhabilita o establece la incompatibilidad. Ello tiene el propósito, como ya se dijo, de proteger la imparcialidad que podría verse en peligro si el funcionario no se abstiene de intervenir en el trámite contractual respectivo.

Entendido el delito en los términos anteriores, se pueden presentar diversas hipótesis que dan lugar a problemas concursales a los cuales se hará referencia a partir de los casos tomados de la jurisprudencia de los que se ocupará el siguiente apartado de este trabajo. Aquí solamente se enunciarán:

i) El servidor público que estando inhabilitado interviene en la celebración de un contrato, podría estar realizando al mismo tiempo el delito de violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades y el delito de celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales esenciales -si se entiende que la inhabilidad implica que el servidor no tiene competencia legal para intervenir y por ello, estaría incumpléndose un requisito legal esencial del contrato, como lo es la *capacidad* para celebrarlo-.

ii) Podría también suceder que el servidor público intervenga en la tramitación del contrato estando inhabilitado o concurriendo una incompatibilidad, con el propósito de favorecer a un tercero, caso en el cual, la conducta puede también adecuarse al tipo penal de interés indebido en la celebración de contratos.

iii) También es factible que el servidor público intervenga en la expedición de una resolución (acto administrativo) mediante el que se adjudique un contrato, estando inhabilitado, con

lo cual podría estar incurso, por esa misma conducta, en los delitos de prevaricato por acción y violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades <sup>20</sup>.

## **B. El delito de interés indebido en la celebración de contratos**

Este delito está consagrado en el artículo 409 del Código penal de la siguiente forma:

“Artículo 409. Interés indebido en la celebración de contratos: El servidor público que se interese en provecho propio o de un tercero, en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo o de sus funciones, incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a doscientos dieciséis (216) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a doscientos dieciséis (216) meses”.

En este caso, la conducta típica consiste en *interesarse* en provecho propio o de un tercero, o lo que es lo mismo, *interesarse indebidamente*, en contrato u operación en el que debe intervenir en razón de su cargo o de sus funciones. A diferencia de lo que sucede en los delitos de violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades (art. 408 Cp.) y de celebración de contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales esenciales (art. 410 Cp.), en los que la conducta típica está relacionada únicamente con un contrato, en el delito de interés indebido del art. 409 Cp., la conducta típica consistente en interesarse indebidamente, puede recaer también sobre una operación administrativa<sup>21</sup> y en ese sentido, como se verá en el siguiente apartado de este trabajo, ello es razón adicional para considerar este delito tiene una mayor riqueza descriptiva, comparado con los otros dos delitos mencionados.

Ese interés indebido debe traducirse en actos externos, y en ese sentido, no basta el deseo o la intención del sujeto activo de favorecerse a sí mismo o a un tercero. Las maneras de

---

<sup>20</sup> Sobre estas hipótesis véase, Castro Cuenca/ Henao Cardona/ Tirado Álvarez en: Castro Cuenca Carlos (Coord.), Manual de Derecho Penal, cit. p. 395.

<sup>21</sup> A diferencia del delito de violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades en este caso se incluyen además de los contratos, las denominadas operaciones administrativas.

exteriorizar ese interés pueden ser de muy diversa índole, por ejemplo, ejerciendo presiones sobre el comité de contratación de una entidad pública para que elabore un pliego de licitación de una determinada manera, o para que valore con menos rigor la propuesta del oferente -futuro contratista- al que se pretende favorecer, o también, omitiendo requisitos de la contratación para que el oferente tenga más posibilidades de ser seleccionado, incluso, ese interés indebido puede hacerse manifiesto interviniendo en el contrato o en la operación administrativa estando inhabilitado, etc.

Como bien lo afirma Corredor Beltrán<sup>22</sup> el tipo penal se dirige a sancionar aquellos actos que suponen auténticas formas de *desviación de poder*, los cuales tienen como fin la satisfacción de intereses personales o de un tercero, y no la satisfacción de los intereses de la administración pública o la comunidad. También puede decirse, junto con otro autor, que este interés indebido se hace patente en la “pérdida de la imparcialidad en la contratación<sup>23</sup>” y por ende, es la manera de afectar ese bien jurídico.

Otro aspecto que caracteriza este delito y lo diferencia de los delitos previstos en los art. 408 Cp. y 410 Cp., es que ese interés se puede manifestar en cualquiera de las etapas de la contratación, desde la preparación, pasando por la celebración, la ejecución, hasta la liquidación.

Por último, se trata de un delito doloso, en el que el dolo consiste en el conocimiento por parte del sujeto de que se está interesando en su provecho personal o en el de un tercero, de un contrato u operación y dirige su voluntad para materializar ese interés indebido.

En sentido similar al explicado en los párrafos precedentes, la Corte Suprema de Justicia ha caracterizado el delito de interés indebido en los siguientes términos:

“(i) el interés del servidor público debe ser indebido, porque es claro que las normas acusadas no se refieren al interés que muestre el servidor en el cumplimiento de los fines estatales y en particular del interés concreto que corresponda perseguirse con

---

<sup>22</sup> Corredor Beltrán, Diego en AA. VV, Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019. pág. 487.

<sup>23</sup> Castro Cuenca, Carlos. Manual de Derecho Penal., Bogotá, Temis, 2019, pág. 380.

la celebración del contrato en el que interviene de acuerdo con la Constitución; (ii) 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 (...); esto es, las actuaciones del servidor público con las que se vulnera la transparencia e imparcialidad en la actividad contractual y (iii) dicho provecho no es, de otra parte, necesariamente económico”.

“Así, para acusar o condenar a una persona por el delito previsto en el artículo 409 Cp., a la par de la demostración de la calidad de servidor público y de su relación con la actividad contractual (en la que debe intervenir en razón de su cargo o de sus funciones), el fiscal y el juez, respectivamente, tienen la carga de precisar, entre otras cosas: (i) en qué consistió el interés del servidor público –aspecto fáctico-, (ii) por qué el mismo puede catalogarse como indebido –juicio valorativo-; y (iii) cuáles fueron las actuaciones a través de las cuales se exteriorizó el interés (bajo el entendido de que no puede penalizarse la simple ideación, que no trascienda el fuero interno del sujeto)”<sup>24</sup>.

### **C. Delito de tramitación, celebración o liquidación de contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales esenciales**

El artículo 410 del Código Penal tipifica este delito así:

“El servidor público que por razón del ejercicio de sus funciones tramite contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos, incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a doscientos dieciséis (216) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a doscientos dieciséis (216) meses.”

---

<sup>24</sup> Corte Suprema de Justicia. Sentencia 25989 del 4 de febrero de 2009. M.P. Patricia Salazar Cuéllar.

Se trata de un tipo penal con 3 verbos rectores, a saber, tramitar, celebrar o liquidar<sup>25</sup>. La conducta, para que sea típica, debe ser realizada por un servidor público en ejercicio de su cargo o de sus funciones y que realiza el delito bien sea porque durante la tramitación del contrato omite – sin observar dice la ley- uno o varios requisitos de aquellos considerados esenciales, bien porque al momento de celebrarlo o liquidarlo omite uno o varios de aquellos requisitos. Cabe señalar que el legislador no incluye expresamente la fase de ejecución, pero si una que es posterior, esto es, la liquidación del contrato, por lo que deberá entenderse, conforme al principio de legalidad, que la inobservancia de este tipo de requisitos durante la ejecución del contrato es una conducta atípica.

El verbo rector *tramitar* se refiere a todas aquellas actividades y requisitos previos a la celebración y posterior ejecución del contrato que de conformidad con la ley son necesarias para que el mismo pueda celebrarse, tales como los estudios previos, elaboración de pliegos de condiciones, licitación pública, concurso de méritos, subasta etc. *Celebrar* es el acto jurídico mediante el cual se suscribe el contrato entre las partes, contratante y contratista. Como requisitos esenciales se mencionan en esta etapa la exigencia expresa de la ley de que conste por escrito, la firma por parte del funcionario competente y debidamente autorizado en los casos en los que esta es necesaria y el otorgamiento y la aprobación de las garantías correspondientes, entre otros, dependiendo del tipo de contrato de que se trate. Por último, *liquidar* supone realizar todas aquellas gestiones dirigidas a dar por terminado de manera definitiva el contrato una vez se ha agotado el objeto del mismo y por tanto se han cumplido las obligaciones recíprocas de las partes, todo lo cual deberá constar en el acta de liquidación, cuya forma y requisitos dependerán de la modalidad contractual específica.

---

<sup>25</sup> Sobre este particular la Corte Suprema de Justicia tiene establecido: “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”

El delito contiene un elemento normativo denominado requisito *legal esencial*, cuya determinación requiere acudir a distintas normas entre ellas al artículo 1501 del código civil que establece que son de la esencia de un contrato “aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente”. Sin embargo, no ha sido fácil su delimitación y por ello persisten diferencias en la doctrina y la jurisprudencia acerca de cuáles son esos requisitos. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia ha fijado unas pautas que resultan atendibles, y son las siguientes, cuyo punto de referencia son los principios que rigen la contratación estatal<sup>26</sup>:

“Según el principio de transparencia: El principio se concreta legalmente en varios aspectos, tal como surge del artículo 24 de la Ley 80 de 1993: la escogencia del contratista se debe efectuar siempre a través de licitación o concurso públicos, salvo los casos expresamente previstos en el numeral 1º. de esta norma; se garantiza la publicidad y contradicción de los informes, conceptos y decisiones que se rindan o adopten en el proceso de contratación; los proponentes pueden solicitar que la adjudicación de una licitación se haga en audiencia pública; se puede, así mismo, obtener copia, con las limitaciones legales, de las actuaciones y propuestas recibidas; se elaboran los pliegos de condiciones o términos de referencia con reglas objetivas, justas, claras, completas y precisas que permitan la adecuada confección de las ofertas; se señalan las reglas de adjudicación del contrato en los avisos de apertura de licitación o concurso y en los pliegos de condiciones o términos de referencia; se motivan los actos administrativos que se expidan, excepto los de mero trámite; se actúa sin desviación o abuso de poder y sin elusión de los procedimientos de selección objetiva y demás requisitos previstos en el estatuto.

Según el principio de economía: Está consagrado en el artículo 25 del estatuto y en el 209 de la Constitución Política. Apunta a garantizar que en la actuación contractual se observen rigurosamente los principios de celeridad y eficacia eliminando trámites innecesarios, reclamando la adopción de mecanismos y

---

<sup>26</sup> Corte Suprema de Justicia. Sentencia 17088 del 19 de diciembre de 2000. M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

procedimientos ágiles, exigiendo la existencia de partidas y disponibilidades presupuestales y la apropiación de reservas y compromisos.

