

Universidad EAFIT
Escuela de Derecho
Maestría en Derecho Penal

**EL DELITO DE INTERÉS INDEBIDO EN LA CELEBRACIÓN DE
CONTRATOS
ESPECIAL REFERENCIA AL ELEMENTO NORMATIVO DEL TIPO: INTERÉS
INDEBIDO**

Estudiante: FRANKLIN de JESUS CÓRDOBA PALACIOS

Trabajo de Grado para optar el título de Magister en Derecho Penal
Modalidad: Profundización

Asesor: Juan Carlos Álvarez Álvarez

Medellín, 2013

1. Consideraciones generales.....	4
2. El tipo de interés indebido en la celebración de contratos en la doctrina y la jurisprudencia colombianas.....	6
2.1. Bien Jurídico.....	7
2.2 Sujeto activo.....	14
2.3. Sujeto pasivo.....	16
2.4. Objeto material.....	17
2.5. La conducta.....	20
2.5.1. Interesarse en provecho propio o de un tercero.....	20
2.5.2. El servidor interviene en el contrato u operación por razón del cargo o de la función.....	26
<i>Excurso:</i> Caracterización general del delito en la jurisprudencia de la Corte Suprema y de la Corte Constitucional.....	27
3. El concepto de interés indebido a partir de casos de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.....	32
3.1. Los casos y las consideraciones de la Corte Suprema.....	32
3.1.1. Caso de la Gerente del Fondo de Vivienda de Armenia.....	32
3.1.2. Caso Iván Moreno Rojas	35
3.1.3. Caso Alcalde de Pueblo Bello-Cesar.....	39
3.1.4. Caso de exgobernador del Putumayo.....	41
4. Los delitos de Interés Indebido en la Celebración de Contratos y Contrato sin Cumplimiento de Requisitos Legales.....	44
5. Conclusiones generales.....	46
Bibliografía.....	48

Propósito

El tipo penal que nos ocupa, ha sido de difícil interpretación en nuestro medio jurídico. Hay quienes sostienen desde su inexequibilidad por vulneración entre otros del derecho penal de acto, al considerar que con el punible se sanciona sólo el ánimo, la intencionalidad del autor, otros sostienen que la tipificación resulta inane como quiera que el interés indebido tipifica otras conductas punibles.

Pretendemos defender la autonomía y utilidad de la consagración típica haciendo un estudio del tipo penal, para deducir a partir del análisis de casos de la jurisprudencia cuál es el alcance del elemento normativo del tipo “interés indebido”.

El delito de interés indebido en la celebración de contratos

Especial referencia al elemento normativo del tipo interés indebido

1. Consideraciones generales

El delito de interés indebido en la celebración de contratos aparece tipificado en el L. II, Título XV, Capítulo IV, artículo 409 que regula las conductas de La Celebración Indebida de Contratos, artículo 409 del Código Penal Colombiano (ley 599 de 2000).

Conforme lo exponen Gómez Méndez y Gómez Pavajeau, como quiera que para la época de expedición del código penal de 1936, eran pocos los contratos estatales y su cuantía mínima, no se consagró un capítulo que regulara el régimen contractual del Estado; pero el Estado pronto asume actividades empresariales hasta entonces desconocidas, emprende construcción de obras públicas y actividades antes no desarrolladas, que dio lugar a un derecho de la contratación estatal.¹

Surgen a la par acciones de funcionarios dirigidas a obtener ventajas indebidas del proceso de contratación. Aparece así una subespecie del bien jurídico de la Administración Pública, “la contratación administrativa” en el que existe un interés del Estado en que la intervención de sus servidores en los contratos no esté influenciada por un interés particular, unidos a la corrupción administrativa; que la actividad se desarrolle conforme a los principios de transparencia, economía y

¹Alfonso Gómez Méndez/ Carlos Arturo Gómez Pavajeau, *Delitos contra la administración pública*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 347.

responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa².

Señalan los autores citados que el código penal de 1936, traía dos disposiciones que podían ser aplicadas a la contratación estatal: el cohecho por fraude, consagrado en el artículo 162, que consistía en que el funcionario público que intervenía en razón de su cargo en la celebración de un contrato, licitación pública, en la liquidación de efectos o haberes públicos o en los suministros de los mismos, se concertare con otro para obtener un determinado resultado o usare cualquier maniobra o artificio con ese fin; y el artículo 167, referido a las negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, igualmente sanciona al funcionario público o a quien transitoriamente desempeñara funciones públicas, que directa o indirectamente se interesara en cualquier clase de contrato u operación en que debía intervenir por razón de su cargo³. En la comisión redactora del anteproyecto, reunida en 1974, en el capítulo correspondiente a las negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, se introdujo un artículo que castigaba al funcionario o empleado público que en ejercicio de sus funciones celebrara un contrato con su consocio en sociedad distinta de la anónima, o con pariente suyo dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, se incurría igualmente en conducta punible cuando el agente realizara la conducta descrita con un consocio o con un familiar de quien lo designó o intervino en su designación⁴.

La comisión redactora del proyecto de código penal del 1976, precisó el alcance del objeto jurídico:

“Dada la importancia que en la vida moderna tiene la actividad estatal, que invade campos que antes estaban limitados a la iniciativa particular, y habida cuenta que esa actividad se traduce en la prestación de servicios previa la celebración de contratos que en ocasiones demanda la inversión

²Ibid. p. 347

³Ibid. p. 349

⁴Ibid. p. 349

de grandes cantidades de dinero, se ha considerado que el derecho penal no puede ser indiferente con la actividad del empleado oficial que incumple fundamentales deberes en detrimento del interés colectivo. Así como otras ramas del derecho se han ocupado en señalar pautas mínimas para el servidor público, el derecho penal debe ubicar dentro del elenco de conductas delictivas aquellos comportamientos del empleado que al actuar en la celebración de contratos viola unas pautas mínimas pero esenciales, lesionando o por lo menos poniendo en peligro intereses pecuniarios del Estado y principalmente el prestigio, eficacia y buen nombre de la Administración”⁵.

La violación del régimen legal y constitucional de inhabilidades e incompatibilidades, refiere a las fases de tramitación, aprobación o celebración del contrato, no así durante las fases posteriores como la ejecución y liquidación.

El interés indebido se predica de todas las fases previas y concomitantes a su celebración y de aquellas fases posteriores que implican ejecución del mismo y que se realizan por medio de las operaciones administrativas, a través de las cuales se persigue ejecutar la voluntad de la Administración plasmada en el contrato en busca de su efectivo cumplimiento y la satisfacción del interés general y particular de la entidad contratante.

El tipo de celebración de contratos sin cumplimiento de los requisitos legales esenciales se tipifica cuando se tramita, celebra o liquida el contrato con inobservancia de los requisitos antes dichos, dejándose la materia propia de la ejecución al tipo de Interés indebido en la celebración de contratos.

2. El tipo de interés indebido en la celebración de contratos en la doctrina y la jurisprudencia colombianas

El artículo 1º de la Constitución Política, consagra que Colombia es un Estado Social de Derecho, fundado en la prevalencia del interés general y el artículo 209

⁵ Ibid. p. 350.

de la misma, dispone que la función administrativa está al servicio de los intereses generales. La función administrativa se organiza a efectos de la prestación del servicio público.

Se sanciona la actuación desviada del servidor público que no busca la satisfacción de los intereses generales, sino sus particulares intereses o necesidades, o la de terceros. El contrato u operación pueden ajustarse a la legalidad, pero la finalidad que se propone el agente no es la de satisfacer el interés general sino el propio o el de un tercero.

Mediante la actividad contractual el Estado busca satisfacer las necesidades de la comunidad organizada, se presenta un vicio en el ejercicio del poder de celebrar contratos, cuando el servidor utilizando los mismos actúa con una finalidad diversa.

Así entonces, tal desvío de poder está tipificado en el artículo 409 del código penal, así:

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 cuatro (4) a doce (12) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a doce (12) años.

Pena que aparece aumentada en una tercera parte en el mínimo y en la mitad en el máximo, conforme al artículo 14 de la Ley 890 de 2004.

2.1. Bien jurídico

El delito de Interés indebido en la celebración de contratos, sanciona en el campo del derecho penal la conducta del servidor público que actúa con desviación de

poder en la celebración de un contrato o en la operación que se relacione con este, en que debe intervenir por razón del cargo o de sus funciones.

Calle Calderón y Sotomayor Acosta, han considerado que en los delitos contra la Administración Pública el bien jurídico protegido es el ejercicio de la función pública, la función pública ejercida correctamente, el ejercicio debido o correcto de la función, que resulta indispensable para el funcionamiento del sistema. La Administración pública está al servicio de la sociedad. La protección penal se refiere al deber de la administración y de sus agentes de servir a los administrados. Se protege de la conducta lesiva para el cumplimiento adecuado del servicio público⁶.

El bien jurídico específico protegido es el correcto ejercicio del servicio público en el campo de la contratación, función pública que los Servidores públicos han de ejercitar conforme al interés general.⁷

Según Peña Ossa, la actividad contractual del Estado se dirige a satisfacer el interés general y no los particulares del servidor público, por lo que el interés indebido es el que constituye el injusto penal, es decir, el contrario a la Constitución y la ley, del primero dimanar los principios de transparencia, selección objetiva e imparcialidad. El interés tutelado es el relativo al normal funcionamiento y al prestigio de la administración pública, en lo que se relaciona con el interés general como guía de la actividad contractual, de tal manera que se garanticen los principios de transparencia y los deberes de imparcialidad y moralidad, que se vulneran con manifestaciones de utilidades o provechos privados, constitutivos de desvío de poder. Se busca evitar que el servidor actúe

⁶ Armando Luis Calle Calderón/Juan Oberto Sotomayor Acosta. "El delito de interés ilícito en la celebración de contratos" En: *Revista Estudios de Derecho*, núm. 128, Medellín, Universidad de Antioquia, 1997, pp. 360-363

⁷Ibid. p.362.

motivado por razones de orden personal, con desconocimiento del interés general.⁸

Según señala Uribe García, el bien jurídico protegido de manera específica en este delito, es el abandono en provecho de intereses propios o de un tercero de la obligación de asegurar el cumplimiento de los fines de la contratación estatal, y en particular del interés general.⁹

Por su parte, la Corte Constitucional en providencia C-128 de 2003, se pronunció sobre la constitucionalidad de los artículos 145 del Decreto Ley 100 de 1980, que regulaba el delito de interés ilícito en la celebración de contratos y 409 de la ley 599 de 2000, que lo denomina interés indebido en la celebración de contratos y consideró que si bien los delitos de celebración indebida de contratos protegen todos el bien jurídico administración pública en particular, dentro de la clasificación que hace generalmente la doctrina, resulta protegida la honestidad en el ejercicio de la función pública¹⁰.