Según el principio de responsabilidad: Con base en él, el artículo 26 del Estatuto obliga a los servidores públicos a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, vigilar la correcta ejecución del contrato y proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato, además de señalar las consecuencias que sufren aquellos por sus acciones y omisiones, así como la responsabilidad de los contratistas en los casos expresamente previstos en la disposición en comento.

Según el principio de selección objetiva: vinculado con estos principios, el artículo 29 de la Ley 80 de 1993 ordena que la selección de los contratistas sea objetiva, tanto en la contratación directa como cuando hay lugar a adelantar el proceso licitatorio; precisa que se tendrá por objetiva aquella “selección en la cual la escogencia se hace 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”.

Según el principio de imparcialidad: imparcialidad equivale a rectitud, equidad, neutralidad, objetividad, ecuanimidad y legitimidad, por oposición a la subjetividad, a la parcialidad, a la tendenciosidad, a la arbitrariedad y al exclusivismo.

Según el principio de eficiencia: apunta a la necesidad de hacer todo aquello apropiado en búsqueda del efecto deseado; el de competencia se relaciona con el establecimiento de reglas que garanticen la parificación de los contendientes que se dirigen hacia la misma meta; el de igualdad se refiere a la posición similar que deben tener los aspirantes, con los mismos derechos y expectativas, y el de publicidad quiere materializar, como presupuesto ineliminable de la libre competencia, la pulcritud y nitidez de los procedimientos.”

Por último, a en lo que se refiere al tipo subjetivo, se trata de un delito doloso en el que el sujeto activo debe tener conocimiento de que está tramitando, celebrando o liquidando un

contrato que no cumple los requisitos legales esenciales y orientar su voluntad a ejecutar la conducta típica en tales circunstancias.

### **3. ESTUDIO DE LOS CASOS DE LA JURISPRUDENCIA**

Ya teniendo al alcance la teoría necesaria, se procederá a hacer el estudio y análisis de algunas sentencias de la Corte Suprema de Justicia a partir de casos en los que se muestran los problemas o dificultades para asegurar una aplicación correcta, consistente y por tanto igualitaria de la ley penal. Al respecto, se harán los comentarios y consideraciones pertinentes, con el objetivo de analizar los argumentos dados por la Corte, para dirimir el caso en cuestión, y respecto a ellos, se propondrán alternativas, o se explicará el por qué se comparte su posición:

#### **Sentencia 18911 del 13 de octubre de 2004 M.P. Mauro Solarte Portilla**

Se trata de la sentencia dictada en contra del señor Antonio Manuel Stephen (ex gobernador San Andrés y Providencia), acusado por los delitos de celebración de contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales y peculado culposo.

La investigación penal se origina debido a que en el año 1995, el entonces gobernador del departamento, tramitó, celebró y ejecutó con la firma Rodríguez Vásquez Cía. Ltda., un contrato para la construcción de una bodega. Dada la cuantía de la obra, se hacía necesario iniciar un proceso de licitación pública, el cual, fue ignorado por el funcionario, quien, para no acudir a este requisito y contratar de manera directa, decidió basarse en el Decreto 245 de abril 10 de 1995, mediante el cual se había declarado el estado de urgencia manifiesta para contratar estudios, diseños y obras de los sistemas de servicios públicos de acueducto y alcantarillado y tratamiento y disposición de aguas residuales. Durante la investigación, la Fiscalía pudo determinar que la obra tuvo un sobre costo de \$62.737.379.

El Ministerio Público en su intervención manifestó lo siguiente:

“Todo el proceso de contratación que se realizó acudiendo a la figura de la urgencia manifiesta; el haber extendido los plazos en lugar de haber optado por otras determinaciones, como la declaratoria de caducidad del contrato; el haber aceptado

las pólizas tomadas por un valor inferior al contratado, son secuencias que demuestran un interés evidente por evadir el sistema de licitación y los mecanismos que le brindan transparencia y objetividad a la contratación estatal, con el fin de favorecer a la firma que al final fue seleccionada.

Este interés es sustancial en la estructuración del tipo penal e implica que la adecuación típica corresponde al delito de interés ilícito y no al de celebración de contratos sin cumplimiento de requisitos legales, como la acusación lo ha considerado.”

A partir de lo anterior el Ministerio Público concluye que se realizó una incorrecta adecuación típica de los hechos por parte de los jueces de instancia pues a su parecer lo relevante no es el hecho de que se haya omitido la licitación pública, sino tal omisión fue el medio a través del cual se pudo lograr el propósito de favorecer a terceros con la adjudicación del contrato. La Corte Suprema, no comparte el concepto del delegado del Ministerio Público y al respecto manifiesta:

“En éste sentido, para despejar las dudas que el Ministerio Público plantea con relación al proceso de adecuación típica - que para él debe girar en torno del concepto de interés ilícito, más que sobre el de requisitos legales -, no se debe perder de vista que cada tipo penal busca proteger de diversa manera el bien jurídico tutelado por la ley. Así, el tipo de celebración de contratos sin cumplimiento de requisitos legales está estrechamente vinculado con el principio de legalidad, mientras que el interés ilícito está ligado al concepto de interés general. En consecuencia, mediante éste último se sanciona el desvío de poder, a través del cual se privilegia el interés particular en lugar del general, que es fin esencial de la actividad estatal (artículos 2 y 210 de la Carta Política).

De éste modo, allí en donde la conducta emerge como un proceso que desconoce los requisitos necesarios para la validez del contrato, el desvalor de la conducta no puede sino alojarse en el tipo que de manera perfecta define ese acontecimiento como delictivo, en lugar del que sanciona el interés ilícito, que lo hace no desde la

perspectiva de la ilegalidad del procedimiento, sino del desvío de poder, respetando la ontología y el valor de la conducta, su ser y el sentido normativo de la misma.

En síntesis, el delito de celebración de contratos sin cumplimiento de requisitos legales tiene relación con el principio de legalidad y el interés ilícito con el desvío de poder, razón por la cual la factura de la conducta se acopla con la primera descripción y no con la última, teniendo en cuenta el énfasis y las diversas formas de protección con que se protegen los distintos momentos de la contratación estatal en el marco del desvalor de acción y de resultado que cada uno de ellos representa.”

Si bien la Corte Suprema zanjó de manera sencilla la discusión, su argumentación no resulta muy convincente. En efecto, considero que como suele ocurrir en muchos casos, para poder favorecer a cierto contratista (interés indebido), es necesario que previamente se desconozcan ciertos requisitos esenciales de la contratación, sin los cuales, se haría imposible adjudicarle el contrato. Si se aplicara en todos los casos esta postura de la Corte Suprema, el delito de interés indebido en la celebración de contratos sería prácticamente inoperante, debido a que dicho interés en muchas ocasiones se hace palpable, se exterioriza a través de la omisión de un requisito legal del contrato. Estamos ante un concurso aparente de leyes en el cual, de conformidad con el principio de consunción, el interés indebido recoge el desvalor que implica la inobservancia del requisito legal esencial y, por tanto, el tipo que debería aplicarse, como bien lo señaló el delegado del Ministerio Público es el que consagra el delito de interés indebido en la celebración de contratos.

Bien reconoce la Corte Suprema en la sentencia que se viene citando que el ex gobernador de San Andrés, decidió omitir requisitos esenciales con el fin de favorecer a la firma que al final fue seleccionada. Es decir, los requisitos legales se omitieron como medio para hacer efectivo ese interés indebido dirigido a favorecer al contratista. Al admitir que ello es así, la Corte Suprema debió ser consecuente con su razonamiento y por tanto al admitir como probado el interés indebido del gobernador en la celebración del contrato, debió al menos profundizar en las razones por la cuales prevalecía en ese caso el delito de celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales esenciales. En efecto, cabe preguntarse si

la conducta se adecuaría con mayor precisión al delito de interés indebido en la celebración de contratos. No quedan claras en la sentencia las razones por las cuales el delito de celebración de contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales esenciales, desplaza al delito de interés indebido, en un caso en el que la omisión de uno de esos requisitos fue el medio por el cual se favoreció el interés privado por encima del interés público.

**Sentencia 24606 del 6 de marzo de 2008, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez**

Corresponde a la sentencia en contra de Arnaldo José Rojas Tomedes (ex gobernador de Guainía) por los presuntos punibles de violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades y peculado por apropiación. Para el entendimiento de este caso, debe precisarse que la Corte suprema en oportunidad anterior, ya había condenado al ex gobernador por el delito de contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales con fundamento en los mismos hechos.

Los hechos que dan lugar a la condena, según o relatado en la sentencia, se refieren a que el servidor público suscribió tres contratos con los señores Julio Cesar Gómez, José Reinaldo Garzón Herrera y Jaime Calderón González, con el propósito de remodelar un colegio municipal en Inírida; sin embargo, la fiscalía evidenció que esto no resultó ser sino una fachada, y que en realidad los contratos se celebraron con los Diputados de la Asamblea Departamental, Gildardo Sáenz y José Bustamante Fernández. De igual manera, según consta en la investigación realizada por el ente investigador, se determinó que dichos contratos tuvieron sobrecostos por valor de \$41.047.800 y \$5.219.727.

Explica la Corte Suprema, de conformidad con el *literal a* del artículo 8 de la ley 80 de 1993, existe impedimento para participar en licitaciones o concursos y celebrar contratos con entidades estatales, para aquellas personas inhabilitadas para contratar según lo prescrito en Constitución y la ley. Dentro de esas prohibiciones se encuentra la consagrada en el artículo 127 de la Constitución que “Los servidores públicos no podrán celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales.”.

Se desprende de la sentencia la conclusión según la cual “los contratistas no fueron *más que unos “testaferros”* contractuales de los diputados (...) quienes estaban inhabilitados para contratar con el Estad”.

De igual manera se precisa que el ex gobernador realizó maniobras para darle apariencia de legalidad al convenio; además, fraccionó el objeto contractual para así eludir la licitación (requisito esencial) y omitió los estudios/diseños de las obras con lo cual, se afirma también en la providencia, se buscaba favorecer los intereses de los diputados.

En su intervención dentro del trámite del proceso ante la Corte Suprema, el Ministerio Público solicitó la absolución por el delito de violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, explicando que en sentencia anterior en la que se condenó al ex gobernador por el delito de contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales: “la Corte Suprema, acogiendo el criterio de la Fiscalía, incluyó en el elemento subjetivo el conocimiento que el procesado tenía acerca de la violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, manifestando que las circunstancias previas, concomitantes y subsiguientes de la contratación son indicativas que al servidor aforado le asistía el propósito de favorecer los intereses económicos de los verdaderos contratistas, algunos de los cuales por su condición de diputados de la Asamblea se encontraban inhabilitados para contratar con el departamento”.

Con fundamento en lo anterior el delegado del Ministerio Público consideró que, de proferir condena por el delito de violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, se estaría violando el principio de *non bis in ídem*, pues el desvalor completo del comportamiento realizado por el exgobernador ya había sido recogido y sancionado al momento en que se le condenó por el delito de contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales.

El Ministerio Público también expresó su posición respecto a la posibilidad de que exista un concurso real entre violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades y contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales, afirmando:

“La jurisprudencia no se ha ocupado de determinar qué pasa entre los delitos de violación al régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades y celebración de contratos sin el lleno de los requisitos legales y esenciales. Para la Fiscalía es posible el concurso, pero para la Procuraduría no, estimando que el primero es un supuesto de capacidad jurídica tanto para el contratista como para el contratante, por ser lo que determina si el sujeto activo está inhabilitado o no para celebrar el contrato, por esa razón los estatutos de contratación pública han establecido un régimen de inhabilidades e incompatibilidades. Siempre que haya una imputación por celebración de contratos con violación a los requisitos legales esenciales y dentro de esos requisitos esenciales esté una inhabilidad o una incompatibilidad ese delito debe subsumir el de violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades.

Posición que no excluye el delito del ordenamiento jurídico, pues se configurará cuando el presupuesto sea únicamente la violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades.”.

La defensa del exgobernador sostuvo una posición similar a la del Ministerio Público al afirmar que “en virtud del principio de consunción el punible de violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades es absorbido por el de contrato sin cumplimiento de requisitos legales en razón a su mayor riqueza descriptiva, constituyéndose, en consecuencia, en un caso juzgado.”.

Llegado el momento de la Corte de formular sus consideraciones al respecto, comienza por analizar el delito de violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades; destacando las siguientes características:

“El sujeto activo es cualificado por exigir que un servidor público en ejercicio de sus funciones intervenga en el trámite, aprobación o celebración de un contrato. Podrá serlo quien lo tramita, controla, asesora o firma, es decir, todas las personas partícipes del proceso de contratación, el que, por regla general en la administración pública, es desconcentrado.

Serán autores los contratistas, consultores y asesores, a quienes el artículo 56 de la ley 80 de 1993 considera particulares en cumplimiento de funciones públicas, sujetándolos a la misma responsabilidad de los servidores públicos. Así entonces, el servidor público que al margen de sus funciones contrata hallándose inhabilitado, incurre en este delito.

El sujeto pasivo es el Estado, por ser la administración pública la titular del bien jurídico tutelado.

El objeto jurídico lo configura el interés del Estado en conservar la transparencia de los funcionarios públicos en el proceso contractual, procurando erradicar la injerencia de intereses particulares ligados a la corrupción administrativa, mantener la imagen, confianza y respetabilidad de la administración pública ante la comunidad.

El contrato respectivo es el objeto material.

La conducta es compleja porque además de exigir del sujeto agente su intervención en las etapas de trámite, aprobación y/o celebración del contrato, requiere que lo haga con violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades. Participación a cumplir en ejercicio de sus atribuciones, pues no tipifica el delito si el funcionario actúa al margen de ellas.

La tramitación alude a la etapa previa de selección del contratista, y a la aprobación y/o celebración a la instancia recorrida entre el perfeccionamiento y el cumplimiento de los requisitos para su ejecución.

(...)

La incompatibilidad como la inhabilidad se refieren a la ineptitud o incapacidad para celebrar contratos con el Estado, tanto para quien obra como contratante en representación del Estado, como para quien pretende hacer de contratista en su beneficio o de terceros, en su propia representación o por interpuesta persona. Se configurará este tipo penal, entonces, cuando el servidor público responsable de la

contratación permita que el sujeto inhabilitado o incurso en una incompatibilidad participe en la tramitación, aprobación o celebración de un contrato.”.

Luego de caracterizar el delito en los términos reseñados, la Corte fija su posición respecto a lo planteado por el Ministerio Público, esto es, la posibilidad o no de que se presente un concurso ideal de delitos, y para ello explica:

“Con la posición asumida por la Sala acoge el criterio del Fiscal Delegado que propugna por la posibilidad de concurrencia de los punibles de contrato sin cumplimiento de los requisitos legales y violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, y desecha el proclamado por el Procurador Delegado, secundado por el defensor, atinente a la existencia de un concurso aparente de tipos penales a resolver en favor del primero por virtud a su mayor riqueza descriptiva, aplicando el principio de consunción.

El concurso aparente de tipos, tiene como presupuesto básico la unidad de acción, es decir, que se trate de una conducta con encerramiento material formal en varias descripciones típicas, pero con real adecuación en una sola de ellas, que la acción ejecutada por el sujeto persiga una finalidad, y que lesione o ponga en riesgo un solo bien jurídico.

Para solucionarlo y evitar el quebranto del principio de non bis in ídem, doctrina y jurisprudencia ofrecen tres criterios, a saber: la especialidad, la subsidiariedad y la consunción.

Una norma es especial cuando describe conductas contenidas en un tipo penal básico, con supresión, agregación, o concreción de alguno de sus elementos estructurales. Para que un tipo penal pueda ser considerado especial respecto a otro, es necesaria la concurrencia de tres supuestos fundamentales: 1) Que la conducta que describe esté referida a un tipo básico; b) Que entre ellos se establezca una relación de género a especie; y, c) Que protejan el mismo bien jurídico.

Un tipo penal es subsidiario cuando solamente puede ser aplicado si la conducta no se subsume en otro que sanciona con mayor severidad la lesión del mismo bien jurídico. Es residual porque por lo general el legislador en la misma disposición advierte que sólo puede ser aplicado si el hecho no está sancionado especialmente como delito, o no constituye otro ilícito.

El tipo penal complejo, se presenta cuando su descripción contiene todos los ingredientes estructurales de otro de menor relevancia jurídica, guardando entre ellos una relación de extensión- comprensión, sin requerir la protección del mismo bien jurídico. En estos eventos el concurso aparente se resuelve a favor del tipo penal de mayor riqueza descriptiva, aplicando el principio de consunción.

Es posible el concurso aparente en los punibles autónomos protectores de bienes jurídicos distintos, cuando exista una clara vinculación de causa a efecto, de medio a fin, o en los casos en los cuales uno de los punibles es calificado por una circunstancia modal, que por sí misma integra la conducta descrita a otro tipo de injusto.

Cotejando los dos punibles, concluye la Sala que configura un concurso de conductas punibles.

El concurso en apariencia, se reitera, tiene como fundamento la existencia de una unidad de acción subsumible en varias descripciones típicas, resultando aplicable una de ellas siempre que la acción obedezca a una única finalidad y lesione o ponga en riesgo el mismo bien jurídico.

Presupuestos en este caso ausentes, porque los supuestos de hecho de cada tipo penal describen conductas natural y jurídicamente diferentes. La violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades sanciona al servidor público que en ejercicio de sus funciones intervenga en el trámite, aprobación o celebración de un contrato transgrediendo el régimen de inhabilidades e incompatibilidades. En tanto que el contrato sin cumplimiento de requisitos legales castiga al servidor público que

por razón de sus atribuciones tramite un contrato sin observar los requisitos legales esenciales, o lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos.

Además, contrario al parecer del Procurador Delegado, las conductas estuvieron impulsadas por fines distintos, así el propósito último fuese la apropiación de recursos del departamento a favor de terceros. Ello es viable en virtud a que el primero, por ser de mera conducta, alcanza su ejecución con la sola participación del servidor público en la tramitación, aprobación o celebración de un contrato con violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, sin requerir la obtención de un resultado en particular; mientras que el segundo demanda que el sujeto activo tramite el contrato sin observar los requisitos legales esenciales o que lo celebre sin la verificación de los mismos.

Su reglamentación independiente, describiendo conductas disímiles con sanciones autónomas, sin expresar el carácter subsidiario o residual de ninguna de ellas, descarta la posibilidad de configuración del concurso aparente de tipos penales. Son injustos penales aplicables simultáneamente con otros de estructura básica o especial, si la conducta ponderada constituye un fenómeno concursal.

Para desechar el principio de consunción, basta argumentar que los elementos constitutivos de la violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades no están comprendidos en los del contrato sin cumplimiento de los requisitos legales, o viceversa, de suerte que el presupuesto relativo a que los tipos penales estén ligados por una relación lógica de extensión comprensiva no se agota.

Entonces, es incontrastable para la Sala, no sólo la posibilidad sino la presencia de un concurso real de conductas punibles. De haber desechado el legislador esta posibilidad no hubiese tipificado de manera autónoma e independiente el punible de violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, relegando su encuadramiento en el contrato sin cumplimiento de requisitos legales, o contemplado expresamente su carácter subsidiario.”

En primer lugar, resulta confusa la afirmación que hace la Corte en el sentido de que se trata de un concurso real, pues si se mira bien, la argumentación que ofrece la corporación debería conducir a concluir que se trata de un concurso ideal, aunque aún, en ese evento, la conclusión no resultaría tampoco convincente, en tanto que se deja de lado el análisis de la posible violación del principio de *non bis in idem*.

La Corte Suprema, hace una apreciación que parece incorrecta, pues justifica la posibilidad del concurso real -que ya se dijo en ese caso sería más bien concurso ideal- argumentando que el legislador creó estos dos delitos independientes y autónomos, sin detenerse a analizar el problema desde la perspectiva material de la garantía de que no se juzgue dos veces el mismo hecho. La violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades en muchos casos, supone incumplir requisitos legales esenciales, y en otros, puede configurar un prevaricato; en la primera hipótesis, la capacidad legal para celebrarlo es un requisito esencial y precisamente es lo que le falta al funcionario inhabilitado, y, en la segunda, por ejemplo, al suscribir la adjudicación de un contrato, el funcionario inhabilitado estaría prevaricando por ser manifiestamente ilegal la adjudicación en esas concretas circunstancias.

Resulta destacable la postura adoptada por el Ministerio Público, en tanto que, con lógica razón plantea que debido a que el ex gobernador había sido condenado previamente por el delito de celebración de contratos sin el cumplimiento de los requisitos legales por los mismos hechos, ello implicaba que el desvalor del delito de violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades quedaba recogido en el primer delito dado que un requisito esencial para la celebración de contratos es la capacidad para contratar.