Consideró la Corte Constitucional que el bien jurídico que se pretende proteger con el tipo penal analizado no es el patrimonio de la administración, como tampoco la adecuada prestación del servicio contratado, o cualquier otro diferente de la transparencia de la actividad contractual de manera que la confianza de los ciudadanos en la administración pública no se vea afectada por el comportamiento indebido de los servidores públicos que intervienen en ella.

⁸Erleans de Jesús Peña Ossa, *Delitos contra la Administración Pública*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005, pp. 196-197.

⁹Saúl Uribe García, *Delitos Contra la Administración Pública*, Medellín, Universidad Autónoma Latinoamericana, Ediciones Unaula, 2012, p. 202.

¹⁰ Por nuestra parte, consideramos que el objeto de tutela jurídica es el correcto funcionamiento de la administración pública. No se protege la administración en sí misma. Una cosa es la relación entre el ciudadano y la administración y otra la administración considerada en sí misma; en el derecho penal se protege lo primero a efectos que la administración funcione correctamente con criterios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad, transparencia, responsabilidad, y selección objetiva. La deshonestidad del servidor con la administración sino trasciende en su correcto funcionamiento es un asunto atinente al derecho disciplinario.

Sobre el bien jurídico, también la Corte Suprema de Justicia en providencia con radicado 25989 de 2009¹¹ donde se juzgaba la conducta de una servidora pública, que suscribió múltiples contratos de arrendamiento de un automotor con una amiga por interpuesta persona, expresó:

“el objeto de protección del tipo penal es el principio de legalidad en la contratación estatal, cuyo quebrantamiento por el servidor público estructura objetivamente la conducta así el resultado práctico del convenio sea beneficioso para la administración y desventajoso desde el punto de vista económico para el contratista”.

“pues basta mirar la prueba documental arrimada a este expediente, para entender que el contratista siempre hacía alusión a la invitación que se le hizo en agosto 8 de 2002 y con esta sola y única invitación cotizó para los nueve contratos que se celebraron indebidamente”.

Argumentó la Corte: *“....El fraccionamiento que se hizo de los mencionados contratos deja entrever la falta de rectitud, de equidad, de neutralidad, de arbitrariedad y el exclusivismo....”.*

También se dijo en la sentencia citada:

“Ahora bien, el ámbito de protección de este delito en particular se remite a la corrección y transparencia que debe orientar el ejercicio de la función pública cuando esta se ejerce a través de la contratación estatal.”

En otro providencia, con radicado 34202 de 2010¹², en el que se juzgó la conducta de un alcalde que suscribió un contrato de obra pública en el que se denotaba el ánimo de favorecer al contratista, porque se celebró el mismo día en que se había

¹¹Corte Suprema de Justicia, Sentencia 25.989 de 2009, M.P. Javier Zapata Ortiz.

¹²Corte Suprema de Justicia, Sentencia 34202 de 2010, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

desfijado el aviso al público, no medió la previa resolución de adjudicación, ni la póliza de garantía, constituida y aprobada con posterioridad, en tanto que el certificado de disponibilidad presupuestal por el valor del contrato y firmado por la Tesorera aparecía a nombre del contratista, consideró la Corte Suprema que el delito de interés indebido en la celebración de contratos, protege el bien jurídico de la administración pública al querer preservar los postulados que orientan tanto la función administrativa (la cual al tenor de lo normado en el artículo 209 del texto superior, ha de estar al servicio de los intereses generales y desarrollarse con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad), como la contratación estatal (a fin de que sus varias fases de celebración, ejecución y liquidación se surtan además con transparencia, responsabilidad, igualdad de oportunidades y selección objetiva).

La lesión o el perjuicio a los intereses de tutela se concretan cuando el servidor público en vez de acatar los principios de la contratación estatal, actúa parcializado o carente de objetividad con el fin de favorecer a un contratista.

Consideró la Corte que:

“Lo que se quiere excluir de la práctica y punir con rigidez es el abandono del funcionario público a los deberes, obligaciones y compromisos que adquiere al vincularse con la administración para ejercer un cargo público que le permite de una u otra manera “intervenir” en cualquier condición, en la celebración de contratos. Dicho en otras palabras, ese interés al que se refiere el tipo penal es aquél personal o ajeno, que nada tiene que ver con los fines de la contratación estatal, que no son otros, como ya se dijo, que el cumplimiento de los fines del Estado, fundados éstos en el interés general y no particular...”

En el proceso radicado 32320 de 2010¹³, se juzgó la conducta de un Gobernador que suscribió un contrato con una empresa de licores a efectos de introducir en el territorio licores producidos por ella, para tal efecto se le exigía indebidamente a la persona natural que contrataba con la empresa para la distribución del producto, una participación por cada caja de licor introducida. Tal convenio fue prorrogado en diferentes oportunidades. En tal ocasión consideró la Corte que:

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

....Los valores y principios constitucionales y legales que orientan la contratación administrativa se integran materialmente a los tipos penales que amparan la administración pública, como parte trascendental del bien jurídico protegido para garantizar el cumplimiento de los fines del Estado social y democrático de derecho...”.

Por último, en relación con el bien jurídico, en el proceso 34282 de 2011¹⁴, se investigó la conducta de un Senador de la República que en asocio de su hermano, quien fungía como Alcalde Distrital y del Contralor del Distrito, llegaron a un acuerdo con un grupo de cancelarles el 8% del valor de cada uno de los contratos. Para obtener ese propósito se habrían amañado los procesos licitatorios, desde los pliegos de condiciones hasta la evaluación de las propuestas y la escogencia de los contratistas; igualmente se le atribuyó al investigado la exigencia al grupo de entregarle dos zonas aledañas a las áreas de los Centros de

¹³Corte Suprema de Justicia, Sentencia 32320 de 2010, M.P. Yesid Ramírez Bastidas.

¹⁴Corte Suprema de Justicia, Sala de Instrucción No 3, Primera instancia 34282 del 8 de noviembre de 2011, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

Control de Operaciones “CCO” de una concesión, a fin de instalar su esposa Lucy de Moreno estaciones de combustible. En este evento consideró la Corte que el tipo penal:

“Protege el cumplimiento recto y probo de las funciones del Estado, en particular lo atinente a la contratación pública, en cuya observancia los servidores públicos están obligados a respetar los principios de moralidad, transparencia, objetividad e igualdad, al margen de la influencia de intereses individuales y de la corrupción. Además, de conservar indemne la buena imagen, confianza y decoro de la administración ante la colectividad.

La contratación administrativa es una subespecie del bien jurídico de la administración pública, ideada como el interés del Estado en que la colaboración de los funcionarios públicos en ella no esté subyugada a los beneficios individuales, sino atada a la estricta obediencia de los principios de la función administrativa.

En ese orden, la antijuridicidad material se expresa en la desconfianza producida en la colectividad, por el distanciamiento del agente de los principios de imparcialidad y transparencia en el ejercicio de esa potestad.

La norma no tutela el patrimonio público, ni la adecuada prestación del servicio contratado o cualquier otro interés distinto a la nitidez de la actividad contractual. **Busca que la confianza colectiva no sea conmovida por el comportamiento del servidor público interviniente en ella....”** (negrillas fuera del original)

Concluimos que en términos generales para la Corte Suprema de Justicia, el ámbito de protección se remite a la corrección y transparencia que debe orientar el ejercicio de la función pública, cuando se ejerce a través de la contratación estatal; se protege el cumplimiento recto y probo de las funciones del estado, en particular

lo atinente a la contratación estatal , en cuya observancia los servidores públicos están obligados a respetar los principios de moralidad, transparencia, objetividad e igualdad, al margen de la influencia de intereses individuales y de la corrupción. Además se busca conservar indemne la buena imagen, confianza y decoro de la administración ante la colectividad. La antijuridicidad material se expresa en la desconfianza producida en la colectividad.

2.2. Sujeto activo:

El sujeto activo, es calificado, el punible sólo puede ser cometido por servidor público. Al respecto el artículo 20 del Código Penal 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.”

Así mismo, el artículo 56 del estatuto de contratación, Ley 80 de 1993, para efectos de la responsabilidad penal, considera al contratista, al interventor, al consultor y al asesor, particulares que cumplen funciones públicas en todo lo que se relaciona con la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebren con las entidades estatales y por lo tanto están sujetos a la responsabilidad que en esa materia señala la ley para los servidores públicos. Este mismo criterio es sostenido por la Corte Suprema de justicia en providencia de noviembre 8 de 2011, radicado 34282 de 2011, seguido contra el exsenador Néstor Iván Moreno Rojas, el sujeto activo

“...Requiere la condición de servidor público, sin embargo, el artículo 56 de la Ley 80/93 extiende la responsabilidad penal a los particulares cuando estos cumplen funciones públicas como contratista, interventor, consultor o asesor.”¹⁵

Gómez Méndez y Gómez Pavajeau, consideran que el sujeto activo es el servidor público que de una u otra forma intervienen en el proceso de tramitación del contrato y no solamente quien lo firma. Que conforme al artículo 56 de la ley 80 de 1993, puede ser autor del tipo penal el contratista, interventor, consultor y asesor que intervenga en el proceso de contratación. Critican el anterior dispositivo amplificador de la autoría al considerarlo innecesario, puesto que a efectos de sancionar a estas personas bastaría aplicar las normas de la participación del código penal y además porque no existe claridad en lo que concierne al contratista, pues está interesado en la celebración del contrato y es por ello que participa en la licitación o concurso, pero que en tal caso se trata de un interés lícito.¹⁶

Consideramos que el contratista si bien tiene un interés en el contrato, éste tiene un límite en la legalidad y el interés que se sanciona conforme a la norma es el indebido.