Ahora, si como lo admitió la Corte, el fin del ex gobernador de Guainía era el de favorecer con el contrato a sus amigos de la Asamblea Departamental y tenía conocimiento de la inhabilidad, y a sabiendas de ello, adjudicó y celebró con los mencionados contratos. Es por lo anterior que se puede decir que en este caso se configura un concurso aparente de delitos el cual, de conformidad con el principio de consunción se resuelve en favor del delito de celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales esenciales.

Por lo anterior, considero que tiene razón el Ministerio Público al afirmar que cuando se presenta una imputación por el delito de contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales esenciales, y se aprecia que el requisito esencial omitido fue el de capacidad para contratar por la existencia de una inhabilidad o incompatibilidad, el delito de violación del régimen de inhabilidades quedará subsumido dentro del tipo de contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales, debido a que considera que este último tiene una mayor riqueza en su descripción típica.

En contraposición a esta propuesta, la Corte Suprema afirma que si es posible el concurso de delitos entre estas dos conductas, pues, ambas persiguen fines distintos, argumento que no parece muy convincente, pues se podría decir que el incumplimiento de ambas normas penales, fue solo un medio para conseguir el fin de favorecer a un determinado contratista, y este fin de favorecer a ese contratista también fue un medio para la consecución de un fin último, el cual fue la apropiación de dineros de la administración pública.

Esto abre un nuevo debate, pues en el proceso, la Corte Suprema admitió que fue probado que se buscó favorecer el interés en que los diputados obtuvieran el contrato, por lo cual, implícitamente estaría diciendo que aparentemente también puede llegar a operar el delito de interés indebido en la celebración de contratos; a pesar de esto, la Corte Suprema no hace ninguna manifestación o análisis al respecto.

En fin, como se puede apreciar, por lo visto se puede anticipar una conclusión en el sentido de que la manera como están tipificados estos delitos resulta realmente problemático, pues el intérprete llega a un espacio de incertidumbre, donde en principio parecerían válidas o justificables muy diversas soluciones posibles que se puedan imaginar, abriendo un campo de inseguridad jurídica.

#### **Sentencia 30933 del 26 de mayo de 2010, M.P. María del Rosario González de Lemos**

Tras ser absuelto en primera instancia, la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Barranquilla en segunda instancia, condenó al procesado a pena de prisión por el delito de celebración de contrato sin el cumplimiento de requisitos legales.

En el año 1999 la Contraloría presentó un informe a la Fiscalía, en la cual se denunciaba al procesado (entonces alcalde de Cartagena), por la celebración indebida de contratos, pues según el informe, el procesado violó el principio de transparencia al haber celebrado algunos contratos en la modalidad de contratación directa, y no por licitación pública, procedimiento aplicable debido al monto de los nueve contratos.

El juez de segunda instancia consideró que en la celebración dichos contratos se omitieron requisitos legales esenciales, que dieron paso a la configuración de este delito. En el análisis realizado por la Corte Suprema, se afirmó que efectivamente, el alcalde de Cartagena realizó un fraccionamiento de los contratos, de modo tal que, con esta maniobra, pudiese eludir su deber de celebrar la licitación pública, pues no solo todos los contratos eran del mismo género, sino que también eran de la misma especie (reparación de la malla vial).

Del mismo modo, la Corte Suprema consideró el procesado actuó dolosamente, toda vez que el fraccionamiento de dichos contratos no se hizo realmente por el interés de la comunidad, pues de haber sido así, se hubiese estipulado en cada contrato las zonas y metros donde se realizaría cada obra. Esto permitió a la Corte Suprema de Justicia, reafirmar que la intención del alcalde, no era otra que la de burlar la licitación pública, y poder realizar la contratación directa, con las empresas que él quería favorecer.

Si bien puede decirse que en el presente caso sí se pudo demostrar la omisión de un requisito esencial como lo era la obligación de realizar la licitación pública correspondiente; no deja de llamar la atención también en esta ocasión es posible apreciar un concurso aparente entre el delito por el cual se condenó, y, el delito de interés indebido en la celebración de contratos, pues intervino en dicha celebración de manera parcializada, omitiendo la licitación pública, de modo tal que favoreció indebidamente a un grupo de empresas. El funcionario no actuó con imparcialidad a la que está sometido como servidor y con esta conducta se vulneró el correcto funcionamiento de la Administración pública,

pues desvió el poder, de modo tal que quedó interés general subordinado al interés propio de quienes favoreció<sup>27</sup>.

La Corte Suprema admite que en el caso se evidenció un interés indebido en la celebración del contrato, sin embargo, no se detuvo a analizar el concurso aparente, máxime cuando la Fiscalía en su intervención en sede de casación, dedicó sus esfuerzos en demostrar que se violó el régimen de inhabilidades y que se incumplieron requisitos legales esenciales de la contratación, para favorecer contractualmente a ciertas personas.

De nuevo, el caso citado sirve para demostrar que la coexistencia de estos delitos puede ser en muchas situaciones problemática, pues dificulta al intérprete del caso en concreto determinar si puede haber un concurso ideal de delitos, o si, por el contrario, debe ser el único aplicable. Esta incertidumbre puede generar dificultades en las investigaciones de la Fiscalía, así como puede ser más arduo para el juez dar una solución jurídica adecuada a los principios y garantías fundamentales propias del derecho penal, razón por la cual, debe analizarse la pertinencia bien sea de la existencia de los tres delitos, en especial, resulta dudosa la necesidad de consagrar como delito autónomo la violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades.

#### **Sentencia 34282 del 14 de diciembre de 2011, M.P. Fernando Alberto Castro Caballero**

Sentencia en contra del ex senador Iván Moreno Rojas, por el caso de el carrusel de la contratación en la ciudad de Bogotá. El proceso se adelantó debido a los acuerdos realizados por los hermanos Iván y Samuel Moreno Rojas con el grupo Nule, mediante el

---

<sup>27</sup> Este caso aborda una problemática que se ha convertido frecuente en muchos de los funcionarios con la capacidad de celebrar contratos estatales, esto es, acudir a la figura del fraccionamiento de contratos, para justificar y eludir la obligación legal de cumplir con el requisito de realizar una licitación pública. Si bien es perfectamente posible afirmar que en ciertos casos puede llegar a ser necesario un fraccionamiento de contratos para cumplir con mayor eficiencia y en pro del bien común, la realización de cierta obra, es necesario precisar que esta figura del fraccionamiento debe ser excepcional, y debe estar perfectamente justificada, de modo tal que con su actuar no se esté vulnerando la administración de justicia. Este caso, ha sido justamente lo que no debe hacerse utilizando la figura del fraccionamiento contractual: favorecer indebidamente a un tercero.

cual se amañaron procesos licitatorios con el propósito de adjudicarle a este grupo, millonarios contratos para la rehabilitación de la malla vial de Bogotá.

Al ex senador le fueron imputados los delitos de cohecho propio (artículo 405 CP), en relación con el supuesto acuerdo de voluntades para lograr beneficios en la adjudicación de la licitación pública 06 de 2008, materializados finalmente en los contratos 071 y 072 de 2008; e interés indebido en la celebración de contratos (artículo 409 CP), respecto de la presunta manipulación de la contratación por parte de los funcionarios del IDU en la citada licitación. La calificación fue posteriormente modificada, adicionándose también el delito de tráfico de influencias (art. 411 CP)

La Corte realizó un análisis del delito de interés indebido en la celebración de contratos, en el que explica sus características de la siguiente manera:

“El delito de interés indebido en la celebración de contratos es un tipo penal de mera conducta, por lo tanto, no se requiere un perjuicio concreto al bien jurídico de la administración pública para su consumación; lo que se sanciona es la prevalencia del interés particular del servidor público que interviene sobre el general de la comunidad en el proceso de contratación, en contravía de los principios y fines que rigen la contratación pública.

Con esta disposición el legislador protege el bien jurídico de la administración pública, preservando los postulados constitucionales que orientan la función administrativa (art. 209 C.P.), como son la prevalencia de los principios generales de la contratación, especialmente los de igualdad, moralidad, transparencia, imparcialidad y selección objetiva, los cuales deben ser la guía en todas las operaciones contractuales.

Ahora, 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».

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

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.

También puede intervenir en la conducta una persona que, sin ser autor o coautor, es decir, que no domine la ejecución material del hecho, ejerza un influjo de tal magnitud que haga nacer en el servidor público la idea criminal y logre que sea desarrollada, caso este del determinador.

Por último, para su tipificación no hace falta que se viole objetivamente alguno de los requisitos legales para cualquiera de las fases de la contratación, es decir, el interés indebido no necesariamente queda condicionado a la ilegalidad del contrato, bien puede suceder que no exista tacha alguna a la contratación desde el punto de vista de los procedimientos o requisitos señalados en la ley, pero aun así concurra un indebido interés en su realización.”

Respecto a la afirmación que se hace en el último párrafo resultaría interesante saber lo que piensa la Corte Suprema respecto de los casos en los que no solamente concurra el

interés indebido, sino también se incumpla el requisito legal esencial como mecanismo a través del cual se exterioriza ese indebido interés.

Lo que si hace la Corte Suprema en este caso concreto es analizar las situaciones de concurso aparente de delitos entre celebración de contratos sin el cumplimiento de los requisitos legales y celebración indebida de contratos, indicando:

“la Sala de Instrucción concluye que los elementos objetivos del delito de interés indebido en la celebración de contratos concurren, así como la prueba necesaria para comprometer en grado de probabilidad la responsabilidad del procesado en su comisión como interviniente, por demostrar el acervo probatorio el indebido favorecimiento de los contratistas con su selección, infringiendo para el efecto los principios de la contratación pública de moralidad, imparcialidad, transparencia, igualdad y selección objetiva, debido a la manipulación de los pliegos de condiciones elaborados a su medida, y el rechazo y habilitación de las propuestas necesarias para convertir en contratistas a quienes habían ofrecido el pago de las coimas.

En la adecuación típica de las conductas surge un concurso aparente de delitos entre este tipo penal y el de contrato sin cumplimiento de requisitos legales resuelto a favor del primero, debido a que en la adjudicación de los contratos fue desviado el interés público que debe acompañar a la contratación estatal en beneficio de los contratistas, según criterio propalado por la Sala, aplicando los principios de especialidad y consunción.”

En la misma sentencia la Corte Suprema hace una breve diferenciación de estos delitos, de la siguiente manera:

“La diferencia con el contrato sin cumplimiento de requisitos legales, gravita en que el delito estudiado sanciona el desvío de poder, sustentado en el elemento teleológico de los negocios jurídicos procurando el acatamiento de los fines del Estado, esto es, la satisfacción general; mientras el otro protege la legalidad de las actuaciones en las diferentes fases del proceso contractual objetivamente,

sancionando a los funcionarios que soslayan los presupuestos legales esenciales establecidos para ellas.

En ese orden, el principio de legalidad del proceso contractual en estos casos conserva un lugar secundario. Es frecuente que el contrato se presente formalmente impecable pero arbitrario en sus propósitos. También puede ocurrir que, para el logro de los objetivos individuales, en el trámite el sujeto activo vulnere el régimen de inhabilidades e incompatibilidades o los requisitos esenciales de la contratación estatal, casos en los cuales se configura un concurso aparente de delitos tipificándose el interés indebido en la celebración de los contratos, siempre que el propósito haya sido favorecerse personalmente o a un tercero.”

Si bien es un acierto que la Corte haya dicho que respecto de los delitos de contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales e interés indebido en la celebración de contratos lo que hay es un concurso aparente de delitos, afirmando que, con base a los principios de especialidad y consunción el aplicable sería exclusivamente el de interés indebido.

En el presente caso, debe afirmarse que, a diferencia de los casos anteriores, la Corte Suprema sí resuelve de manera a mi modo de ver correcta, al seleccionar como delito aplicable el de interés indebido en la celebración de contratos conforme a los principios de consunción y especialidad<sup>28</sup>.

---

<sup>28</sup> Ahora, respecto al delito de tráfico de influencias, tipificado en el artículo 411 del C.P., expresa que “El servidor público que utilice indebidamente, en provecho propio o de un tercero, influencias derivadas del ejercicio del cargo o de la función, con el fin de obtener cualquier beneficio de parte de servidor público en asunto que éste se encuentre conociendo o haya de conocer, incurrirá en prisión de (...)”. Como se puede observar, allí, el servidor público utiliza su poder de modo tal que pueda obtener un beneficio indebido para sí o para un tercero; en este caso, el ciudadano Moreno Rojas, tenía un interés en que ciertos contratos fueran adjudicados a determinadas personas, para obtener beneficios de índole económica; con esto, se quiere mostrar, que, en realidad, lo que se presenta allí, es el mismo interés indebido en la celebración de contratos, el cual, para poder materializarse, necesitaba que en este caso, el funcionario Moreno Rojas utilizara su poder de modo tal que pudiera lograrlo. La solución debió haber sido similar a la que se tomó respecto a los delitos de interés indebido y contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales, esto es, determinar la existencia de un concurso aparente de tipos penales, y según los principios de especialidad y consunción, prevalecer en el caso el delito de interés indebido, para así no vulnerar el *non bis in idem*.

### **Sentencia 37184 del 2 de noviembre de 2011, M.P. María del Rosario González Muñoz**

Se trata de la sentencia que resuelve el recurso de casación en contra de la sentencia del Tribunal Superior de Villavicencio en la que se condenó a Camilo Torres Puentes (gerente del acueducto de Villavicencio) por los delitos de contrato sin el cumplimiento de requisitos legales, violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades, interés indebido en la celebración de contratos y peculado por uso, y, a Holmer Hoyos Rey (contratista) por los delitos de contrato sin el cumplimiento de requisitos legales, violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades y falsedad en documento privado.

La condena se fundamentó entre otros aspectos, en que la empresa de acueducto de Villavicencio, omitiendo la obligación de realizar invitación pública a la comunidad, celebró con la firma EAT HIGO INGENIEROS, múltiples contratos de consultoría para que realizaran diversas labores. De igual manera, el contratista, y representante legal de EAT HIGO, cuando se ofreció como candidato para obtener el contrato, no solo ofreció a EAT HIGO, sino que, de manera fraudulenta propuso también como participante a la firma HOLDER LTDA (falsificando la firma del representante legal), de la cual era socio, por lo cual, en realidad se estaba hablando de una sola propuesta.

Para el momento en que comenzó la ejecución del contrato, los socios ingenieros de HIGO, prestaban sus servicios a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Villavicencio, mediante vinculación laboral.

Cada contrato carecía de algunos elementos, tales como ausencia de pólizas de cumplimiento, no delimitación del objeto, ausencia de informes de interventoría, etc., que se sumaban a que, para la fecha de celebración de los contratos, la empresa HIGO no se encontraba en el Registro Único de Proponentes.

Dichos contratos fueron suscritos así: como contratante el señor CAMILO TORRES PUENTES, Gerente de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Villavicencio E.A.A.V y contratista el señor HOLMER HOYOS REY representante legal de EAT HIGO INGENIEROS.

También se demostró que la señora IRMA AMPARO TORRES PUENTES, hermana del Gerente de la E.A.A.V., prestó sus servicios a la empresa contratista en la ejecución de los contratos; y que el señor LUIS CARLOS GONZÁLEZ PUENTES se desempeñaba como Subgerente técnico de la E.A.A.V, encargado de recibir las propuestas para los procesos de contratación que firmaba el Gerente de esa empresa.

Para el momento de la celebración de los contratos, el señor Holmer Hoyos se desempeñaba como empleado del acueducto, en el cargo de profesional universitario; razón por la cual se encontraba bajo una de las causales del régimen de inhabilidades (art. 8, Ley 80, literal F), pues los servidores públicos están inhabilitados para participar en licitaciones o celebrar contratos con las entidades estatales.

La sentencia se trae a colación en este trabajo, con el propósito de mostrar que, en Colombia, se han presentado decisiones judiciales en las cuales se tres delitos respecto de los mismos hechos a partir de la idea de que se presenta un concurso ideal. En este caso, la Corte Suprema consideró esto posible, no obstante, en sentencias anteriores, negaba dicha posibilidad.

Este caso riñe con el principio de *non bis in ídem*; pues se ha condenado al ciudadano concurso ideal de tres delitos, en los cuales hubo una unidad de acción, lesión de un solo bien jurídico, y un único propósito final, el cual era favorecer a la empresa EAT HIGO. Considerando esta situación, los delitos de violación del régimen de inhabilidades y contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales, no fueron más que medios utilizados para favorecer dicha empresa, por lo cual, deben ceder ante el delito que se adecúa de manera correcta al caso, y que, recoge los desvalores de las otras, esto es, el delito de interés indebido en la celebración de contratos.

De igual manera, se debe precisar que, en este tipo de situaciones, la aplicación del delito de contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales debe ser residual; es decir, siempre que haya un interés indebido en un contrato, y que se violen requisitos para adjudicarlo, debería primar el delito de interés indebido, pues es este el fin. Y se afirma que debe ser

residual, pues su aplicación se limitaría a los casos en los cuales no sea posible acreditar que la violación del requisito legal se utilizó como medio para materializar el interés indebido.

**Sentencia 37462 del 16 de julio de 2014, M.P. María del Rosario González Muñoz**

Se trata del caso conocido como Agro Ingreso Seguro (AIS), respecto al cual fue condenado el ex ministro de agricultura Andrés Felipe Arias como autor de los delitos de celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación.

De acuerdo con la acusación el entonces Ministro de Agricultura tramitó y celebró con la Oficina en Colombia del Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura, IICA, los convenios especiales de cooperación técnica y científica; según la Fiscalía, “en el trámite y celebración de estos negocios jurídicos se desconocieron los principios de transparencia, planeación, economía y responsabilidad propios de la contratación estatal y los rectores de la función pública, por cuanto el entonces Ministro, aduciendo la aplicación del literal d, numeral 1° del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, acudió a la contratación directa para celebrar los convenios aludidos, pese a que su objeto no comportaba el desarrollo directo de actividades de actividades científicas y tecnológicas (...) De igual forma, respecto de cada uno de ellos se incumplió la obligación de elaborar los estudios previos que justificaran su celebración, de fijar los términos de referencia de manera completa, precisar la actividad de ciencia y tecnología sobre la cual versaban y su ejecución comenzó antes de que fueran suscritos.”

Por medio de la celebración de estos convenios, se permitió que diversos particulares pudieran apropiarse de recursos del Estado, produciendo un detrimento patrimonial. En este caso, si bien la Corte Suprema no hizo análisis alguno al respecto, podemos afirmar que se pudo presentar un concurso aparente de delitos entre contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales e interés indebido en la celebración de contratos. En efecto, es la Corte Suprema la que en su argumentación da entender que pudo existir ese interés indebido, importa aclarar que la valoración que en este caso se hace no es probatoria y, por tanto, no se está afirmando que ese interés indebido haya existido realmente.

A pesar de esta interpretación de la Corte, se observa que se genera la problemática de sentencias anteriores; esto es, la falta de teorización de por qué sea elegido el delito de contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales y no el de interés indebido en la celebración de contratos. A pesar de que, en los delitos de violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, interés indebido en la celebración de contratos y celebración de contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales la pena es exactamente la misma, esto no exime de argumentar por qué se selecciona uno u otro delito.

Pareciera entonces que es irrelevante la elección de cualquiera de estos tres tipos en un caso concreto, pues, sea el que sea que se elija, las consecuencias jurídicas serán las mismas, ya que la pena es exactamente igual para cada uno de ellos. Y a esto lo favorece la infortunada interpretación que se tiene del principio de congruencia en Colombia, que se ha flexibilizado o ampliado tanto, que, prácticamente ha dejado de ser una garantía como límite a la aplicación del derecho penal, impidiendo cumplir con la función garantista con la que se ha creado. Entonces, si se tiene en cuenta que los delitos tienen la misma pena, y a eso se suma, la interpretación tan laxa del principio de congruencia, esto en la práctica permite que, al momento de decidir sobre un asunto relacionado con cualquiera de estos tres delitos, termine en la práctica siendo igual que se aplique uno u otro.

**Sentencia rad. 44609 del 11 de octubre de 2017, M.P. Patricia Salazar Cuéllar**

Se presenta recurso de casación en contra de la sentencia proferida por Tribunal Superior de Manizales, en la que se condenó a Carlos Alberto Ocampo Vasco (alcalde de Palestina Caldas) por los delitos de peculado por apropiación (397), prevaricato por acción (413), contrato sin cumplimiento de requisitos legales (410) e interés indebido en la celebración de contratos (409); y a Ancízar Neira Estrada (abogado) y Jimmy Jamith Zúñiga Aldana (contador) por los delitos de peculado por apropiación e interés indebido en la celebración de contratos, en calidad de intervinientes.