Saúl Uribe García, afirma que el sujeto activo es el servidor público y que conforme al artículo 56 de la ley 80 de 1993, también tiene la condición de servidor público el contratista, interventor, asesor y consultor.¹⁷

¹⁵Corte Suprema de Justicia, radicado 34282 del 8 de noviembre de 2011, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca. No obstante, podría discutirse la vigencia la citada disposición, teniendo en cuenta que la ley 599 de 2000, derogó las prohibiciones y mandatos vigentes hasta la promulgación de la citada ley. Y teniendo en cuenta que el sujeto activo es un elemento que se integra al tipo de injusto, podría entenderse que hace parte de la prohibición.

¹⁶Alfonso Gómez Méndez/Carlos Arturo Gómez Pavajeau, *Delitos contra la administración pública*, cit., pp. 354-355 y 389.

¹⁷Saúl Uribe García, *Delitos Contra la Administración Pública*, cit., p. 196. En el mismo sentido Lina María Higuera Rivera, *La responsabilidad penal del servidor público*, Medellín, Biblioteca Jurídica

A manera de discusión, se puede plantear la no vigencia de la anterior disposición al tenor de lo dispuesto en el artículo 474 de la ley 599 de 2000, que derogó el decreto 100 de 1.980 y demás normas que lo modificaban y complementaban, en lo que tiene que ver con la consagración de prohibiciones y mandatos penales, al considerar que el sujeto activo es un elemento de la descripción del tipo penal.

2.3. Sujeto pasivo:

El sujeto pasivo es el Estado, titular de la contratación u operación administrativa. En consonancia con lo anterior, al respecto la Corte Suprema, ha dicho:

“... El Estado como titular de la contratación y las operaciones estatales, quien finalmente es el perturbado con la conducta delictiva.”¹⁸

Alfonso Gómez Méndez y Carlos Arturo Gómez Pavajeau, afirman que el sujeto pasivo es el Estado, como titular del bien jurídico administración pública.¹⁹

Lina María Higueta Rivera, dice que el sujeto pasivo es el estado como titular del bien jurídico tutelado y que puede llegar a serlo el particular que esté interesado en contratos con el estado y que por ese interés ilícito resulta perjudicado.²⁰

Consideramos, que si bien el interés indebido puede ocasionar un perjuicio al particular interesado en contratar, como igualmente que si es cierto, el bien jurídico tutelado es el correcto funcionamiento de la administración, el sujeto pasivo de la conducta es el Estado como titular del bien jurídico y que el particular

Diké, 2001, p.146; Carlos G. Castro Cuenca (coordinador), *Manual de Derecho Penal, Parte Especial*, T. II, Bogotá, Temis, 2011, p.295

¹⁸Corte Suprema de Justicia, radicado 34282 del 8 de noviembre de 2011, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

¹⁹Alfonso Gómez Méndez/ Carlos Arturo Gómez Pavajeau, *Delitos contra la administración pública*, cit., p.356

²⁰Lina María Higueta Rivera, *La responsabilidad penal del servidor público*, cit., p. 146.

interesado en la contratación y los coadministrados sólo podrían adquirir la calidad de perjudicados.²¹

2.4. Objeto material:

La conducta recae sobre el contrato estatal o la operación administrativa, conforme a la doctrina y jurisprudencia.

En la decisión antes citada la Sala de Instrucción de la Corte Suprema de Justicia sostuvo que el objeto material es

“... El contrato u operación estatal en cuyo desarrollo debe intervenir el sujeto agente por razón del cargo o de la función.”²²

Señalan Gómez Méndez y Gómez Pavajeau, que la noción de contrato incluye los propiamente administrativos, como los de derecho privado de la administración; aunque la norma habla de cualquier clase de contrato, debe entenderse que se trata de un contrato estatal. Citando a Libardo Rodríguez, afirman que el nuevo estatuto no se refiere al término de contrato administrativo como se ha venido utilizando, como tampoco al de contratos de derecho privado de la administración, sino que introduce la noción de contrato estatal para referirse a todos los contratos celebrados por las entidades que forman parte de la administración pública, entendiendo por tal, todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades estatales, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad. Señalan que incluso debe entenderse como contrato las ventas que se realizan en remates y subastas públicas, sean administrativas o judiciales, pues se trata de un

²¹ Sin embargo hay quienes no comparten esta postura y consideran, en cambio, que el bien sujeto pasivo es la comunidad, pues el bien jurídico tutelado es el correcto funcionamiento de la administración pública y por tanto lo que se protege es la relación ciudadano- estado, y no el estado como ente abstracto en sí mismo considerado. Véase al respecto Inés Olaizola Nogales, *El delito de cohecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, en el mismo sentido Armando Luis Calle Calderón/Juan Oberto Sotomayor Acosta. “El delito de interés ilícito en la celebración de contratos”, *cit.*

²² Corte Suprema de Justicia, radicado 34282 del 8 de noviembre de 2011, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

negocio jurídico, donde el representante del Estado manifiesta su voluntad de contratar en el ejercicio de sus funciones públicas²³.

Diego Corredor Beltrán es de criterio similar y entiende que en el contrato estatal, su característica principal es que en su celebración interviene de manera directa una entidad estatal a través de su representante legal. Que excepcionalmente la disposición contractual admite la posibilidad que los entes oficiales celebren contratos de derecho privado, como en el caso de las empresas oficiales de servicios públicos, las empresas sociales del Estado, las universidades públicas, etc., sin embargo, la norma no hace distinción y por lo tanto comprende todo tipo de contrato, lo importante es que lo celebre un servidor público en cumplimiento de sus funciones o en ejercicio del cargo. Señala que la Ley 80 de 1993, rompe con el criterio de la tipificación contractual estatal, por lo que la administración celebra cualquier tipo de contrato, aún de carácter innominado o atípico. La administración puede celebrar contratos sin las formalidades plenas llamados órdenes de servicio u órdenes de suministro, a los que debe aplicárseles la norma penal, pues está no hace distinción alguna.²⁴

Con criterio similar Carlos G. Castro, sostiene, que el interés está referido a cualquier clase de contrato u operación administrativa realizada por una entidad pública y no sólo a lo que la doctrina ha denominado contrato administrativo, como que a partir de la Ley 80 de 1993, la expresión contrato administrativo ha sido reemplazada por la de contrato estatal, la ley no distingue entre contratos administrativos y contratos privados de la administración.²⁵

Por su lado, Santofimio Gamboa señala que pese a que la norma habla del contrato, surge una discusión en relación al alcance que debemos darle a este

²³ Alfonso Gómez Méndez/ Carlos Arturo Gómez Pavajeau, *Delitos contra la administración*, cit., pp. 356-357 y 390.

²⁴ Diego Corredor Beltrán. "Celebración indebida de contratos" en *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003 p.314. En el mismo sentido, Jaime Orlando Santofimio Gamboa, *Delitos de celebración indebida de contratos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, pp.100-101.

²⁵ Carlos G. Castro Cuenca (coord.) "Delitos de celebración indebida de contratos" en *Manual de derecho Penal, Parte especial*, Tomo II, Bogotá Universidad del Rosario-Temis, 2011, pp. 300-301.

término, pues considera que no se requiere la perfección del contrato, que el legislador no circunscribe el desvío del poder en relación con el mismo, sino que lo refiere a todas las etapas previas a la formación del contrato, que son las etapas donde se puede observar más claramente el desvío de poder del servidor público.²⁶

También, como ya se ha dicho, la conducta igualmente puede recaer sobre la operación. Gómez Méndez y Gómez Pavajeau, citando jurisprudencia de la Sala de Casación Penal en el radicado 14.699 de 2003, M.P. Fernando Arboleda Ripoll, indican que la operación consiste en actuaciones administrativas posteriores a la celebración e implican la ejecución del contrato a través de las cuales se persigue ejecutar la voluntad de la Administración plasmada en el contrato en orden a buscar su efectivo cumplimiento y la satisfacción del interés general, y particular de la entidad contratante. Que en la fase de ejecución del contrato el servidor público puede interesarse en que, por vía de ejemplo, el contratista vincule como operarios o consultores a determinadas personas, o se adquieran determinados bienes con alguna empresa en particular, o se beneficie al contratista mediante la no declaratoria de caducidad del contrato a pesar de su incumplimiento, o se deje de aplicar alguna otra sanción contractual o legalmente prevista, o se permita entregar los bienes o servicios en cantidad o calidad inferior a la contratada, o en plazos o lugares distintos de los pactados.²⁷

Consideran los autores en cita, que los actos posteriores a un remate o adjudicación, son constitutivos de una operación, como que dan cumplimiento a algo ya ordenado.²⁸

Santofimio Gamboa considera que el legislador pretende que los efectos del delito, no se circunscriban sólo a las etapas de formación y celebración del contrato, sino

²⁶ Jaime Orlando Santofimio Gamboa, *Delitos de celebración indebida de contratos*, cit., pp.103-104. En igual sentido Erleans de Jesús Peña Ossa, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 200 y Carlos Mario Molina Arrubla, *Delitos Contra la Administración Pública*, Bogotá, Leyer, 2005, pp.329- 330.

²⁷ Alfonso Gómez Méndez/Carlos Arturo Gómez Pavajeau, *Delitos contra la administración pública*, cit. pp. 362-363

²⁸ *Ibid* p. 392

que comprenda también todas aquellas actuaciones administrativas posteriores que implican una operación del mismo, es decir el ámbito de su ejecución. La operación constituye el aspecto dinámico práctico en la materialización de lo dispuesto en la ley o en el acto, es un conjunto de actuaciones administrativas tendientes a la ejecución de la decisión legal o administrativa, se refiere al traslado real y evidente de la decisión administrativa al mundo de la eficacia. Se busca materializar el consentimiento. Mientras la norma organiza el derecho, el ordenamiento administrativo lo aplica y la operación administrativa lo ejecuta.²⁹ Citando a Libardo Rodríguez, Saúl Uribe García entiende que las operaciones administrativas son fenómenos jurídicos que consisten en la reunión de una decisión de la administración junto con su ejecución práctica, constituyen en su conjunto una sola actuación de la administración.³⁰

Criterio diferente sostiene Carlos G. Castro, para quien el interés que se sanciona es el que se da exclusivamente en la celebración del contrato y no en la etapa contractual o postcontractual. El interés debe surgir antes o durante la ejecución del contrato.³¹

Consideramos que el interés indebido encuentra su mayor realización en la etapa precontractual, se puede presentar en la celebración del contrato o en la etapa posterior, esto es en la operación administrativa por expresa disposición legal.

2.5. La conducta

2.5.1. Interesarse en provecho propio o de un tercero.

La norma habla de interesarse en provecho propio o de un tercero, sin hacer alusión a ninguna exteriorización de tal interés.

²⁹Jaime Orlando Santofimio Gamboa, *Delitos de celebración indebida de contratos*, cit., pp. 104-105.

³⁰Saúl Uribe García. *Delitos Contra la Administración Pública*, p. 199.

³¹Carlos G. Castro Cuenca (coord.), "Delitos de celebración indebida de contratos", en cit., p. 299.

Ferrajoli señala que, el principio de materialidad de la acción supone que ningún daño, por grave que sea puede estimarse penalmente relevante, sino como efecto de una acción. Los delitos no pueden consistir en actitudes o estados de ánimos interiores, sino que deben concretarse en acciones humanas, empíricamente observables, describibles exactamente por la ley penal. Sólo las acciones externas y no los “actos internos” pueden producir daños a terceros; los pensamientos y las intenciones no son perjudiciales para nadie y nadie está interesado en su punición. La exterioridad de la acción criminal es un presupuesto necesario de la lesividad o dañosidad del resultado. La prohibición de actos internos y la responsabilidad penal sin acción, contradicen el principio de utilidad penal, pues es inútil no sólo porque el acto prohibido no ocasiona daño alguno, sino porque no sirve para impedirlo. El principio de exterioridad de la acción implica la separación entre derecho y moral, pues no es tarea del derecho sancionar o imponer la moral, luego los actos de exterioridad son susceptibles de prohibición penal y los actos internos de reserva al dominio específico y exclusivo de la moral.³²

Tal exigencia, según la Corte Constitucional parece satisfecha, puesto que en el análisis de constitucionalidad del tipo penal en la sentencia C-128 de 2003³³ la mencionada corporación entendió que la norma no es una manifestación del derecho penal de autor; que exige para la configuración del delito, la manifestación externa del interés indebido del servidor público que interviene en el contrato. No se sancionan los pensamientos no exteriorizados del servidor, sino el interés que éste muestra con sus actuaciones en provecho propio o de un tercero dejando de lado el interés general que corresponde asegurar a la administración en el proceso contractual en el que se interviene.

Corredor Beltrán, señala que se sanciona ya no el interés ilícito, sino el indebido, por lo que la conducta alcanza una mayor cobertura en cuanto ya no se sanciona al funcionario que se interesa en cualquier contrato u operación desde la

³² Luigi Ferrajoli, Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal, Madrid, Trotta, 1995, p.p. 480-481

³³ Corte Constitucional, sentencia C-128 de 2003, M.P. Alvaro Tafur Galvis.

perspectiva de la ilicitud, sino que basta con que su entrometimiento sea indebido, es decir, desconociendo los fines que tiene la función pública, lo que se pretende sancionar es la conducta de los servidores que no pretenden sino buscar la satisfacción de sus personales propósitos. Interesarse guarda relación con la atención o el énfasis parcializado que presta o pone el servidor público en aras a la obtención del beneficio para sí o para un tercero. Es posible que la falta de parcialidad se muestre a favor de la administración, lo que no obsta para que se estructure la conducta, pues no sólo se busca proteger los intereses de la administración, sino fundamentalmente la rectitud que en el proceso de contratación debe estar presente, igualmente otros principios como la honestidad, el equilibrio económico etc. Si bien dentro de la descripción típica no se emplea el término “indebido” tal omisión o falta de técnica no impide interpretar la norma de conformidad con lo que indica el epígrafe.³⁴

Del mismo criterio es Pedro Pacheco Osorio, quien citando a Soler afirma que la intrínseca ilicitud no la destruye ni siquiera la consideración de que la administración resulte más favorecida con la indebida intervención privada del funcionario que sin ella, como es el caso que haga suministros, como proveedor, más baratos que los ofrecidos por otros.³⁵

Señala Uribe García, que no se sanciona cualquier tipo de interés, porque la sola intervención del servidor en el contrato u operación va acompañada de un interés, cual es que las cosas se hagan de la mejor manera posible para culminar con éxito la labor encomendada; el interés tipificado es el particular que se aleja del interés general e implica desviación de poder.³⁶

Según Calle Calderón y Sotomayor Acosta, la acción conforme su redacción es indeterminada, pero consideran que es necesario que tal interés se concrete en un determinado acto mediante el cual se busque un beneficio para sí o para un

³⁴Diego Corredor Beltrán. “Celebración indebida de contratos”, cit. pp. 312 -313

³⁵ . Pedro Pacheco Osorio, *Derecho Penal Especial*, TI, Bogotá, Temis. 1959, p. 200.

³⁶Saúl Uribe García, *Delitos Contra la Administración Pública*, cit., p.201.

tercero, se busca un resultado favorable al propio agente o a un tercero, pues a todo funcionario que interviene en un contrato se le exige que se interese en el mismo, esto es, que realice todos los actos necesarios con miras a garantizar que se cumpla a cabalidad el servicio público inherente al contrato. El servidor se interesa en el contrato cuando actúa con el fin que se adjudique a un determinado proponente o en determinadas condiciones.³⁷

Para Santofimio Gamboa, la conducta de interés indebido consiste en el desvío de poder, el funcionario abandona los senderos tendientes a la consolidación de los propósitos generales que persigue el contrato u operación relacionada con éste y resuelve obtener de manera individual, para sí o para otra persona, sea tercero o contratista, un provecho que va en contra del interés general.³⁸

Peña Ossa señala que con el interés indebido se busca beneficiar al servidor público o a un tercero, pues con ello aquel está quebrantando sus deberes de fidelidad e imparcialidad para con el Estado.³⁹

A su turno, Molina Arrubla afirma que el dispositivo penal no califica el interés punible, que pareciera sancionar cualquier tipo de interés que tuviese el servidor, pero que el interés que se sanciona es aquel que produzca real o potencialmente alguna forma de daño o lesión al bien jurídico tutelado. Pero una interpretación siguiendo el nombre del tipo penal, lleva a la conclusión que no se sanciona cualquier tipo de interés que pueda tener el servidor, sino únicamente el que resulte ser indebido, que es el que resulta ser contrario a sus específicos deberes de imparcialidad, al actuar como parte y contraparte, en nombre del Estado y como representante de sus propios intereses.⁴⁰

³⁷ Armando Luis Calle Calderón/Juan Oberto Sotomayor Acosta. *El delito de interés ilícito en la celebración de contratos*, cit., pp. 365-367.

³⁸ Jaime Orlando Santofimio Gamboa, *Delitos de celebración indebida de contratos*, cit., p. 99.

³⁹ Erleans de Jesús Peña Ossa, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 199.

⁴⁰ Carlos Mario Molina Arrubla, *Delitos Contra la Administración Pública*, cit., p. 333.

Carlos G. Castro, cita a Arboleda Vallejo y a Ruiz Salazar, quienes afirman que la conducta consiste en “actuar con miras a la obtención de un determinado resultado favorable al propio agente o a un tercero” es decir, de un provecho concreto”⁴¹

Sin embargo, Castro considera más afortunada la posición de Ibáñez Guzmán y de Barbosa Castillo, para quienes el interés consiste en la pérdida de imparcialidad en la contratación, postura que fundamentan con cuatro argumentos, a saber:

-En el delito es necesario que se demuestre que con la conducta del sujeto se afectó concretamente la imparcialidad, no del funcionario público, sino de la administración pública, mediante actuaciones administrativas concretas.

-El núcleo de lo injusto no puede consistir en la punición de una mera actitud interna, se requiere que al menos se exteriorice una puesta en peligro del bien jurídico. Agregan que además el delito de interés indebido tiene como características: a) el interés debe ser indebido; b) debe materializarse en actos externos; c) el interés puede surgir antes o durante la celebración del contrato; d) puede estar referido a un contrato u operación administrativa y e) el interés en el contrato u operación puede ser directo o indirecto.⁴²

Se tiene por demás que dicho interés necesariamente no tiene que ser económico, conforme lo expresó la Corte Constitucional en sentencia C-128 de 2003.⁴³

Criterio diferente es sostenido por Luis Carlos Pérez, para quien el interés buscado debe ser de índole económica, bien sea que se obtenga participación directa en los objetos materia del negocio, e indirectamente cuando se introducen

⁴¹Carlos G. Castro Cuenca (coord.), “Delitos de celebración indebida de contratos”, cit., p.296.

⁴²Ibid., pp. 296-301.