El Tribunal de Manizales dio como probado que “el alcalde del municipio de Palestina (Caldas), acordó con el abogado y con el contador JIMMY adelantar el cobro irregular del

impuesto a “espectáculos públicos” supuestamente adeudado por la Caja de Compensación Familiar de Caldas (Comfamiliares), con el propósito de apoderarse de los dineros que lograran recaudar, en los porcentajes que serán referidos más adelante.

Para tales efectos, celebró sendos contratos con los profesionales en mención, quienes fueron seleccionados antes de presentar la documentación que acreditara su experiencia, formación y, en general, su idoneidad para cumplir la labor de asesoría descrita en el objeto de cada uno de los acuerdos, además que estas actuaciones se llevaron a cabo sin que se hubiera certificado la respectiva disponibilidad presupuestal, entre otras irregularidades.

Una vez celebrado el contrato procedieron a realizar el cobro a Comfamiliares, para que pagara ese impuesto de manera irregular. Ante la negativa Comfamiliares a dicho pago (con toda razón), la alcaldía municipal procedió a expedir actos administrativos para lograr el pago forzoso del impuesto. Con esto, de manera ilegal, mediante resolución, procedieron a embargar cuentas bancarias de la entidad, aun sabiendo que este tipo de instituciones manejan recursos parafiscales, los cuales por ley son inembargables. No siendo esto suficiente, el alcalde dispuso de ese dinero, pagándole cuantiosos honorarios al abogado y al contador, y el dinero restante, lo dejó para el municipio.

Los contratos mediante los cuales se vincularon al abogado y al contador, carecían de algunos de los requisitos legales para celebrarse conforme a lo establecido en la ley. Los contratos fueron suscritos, y solo días después de su suscripción fueron allegados documentos que con los que se pretendía acreditar la experiencia y formación de estos profesionales; con esto se evidenció que realmente el alcalde sí tenía conocimiento de que este era un requisito para la celebración del contrato, y además de esto, prueba que tenía la intención de favorecerlos con el contrato.

La Corte, en esta providencia hace algunas precisiones respecto al delito de interés indebido en la celebración de contratos, así:

“(i) el interés del servidor público debe ser indebido, porque es claro que “las normas acusadas no se refieren al interés que muestre el servidor en el cumplimiento de los fines estatales y en particular del interés concreto que corresponda perseguirse con

la celebración del contrato en el que interviene de acuerdo con la Constitución”; (ii) “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 (...)”; esto es, “las actuaciones del servidor público con las que se vulnera la transparencia e imparcialidad en la actividad contractual”; y (iii) “dicho provecho no es, de otra parte, necesariamente económico”.

Así, para acusar o condenar a una persona por el delito previsto en el artículo 409, a la par de la demostración de la calidad de servidor público y de su relación con la actividad contractual (en la que debe intervenir en razón de su cargo o de sus funciones), el fiscal y el juez, respectivamente, tienen la carga de precisar, entre otras cosas: (i) en qué consistió el interés del servidor público –aspecto fáctico-, (ii) por qué el mismo puede catalogarse como indebido –juicio valorativo-; y (iii) cuáles fueron las actuaciones a través de las cuales se exteriorizó el interés (bajo el entendido de que no puede penalizarse la simple ideación, que no trascienda el fuero interno del sujeto).

La Corte Suprema de Justicia procede a analizar el posible concurso –ideal- de conductas punibles de interés indebido en la celebración de contratos y contrato sin cumplimiento de requisitos legales, o si, por el contrario, en estos casos se está frente a un concurso aparente de delitos:

“En la sentencia de única instancia proferida el 8 de noviembre de 2007, bajo el radicado 26450, se concluyó que cuando la base fáctica de los delitos consagrados en los artículos 409 y 410 es semejante, el concurso es aparente, y la conducta debe subsumirse en el segundo de ellos (contrato sin cumplimiento de requisitos legales) por su mayor riqueza descriptiva. En una sentencia de la misma naturaleza, proferida exactamente 4 años después, bajo el radicado 34282, la Sala concluyó que en esos casos debe aplicarse el delito previsto en el artículo 409 (interés indebido en la celebración de contratos).”

Acorde con lo expuesto en las sentencias 24450 y 34282 atrás referidas, es posible que el **interés** y la forma como el mismo se **exterioriza** coincidan, en su esencia, con los elementos estructurales de otro delito. Ello sucede, por ejemplo, cuando se demuestra que el sujeto activo actuó con la intención de asignarle irregularmente un contrato a una persona en particular, y para ello desconoció uno o varios requisitos esenciales, como cuando omite la realización de la licitación pública.

Cuando se presenta esa coincidencia, la determinación de la existencia de un concurso (real) de delitos de interés indebido en la celebración de contratos (409) y contrato sin cumplimiento de requisitos legales (410) debe partir de la determinación de los hechos jurídicamente relevantes atinentes a cada uno de ellos, que deben incluir aspectos como los siguientes:

Frente al delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales: (i) el sujeto X, (ii) por razón del ejercicio de sus funciones, (iii) celebró el contrato Y; (iii) sin cumplir el requisito Z, (iv) que es esencial porque... (juicio valorativo), (v) sabía que estaba celebrando el contrato sin ese requisito esencial, y (vi) quiso la realización de la infracción (sin perjuicio de los demás elementos estructurales de la conducta punible).

En ese mismo evento, frente a la realización del delito de interés indebido en la celebración de contratos, la hipótesis podría determinarse de la siguiente manera: (i) el sujeto X, (ii) se interesó en el contrato Y, (iii) en el que debía intervenir en razón de su cargo o de sus funciones; (iv) en el sentido de asignárselo irregularmente al sujeto Z, (v) interés que se exteriorizó a través de la trasgresión de unos determinados requisitos, etcétera.

Sin desconocer que existen algunas diferencias entre estas formas de afectación del bien jurídico, la Sala advierte que, en esencia, constituyen formas semejantes de “desvío del poder” en el ámbito de la contratación oficial, entendida esta como una faceta de la administración pública. Al respecto, esta Corporación ha hecho énfasis en que los principios que inspiran la actuación estatal y la contratación pública en

particular son protegidos de diversas formas en el ámbito penal (CSJSP, 24 mayo 2017, Rad. 49819)".

La Corte en esta sentencia, concluye que cuando se presenta una coincidencia en la base fáctica de estos delitos, no estamos frente a un concurso real, sino que este solo llega al grado de ser aparente, razón por la cual, según lo dictado por la Corte, prevalece el delito del artículo 410, es decir, contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales, pues este "recoge con mayor riqueza la hipótesis fáctica, en la medida en que regula de manera puntual una de las formas de trasgresión de los principios que rigen la contratación administrativa: el desconocimiento de los requisitos esenciales, orientados precisamente a materializar dichos principios."

Dicho esto, la Corte igualmente afirma que esta conclusión no implica la inoperancia del artículo 409, pues, según la jurisprudencia de este Alto Tribunal, el delito de contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales no puede aplicarse cuando nos encontramos en la fase de ejecución del contrato; es por esto que, si en esta etapa el sujeto activo exterioriza un interés indebido en el contrato, entraría a operar el artículo 409.

De igual forma culmina estos planteamientos la Corte poniendo de presente la siguiente situación:

"De otro lado, es posible que el contrato estatal se utilice como un instrumento ("delito medio") para consumir otro delito ("fin"), como cuando el objetivo perseguido por el servidor público es el apoderamiento de bienes del Estado (...) que le hayan sido confiados "por razón o con ocasión de sus funciones" (Art. 397), y para lograrlo se requiere la celebración de contratos sin el cumplimiento de los requisitos legales.

En este caso no se configura un concurso real entre el delito de interés indebido en la celebración de contratos y el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales ("delito medio"), por las razones expuestas en los párrafos precedentes, en la medida en que el interés, en lo que concierne a este delito, no va más allá del desconocimiento de los requisitos esenciales a que alude el artículo 410, con el

propósito de asignarle el contrato a una determinada persona, como un paso previo y necesario para lograr la consumación de otra conducta punible (peculado).

Tampoco podría plantearse que el propósito de apoderarse del dinero, en provecho del servidor público o de un tercero (“delito fin”), pueda constituir un delito (adicional) de interés indebido en la celebración de contratos, porque ese propósito, y las acciones ejecutadas para conseguirlo, encuentra una respuesta punitiva adecuada y suficiente en el artículo 397 del Código Penal.”

De esta manera, la Corte da solución al caso en concreto enfatizando en que estamos frente a equivocaciones que dieron lugar a la aplicación indebida del artículo 409 del Código Penal. Esto por cuanto a que como se dijo anteriormente, el propósito de los aquí condenados era el de apropiarse de los dineros (peculado por apropiación) de Comfamiliar; para lograr este objetivo último, fue que se celebraron dichos contratos, carentes de los requisitos legales esenciales.

Para la Corte, como el peculado es el “delito fin” del actuar de los sujetos, resulta entonces improcedente la aplicación del delito de interés indebido en la celebración de contratos, pues en el caso en particular el “delito medio” para llegar a su propósito no es otro que el de contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales.

Al admitir que es un concurso aparente, la Corte afirma que el tipo que debe ser aplicado es el de celebración de contratos sin el cumplimiento de los requisitos legales, pues este, tiene mayor riqueza descriptiva que el delito de interés indebido en la celebración de contratos.

De igual manera, afirma que el delito medio para conseguir el fin, es el de contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales, pues es por medio de la omisión de estos requisitos que puede hacerse posteriormente la apropiación del dinero. Así, la Corte le da al delito de interés indebido en la celebración de contratos un carácter residual, pues expresa que este es aplicable cuando estamos en la fase de ejecución del contrato, la cual no cobija el delito de contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales, razón por la cual, solo en el caso

de no estar en las etapas de tramitación, celebración y liquidación de contrato, podríamos aplicar el punible del artículo 409.

Observando la posición de la Corte, y analizando lo estipulado en estos delitos se manifiesta lo siguiente: no se comparte la postura, o por lo menos, no es tan clara la afirmación de que el delito de contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales tenga mayor riqueza descriptiva. Como bien se observa, este solo puede ser cometido si nos encontramos en las etapas de tramitación, celebración y liquidación del contrato (dejando por fuera la ejecución); por el contrario, el delito de interés indebido en la celebración de contratos, expresa de manera clara que puede cometerse en cualquiera de las fases del contrato, sin excepción alguna, por lo cual, permite afirmar que tiene una mayor riqueza descriptiva.