⁴³Corte Constitucional Sentencia C-128 de 2003. En igual sentido, Erleans de Jesús Peña Ossa. *Delitos contra la Administración Pública*, cit., p.199 y Saúl Uribe García. *Delitos Contra la Administración Pública*, cit., p. 202. También Armando Luis Calle Calderón/Juan Oberto Sotomayor Acosta. “El delito de interés ilícito en la celebración de contratos”, cit., p. 368 y Carlos Mario Molina Arrubla. *Delitos Contra la Administración Pública*, cit. p.334.

otras personas en la operación, como intermediarias entre el empleado interesado y la administración, o como cuando la utilidad del contrato se compensa con otro contrato que aparentemente no guarda ninguna relación con él.⁴⁴

En postura que considero inadmisibles, Francisco José Ferreira Delgado, critica la tipificación del delito de *interés indebido en la celebración de contratos*, por considerarlo un delito inocuo, pues en su criterio tal conducta es regulada por el tipo penal de *violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades*. Afirma que, no ve razón para punir a un empleado que se interese en un contrato u operación en que deba intervenir como funcionario si a la postre nada hizo en concreto y si no defraudó al Estado, ni se concertó con alguien para ello, si se ajusta a las ritualidades de Ley para contratar, adjudicar y ejecutar el contrato de su interés y si no hubo fraude al Estado. Interesarse en una contratación es algo subjetivo, personal, humano, lo malo es concretar en actos reales ese interés, en el momento en que pase a ser acción interesada para su provecho, está violando los artículos 8 y 9 de la Ley 80 de 1993 sobre incompatibilidades y su acción se adecúa al artículo 408 del código penal y si interviene en provecho de terceros, su acción es violatoria del artículo 8 de la citada ley y se adecúa igualmente al tipo penal del artículo 408 del C. Penal.⁴⁵

Así pues, según Ferreira Delgado, la acción descrita en el artículo 409 resulta inocua, según el mencionado autor, si el interés no se concreta al intervenir en la elaboración, aprobación, o celebración del contrato y si el interés se hizo real se tipifica el delito del artículo 408 del C. Penal, sobrando el texto del artículo 409. La tipicidad consagrada en la última norma se refiere a la violación fáctica de incompatibilidades en la contratación.⁴⁶

⁴⁴Luis Carlos Pérez, *Tratado de Derecho Penal*, cit. pp. 294-295

⁴⁵Francisco José Ferreira Delgado, *Derecho Penal Especial*, Tomo II, Bogotá, Temis, 2006, p. 379.

⁴⁶*Ibid.* p. 379.

Una tal postura resulta inadmisibles. En principio el autor no atina a diferenciar que en el delito de interés indebido en la celebración de contratos, lo que se sanciona es el desvío de poder con que actúa el servidor público, mientras que con el punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales se protege la legalidad en las diferentes fases del proceso contractual. Para que se tipifique la conducta no se requiere un daño patrimonial al Estado, pues no se protege su patrimonio, sino que se sanciona la acción del servidor que actúa con interés particular en desmedro del interés general. Como tampoco puede aceptarse que si el servidor actúa en interés propio, desconoce el régimen de inhabilidades e incompatibilidades para contratar y la inhabilidad e incompatibilidad sobrevinientes y si lo hace en interés de un tercero el primer régimen, pues que en el delito de interés Indebido existe una contraposición entre el interés particular y el general y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades fija condiciones que impiden contratar, pero se puede intervenir en el proceso contractual en interés propio o de un tercero sin violentar el susodicho régimen, sea además señalar que el artículo 9 de la Ley 80 de 1993, sólo consagra procedimientos a seguir cuando se presenta una inhabilidad o incompatibilidad sobreviniente.

2.5.2. El servidor interviene en el contrato u operación por razón del cargo o de la función.

Consideran Gómez Méndez y Gómez Pavajeau, que hubiese bastado con incluir la función, como que el ejercicio del cargo, en tratándose de la contratación está íntimamente ligado con aquella. No puede darse en este delito un ejercicio del cargo que no implique el ejercicio de la función como sí es posible en el caso de la concusión.⁴⁷ Saúl Uribe García llega a similar conclusión al considerar que la intervención del servidor público no es potestativa, en tanto la redacción del tipo es “que deba intervenir”, por lo que el servidor interviene en el contrato u operación

⁴⁷ Alfonso Gómez Méndez/ Carlos Arturo Gómez Pavajeau, *Delitos contra la administración pública*, cit. p.390; en igual sentido Diego Corredor Beltrán. “Celebración indebida de contratos”, cit., p. 313.

en cumplimiento de sus deberes, vale decir en ejercicio de sus funciones, nunca por razón de su cargo.⁴⁸

Excurso: Caracterización general del delito en la jurisprudencia de la Corte Suprema y de la Corte Constitucional

La jurisprudencia de la Corte Suprema y de la Corte Constitucional colombianas, concuerdan en el entendimiento del interés indebido exigido por la norma, como aquel opuesto al general o al bien común que deben perseguir en el ejercicio de las facultades los servidores públicos encargados del trámite, celebración, ejecución y liquidación de los contratos estatales, esto es, uno de carácter individual o personal en búsqueda del beneficio propio o de un tercero. Que tal concordancia en la jurisprudencia existe lo demuestra la siguiente cita, tomada de una providencia de la Corte Suprema de Justicia ya citada en varias oportunidades. Transcribimos *in extenso*, los apartes más importantes de la providencia en la que se caracteriza, a nuestro juicio de manera precisa, el tipo penal que ocupa nuestra atención en este trabajo⁴⁹:

“...el artículo 209 superior, dispone que la función administrativa está al servicio del interés general y deberá desenvolverse con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía celeridad, imparcialidad y publicidad. Y, el canon 3 de la Ley 80/93 impone a los servidores públicos buscar en la celebración y ejecución de los contratos el cumplimiento de los objetivos del Estado, entre ellos el beneficio general.

Así entonces, esta exigencia acudirá cuando el servidor público persiga una utilidad propia o a favor de un tercero en lugar del bien común, propósito que en un derecho penal de acto debe manifestarse con conductas

⁴⁸Saúl Uribe García. *Delitos Contra la Administración Pública*, cit., p.196.

⁴⁹Corte Suprema de Justicia, radicado 34282 del 8 de noviembre de 2011, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

externas, antes, en el trámite, la celebración, ejecución o liquidación del contrato.

La formación es la fase del trámite contractual en la cual se insinúan con mayor claridad las maniobras encaminadas a ignorar el beneficio público, v. gr., el repudio al principio de selección objetiva.

Si lo fundamental es la desorientación de los designios de esta clase de contratación, obvio resulta que la ventaja particular buscada puede ser de cualquier índole: patrimonial, ideológica, filosófica, familiar, política, amistad, enemistad, aun en beneficio de la misma administración pública⁵⁰. Lo trascendente es el deterioro de los principios de imparcialidad, transparencia y selección objetiva, con intenciones individuales.

Para su consumación es indiferente que el provecho propio o de un tercero se obtenga, basta comprobar el interés singular con el objetivo de ayudarse así mismo o a un tercero.

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 suma, el punible se configura cuando el servidor público desborda el marco de la ley que lo obliga a buscar el interés general en el proceso de formación, celebración, ejecución o terminación del contrato, dentro del cual

deba intervenir en razón de su cargo o de sus atribuciones; y actúa estimulado por motivos distintos, en provecho propio o de un tercero.

La Corte Constitucional⁵¹ declaró exequible este tipo penal coincidiendo en el entendimiento del elemento normativo y subjetivo:

“... es claro que la actuación de los servidores públicos llamados a intervenir en el proceso contractual en cualquiera de sus fases (precontractual, de celebración, ejecución y terminación) se encuentra sometida al respeto del interés general, y que toda actuación de dichos servidores que se desvíe del cumplimiento de los fines estatales establecidos de manera general en la Constitución así como de aquellos determinados por el legislador y por la propia administración en cada caso concreto...”

“... la desviación de poder no sólo se evidencia cuando se persigue un fin privado del titular de la competencia, sino en el evento en que “es posible constatar la existencia de una divergencia entre los fines realmente perseguidos y los que, según la norma aplicable deberían orientar la decisión administrativa.

...

“Ahora bien, la Corte llama la atención en este punto sobre el hecho de que bien puede suceder que un contrato se celebre sin que se infrinja el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, taxativamente fijado en la Constitución y en la Ley, cumpliendo igualmente los requisitos legales

⁵¹Corte Constitucional, sentencia C-128 de 2003, M.P. Alvaro Tafur Galvis.

esenciales determinados específicamente para el tipo de contrato de que se trate, sin que esto impida que se vulnere el bien jurídico administración pública...

(...)

“Dicha norma está establecida entonces como la respuesta que el ordenamiento penal contiene para enfrentar la intencionalidad desviada, o si se quiere, la “desviación de poder”, con la que actúa un servidor que se interesa en provecho propio o de un tercero en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir en razón de su cargo o sus funciones...

“Cabe precisar al respecto que el verbo a que alude la norma es el verbo “interesar” dentro de cuyas acepciones figura las de “dar parte a uno en un negocio o comercio en que pueda tener utilidad o interés”, así como “hacer tomar parte o empeño a uno en los negocios o intereses ajenos como si fueran propios” y en que el pronominal es “adquirir o mostrar interés por alguien o algo”.

“Basta el interés entendido como la falta de imparcialidad para intervenir dado el ánimo de beneficiarse o de beneficiar a un tercero, para que se entienda consumado ese elemento subjetivo del tipo penal...”.

“Dicho provecho no es necesariamente económico⁵², simplemente debe mostrar una inclinación de ánimo hacia una persona o entidad,

⁵²Corte Suprema de Justicia, radicado No. 15273 del 25 de octubre de 2000.

con desconocimiento de los principios de transparencia y selección objetiva.”

Alcance también otorgado por la Sala de Casación Penal⁵³, así:

“... a diferencia de cómo lo concibe el casacionista trazando una línea divisoria infranqueable entre el interés lícito o debido de los funcionarios a la hora de contratar y los requisitos de la contratación, en ocasiones existe una relación estrecha entre los dos conceptos, de modo que el desvío de poder también conlleva el incumplimiento de los segundos...”

“El incumplimiento de esta regla de contratación, en este caso particular está vinculado directamente al acto de desviación de poder desplegado por el procesado... en detrimento de los principios de transparencia y selección objetiva...con el fin de favorecer a uno de los proponentes, optó por prescindir de su cumplimiento.

“Pues bien, para la Sala, ... esos síntomas denunciadores del desvío de poder o fundamentos probatorios de índole indiciario, revelan claramente el reprochable interés del procesado por favorecer a uno de los proponentes, más allá del incumplimiento de requisitos legales en la celebración de contratos.”

Como el propósito perseguido con esta actuación fue el de ayudar a quienes prometieron el pago de las gratificaciones soslayando el bien común, pese a que para su consecución se violaron requisitos legales sustanciales de la contratación pública, el delito tipificado es el de interés indebido en la celebración de contratos y no el de

⁵³Corte Suprema de Justicia, radicados No 26261 y 30411 del 4 de febrero y el 16 de septiembre de 2009.

contrato sin cumplimiento de requisitos legales atribuido inicialmente al Senador MORENO ROJAS, pues el concurso aparente de delitos presentado, como ya se anunció, se resuelve en el primero de ellos....”

3. El concepto de interés indebido a partir de casos de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia

3.1. Los casos y las consideraciones de la Corte Suprema

3.1.1. Caso de la Gerente del Fondo de Vivienda de Armenia.

Hechos

En el proceso radicado 25989 de 2009 la Corte se pronunció sobre la conducta de la Gerente del Fondo de Vivienda de Interés Social de Armenia, que celebró diversos contratos con una persona, en virtud del cual éste le daba en arrendamiento durante breve tiempo y consecutivamente un automotor. La investigación estableció que en realidad el automotor era de propiedad de una amiga de la funcionaria y que como acto precontractual sólo existía una invitación hecha a la interpuesta persona.

Al resolver sobre el asunto la Corte Suprema, expresó:

“.....El injusto descrito participa de sujeto activo calificado al exhortar que solo puede vulnerar la norma una persona posesionada en un cargo como servidora pública, quien tendrá como ejercicio teleológico resguardar la contratación que realice en representación del Estado, garantizando el cumplimiento de los principios de transparencia, economía, selección objetiva, planeación, responsabilidad, entre otros, edificantes del reproche penal, si se actúa con parcialidad...”

“...Luego, el interés indebido lo patentizó la funcionaria en beneficio de una tercera persona (su amiga Ángela María) quien por interpuesta persona (William) le asignó en forma directa nueve (9) contratos de arrendamiento del vehículo, amparada en un concepto presentado por la oficina jurídica del ente descentralizado Beatriz Adriana López y, el que de paso, fue signado por la aludida abogada el 10 de septiembre de 2003, es decir, cuando ya se habían celebrado todos los contratos –el último inició el día 2 de ese mismo mes y año-, es decir, la asesoría jurídica se realizó en un estadio post y no pre-contractual, violentándose los postulados que sustentan la contratación administrativa denominados selección objetiva y transparencia, evidenciándose de contera la conducta típica, antijurídica y culpable reprochada a título de dolo por las instancias contra la citada servidora pública.....”

“....Yuri Orjuela Pinilla acordó con su amiga las condiciones, el objeto y la forma de ejecutarse el convenio, sin invitar a ninguna otra persona para la ejecución del mismo (dolo), con ello la favoreció, mostrando un interés indebido en la celebración de los 9 contratos, en provecho de un tercero, puesto que con esa conducta, además, vulneró los axiomas traídos a colación (transparencia, economía, selección objetiva), por ser aplicables al caso cuando se suscribieron los contratos. (Lo cual se equipara a la antijuridicidad material).....”

“.....El fraccionamiento que se hizo de los mencionados contratos deja entrever la falta de rectitud, de equidad, de neutralidad, de arbitrariedad y el exclusivismo, pues si su interés no hubiera sido el favorecer a su amiga, cuando se terminó el primer contrato, había invitado a otras personas para que cotizaran, pero en lugar de ello, cada vez que finalizaba un contrato simplemente le enviaba un oficio al señor VALENCIA GUTIERREZ (sic) comunicándole la adjudicación, por lo cual de ninguna manera puede considerarse, como lo manifiesta el abogado de la defensa que halla (sic)

actuado dentro del marco legal, sino por el contrario que desconoció su deber de imparcialidad y transparencia al contratar en forma como lo hizo”.

“...El punible se consuma cuando el servidor público desatiende los axiomas que le dan vida y fundamento a la contratación estatal, puesto que esa es, justamente, la función asignada por el legislador a la conducta realizada, por ejemplo, uno de los principios contractuales más connotados es el de selección objetiva: la simple confrontación, contrariedad o desacuerdo entre el acto del agente y el contenido del mismo, genera en forma instantánea, la correspondiente responsabilidad penal; sin que sea presupuesto indispensable, el usufructo directo o indirecto del evento ilícito...”

“...Dicho en otras palabras, ese interés al que se refiere el tipo penal es aquél personal o ajeno, que nada tiene que ver con los fines de la contratación estatal, que no son otros, como ya se dijo, que el cumplimiento de los fines del Estado, fundados éstos en el interés general y no particular.....”

Valoración personal sobre el concepto de interés indebido en el caso concreto:

Como se observa aquí el interés indebido se deduce y se concreta en la manifiesta inclinación de la Gerente del Fondo de Vivienda de Armenia por favorecer a su amiga, lo cual patentiza la falta de objetividad y transparencia en la contratación. Es decir, acá el *indebido* interés consiste en organizar la contratación para favorecer a una persona en particular. La funcionaria desconoció que los fines de la facultad para la que estaba investida era la de satisfacer el interés general y la ejerció en beneficio del interés particular.

3.1.2. Caso Iván Moreno Rojas

Hechos

En el proceso 34382 de 2011, se investigó la conducta del exsenador NESTOR IVAN MORENO ROJAS, por lo que se ha dado en llamar el “carrusel de la contratación”. La imputación consistió en:

1. El arreglo al que habrían llegado en el segundo semestre de 2008, MIGUEL NULE VELILLA en representación del Grupo por él liderado y ÁLVARO DÁVILA PEÑA a nombre de los hermanos NESTOR IVÁN y SAMUEL MORENO ROJAS y del Contralor Distrital MIGUEL ÁNGEL MORALESRUSSI, de cancelar los primeros a los segundos el 8% del valor de cada uno de los contratos de obra del IDU números: 071 y 072 de 2008 relativos a la rehabilitación de la malla vial de Bogotá, de resultar adjudicatarias las Uniones Temporales conformadas parcialmente con empresas del Grupo NULE a ese propósito, GTM y Vías de Bogotá 2009; el 6% destinado a los hermanos MORENO ROJAS (SAMUEL e IVÁN) y el 2% para el hoy ex Contralor Distrital MORALESRUSSI.

Para obtener ese propósito se habrían amañado los procesos licitatorios en el IDU, entre otros, por la Directora de ese entonces LILIANA PARDO GAONA y el Director Técnico Legal INOCENCIO MELÉNDEZ JULIO, y los particulares JULIO GÓMEZ, EMILIO TAPIA ALDANA, MANUEL PASTRANA SAGRE, MAURICIO GALOFRE, DIANA GALINDO y ALVARO DÁVILA PEÑA, desde los pliegos de condiciones hasta la evaluación de las propuestas y la escogencia de los contratistas.

2. La exigencia hecha por el Senador IVÁN MORENO ROJAS a MIGUEL NULE VELILLA, de entregarle las dos zonas aledañas a las áreas de los Centros de Control de Operaciones “CCO” de la Concesión Bogotá Girardot, a fin de instalar su esposa LUCY DE MORENO igual cantidad de estaciones de suministro de

combustible, abusando de su cargo y de la condición de hermano del Alcalde Mayor de Bogotá, con la coacción de que si no accedía se dañarían las relaciones entre el grupo empresarial y el Distrito Capital, según reuniones realizadas en Miami, una en la oficina del abogado ÁLVARO DÁVILA y dos en la casa paterna del aforado, en el Barrio Teusaquillo de Bogotá, entre julio de 2008 y abril de 2009.

Algunas de las consideraciones de la Corte al resolver el caso fueron las siguientes:

“...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....”

(...)

“...Si la adjudicación recayó en quienes prometieron el pago de las gratificaciones, es obvio concluir que ese acto fue el producto del cumplimiento del compromiso adquirido con la aceptación de la promesa remuneratoria, y la cooperación de funcionarios del IDU encargados de la evaluación y adjudicación de los contratos, transgrediendo necesariamente los controles instituidos por la ley para proteger los principios de imparcialidad, transparencia y selección objetiva de la contratación estatal, de otra manera no había sido posible cumplir el acuerdo...”

“...La participación de quienes ulteriormente fueron escogidos como contratistas en la elaboración de los pliegos de condiciones, vulnera los principios de imparcialidad, transparencia y selección objetiva, por quebrantar la previsión del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, subrogado por el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, de incluir en los pliegos de condiciones reglas objetivas justas y claras, con el fin de asegurar una escogencia imparcial.”

“Con la adjudicación amañada de los contratos se quebrantaron los principios de selección objetiva, transparencia, imparcialidad e igualdad por obedecer a factores subjetivos, el deseo de ayudar a los contratistas. Con ese fin no se escogió la propuesta más favorable para la entidad de conformidad con lo dispuesto por el numeral 2 del artículo 29 de la Ley 80 de 1993, subrogado por el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 y el canon 12 del Decreto 2474 de 2007.”

“...Protege el cumplimiento recto y probo de las funciones del Estado, en particular lo atinente a la contratación pública, en cuya observancia los servidores públicos están obligados a respetar los principios de moralidad, transparencia, objetividad e igualdad, al margen de la influencia de intereses individuales y de la corrupción. Además, de conservar indemne la buena imagen, confianza y decoro de la administración ante la colectividad...”