Ahora, respecto a la afirmación de que el delito de celebración de contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales haya sido el medio para conseguir el fin (apropiación de dineros de la administración), también es necesario expresar desacuerdo. Existía una intención de apropiarse de unos dineros de la administración, claro está, pero había un evidente interés de que, al hacer esta apropiación, se favoreciera económicamente el abogado y contador contratados por el ex alcalde. Precisamente, debido a ese interés de que se favorecieran económicamente con una parte de lo que se fuere a apropiarse de la caja de compensación familiar, es que el alcalde del municipio de Palestina, decidió celebrar sendos contratos, y omitir ciertos requisitos, de modo tal, que al final fueran ellos los elegidos y fueran ellos los favorecidos con parte del dinero fruto del peculado.

Con lo anterior, se explica que la omisión de los requisitos esenciales en dichos contratos, fue un paso necesario para poder concretar el fin del alcalde, el cual era el interés de que ellos fueran los favorecidos económicamente luego de materializar el peculado. Es por esto que el delito a aplicarse en el presente caso es el de interés indebido en la celebración de contratos, pues, el ex alcalde tenía interés de que fuera este abogado y este contador los favorecidos; por tanto, dentro de este delito, se recoge el desvalor del delito de contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales, el cual fue un paso previo para lograrlo. Ya

luego de haber logrado el propósito de que fueran ellos los beneficiados, se hicieron las respectivas actuaciones tendientes a consumir el punible de peculado.

Por último, respecto al planteamiento de la Corte de dejar como delito residual el interés indebido en la celebración de contratos, se propone una solución inversa. En este caso, fue probado el dolo del ex alcalde, respecto al interés indebido que tenía para favorecer a sus “amigos” con la ejecución del punible de peculado. Si admitimos que fue probado el interés, y que para materializarse ese interés era necesario igualmente omitir requisitos, debe primar el delito de interés indebido, pues ya procesalmente fue demostrado que la actuación del funcionario era materializar este interés. Con esto, lo que se quiere concluir, es que siempre que sea demostrado el dolo de ese interés indebido, debe ser el delito aplicable, pues subsume el desvalor del contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales, donde, además, el punible tipificado en el artículo 409, como se dijo anteriormente, cobija todas las etapas del contrato. Por esto, se propone que, el punible del artículo 410 (celebración de contratos sin el cumplimiento de los requisitos legales), sea un tipo residual en nuestro ordenamiento, donde este pueda ser aplicado en los casos en los cuales no sea posible demostrar el dolo en el interés indebido en la celebración de contratos.

#### **Sentencia 47603 del 6 de junio de 2018, M.P. EYDER PATIÑO CABRERA**

En esta sentencia la Corte Suprema resolvió el recurso de casación interpuesto por el defensor del señor Alfonso Ricaurte Riveros (Gerente del Hospital Federico Lleras Acosta E.S.E), contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Ibagué, el cual revocó la absolución hecha en primera instancia y lo condenó por los delitos de interés indebido en la celebración de contratos y contrato sin cumplimiento de requisitos legales, en concurso heterogéneo.

Del proceso adelantado en contra del ciudadano se generó debido a que el gerente del hospital, mediante resolución, ordenó la apertura de invitación a cotizar para adquirir unos bienes que necesitaba el hospital. Luego de recibir las propuestas, la empresa Jomedical Ltda., obtuvo el mayor puntaje, seguida por Gilmédica Ltda., quien obtuvo el segundo lugar; sin embargo, a pesar de estos resultados, el gerente del hospital mediante resolución N°

1793, decidió omitir esos resultados, y entregarle el contrato a Gilmédica Ltda., con base en un concepto técnico donde médicos de la institución le indicaban que las lámparas ofrecidas por esa empresa eran las ideales para satisfacer las necesidades del servicio de cirugía.

La Corte procede a referirse entonces a los delitos por los cuales fue condenado en segunda instancia. Respecto al interés indebido manifiesta lo siguiente:

“así no se infrinja el régimen de inhabilidades e incompatibilidades y tampoco se incumplan los requisitos legales esenciales para el tipo de contrato que se trate, ello no impide que se vulnere el bien jurídico de la administración pública, cuando quiera que la actuación de un servidor público llamado a intervenir en razón de su cargo o sus funciones, esté determinada por un interés ajeno al que corresponde de acuerdo con la Constitución, la ley y/o los reglamentos, gobernado por propósitos o inclinaciones personales.”

Respecto al delito de contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales, esta es su apreciación:

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

Para el Tribunal de segunda instancia el ciudadano incurrió en ambos delitos; hubo un interés indebido, puesto que con su actuar, se evidenció un claro interés de entregar el contrato y favorecer con él a la empresa Gilmédica Ltda., a pesar de no haber obtenido el puntaje más alto; y, por otro lado, se cometió el punible de contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales al omitir los principios de transparencia, economía y selección objetiva, los cuales regulan la contratación estatal, “puesto que, superada la fase precontractual, conformó otro comité técnico y con base en su concepto expidió la resolución con la que asignó el contrato a la segunda empresa, actuación que no solo resulta

transgresora de los principios de transparencia y selección objetiva consagrados en los artículos 24 y 29 de la Ley 80 de 1993, sino del debido proceso cuya observancia resulta imperativa en esta clase de actuaciones administrativas.”.

En este caso, la Corte absuelve al ciudadano de todos los cargos; dicha conclusión se basa en que, para la sala, dentro del proceso no se demostró que la intención del investigado era la de defraudar la administración pública mediante el favorecimiento doloso de alguno de los proponentes; es decir, la Corte descarta la ocurrencia de los dos delitos, debido a que no pudo probarse el dolo respecto al interés en el contrato. Como el ciudadano en el fondo los que buscaba era favorecer al hospital, no podemos predicar que había interés indebido, y, por consiguiente, la Corte descarta inmediatamente el delito de contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales, siguiendo una suerte de accesoriedad respecto al punible del artículo 409 CP.

**Sentencia 53479 del 17 de julio de 2019, M.P. Jaime Humberto Moreno Acero**

Se resuelve recurso extraordinario de casación interpuesto en contra del fallo de segunda instancia proferido por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, el cual confirmó lo decidido en primera instancia, es decir, condenar a Gregorio Galán Becerra (alcalde del municipio de Paipa) por los delitos de peculado por apropiación y contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

Dentro de los hechos relevantes se destaca que en el año de 2005, el alcalde celebró con la cooperativa COSURMETA un contrato interadministrativo, en el cual, dicha entidad, entregaría al municipio una motoniveladora. Como contraprestación, el ente local pagaría la suma de \$519.000.000, de los cuales se haría un adelanto de \$295.500.000.

Tal como relató el Tribunal en segunda instancia, la ilicitud del asunto en cuestión radica en que COSURMETA no actuó de manera directa, sino que solo fue un intermediario de DINISSAN, quien es el importador y comercializador de la máquina en el territorio. Con este actuar, se violó lo establecido en el Decreto 2170 de 2002, artículo 14, numeral 2, el cual establece la autorización para realizar contrataciones directas interadministrativas con cooperativas, solo cuando estas “demuestran su capacidad para ejecutar directamente el

objeto contratado”; de igual forma, se evidencia que en dicho contrato el valor comercial del bien fue incrementado en \$79.000.000, los cuales fueron desviados a particulares.

Durante la argumentación del recurrente, este deja entrever que tal vez, el delito que debió haber sido aplicado en el caso concreto era el de interés indebido en la celebración de contratos.

Llegado el momento de la Corte dar sus consideraciones, procede a realizar un aparte titulado “los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales e interés indebido en la celebración de contratos legales”. En el mismo, reconoce que estas figuras son muy similares, por lo que es frecuente que ocasionen decisiones ambiguas y confusiones, pues en muchos casos, los jueces ubican de manera indistinta los hechos en una u otra figura, sin tener en cuenta las ya desarrolladas soluciones dogmáticas que permiten al fallador elegir la adecuada para el caso concreto.

En esta ocasión, la Corte es reiterativa con lo planteado en oportunidades anteriores, en cuanto a que si en el caso en particular, la base fáctica de ambos delitos es la misma, no podremos estar hablando de un concurso ideal de delitos, sino que solo es uno aparente, por lo cual, tal como la misma Corte afirma, debe zanjarse el debate de la siguiente manera:

“en síntesis, cuando la base fáctica de los delitos previstos en los artículos 409 y 410 coincide en sus aspectos esenciales, el concurso de conductas punibles es aparente, y debe darse aplicación al punible de contrato sin cumplimiento de requisitos, porque recoge con mayor riqueza la hipótesis fáctica, en la medida en que regula de manera puntual una de las formas de trasgresión de los principios que rigen la contratación administrativa: el desconocimiento de los requisitos esenciales, orientados precisamente a materializar dichos principios. Visto de otra manera, mientras el delito previsto en el artículo 409 del Código Penal regula de manera más abstracta la trasgresión de los principios que inspiran la actuación estatal en general y la contratación pública en particular, el artículo 410 consagra una forma mucho más puntual de afectación del bien jurídico. Esto en armonía con lo resuelto en la sentencia 26450 del ocho de noviembre de 2007.”

Es decir, en el caso en que la “base fáctica” sea la misma, para la Corte prevalecerá entonces el artículo 410, debido a que su descripción típica resulta más completa.

Ahora bien, a pesar de que la Corte reitera nuevamente esto, también vuelve a relucir su posición de que esto nada impide que, en determinados casos, “a partir de una adecuada determinación de los hechos”, pueda presentarse un concurso real -que más bien sería ideal según el argumento de la misma Corte Suprema-, y lo ejemplifica en el caso de “como cuando se violan los requisitos esenciales de la contratación para lograr propósitos que vayan más allá de la selección irregular del contratista.”

En este caso se puede aplicar perfectamente la propuesta realizada anteriormente, la cual es utilizar el delito de contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales como un delito residual, respecto al de interés indebido en la celebración de contratos cuando respecto a este, es posible demostrar dolo. Como en este caso nunca se pudo demostrar que el interés del ex alcalde era favorecer a DINISSAN, pues este no sabía que COSURMETA iba a elegir a esta comercializadora, si podríamos utilizar la figura del Contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales, para determinar si el funcionario, de manera dolosa, decidió saltarse requisitos esenciales de la contratación estatal. Dicho esto, solo queda afirmar que, si este fue el análisis aplicado por la Corte, se está de acuerdo con su solución.

## CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

1. Como se dijo a lo largo del presente escrito, el concurso aparente de tipos se refiere a los casos en los que a simple vista, varios tipos penales pueden ser aplicados al caso concreto; sin embargo, al adentrarse en el análisis concreto de la situación, se puede determinar que, realmente, no existe concurrencia de tipos penales, pues por medio de unos ciertos y ya citados principios jurisprudenciales y doctrinales, ha sido posible establecer que es solo una de ellas la que abarca en plenitud los hechos, contiene los desvalores de las otras conductas, y por consiguiente, desplaza de su aplicación a las otras.

Los delitos de violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, interés indebido en la celebración de contratos, y, contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales hacen parte del mismo título y mismo capítulo del Código Penal; y este no es un dato menor, pues al observarlos de forma conjunta, es posible determinar que los tres tipos cuentan con unas características comunes generales, que permiten afirmar la existencia de los tres delitos dentro de nuestro ordenamiento es innecesaria, pues solo con la existencia de uno o dos de ellos, bastaría para sancionar las diversas conductas recogidas en los mismos.

La existencia de los tres delitos resulta una redundancia o un desgaste innecesario para sancionar ciertas conductas que, como se dijo anteriormente, podrían ser sancionadas perfectamente con uno o máximo dos de ellos. Además, no solo es innecesaria su coexistencia, sino que esta ha sido problemática, pues ha causado números debates y confusiones en la práctica judicial, los cuales, al día de hoy no han sido zanjados, y prueba de ello, es la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha sido inestable y cambiante.

2. Ante las diversas posturas por las que se ha decantado la jurisprudencia, es posible concluir y fijar mi postura así:

- Postura de la Corte: es posible el concurso entre estos delitos, pues cada tipo penal busca proteger de manera distinta el bien jurídico.

Posición: Los tres protegen el mismo bien jurídico, la imparcialidad. En particular la violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades puede quedar recogido bien por el delito de interés indebido o por el de celebración de contrato si cumplimiento de requisitos legales esenciales, por la razón explicada a lo largo del trabajo.

- Postura de la Corte: es posible el concurso ideal entre violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades y contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales, pues la violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades sanciona al servidor público que en ejercicio de sus funciones intervenga en el trámite, aprobación o celebración de un contrato transgrediendo el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, en tanto que el contrato sin cumplimiento de requisitos legales castiga al servidor público que por razón de sus atribuciones tramite un contrato sin observar los requisitos legales esenciales, o lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos.

Posición: si se analiza este argumento de la Corte, parece que muestra realmente la gran similitud que hay entre estos dos delitos, pudiéndose afirmar que el delito de contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales recoge el desvalor del de violación del régimen legal, pues como es evidente, si se contrata a sabiendas de dicha inhabilidad o incompatibilidad, se está contratando sin uno de los elementos esenciales de la Ley 80, como lo es la capacidad para contratar, razón por la cual, si se admite el concurso ideal de delitos, estaríamos frente a una violación del *non bis in ídem*.

- Postura de la Corte: entre estos tres delitos, no existe relación de extensión comprensión; además, ninguno es un tipo residual, sino que, por el contrario, son tipos básicos, autónomos.

Posición: Es posible afirmar que si existe una relación de extensión-comprensión entre estos delitos, pues finalmente, siempre que pueda ser posible probar el interés indebido en el sujeto, esta conducta ha de ser la que debe prevalecer, pues los otros dos delitos no serían más que medios para alcanzarlo.

- Postura de la Corte: si en un caso se evidencia un interés indebido y un contrato sin cumplimiento de los requisitos legales, hay concurso aparente y prevalece el delito de contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales.

Posición: si en un caso específico es posible concluir y probar que realmente el funcionario si actuó con dolo respecto al interés indebido, la conducta encuadraría perfectamente en este tipo penal, por lo que no debería prevalecer el delito de contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales; este último delito, como mucho, debería ser considerado un tipo penal residual, es decir, que su aplicación solo pueda darse en los casos en los que no sea posible acreditar el dolo respecto al interés indebido, caso en el cual podría llegar a usarse el tipo penal del artículo 410.

- Postura de la Corte: para sancionar por el delito de interés indebido en la celebración de contratos, el fiscal y el juez deben precisar estas cosas: (i) en qué consistió el interés del servidor público –aspecto fáctico-, (ii) por qué el mismo puede catalogarse como indebido –juicio valorativo-; y (iii) cuáles fueron las actuaciones a través de las cuales se exteriorizó el interés (bajo el entendido de que no puede penalizarse la simple ideación, que no trascienda el fuero interno del sujeto).

Postura de la Corte: se comparte plenamente esta posición. Cabe resaltar el requisito número tres, con el cual se exige mostrar las actuaciones a través de las cuales se exteriorizó el interés indebido; y esto es importante, pues como bien afirma la Corte, para poder sancionar por este delito, el funcionario deberá intervenir en el contrato y realizar actos que den cuenta de ese interés indebido. Esos actos necesariamente deberán ir en contra de lo establecido en la Ley 80, pues

de no ser así, la conducta devendría atípica; lo que se quiere concluir entonces es que, para poder realizar el tipo del artículo 409, es necesario que el contrato en el que se interviene no cuente con alguno (o varios) requisitos legales esenciales, lo cual hace que este último delito sea solo un medio mediante el cual se realiza el punible de interés indebido, razón por la cual este debe ser el aplicado.

- Postura de la Corte: existe concurso aparente entre los delitos de Interés indebido en la celebración de contratos y contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales; dicho concurso debe zanjarse aplicando el delito de celebración de contratos sin el cumplimiento de los requisitos legales, pues este, tiene mayor riqueza descriptiva que el delito de interés indebido en la celebración de contratos.

Posición: se está en desacuerdo con este planteamiento de la Corte. Como se observa con la lectura de la literalidad del artículo 410, este delito solo puede darse si se realiza en las etapas de tramitación, celebración y/o liquidación del contrato, dejando por fuera etapas como, por ejemplo, la de ejecución (como lo ha reconocido pacíficamente la Corte). Por el contrario, si se observa la literalidad del artículo 409, este aplicaría a cualquier etapa del contrato (incluida la ejecución), razón por la cual, a pesar de no nombrar una por una las etapas, es posible admitir que tiene mayor riqueza descriptiva, pues abarca más situaciones.

### **3. Propuesta legislativa**

La primera propuesta es eliminar del Código Penal el delito de violación del régimen de inhabilidades, manteniendo los otros dos, es decir, los delitos de interés indebido en la celebración de contratos y contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales, pero entendiendo que este último va a adquirir la calidad de delito residual.

En ese orden de ideas, el delito de interés indebido en la celebración de contratos sería el delito principal, y, el delito de contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales esenciales sea un tipo penal residual de este. Esto se propone, debido a que considero que

el delito de interés indebido en la celebración de contratos, al poderse realizar en cualquier etapa contractual, tiene mayor riqueza descriptiva, por lo que debe ser el principal. Se propone entonces que siempre que sea posible en el caso concreto demostrar que el funcionario tenía un interés indebido en el contrato, sea este el aplicable, trayendo como consecuencia, precisamente que, el delito de contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales solo pueda ser aplicado en los casos en los que no sea posible demostrar el dolo respecto a la existencia del interés indebido.

## BIBLIOGRAFÍA Y WEBGRAFÍA

- Cancino, Antonio, Delitos contra la Administración Pública, en: AA.VV. Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial, Universidad Externado, Bogotá, 2011.
- Caramuti, Carlos. Concurso de delitos. Buenos Aires, Hammurabi, 2005.
- Castro Cuenca; Carlos/ Henao Cardona, Luis Felipe/ Tirado Álvarez, Margarita, en: Castro Cuenca Carlos (Coord.), Manual de Derecho Penal, Tomo II, Parte Especial, Bogotá, Temis-Universidad del Rosario, 2019.
- Corredor Beltrán, Diego. Lecciones de Derecho Penal. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2019.
- Escuchuri Aisa, Estrella. Teoría del concurso de leyes y delitos. Bases para una revisión crítica, Granada, Comares, 2002.
- Fiscalía General de la Nación. Tipologías de Corrupción en Colombia, Bogotá, 2018. Consultado: <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/Tomo-III.pdf>
- Gómez Méndez y Gómez Méndez Alfonso/Gómez Pavajaeau, Carlos Arturo. Delitos contra la Administración Pública, 3ª, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008.
- Molina Arrubla, Carlos Mario. Delitos contra la Administración Pública, Bogotá, Leyer, 2003.
- Muñoz Conde, Francisco. Teoría General del Delito, Bogotá, Temis. 2018.
- Posada Maya, Ricardo. Delito Continuado y Concurso de Delitos, Bogotá, Ibáñez, 2012.
- Reyes Alvarado, Yesid. El concurso de delitos, Bogotá, Temis, 1990.
- Sanz Morán, Ángel. El concurso de delitos. Aspectos de Política legislativa, Valladolid, Universidad Valladolid, 1986.

- Velásquez, Fernando. Manual de Derecho Penal. Parte General, Bogotá, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2011.

### **JURISPRUDENCIA**

- Corte Suprema de Justicia. Sentencia 17088 de 2000. M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia 22415 de 2004. M.P. Marina Pulido de Barón.
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia 18911 de 2004. M.P. Mauro Solarte Portilla.
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia 21629 de 2005. M.P. Alfredo Gómez Quintero.
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia 27383 de 2007. M.P. Luis Guillermo Salazar Otero.
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia 27383 de 2007. M.P. Yesid Ramírez bastidas.
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia 24606 de 2008. M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia 25989 de 2009. M.P. Javier Zapata Ortiz.
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia 25989 de 2009. M.P. Patricia Salazar Cuéllar.
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia 30933 DE 2010. M.P. María Del Rosario González De Lemos.
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia 34282 de 2011. M.P. Fernando Alberto Castro Caballero.
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia 37184 de 2011. M.P. María Del Rosario González Muñoz.
- Corte Suprema de Justicia Sentencia 37733 de 2012. M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia 38822 de 2012. M.P. Luis Guillermo Salazar Otero.
- Corte Suprema de Justicia. Auto 31043 de 2012. M.P. José Leonidas Bustos Martínez.

- Corte Constitucional. Sentencia C-464 de 2014, MP. Alberto Rojas Ríos.
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia SP9225-2014 (37462) de 2014. M.P. María Del Rosario González Muñoz.
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia 37345 de 2015. M.P. Eugenio Fernández Carlier.
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia 49819 de 2017. M.P. Patricia Salazar Cuellar.
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia 47100 de 2017. M.P. Patricia Salazar Cuéllar.
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia SP16891-2017 (44609) de 2017. M.P. Patricia Salazar Cuéllar.
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia SP2025-2018 (47603) de 2018. M.P. Eyder Patiño Cabrera.
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia SP2653-2019 (53479) de 2019. M.P. Jaime Humberto Moreno Acero.