“La norma no tutela el patrimonio público, ni la adecuada prestación del servicio contratado o cualquier otro interés distinto a la nitidez de la actividad contractual. Busca que la confianza colectiva no sea conmovida por el comportamiento del servidor público interviniente en ella.”

Valoración personal sobre el concepto de interés indebido en el caso concreto:

Acá de nuevo el elemento común que aparece para concretar lo *indebido* del interés es que toda la contratación, en este caso los pliegos de condiciones, se hacen a la medida de unos determinados contratistas y con ello se logra la adjudicación de los contratos para quienes habían ofrecido “coimas” a favor de NESTOR IVÁN y SAMUEL MORENO ROJAS y del Contralor Distrital MIGUEL ÁNGEL MORALESRUSSI.

Con el objeto de dar cumplimiento al convenio ilícito, funcionarios del IDU con otros de los partícipes manipularon los pliegos de condiciones, y la habilitación y exclusión de propuestas en el proceso de evaluación para beneficiarlos, prefiriendo el interés individual de terceras personas al público que debía buscar en desempeño de esa atribución, quebrantando los principios de la contratación pública.

Con la adjudicación amañada de los contratos se quebrantaron los principios de selección objetiva, transparencia, imparcialidad e igualdad por obedecer a factores subjetivos, el deseo de ayudar a los contratistas.

Pese a que el senador MORENO ROJAS, no cumplía con las calidades exigidas por el tipo penal, su responsabilidad se le deduce a título de interviniente como quiera que se comprometió con GUIDO NULE a adjudicar los contratos a cambio de las gratificaciones, desempeñando un papel de liderazgo, controló el proceso licitatorio y obtuvo los resultados prometidos. Dominó el proceso de licitación actuando como coautor, según el criterio de la Corte Suprema.⁵⁴

⁵⁴ No obstante téngase en cuenta que el concepto de interviniente en criterio de algún sector de la doctrina colombiana se refiere solo a los partícipes, esto es al determinador y al cómplice. No obstante esta discusión apenas se deja enunciada pues excede los propósitos de este trabajo. Véase al respecto, Miguel Córdoba Angulo, “La figura del interviniente en el código penal colombiano” en: *Derecho penal y Criminología*, vol. 25, fasc. 75, Bogotá, Universidad Externado de Colombia. 2004, pp-71-96.

3.1.3. Caso Alcalde de Pueblo Bello-Cesar

Hechos

En el radicado 34202 de 2010, la Corte juzgó la conducta del Alcalde de Pueblo Bello-Cesar, quien el 17 de junio de 2002, suscribió el contrato de obra pública N° 042, con Jeiner Quintana Ardila (quien solo contaba con 18 años de edad), por valor de \$9.152.000.00, cuyo objeto era la construcción de una alcantarilla en la Vereda *Costa Rica* de esa localidad, denotando las fases del convenio el ánimo de favorecer al contratista, porque se celebró el mismo día en que se había desfijado el aviso al público, no medió la previa resolución de adjudicación, ni la póliza de garantía, constituida y aprobada con posterioridad, en tanto que el certificado de disponibilidad presupuestal N° 302 del 17 de junio de 2002 por el valor del contrato y firmado por la Tesorera, ya aparecía a nombre de Quintana Ardila. Se constató la existencia de otro certificado de disponibilidad presupuestal con el mismo número (302) pero fechado 3 de junio de 2002 por la suma de \$9.600.000.00, sin que en él se especificara el beneficiario, haciendo aparentar así que había sido expedido previamente a la suscripción del convenio.

Al resolver el caso, la Corte Suprema dijo:

“...judicialmente se constató el sesgo por parte del Alcalde en la adjudicación contractual administrativa para favorecer a Jeiner Quintana Ardila, quien solo contaba con 18 años de edad y no se sabía de su experiencia en la construcción de obras civiles y específicamente en la realización de una alcantarilla.”

“La modalidad comportamental de interés indebido en la celebración de contratos, protege el bien jurídico de la administración pública al querer preservar los postulados que orientan tanto la función administrativa (la cual al tenor de lo normado en el artículo 209 del texto superior, ha de estar al

servicio de los intereses generales y desarrollarse con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad), como la contratación estatal (a fin de que sus varias fases de celebración, ejecución y liquidación se surtan además con transparencia, responsabilidad, igualdad de oportunidades y selección objetiva).”

“La lesión o el perjuicio a los intereses de tutela se concreta cuando el servidor público en vez de acatar los principios de la contratación estatal, actúa parcializado o carente de objetividad con el fin de favorecer a un contratista.”

“Bajo esta perspectiva, la escogencia arbitraria del contratista se evidenció también cuando el Alcalde firmó el contrato sin haberlo adjudicado, sin atender otras ofertas, ni verificar las garantías constituidas para su cumplimiento, pues la póliza sólo fue otorgada el 8 de julio de 2002 y aprobada el 10 siguiente....”

“Ese afán por celebrar el contrato también encontró demostración en su firma justo el último día en que debía durar el aviso público de invitación a contratar, sin que tenga alguna importancia que se haya cumplido con el término legal de su fijación, porque se ha de entender que por regla general una vez surtido tal lapso y permitido allegar todas las propuestas, de manera objetiva la administración entra a valorar cada una de ellas para optar por la que más favorezca a sus intereses, actividad que no ocurrió en este caso.”

Valoración personal sobre el concepto de interés indebido en el caso concreto:

En este evento lo *indebido* del interés se plasma en la inusual celeridad que se le imprimió a la contratación, se celebró el mismo día en que se desfijó el aviso público, no medio resolución de adjudicación, ni la póliza de garantía que fue otorgada con posterioridad, el certificado de disponibilidad presupuestal aparecía a nombre del contratista, la adjudicación a una persona que no acreditaba la experiencia en la obra requerida, en fin, en este caso surge claro que el interés se hace palpable, manifiesto en actos que tienden a favorecer a una persona determinada. El servidor público desconoció los principios de la contratación estatal y actuó parcializado, carente de objetividad para favorecer al contratista.

3.1.4. Caso de exgobernador del Putumayo

Hechos

En el radicado 32320 de 2010, la Corte juzgó la conducta de un exgobernador de Putumayo que entera a su interlocutor de la gestión realizada por el abogado externo y consultor de la Administración Central del Departamento del Putumayo, ante el asesor jurídico de la Industria Licorera de Caldas, en relación con el “convenio” celebrado entre dicha empresa y el citado Departamento con el objeto de introducir los licores por ella producidos en el territorio del citado ente, y le pide que le suba “*un puntico*” —participación correspondiente a \$1.000 por cada caja de licor— con destino al nombrado letrado, mientras que, añade, “...*yo sigo con los mismos cinco...*”, contribución que solicita se prolongue hasta que él termine el período constitucional.

El 16 de noviembre de 2005 se suscribió un “convenio interadministrativo” entre los departamentos de Caldas y Putumayo, modificando el que acaba de terminar

en cuanto al objeto, pues del intercambio de licores producidos por cada una de las industrias de dichos entes territoriales, se pasó a la introducción de los fabricados por la Industria Licorera de Caldas en el Putumayo; y en cuanto al término de duración que se fijó en cuatro años contados a partir de la suscripción. Se mantuvo sí la cláusula consistente en que la Industria Licorera de Caldas adelantara el proceso para seleccionar el contratista que se encargara de vender sus productos en el departamento del Putumayo, con quien celebrara el respectivo negocio. Como resultado del trámite oficial inherente a esta clase de actividades, Jaime Osorio Ríos suscribió el contrato de compraventa N° 092-2006 con la Industria Licorera de Caldas, el 28 de julio de 2006.

En relación con el caso la Corte sentenció:

“En criterio de la Sala, el material antes relacionado indica que para que un particular pudiera distribuir dos de los productos de la Industria Licorera de Caldas en el territorio putumayense, era necesario un convenio interadministrativo entre los Departamentos del Putumayo y de Caldas.

También demuestra que después de haber pactado el ex—Gobernador Palacios Palacio las prórrogas del citado convenio interadministrativo, aduciendo la necesidad de introducirle “...*las modificaciones pertinentes y de ajustarlo a la legislación vigente...*”, sin contar con ningún estudio ni concepto previo, —es decir, con total desconocimiento del principio de planeación que orienta la actividad contractual estatal—, conforme se logró establecer a través del informe del CTI de Bogotá, N° 351447 del 6 de julio de 2007, transcurridos tan sólo tres días después del vencimiento de la última prórroga, decidió firmar un nuevo convenio el 16 de noviembre de 2005, modificando el objeto —de intercambio de los licores producidos por las respectivas industrias oficiales a la introducción de los licores fabricados por la Industria Licorera de Caldas en el territorio del Putumayo— y ampliando a cuatro años el término de duración, cuando originalmente se había convenido un término de dos años máximo, determinaciones éstas

que ponen de manifiesto el desobedecimiento también del principio de eficiencia por parte del gobernador aquí procesado.

(...)

El interés del procesado en el referido convenio lo revela el hecho de que no obstante no tener la Gobernación del Putumayo que cumplir ninguna actividad oficial ante la Industria Licorera de Caldas, en la indagatoria aceptó haberse reunido con el Gerente de la Industria Licorera de Caldas, Manuel Alberto Soto Salazar, en Bogotá y en Manizales para conversar sobre el convenio; y que Hermes Libardo Hernández Burbano, —quien fue asesor jurídico externo de la Gobernación del Putumayo, durante los años 2005 y 2006, mediante contrato celebrado por Palacios—, hubiera realizado visitas al área jurídica de dicha empresa entre el 12 de octubre y el 2 de diciembre de 2005, según consta en el informe N° 033 rendido por el CTI de Manizales del 24 de marzo de 2009.

Demostrado en debida forma el acto de desvío de poder del EX—GOBERNADOR PALACIOS PALACIO en el desarrollo de la actividad concerniente al convenio interadministrativo en referencia, con claro desbordamiento del interés general, en contravía de los fines que inspiran la contratación estatal y transgrediendo los principios que la orientan, de imperioso cumplimiento de acuerdo a la Constitución Política y a la ley, obliga concluir la subsunción del comportamiento investigado en el tipo de interés indebido en la celebración de contratos...”

Valoración personal sobre el concepto de interés indebido en el caso concreto:

El interés *indebido* en este caso es a favor del propio funcionario y a la vez de un tercero quienes se benefician del hecho de que se prorrogue el Convenio Interadministrativo entre las dos entidades estatales -Industria Licorera de Caldas y el Departamento del Putumayo-. Para favorecerse a sí mismo y a un tercero, en

detrimento del interés general, es que el Gobernador prorroga de manera sucesiva el citado Convenio Interadministrativo y además en la última ocasión modifica el objeto.

Lo particular de este caso consiste en que podría ser uno de aquellos, aunque no queda claro en los hechos de la sentencia, en el que sin haber detrimento del patrimonio estatal, incluso a lo mejor, el convenio interadministrativo y sus prórrogas y la modificación de su objeto pudo reportar beneficios para ambas entidades estatales, el *interés* indebido se exterioriza y con ello se consuma el delito.

4. Los delitos de interés indebido en la celebración de contratos y contrato sin cumplimiento de requisitos legales

Al analizar la posible tipificación del delito de interés indebido en la celebración de contratos, podría decirse que cuando se desconoce un principio de la contratación a la par se vulnera una regla de la contratación, asunto que para nosotros no es del todo claro, a lo que se suma que no toda vulneración de una regla de contratación tipifica el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales esenciales. Así, es posible que la violación de una regla de contratación sea el medio para realizar el interés indebido y quizás ello puede ocurrir en la mayoría de los casos.

No obstante, habrá casos en los que sin violar una norma de contratación, o por lo menos sin violar un *requisito esencial* del contrato, que es el supuesto en el que se tipifica el delito de celebración de contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales *esenciales*, pueda materializarse un interés indebido. Por ejemplo, un Pliego de Condiciones en el que se consagra un requisito tan específico que solo un proponente puede cumplirlo, no necesariamente tipificará un delito de celebración de contrato sin el cumplimiento de requisitos legales esenciales, sin embargo, si el requisito se introdujo en el pliego para favorecer a ese proponente, allí se estaría materializando el interés indebido.

En el delito de interés indebido se sanciona el desvío de poder con que actúa el servidor público, que lo lleva a abandonar los fines de la contratación que es la satisfacción del interés general, haciendo primar el interés particular y en el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, se sanciona el desconocimiento de la legalidad contractual

Al calificar el mérito de la instrucción en el radicado 34282 de 2011 seguido contra el ex senador Iván Moreno Rojas, la Sala 3 de Instrucción de la Corte Suprema de Justicia, sentó criterio para diferenciar los punibles y solucionar los casos de conflictos aparentes entre los mismos:

“ ..2.2.1. No obstante que en la medida de aseguramiento se imputó al aforado el concurso homogéneo de contratos sin cumplimiento de requisitos legales con ocasión de la adjudicación de los contratos 071 y 072 de 2008, desarrollada la investigación y practicadas múltiples pruebas, entre ellas, el arribo de la documentación correspondiente a la etapa precontractual de los contratos, y la recepción de los testimonios de los funcionarios del IDU que intervinieron en el proceso de evaluación y adjudicación; 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.

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.

Pero si la intención no es esa y se infringen las disposiciones de la contratación estatal, es el contrato sin cumplimiento de los requisitos legales el tipificado. Es factible la concurrencia de los dos delitos, cuando el previsto en el artículo 410 del Código Penal no constituya el medio para descarriar esa función.

En suma, el punible se configura cuando el servidor público desborda el marco de la ley que lo obliga a buscar el interés general en el proceso de

formación, celebración, ejecución o terminación del contrato, dentro del cual deba intervenir en razón de su cargo o de sus atribuciones; y actúa estimulado por motivos distintos, en provecho propio o de un tercero...”

5. Conclusiones generales

-El interés indebido se predica de todas las fases previas y concomitantes a la celebración del contrato y de aquellas fases posteriores que implican ejecución del mismo y que se realizan por medio de las operaciones administrativas, a través de las cuales se persigue ejecutar la voluntad de la Administración plasmada en el contrato en busca de su efectivo cumplimiento y la satisfacción del interés general.

- El interés está referido a cualquier clase de contrato u operación administrativa realizada por una entidad pública y no sólo a lo que la doctrina ha denominado contrato administrativo, como que a partir de la Ley 80 de 1993, la expresión contrato administrativo ha sido reemplazada por la de contrato estatal.

- El interés indebido no es necesariamente económico, pues lo que se sanciona es la actuación desviada del servidor público que no busca la satisfacción de los intereses generales, sino sus particulares intereses o de terceros.

- El bien jurídico específico protegido es el correcto ejercicio de la función pública en el campo de la contratación, función que los servidores públicos han de ejercitar conforme al interés general, con imparcialidad y objetividad

- En el punible se presenta un desvío de poder, el funcionario abandona los senderos tendientes a la consolidación de los propósitos generales que persigue el contrato u operación relacionada con éste y resuelve obtener de manera individual, para sí o para otra persona, sea tercero o contratista, un provecho que va en contra del interés general.

- La norma no es una manifestación del derecho penal de autor, el delito se consuma cuando el servidor público desborda el marco preciso que le está fijado por el ordenamiento jurídico que lo obliga a perseguir exclusivamente el interés general en el proceso de formación, celebración, ejecución o terminación del contrato en que tenga que intervenir en razón de su cargo o sus funciones, y actúa movido por un interés diferente, necesariamente indebido, en provecho propio o de un tercero y exterioriza ese interés en la forma como a manera de ejemplo, se ha señalado en los cuatro casos de la jurisprudencia reseñados en el acápite anterior.

Bibliografía

Calle Calderón Armando Luis/Sotomayor Acosta Juan Oberto, “El delito de interés ilícito en la celebración de contratos”, en Revista Estudios de Derecho, Núm. 128, Medellín, Universidad de Antioquia, 1997.

Castro Carlos G. (coordinador), Manual de derecho Penal, Parte especial, Tomo II, Bogotá D.C., Universidad del Rosario-Temis, 2011.

Córdoba Angulo, Miguel, “La figura del interviniente en el código penal colombiano” en *Derecho penal y Criminología*, vol. 25, fasc. 75, Bogotá, Universidad Externado de Colombia. 2004.

Corredor Beltrán Diego, “Celebración Indevida de Contratos”, en *Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

Ferrajoli Luigi, Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal, Madrid, Trotta, 2da Edición, 1992.

Ferreira Delgado Francisco José, Derecho Penal Especial, Tomo II, Bogotá, Temis, 2006.

Gómez Méndez Alfonso / Gómez Pavajeau Carlos Arturo, *Delitos contra la administración pública*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008.

Higuita Rivera Lina María, La Responsabilidad Penal del Servidor Público, Medellín, Biblioteca Jurídica DIKE, 2001.

Molina Arrubla Carlos Mario, Delitos Contra la Administración Pública. Leyer, 2005.

Olaizola Nogales Inés, *El delito de cohecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

Pacheco Osorio Pedro, *Derecho Penal Especial*, TI, Bogotá, ed. Temis. 1959.

Peña Ossa Erleans de Jesús, *Delitos Contra la Administración Pública*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005.

Pérez Luis Carlos, *Tratado de Derecho Penal*, T. III, Bogotá, Ed. Temis, 1978.

Santofimio Gamboa Jaime Orlando, *Delitos de celebración indebida de contratos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.

AUTOS Y SENTENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA PENAL

Auto 21678 de mayo 2 de 2005, M.P. Mauro Solarte Portilla

Sentencia C-128 de febrero 18 de 2003, M.P. Alvaro Tafur Galvis

Sentencia 34908 de julio 21 de 2011, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez

Sentencia 16312 de diciembre 11 de 2000, M.P. Fernando Arboleda Ripoll

Sentencia 16776 de diciembre 19 de 2000, M.P. Jorge E. Córdoba Poveda

Sentencia 17283 de marzo 19 de 2002, M.P. Edgar Lombana Trujillo

Sentencia 16160 de abril 24 de 2003, M.P. Jorge Luis Quintero Milanés

Sentencia 17089 de septiembre 23 de 2003, M.P. Edgar Lombana Trujillo

Sentencia 18056 de septiembre 10 de 2003, M.P. Marco Solarte Portilla

Sentencia 19379 de febrero 16 de 2005, M.P. Rosario Pulido Barón

Sentencia 19845 de octubre 18 de 2005, M.P. Yesid Ramírez Bastidas

Sentencia 20991 de octubre 26 de 2006, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca

Sentencia 24708 de marzo 7 de 2006, M.P. Mauro Solarte Portilla

Sentencia 24978 de octubre 5 de 2006, M.P. Jorge Luis Quintero Milanés

Sentencia 24329 de julio 18 de 2007, M.P. Mauro Solarte Portilla

Sentencia 26601 de mayo 14 de 2007, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez

Sentencia 26693 de julio 25 de 2007, M.P. Javier Zapata Ortiz
Sentencia 26848 de abril 25 de 2007, M.P. Marco Solarte Portilla
Sentencia 27409 de septiembre 13 de 2007, M.P. Yesid Ramírez Bastidas
Sentencia 25933 de octubre 27 de 2008, M.P. Javier Zapata Ortiz
Sentencia 26890 de julio 15 de 2008, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez
Sentencia 27339 de junio 17 de 2009, M.P. María del Rosario González de Lemus
Sentencia 29614 de octubre 28 de 2009, M.P. Yesid Ramírez Bastidas
Sentencia 34056 de septiembre 8 de 2010, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez
Sentencia 34908 de julio 21 de 2011, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez
Sentencia 30682 de octubre 19 de 2011, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca