



Colección Anuario Derecho Penal

---

# CORRUPCIÓN, CRIMEN ORGANIZADO, LAVADO DE ACTIVOS, FINANCIAMIENTO DE TERRORISMO Y COMPLIANCE

---

HOMENAJE AL PROFESOR FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ

---

JOSÉ HURTADO POZO  
EDITOR

THIERRY GODEL  
COLABORADOR

## AUTORES

Copia del original a solicitud del autor

URSULA CASSANI	LETIZIA PAOLI
BERTRAND PERRIN	THOMAS SCHRÖDER
PHILIPPE LIGER-BELAIR	RENATO VARGAS LOZANO
ELISA SCAROINA	ALESSANDRO LUPPI
JÜRGEN WESSING	JOSÉ HURTADO POZO
MERCEDES HERRERA GUERRERO	FIDEL MENDOZA LLAMACPONCCA
PEDRO PABLO CAIRAMPOMA BARRÓS	DIANA CAROLINA AGUDELO MANCERA



# La corrupción en la contratación estatal y la respuesta penal

RENATO VARGAS LOZANO

DIANA CAROLINA AGUDELO MANCERA

**SUMARIO:** 1. Introducción.— 2. El endurecimiento del régimen de intervención penal en materia de contratación estatal.— 3. Un bien jurídico funcional, pero altamente moralizado.— 4. La ampliación del ámbito de los tipos penales: algunas cuestiones problemáticas.— 4.1. La responsabilidad de los contratistas: particulares sometidos al régimen penal de los servidores públicos.— 4.2. La sanción —penal— de un "interés indebido" al amparo del art. 409 CP-CO.— 4.3. Los contratos y sus requisitos esenciales.— 5. Conclusiones.

## RESUMEN

### ESPAÑOL

A la mayor importancia actual de la contratación estatal, se suma el aumento de las irregularidades de todo tipo en dicho ámbito, al punto de convertirse en un foco de corrupción. Por esto, la regulación sobre la materia se ha endurecido e intensificado y, en ese contexto, el derecho penal juega un papel relevante. Sin embargo, aunque los delitos respectivos gozan de cierta autonomía, tales normas suscitan diversas inquietudes teóricas y plantean significativas dificultades interpretativas: por ejemplo, la concreción del bien jurídico, la infracción de los principios que rigen la función pública y la contratación estatal —en especial, la moral administrativa— como fundamento de la tipicidad y de la antijuridicidad, la determinación del sujeto activo y la responsabilidad penal de los contratistas, la proliferación de elementos normativos o la remisión a normas extrapenales.

### FRANCÉS

Outre l'importance accrue que revêt actuellement la passation de marchés publics, on constate une augmentation des irrégularités de toutes sortes dans ce domaine, au point de devenir une source de corruption. Pour cette raison, la réglementation en la matière a été durcie et intensifiée et, dans ce contexte, le droit pénal joue un rôle important. Toutefois, bien que les infractions pénales respectives jouissent d'un certain degré d'autonomie, cette réglementation soulève diverses soucis théoriques et posent d'importantes difficultés d'interprétation : par exemple, la détermination du bien juridique, la violation des principes régissant le service public et les contrats d'État —en particulier la morale administrative— comme base de la typicité et de l'illégalité, la détermination du sujet actif et la responsabilité pénale des contractants, la prolifération d'éléments normatifs ou la référence aux normes extra-criminelles.

### INGLÉS

In addition to the increasing importance of public procurement, there is an increase in irregularities of all kinds in this area, to the point of becoming a source of corruption. For this reason, the regulations in this area have been tightened and intensified and, in this context, criminal law plays an important role. However, although the respective criminal offences enjoy a certain degree of autonomy, this regulation raises various theoretical concerns and raises important difficulties of interpretation: for example, the determination of the legal good, the violation of the principles governing public service and State contracts—in particular administrative morality—as the basis for typicity and illegality, the determination of the active subject and the criminal liability of contractors, the proliferation of normative elements or the reference to extra-criminal standards.

## 1. INTRODUCCIÓN

A partir de la última década del siglo xx, la comunidad internacional ha mostrado un interés especial en el fenómeno de la “corrupción” y en la manera de combatirla; como consecuencia de ello, se han producido varias normas de alcance mundial y regional, cuyo efecto inmediato ha sido el de uniformar un importante sector de los derechos nacionales. En el plano internacional, sobresale la Convención de la OCDE para combatir el soborno de servidores públicos extranjeros en el marco de las transacciones comerciales a escala internacional, y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción; a su vez, en el continente americano, se destacan el Programa Interamericano para Combatir la Corrupción y la Convención Interamericana contra la Corrupción.

Además de visibilizar los problemas asociados a la corrupción y de concienciar sobre la necesidad de combatirla, uno de los avances importantes en esta materia ha sido destacar el papel de los particulares en el escenario examinado, pues, además, del cohecho activo, entran en escena el “soborno transnacional”, la “colusión en la contratación pública” y la “corrupción privada”. El asunto deja de entenderse, entonces, como un hecho propio del ámbito público y exclusivo de los funcionarios estatales.

Más allá del valor teórico o académico de las reflexiones propuestas en precedencia, lo importante es que el problema examinado es real: de acuerdo con el último Índice de Percepción de la Corrupción publicado por Transparencia Internacional, Colombia bajó de 37 a 36 puntos sobre

100 y descendió del puesto 96 al 99, entre 180 países<sup>1</sup>. Este resultado, que no es para nada alentador, justifica sobradamente la existencia de las Leyes N.º 412 de 1997 y N.º 970 del 2005, expedidas con ocasión de la incorporación de las Convenciones Interamericanas contra la Corrupción, y de Mérida, respectivamente; así como de la Ley N.º 1474 del 2011 o “Estatuto anticorrupción”.

Sin perjuicio de las evidentes dificultades para definir el concepto mismo de corrupción, lo cual repercute en la posibilidad de analizar, delimitar y sistematizar la materia, conviene tener presente que, en Colombia, algunos delitos emplean ese nombre, pero regulan cuestiones muy diferentes; verbigracia, corrupción de alimentos o medicamentos (art. 372 CP-CO) y la corrupción de sufragante (art. 390 CP-CO). Lo que se puede encontrar en el ordenamiento penal son diversas conductas punibles mediante las cuales se sancionan algunas formas o modalidades —paradigmáticas, si se quiere— de corrupción, por ejemplo, el peculado, la concusión, el cohecho, el tráfico de influencias, el soborno transnacional, la corrupción privada, etc.

Dentro de los posibles escenarios de corrupción, interesa centrarse en la contratación “estatal”, “pública” o “administrativa”, pues, aunque no es el único foco de prácticas corruptas, es uno de los de mayor relevancia en la actualidad colombiana, por dos razones: en primer lugar, la importancia de la actividad contractual está fuera de duda, ya que, además de involucrar la gestión de recursos públicos, está dirigida al “cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados” (art. 3.1 de la Ley N.º 80 de 1993).

Adicionalmente, en segundo lugar, la preparación, la celebración, la ejecución y la liquidación de los contratos estatales favorecen las prácticas corruptas, debido a la complejidad de los procedimientos, la cuantía de los

---

1 Transparencia por Colombia: Índice de la percepción de la corrupción 2018, 29 de enero del 2018. Recuperado de <<https://bit.ly/2TcWV1f>>.

contratos y la interacción entre los servidores públicos y los particulares. Un par de datos lo confirman: primero, los empresarios nacionales estiman que el soborno necesario para ganar un contrato alcanza el 16.7 % de su valor<sup>2</sup>, y, segundo, 485 donantes a campañas políticas recibieron contratos públicos por valor de 169 mil millones de pesos, cifra que supera en 39 veces el dinero donado por ellos; en el 65 % de estos contratos se usaron modalidades de selección que favorecen a un solo proponente<sup>3</sup>.

La celebración de contratos innecesarios o en los que se pagan precios superiores por los bienes o los servicios prestados; los procesos amañados para seleccionar a los contratistas; los sobrecostos generados en su ejecución o el pago por obras y servicios no prestados, inconclusos o defectuosos, producen serias e importantes consecuencias políticas —deslegitimación del Estado de derecho y sus instituciones—, sociales —incumplimiento de los fines estatales, negación de los servicios públicos e ineffectividad de los derechos— y económicos —desvío o pérdida de los recursos públicos—.

A la vista de lo señalado, el presente trabajo se ocupa de hacer una revisión crítica de la intervención penal a propósito de la contratación administrativa, teniendo como referente el ordenamiento jurídico penal colombiano. Con todo, es importante advertir que no se trata de realizar un análisis exhaustivo de los delitos correspondientes, en la medida en que ello desborda los límites de este ejercicio académico, sino, más bien, de presentar algunas de sus características fundamentales y examinar ciertos problemas originados en la configuración legislativa de las normas correspondientes, o, bien, en su interpretación judicial.

Por consiguiente, los capítulos subsiguientes se destinan, el primero, al endurecimiento progresivo y sostenido de la intervención penal en

---

2 Transparencia por Colombia: *Quinta encuesta nacional de prácticas contra el soborno en empresas colombianas*, 1 de diciembre del 2017. Recuperado de <<https://bit.ly/2usxLTS>>.

3 Misión de Observación Electoral: *485 donantes a campañas políticas recibieron contratos públicos por valor de 169 mil millones de pesos*, 9 de noviembre del 2018. Recuperado de <<https://bit.ly/2SVhpfU>>.

esta materia, materializada en el aumento de los delitos y de las penas, así como en la restricción de los beneficios procesales y punitivos; el segundo, a la precisión del bien jurídico protegido, cuya moralización propone serias interrogantes, y; el tercero, a evidenciar algunas de las dificultades para legitimar, interpretar y aplicar los tipos penales correspondientes. Al final, se exponen algunas conclusiones.

## 2. EL ENDURECIMIENTO DEL RÉGIMEN DE INTERVENCIÓN PENAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ESTATAL

Atendida la evolución legal en esta materia, puede decirse que estos delitos han adquirido una cierta autonomía, como consecuencia de haberse agrupado en un capítulo independiente dedicado a dicho tópico, dentro del título de los delitos contra la Administración pública. No obstante, el régimen penal de la contratación estatal ha sufrido un endurecimiento significativo, conforme lo demuestran el incremento del número de delitos, el aumento de sus penas y el mayor rigor de las condiciones procesales y penitenciarias.

El Código Penal de 1936, Ley N.º 95 de ese año, no tenía una sección dedicada a los punibles en el ámbito de la contratación, puesto que en aquel entonces los contratos celebrados por el Estado eran pocos y su cuantía no era muy significativa (Gómez y Gómez, 2008, p. 347); sin embargo, sí había dos delitos relacionados con la contratación administrativa, ubicados en el título III, dedicado a los delitos contra la Administración pública, pero en capítulos independientes: de un lado, en el capítulo III, denominado “Del Cohecho”, el art. 163, llamado “cohecho por fraude”<sup>4</sup>. Y, del otro, en el capítulo IV, el art. 168 titulado “negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas”<sup>5</sup>.

---

4 Artículo 163. El funcionario o empleado público, que al intervenir por razón de su cargo en la celebración de algún contrato o licitación pública, en la liquidación de efectos o haberes públicos, o en el suministro de los mismos, se concertare con los interesados o especuladores o usare de cualquier maniobra o artificio para obtener determinado resultado, incurre en prisión de uno a ocho años.

5 Artículo 168. El funcionario o empleado público o persona que transitoriamente

La intensificación de la actividad contractual del Estado y el consecuente aumento de las irregularidades con ocasión de la misma, propiciaron la inclusión de un capítulo independiente, dentro del título dedicado a los delitos contra la Administración pública, en el Código Penal de 1980. Así las cosas, el Decreto 100 de 1980 penalizaba, en el capítulo IV, bajo el nombre ‘De la celebración indebida de contratos’, la violación al régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades (art. 144)<sup>6</sup>, el interés ilícito en la celebración de contratos (art. 145)<sup>7</sup> y el contrato sin cumplimiento de requisitos legales (art. 146)<sup>8</sup>.

Durante el mes de agosto del año 1993, se presentaron a consideración del Congreso de la República dos proyectos de ley que, tras su acumulación, terminaron convertidos en la Ley N.º 190 de 1995 o “Estatuto Anticorrupción”, y, por esta vía, fue modificada la legislación penal de la época sobre contratación administrativa.

---

desempeñe funciones públicas, que directa o indirectamente se interese en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo, incurre en la interdicción perpetua de derechos y funciones públicas y en la multa de cien a tres mil pesos. Esta disposición se aplica a los peritos, árbitros o administradores particulares, respecto de los bienes o cosas en cuya tasación, partición o adjudicación hubieren intervenido, y a los tutores, curadores o albaceas respecto de los pertenecientes a los respectivos pupilos o sucesiones.

- 6 Artículo 144. Violación del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades. El empleado oficial que en ejercicio de sus funciones intervenga en la tramitación, aprobación o celebración de un contrato con violación del régimen legal de inhabilidades o incompatibilidades, incurrirá en arresto de uno a cinco años, en multa hasta de cinco millones de pesos e interdicción de derechos y funciones públicas de dos (2) a siete (7) años.
- 7 Artículo 145. Interés ilícito en la celebración de contratos. El empleado oficial 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 seis (6) meses a tres (3) años, en multa de un mil a quinientos mil pesos e interdicción de derechos y funciones públicas de uno (1) a cinco (5) años.
- 8 Artículo 146. Contrato sin cumplimiento de requisitos legales. El empleado oficial que por razón del ejercicio de sus funciones tramite contratos sin observancia de los requisitos legales o que lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos, incurrirá en prisión de seis (6) meses a tres (3) años, multa de un mil a cien mil pesos e interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas de uno (1) a cinco (5) años.

El primero de ellos, el ProyL. N.º 018/93 “Por medio del cual se adopta el estatuto contra la corrupción” (ProyL. N.º 18 de 1993. GCongr. viernes 6 de agosto), tenía por objeto prevenir y defender la pulcritud y la eficacia de la Administración pública, para evitar que las consecuencias negativas de la corrupción impidieran al Estado satisfacer las necesidades básicas de la población, a la vez que señalaba como causa de dicho fenómeno la pasividad del Estado y la tolerancia de los ciudadanos frente a los individuos que se separaban de los patrones morales. Respecto de los delitos contra la Administración pública, advertía sobre la dificultad de establecer responsabilidades en este escenario y la necesidad de revisar permanentemente los procedimientos y la legislación, de manera que pudiera prevenirse la corrupción.

En cuanto al segundo, es decir, el ProyL. N.º 036/93 “Por el cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la Administración pública” (ProyL. N.º 36 de 1993. GCongr. N.º 290 de 26 de agosto), su finalidad era garantizar el cumplimiento de los mandatos constitucionales vinculados a la función administrativa, y, en especial, asegurar la sujeción al principio de moralidad por parte de los servidores públicos y de los particulares. Su régimen penal incluía conductas que atentaban contra la contratación transparente y vulneraban ciertos postulados básicos de la administración, por ejemplo, la adecuada celebración de los acuerdos que el ente público debía concluir con los particulares para satisfacer el interés general; el proyecto aumentaba las penas y sugería mecanismos para aplicar eficazmente la justicia penal.

Ambos proyectos fueron acumulados en el ProyL. N.º 214 de 1994 “Por el cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la Administración pública y se fijan disposiciones con el objeto de erradicar la corrupción administrativa” (ProyL. N.º 214 de 1994. GCongr. N.º 183 de 20 de octubre), el cual, al ocuparse de la contratación estatal, señalado como uno de los escenarios donde se desarrollaba la corrupción, indicó que “se adecúan las nuevas normas que trata la Ley 80 de 1994 (sic) al estatuto, pero esencialmente en lo que al sujeto activo se refiere”

(ProyL. N.º 214 de 1994. GCongr. N.º 183 de 20 de octubre); esto explica que los delitos concretos pasen a un segundo plano y, de hecho, en la ponencia para el segundo debate se omitió cualquier mención a ellos. Como resultado del trámite en el Congreso se aprobó la Ley N.º 190 de 1995 o Estatuto Anticorrupción, que incluía un elenco variado de disposiciones en materia fiscal, disciplinaria y penal.

Tal como lo había hecho antes la Ley N.º 80 de 1993 o Estatuto General de la Contratación Administrativa (art. 57)<sup>9</sup>, la Ley N.º 190 de 1995 o Estatuto Anticorrupción (art. 32)<sup>10</sup>, modificó las penas de los delitos relativos a la contratación pública previstos en el CP-CO de 1980. Lo destacable de este hecho es que, mientras la Ley N.º 80 de 1993 aumentó la multa, la Ley N.º 90 de 1995 la disminuyó significativamente; en consecuencia, la sanción para los tres delitos se estandarizó en una pena privativa de la libertad de 4 a 12 años y multa de 10 a 50 salario mínimo mensual legal.

La siguiente modificación al régimen penal de la contratación administrativa tuvo lugar con motivo de la expedición del Código Penal actual, la Ley N.º 599 del 2000. Esta regulación presenta diferencias relevantes respecto de las normas anteriores, así, a la violación al régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades, se adicionó la violación del régimen constitucional<sup>11</sup>; el interés “ilícito” en la celebración de

9 Artículo 57. De la infracción de las normas de contratación. El servidor público que realice alguna de las conductas tipificadas en los artículos 144, 145 y 146 del Código Penal, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años y en multa de veinte (20) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales.

10 Artículo 32. Para los delitos contra la Administración pública no contemplados en esta ley que tengan penas de multa, esta será siempre entre diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes de acuerdo con la dosificación que haga el juez.

11 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 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.

contratos pasó a denominarse interés “indebido”<sup>12</sup>, y en el contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales, se prescindió del ingrediente subjetivo “con el propósito de obtener un provecho ilícito para sí, para el contratista o para un tercero”<sup>13</sup>.

Los textos originales de estos delitos han sido modificados un par de ocasiones: primero, la Ley N.º 890 del 2004 dispuso un aumento de las penas de una tercera parte en el mínimo y de la mitad en el máximo (art. 14); luego, la Ley N.º 1474 del 2011 incluyó, de una parte, una circunstancia de agravación punitiva cuando la conducta fuere cometida por un servidor público que ejerza como funcionario de los organismos de control del Estado (art. 33) y, de otra, el delito de acuerdos restrictivos de la competencia.

La última de las leyes mencionadas, expedida bajo el nombre de “Estatuto Anticorrupción”, se originó en el ProyL. N.º 142 del 2010: “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública” (ProyL. N.º 142 del 2010. GCongr. N.º 607 de 7 de septiembre). El proyecto retomó lo expresado en el Barómetro Mundial de la Corrupción de Transparencia Internacional (2009), donde Colombia ocupaba el poco honroso puesto 74 entre 184 países; de ahí que la reforma tuviera el propósito de ajustar la legislación

Copyright del Instituto Pacífico  
www.intitutopacifico.pe

- 
- 12 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 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.
- 13 Artículo 410. Contrato sin cumplimiento de requisitos legales. El servidor público que por razón del ejercicio de sus funciones tramite contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a doce (12) años.

a las nuevas manifestaciones de la corrupción, la cual se había hecho bastante más sofisticada y difícil de descubrir.

En este orden de ideas, el proyecto pretendía consolidar la política integral del Estado frente a la corrupción y, por cuanto mira con su aspecto penal propiamente dicho, incorporar varias modificaciones a las normas preexistentes, para armonizar la legislación nacional con las convenciones internacionales en punto de la introducción de ‘nuevos’ delitos, así como aumentar las penas, restringir los beneficios procesales e implementar ciertas medidas cautelares. Todo ello, en el marco de una política de ‘cero-tolerancia’, dirigida a reprimir el fenómeno y a cumplir con una finalidad preventivo general.

Respecto de la contratación estatal, el proyecto incluyó, a tono con lo dispuesto en la Convención de Mérida<sup>14</sup>, un capítulo dedicado a prevenir y a combatir la corrupción en la contratación pública, debido a que, en dicho ámbito, se venían presentando los casos más graves de corrupción pública. Igualmente, aunque no proponía cambios sustanciales en las descripciones típicas, sí sugería incluir un nuevo delito: los acuerdos restrictivos de la competencia.

Con este punto de partida, y tras agotar el trámite legislativo, el 12 de julio del 2011 se sancionó la Ley N.º 1474, “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”, que, como se indicó antes, introdujo una circunstancia de agravación punitiva cuando los delitos fueran cometidos por un servidor público adscrito a uno de los organismos de control del Estado

---

14 Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción del 2003. Aprobada por el Congreso de la República por medio de la Ley N.º 970 del 2005, declarada exequible mediante sentencia C-172 del 2006 y depositado el instrumento de ratificación el 27 de octubre del 2007: Artículo 9. Contratación pública y gestión de la hacienda pública. 1. Cada Estado parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, adoptará las medidas necesarias para establecer sistemas apropiados de contratación pública, basados en la transparencia, la competencia y criterios objetivos de adopción de decisiones, que sean eficaces, entre otras cosas, para prevenir la corrupción.

(art. 33), y creó el delito de acuerdos restrictivos de la competencia (art. 410A)<sup>15</sup>, que se sumó a las tres figuras preexistentes en el capítulo IV del título xv (arts. 408, 409 y 410 CP-CO).

Por su parte, a nivel procesal, el estatuto amplió el tiempo de prescripción de los delitos cometidos por un servidor público en ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas, por los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria o por los agentes retenedores o recaudadores (art. 14); otro tanto hizo con los términos de la investigación (art. 35) o los relativos a las causales de libertad (art. 38), cuando los imputados o los delitos investigados sean tres o más. Asimismo, excluyó la detención domiciliaria en el marco de las medidas de aseguramiento (art. 39).

De otro lado, prohibió expresamente la concesión de beneficios tales como los subrogados penales o los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de libertad, fundamentalmente, la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la libertad condicional; también restringió la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión y, de modo general, proscribió cualquier otro beneficio o subrogado legal, judicial o administrativo (art. 13).

En el punto de las personas jurídicas, dispuso aplicarles las medidas contempladas en el artículo 91 de la Ley N.º 906 del 2004, esto es, la suspensión y la cancelación de la personería jurídica y el cierre temporal o permanente de los establecimientos abiertos al público, cuando “se hayan

---

15 A propósito de este último, no está de más recordar el impulso que le ha dado la OCDE a este tema: “Los estatutos jurídicos administrativo y penal actuales en Colombia, que abordan la actividad de los cárteles en el país, cumplen con este elemento de la Recomendación, puesto que contienen sanciones efectivas para disuadir a empresas e individuos (incluyendo funcionarios de la contratación pública como señalamos en la sección 2) de participar en cárteles y las instituciones y procedimientos establecidos para hacer cumplir la ley contienen facultades idóneas para su investigación” (OCDE: *Combatiendo la colusión en los procesos de contratación pública en Colombia*, Informe del Secretariado sobre el Marco Jurídico y las Prácticas de Contratación Pública en Colombia, 2014).

buscado beneficiar de la comisión de delitos contra la Administración pública, o cualquier conducta punible relacionada con el patrimonio público, realizados por su representante legal o sus administradores, directa o indirectamente”, así como la posibilidad de vincularlas en calidad de terceros civilmente responsables, si participaron de la comisión de esos mismos delitos (art. 34).

Así las cosas, el tenor de las disposiciones actualmente en vigor es, entonces, el siguiente:

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.

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.

Artículo 410. Contrato sin cumplimiento de requisitos legales. 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.

Artículo 410-A. Acuerdos restrictivos de la competencia. El que en un proceso de licitación pública, subasta pública, selección abreviada o concurso se concertare con otro con el fin de alterar ilícitamente el procedimiento contractual, incurrirá en prisión de seis (6) a doce (12) años y multa de doscientos (200) a mil (1,000) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para contratar con entidades estatales por ocho (8) años.

Parágrafo. El que en su condición de delator o clemente mediante resolución en firme obtenga exoneración total de la multa a imponer por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio en una investigación por acuerdo anticompetitivos en un proceso de contratación pública obtendrá los siguientes beneficios: reducción de la pena en una tercera parte, un 40 % de la multa a imponer y una inhabilitación para contratar con entidades estatales por cinco (5) años.

### **3. UN BIEN JURÍDICO FUNCIONAL, PERO ALTAMENTE MORALIZADO**

Los delitos mediante los cuales se sancionan las distintas hipótesis constitutivas de celebración indebida de contratos se encuentran previstas, bajo esa misma denominación, en el capítulo IV del título XV, dedicado a los ‘Delitos contra la Administración pública’. Por ende, en orden a precisar cuál es el bien jurídico tutelado en estos casos, es necesario, en primer lugar, determinar qué se entiende por ‘Administración pública’ en este contexto, y, luego, precisar el papel que le corresponde a la contratación estatal o pública en tal ámbito.

En cuanto a lo primero, debe comenzar por aclararse que el concepto de Administración pública, en tanto bien jurídico tutelado por el ordenamiento penal, debe entenderse, en sentido amplio, como “toda la actividad del Estado”<sup>16</sup>, de modo que dicha expresión incluye a todas y

---

16 Naturalmente, lo señalado permea las distintas ramas del poder, pues la Corte Suprema,

cada una de las distintas ramas que integran los poderes públicos y no solo, como podría pensarse, a la ejecutiva.

Adicionalmente, conviene tener presente que, de acuerdo con la opinión doctrinal (Molina, 2003, p. 18; Gómez/Gómez, 2008, pp. 31 y 32; Pacheco, 1978, p. 125; Pérez, 1997, p. 436) mayoritaria, la Administración pública se refiere a la función —general— que desempeñan los poderes públicos, a través de sus órganos y en todas sus ramas, con el objeto de cumplir los fines estatales, con apego a los principios que rigen la función administrativa, es decir, el interés general, la igualdad, la moralidad, la eficacia, la economía, la celeridad, la imparcialidad y la publicidad (art. 209 Const.). Sobre este tema, la Corte Suprema de Justicia ha indicado que:

Es una organización, una estructura o un andamiaje en movimiento permanente, que cumple sus funciones con base en un orden previamente establecido, disposición que es la observada, percibida y esperada por la comunidad. Cuando esa organización o estructura se resquebraja, se modifica o altera y, por tanto, se torna en disfuncional, las consecuencias las padece el ciudadano, como miembro de un grupo social que, a su vez, es elemento esencial del ente conocido como Estado. (Corte Suprema de Justicia, SCasP, sentencia de 25 de febrero del 2003. Radicado 17871. Magistrado ponente: Álvaro Orlando Pérez Pinzón).

Tal punto de partida vincula el concepto de Administración pública al de “función pública”, pues esta última es “todo lo que atañe al Estado [...] como ejercicio de la autoridad inherente del Estado [...] dirigidas a contribuir al logro oportuno y eficaz de los cometidos a cargo del Estado” (Const., sentencia C-037 del 2003. Magistrado ponente: Álvaro Tafur Galvis). Por consiguiente, el de Administración pública es un

---

en sentencia de 15 mayo del 2008. Radicado 29206. M.P. Yesid Ramírez Bastidas, ha precisado que la Administración pública en un sentido lato comprende “toda la actividad del Estado; en ella quedan cobijadas las tres funciones del Estado: la legislativa, la jurisdiccional y la denominada actividad jurídica que comprende específicamente la actividad puramente administrativa”.

concepto dinámico o funcional, centrado en el ejercicio de la función pública, que, en todo caso, es diferente del estático que está referido a los órganos de la administración considerados en sí mismos (Molina Arrubla, 1999, p. 15).

Si se prescindiera de este aspecto dinámico o funcional, ha señalado la jurisprudencia, sería muy difícil justificar la intervención penal en este ámbito, pues se correría el riesgo de sancionar penalmente la mera desobediencia de la ley o el quebrantamiento de deberes, y lo protegido terminaría siendo la pureza de la Administración pública (Corte Suprema de Justicia, SCasP, sentencia de 18 de mayo de 1999. Radicado 13827. Magistrado ponente: Jorge Aníbal Gómez Gallego).

Con todo, las ideas de corrección, dignidad y rectitud asociadas a la función administrativa sugieren la tutela penal de una cierta “ética administrativa” (Corte Suprema de Justicia, SCasP, sentencia de 8 de junio de 1982), conforme lo ratifica el hecho de que, tratándose de estos delitos, al servidor público se le reprocha haber sido desleal, faltar a sus deberes, alejarse del cumplimiento de sus quehaceres o generar desconfianza en la administración y afectar la imagen de esta última o la moralidad pública (Corte Constitucional, sentencia C-128 del 2003. Magistrado ponente: Álvaro Tafur Galvis).

Al margen de lo anterior, dado que al amparo del bien jurídico comentado se sanciona una variedad significativa de comportamientos, la referencia genérica a un conjunto de funciones abstractas orientadas al cumplimiento de los fines estatales resulta insuficiente. Así lo revelan los pasajes jurisprudenciales donde se lee que la afectación del bien jurídico se produce “cuando su organización, estructura o funcionalidad son distorsionadas o víctimas de otros rumbos” (Corte Suprema de Justicia, SCasP, sentencia de 25 de febrero del 2003. Radicado 17871. Magistrado ponente: Álvaro Orlando Pérez Pinzón).

Por eso, es más que necesario identificar, al hilo de los diferentes delitos que integran el título, los intereses concretos tutelados dentro de

ese concepto amplio, dinámico y funcional de Administración pública. En esa medida, sin perjuicio de las clasificaciones doctrinales correspondientes<sup>17</sup>, lo cierto es que la Corte Suprema de Justicia ha indicado que el bien jurídico examinado presenta distintas dimensiones y que los diferentes delitos atentan contra una o varias de ellas, así:

La distribución de los tipos legales en capítulos, con sus respectivas denominaciones, significa que en cada caso se tutela una dimensión distinta de la Administración pública, pues sería diverso el amparo según se trate del peculado, o la concusión, el cohecho, la celebración indebida de contratos, etc. Y es distinto el ámbito de protección, siempre dentro de la Administración pública, no solo por la variedad existencial de las conductas y los modos de comisión, sino también por los sujetos que en cada caso se ven involucrados. (Corte Suprema de Justicia, SCasP, sentencia de 18 de abril del 2002. Radicado 12658. Magistrado ponente: Jorge Aníbal Gómez Gallego).

En tal virtud, la misma Corte ha señalado que, por ejemplo, en el peculado se afecta el patrimonio del Estado; en la concusión, la legitimidad del ejercicio del poder estatal; en el cohecho, la igualdad en la prestación del servicio público; en la celebración indebida de contratos, la transparencia en la contratación; en el tráfico de influencias, la independencia de los servidores públicos, o, en fin, en el prevaricato, el correcto funcionamiento de la administración (Corte Suprema de Justicia, SCasP, sentencia de 27 de septiembre del 2012. Radicado 37322. Magistrado ponente: Fernando Alberto Castro Caballero).

Lo que viene de ser expuesto justifica, al mismo tiempo que introduce, el segundo de los temas propuestos al inicio de este acápite, esto es, el papel que le corresponde a la contratación estatal, administrativa o pública en dicho contexto. La relación de esta última con la Adminis-

---

17 Por ejemplo, se alude a tres grupos de delitos relevantes, en atención a si lo vulnerado son los bienes, la función pública o la persona del funcionario (cfr. Molina Arrubla, 1999, pp. 15, 18-19).

tración pública, que es intensa, se explica a partir de dos razones fundamentales: la primera, que la contratación estatal conlleva el manejo de recursos públicos (Corte Suprema de Justicia, SCasP, sentencia de 20 de mayo del 2003. Radicado 18754. Magistrado ponente: Carlos Augusto Gálvez Argote), y, la segunda, que es un mecanismo para conseguir los fines del Estado y garantizar “la prestación continua y eficiente de los servicios públicos y la satisfacción de las necesidades colectivas” (art. 3 de la Ley N.º 80 de 1993) (Corte Suprema de Justicia, SCasP, sentencia de 19 de marzo del 2002. Radicado 13085. Magistrado ponente: Jorge E. Córdoba Poveda).

Estos dos argumentos fundamentan sobradamente el interés del legislador en la contratación administrativa y, aunque hay quienes cuestionan —no sin razón— la legitimidad político criminal de la intervención penal en esta materia<sup>18</sup>, lo cierto es que la celebración indebida de contratos tiene un particular interés en clave penal, por cuanto, además de su innegable conexión con la Administración pública, actualmente constituye un foco grande de corrupción (Forero y Ospina, 2017, p. 123).

Ahora bien, la contratación estatal es una actividad reglada (Corte Suprema de Justicia, SCasP, sentencia de 20 de mayo del 2003. Radicado 18754. Magistrado ponente: Carlos Augusto Gálvez Argote) y quienes toman parte en ella deben acatar las normas sobre el particular y observar los principios que la rigen, muy especialmente, los de legalidad, transparencia, economía, responsabilidad, selección objetiva y planeación (arts. 23, 25, 26, 29 de la Ley N.º 80 de 1993 y art. 32 de la Ley N.º 1150 del 2007), así como los de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad y prevalencia del interés general (art. 209 Const.).

---

18 Para algunos autores los delitos de celebración indebida de contratos “reproducen meras infracciones de deberes legales y reglamentarios... [regulados como]... ilícitos administrativos” que, en tanto ya son ‘castigados’ al amparo de la Ley N.º 80 de 1993 en forma suficiente, no resultan formas especialmente graves de ataque al bien jurídico y apenas pueden diferenciarse de las infracciones administrativas correspondientes (cfr. Molina, 2003, p. 131).

Esta pluralidad de intereses permite entender que las disposiciones que reprimen los delitos que integran el capítulo IV, dedicado a la celebración indebida de contratos, si bien se orientan a la tutela de la administración pública en general, también protegen aspectos diferentes de la actividad contractual en particular (Corte Constitucional, sentencia C-128 de 18 de febrero del 2003. Magistrado ponente: Álvaro Tafur Galvis).

De esta forma, el aspecto de la contratación pública tutelado varía en función del delito de que se trate. Así, si el delito es la violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades (art. 408 CP-CO), lo protegido es “el interés del Estado en preservar la transparencia de los servidores públicos en el proceso contractual, encaminada a exterminar la injerencia de intereses particulares enlazados a la corrupción administrativa, conservar la imagen, confianza y respetabilidad de la administración pública ante la comunidad” (Corte Suprema de Justicia, SCasP, sentencia de 6 de marzo del 2008. Radicado 24606. Magistrado ponente: Sigifredo Espinosa Pérez), al tiempo que, quien lo realiza, atenta contra “los principios de igualdad, moralidad e imparcialidad que constitucionalmente informan el ejercicio de la función administrativa al servicio de los intereses generales” (Corte Suprema de Justicia, SCasP, sentencia de 3 de septiembre del 2001. Radicado 16837. Magistrado ponente: Jorge Anibal Gómez Gallego).

Por su parte, en el interés indebido en la celebración de contratos (art. 409 CP-CO) “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”, al igual que los principios constitucionales y los principios generales de la contratación “especialmente los de igualdad, moralidad, transparencia, imparcialidad y selección objetiva” (Corte Suprema de Justicia, SCasP, sentencia de 27 de octubre del 2014. Radicado 34282. Magistrado ponente: Fernando Alberto Castro Caballero).

A su turno, tratándose del contrato sin cumplimiento de los requisitos legales (art. 410 CP-CO), lo tutelado es “la legalidad en el trámite impartido en la contratación estatal” (Corte Suprema de Justicia, SCasP, sentencia de 26 de octubre del 2016. Radicado 40383. Magistrado ponente: Eugenio Fernández Carlier), “sancionándose en consecuencia al servidor público que, al celebrar un convenio, se aparte de las exactas previsiones normativas que el legislador ha previsto para las diversas etapas de la contratación” (Corte Suprema de Justicia, SCasP, sentencia de 20 de mayo del 2003. Radicado 18754. Magistrado ponente: Carlos Augusto Gálvez Argote).

Finalmente, respecto de los acuerdos restrictivos de la competencia (art. 410-A CP-CO), aquello que se salvaguarda es el principio de selección objetiva, sin perjuicio de la tutela de la libre competencia.

#### **4. LA AMPLIACIÓN DEL ÁMBITO DE LOS TIPOS PENALES: ALGUNAS CUESTIONES PROBLEMÁTICAS**

Sin ánimo de hacer una revisión exhaustiva de las cuatro conductas punibles que integran el capítulo IV dedicado a la celebración indebida de contratos (arts. 408, 409, 410 y 410-A CP-CO), a continuación se analizan algunas cuestiones asociadas a la interpretación de esos artículos que resultan problemáticas por diversas razones, y que, en general, amplían el número de sujetos o de casos a los que pueden aplicarse los tipos penales respectivos, así: la extensión de la responsabilidad penal a ciertos sujetos particulares, la sanción penal de un interés indebido y la determinación de los requisitos del contrato considerados esenciales.

##### **4.1. La responsabilidad de los contratistas: particulares sometidos al régimen penal de los servidores públicos**

Los tipos relativos a la violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades (art. 408 CP-CO), el interés indebido en la celebración de contratos (art. 409 CP-CO) y el contrato sin cumplimiento de requisitos legales esenciales (art. 410 CP-CO) exigen

un sujeto activo calificado, pues este ha de ser un servidor público y, además, realizar la conducta en ejercicio de sus funciones y/o por razón de su cargo, según el caso. El delito de acuerdos restrictivos de la competencia (art. 410-A CP-CO), a su turno, sanciona al que se concierte con otro en un proceso de licitación pública.

Ahora bien, la determinación del sujeto activo de estos comportamientos demanda dedicar un apartado separado a los contratistas, así como a los interventores, los consultores y los asesores, pues, según lo previsto en el art. 56 de la Ley N.º 80 de 1993, pese a ser particulares, están sometidos a la responsabilidad penal señalada para los servidores públicos en todo lo concerniente a la celebración, la ejecución y la liquidación de los contratos efectuados con las entidades estatales, ya que se estima que cumplen funciones públicas.

En este punto resulta del caso advertir, en primer lugar, que se considera servidor público a quien ejerce “funciones públicas” (lo cual es diferente, en todo caso, de un “servicio público”), esto es, el “conjunto de las actividades que realiza el Estado, a través de los órganos de las ramas del poder público, de los órganos autónomos e independientes, (art. 113) y de las demás entidades o agencias públicas, en orden a alcanzar sus diferentes fines” (Corte Constitucional, sentencia C-563 de 1998. Magistrado ponente: Antonio Barrera Carbonell); es decir, aquellas que contribuyen al logro oportuno y eficaz de los cometidos estatales<sup>19</sup>. En este contexto, las actividades de los ‘servidores públicos’ se consideran ‘funciones públicas’ (Corte Constitucional, sentencia C-563 de 1998. Magistrado ponente: Antonio Barrera Carbonell).

En segundo lugar, ocurre que, por diversas razones, los particulares pueden ejercer válidamente funciones públicas, ya sea de forma transitoria o permanente (art. 123.3 y el art. 210.2 Const.), y, aunque esto

---

19 Corte Constitucional, sentencias C-631 de 1996. Magistrado ponente: Antonio Barrera Carbonell; C-564 de 1997. Magistrado ponente: Antonio Barrera Carbonell; C-563 de 1998. Magistrado ponente: Antonio Barrera Carbonell; C-830 del 2001. Magistrado ponente: Jaime Araujo Rentería.

no hace que se conviertan en servidores del Estado, pues conservan su naturaleza privada<sup>20</sup>, lo cierto es que cuando los particulares cumplen funciones públicas han de ser “puestos en igualdad de trato y de exigencias” que los servidores públicos (Corte Suprema de Justicia, SCasP, sentencia de 10 de noviembre del 2004. Radicado 18158. Magistrado ponente: Alfredo Gómez Quintero), debido, sobre todo, al tipo de tareas que desarrollan y a la conexión de estas últimas con el interés colectivo (Corte Constitucional, sentencia C-286 de 1996. Magistrado ponente: José Gregorio Hernández Galindo). Por eso, quien tiene asignado el ejercicio o el cumplimiento de una función pública “amplifica su capacidad jurídica” y, en tal caso, “su situación jurídica se ve afectada en virtud de las responsabilidades que son anejas a quien cumple funciones de la indicada naturaleza” (Corte Constitucional, sentencia C-563 de 1998. Magistrado ponente: Antonio Barrera Carbonell).

A propósito de lo señalado, es pertinente remarcar, entonces, que el particular queda sometido al régimen jurídico del servidor público en atención a la función que se le atribuye y no necesariamente a causa del vínculo formal que lo une al Estado, puesto que no toda relación con este último da lugar al efecto apuntado (Corte Constitucional, sentencia C-563 de 1998. Magistrado ponente: Antonio Barrera Carbonell). Ello, desde luego, tiene consecuencias importantes en ámbitos tales como, verbigracia, el de la contratación estatal.

En tercer lugar, los contratistas, los interventores, los consultores y los asesores, por virtud del art. 56 de la Ley N.º 80 de 1993, pese a ser particulares, están sujetos a la responsabilidad penal señalada para los servidores públicos, en todo lo concerniente a la celebración, la ejecución

---

20 Corte Constitucional, sentencias C-286 de 1996. Magistrado ponente: José Gregorio Hernández Galindo; C-563 de 1998. Magistrado ponente: Antonio Barrera Carbonell y Corte Suprema de Justicia, SCasP, sentencias de 10 de noviembre del 2004. Radicado 18158. Magistrado ponente: Alfredo Gómez Quintero; de 9 de mayo del 2007. Radicado 22683. Magistrado ponente: Julio Enrique Socha Salamanca.

y la liquidación de los contratos que realicen con las entidades estatales, pues cumplen funciones públicas.

De acuerdo con esta disposición, que no fue derogada por el CP-CO del 2000<sup>21</sup>, los contratistas, es decir, las personas naturales o jurídicas, privadas o públicas, que asumen la ejecución de una labor o actividad, o que deben realizar una determinada prestación, a cambio de una contraprestación, no tienen la calidad de servidores públicos, sino que siguen siendo particulares, ya que su relación con la entidad estatal no les confiere una investidura pública (Corte Constitucional, sentencia C-563 de 1998). Pese a esto, dichos sujetos quedan sometidos al régimen jurídico del servidor público.

Sin embargo, ha de precisarse que tal asimilación solo procede cuando el contrato les transfiera —directamente (Corte Suprema de Justicia, SCasP, sentencia Radicado 32686 de 20 de octubre del 2010)— funciones públicas (Corte Suprema de Justicia, SCasP, sentencias Radicado 24833 de 13 de marzo del 2006; Radicado 22683 de 9 de mayo del 2007), es decir, si la labor consiste “en el desarrollo de cometidos estatales que comportan la asunción de prerrogativas propias del poder público” (Corte Constitucional, sentencia C-563 de 1998. Magistrado ponente: Antonio Barrera Carbonell). Es el caso, por ejemplo, del concesionario, del administrador delegado o de quien debe prestar un servicio público a cargo del Estado, o le corresponde recaudar caudales o manejar bienes públicos, entre otros<sup>22</sup>.

---

21 Corte Suprema de Justicia, SCasP, sentencias de 16 de febrero del 2005. Radicado 20551. Magistrado ponente: Herman Galán Castellanos; de 27 de abril del 2005. Radicado 19562. Magistrado ponente: Herman Galán Castellanos; de 30 de noviembre del 2006. Radicado 22595. Magistrado ponente: Yesid Ramírez Bastidas; de 9 de mayo del 2007. Radicado 22683. Magistrado ponente: Julio Enrique Socha Salamanca.

22 Corte Constitucional, sentencia C-563 de 1998. Magistrado ponente: Antonio Barrera Carbonell; Corte Suprema de Justicia, SCasP, sentencias de 20 de octubre del 2010. Radicado 32686. Magistrado ponente: María del Rosario González de Lemos; de 9 de agosto del 2011. Radicado 34732. Magistrado ponente: Julio Enrique Socha Salamanca.

Naturalmente, el supuesto es excepcional porque, en principio, “el encargo de realizar una actividad o prestación de interés o utilidad pública, con autonomía y cierta libertad operativa frente al organismo contratante [...] no conlleva de suyo el ejercicio de una función pública” (Corte Constitucional, sentencia C-563 de 1998. Magistrado ponente: Antonio Barrera Carbonell). En esa medida, cuando se lleva a cabo una labor que pueda calificarse de ‘meramente material’, el contratista conserva su condición de sujeto particular. Es el caso de los contratos de obra pública, de suministro de bienes y servicios o de compraventa de bienes muebles, donde su labor es, por regla general, material, y así, aunque el contratista pueda considerarse un colaborador o un instrumento de la entidad estatal, no es un delegatario ni un depositario de sus funciones (Corte Constitucional, sentencia C-563 de 1998. Magistrado ponente: Antonio Barrera Carbonell).

De todas maneras, tratándose del contrato de obra, la Corte Suprema de Justicia ha entendido que, si bien normalmente implica una labor material que no transfiere funciones públicas al contratista, sí puede ocurrir que la entidad u órgano contratante tenga dentro de sus funciones la ejecución de la obra pública contratada y, en esa hipótesis, la naturaleza de la entidad contratante, sumada al objeto concreto del contrato permiten afirmar dicha delegación. Esto sucede, verbigracia, cuando el contratista debe construir una obra —un muelle— por encargo del Ministerio de Transporte, entre cuyas funciones están, precisamente, la de construir y mantener las redes de transporte, incluidas las fluviales (Corte Suprema de Justicia, SCasP, sentencia de 9 de mayo del 2007. Radicado 22683. Magistrado ponente: Julio Enrique Socha Salamanca).

Ahora bien, debido a la equiparación legal comentada, los contratistas en general —y las formas especiales de estos que constituyen los interventores, los asesores y los consultores— pueden ser sujetos activos, dirá la Corte, “entre otras conductas punibles”, de los delitos de violación al régimen legal y constitucional de inhabilidades e incompatibilidades, interés indebido en la celebración de contratos y contrato sin cum-

plimiento de requisitos legales (arts. 408, 409 y 410 CP-CO) (Corte Suprema de Justicia, SCasP, sentencia de 10 de noviembre del 2004. Radicado 18158. Magistrado ponente: Alfredo Gómez Quintero). La referencia a los delitos relativos a la celebración indebida de contratos, que, en su momento, se planteó como una posibilidad entre varias, fue afirmada de modo excluyente en una decisión posterior, donde la Corporación afirmó, de modo tajante, que dicha equiparación solo era aplicable a los delitos contenidos en el capítulo IV, relativo a los punibles señalados y, en especial, a los arts. 408, 409 y 410 CP-CO.

Esta interpretación restrictiva, que le permitió a la Sala excluir el comportamiento de un contratista que se apoderó del anticipo pagado por razón del contrato celebrado con él (Corte Suprema de Justicia, SCasP, sentencia de 30 de noviembre del 2006. Radicado 22595. Magistrado ponente: Yesid Ramírez Bastidas), se afincó en los antecedentes del art. 56 de la Ley N.º 80 de 1993. En efecto, en la ponencia para el primer debate del ProyL. N.º 149 —que se convirtió en el Estatuto General de la Contratación Estatal—, dijo el ponente: “A diferencia del ProyL. N.º 63, se contempla la posibilidad de aplicar por extensión los referidos artículos del estatuto penal (se refiere al 144, 145 y 146) a los particulares. Con ello, sin duda, se llena el vacío inicialmente existente, como quiera que los delitos de indebida celebración de contratos tienen como sujeto activo al empleado oficial, exclusivamente” (Corte Suprema de Justicia, SCasP, sentencia de 30 de noviembre del 2006. Radicado 22595. Magistrado ponente: Yesid Ramírez Bastidas).

Al argumento anterior, podría añadirse, primero, que la disposición examinada indica que los contratistas, los consultores, los interventores y los asesores cumplen funciones públicas “en lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos estatales”, y, segundo, que la ley donde se encuentra prevista su equiparación es, precisamente, el Estatuto General de la Contratación Estatal. Todo esto sugiere que su ámbito es el de la contratación estatal y no otro.

No obstante, en algunos supuestos, la Corte Suprema de Justicia se ha ocupado del art. 56 de la Ley 80 de 1993, para examinar si puede atribuirse al contratista la responsabilidad que le cabe al servidor público en otros delitos, tales como el peculado por apropiación o la falsedad ideológica en documento público (Corte Suprema de Justicia, SCasP, sentencias de 13 de marzo del 2006; de 23 de abril del 2008. Radicado 23228. Magistrado ponente: Sigifredo Espinosa Pérez).

A la vista de lo expuesto, queda claro que, aunque los contratistas son particulares, y, por consiguiente, no podrían ser sujetos activos de los delitos examinados (arts. 408, 409 y 410 CP-CO), la ley dispone expresamente que, a efectos de su responsabilidad penal, se les aplique el mismo régimen de los servidores públicos. Y, si bien se ha intentado restringir dicha asimilación a los supuestos en los cuales el contrato les ‘transfiere’ una función pública, lo cierto es que, a tono con la interpretación jurisprudencial del asunto, lo que debería ser un supuesto excepcional tiende a convertirse en la regla, como lo demuestran las salvedades en punto del contrato de obra.

Finalmente, no puede dejar de mencionarse cómo la equiparación en comento abre la puerta para que los contratistas —en general— puedan considerarse sujetos activos de otros delitos diferentes de los de celebración indebida de contratos, verbigracia, el peculado o la falsedad de documentos públicos.

#### **4.2. La sanción —penal— de un “interés indebido” al amparo del art. 409 CP-CO**

El art. 409 CP-CO sanciona el comportamiento de interesarse, es decir, el consistente en “adquirir o mostrar interés por alguien o algo” (DRAE); el ‘interés’, por su parte, se entiende como una “inclinación del ánimo hacia un objeto, una persona, una narración, etc.” (DRAE). Esta primera aproximación al concepto genera varias inquietudes, pues no deja de sorprender que el legislador haga con-

sistir el verbo rector del tipo penal en, nada más ni nada menos, que una inclinación del ánimo.

La falta de legitimidad connatural a esta prohibición, así como la vulneración que su amplitud e indeterminación producen al principio de taxatividad (Sotomayor, 2003, p. 143; Gómez/Gómez, 2008, p. 398), ha tratado de morigerarse con la exigencia de tres condiciones: primera, que el interés esté referido a cualquier contrato u operación; segunda, que sea indebido, y; tercera, que se exteriorice. Ninguno de estos criterios, empero, cumple satisfactoriamente su cometido.

En efecto, la referencia al contrato o a la operación, en primer lugar, restringe el tipo penal, pero no lo suficiente: respecto del contrato, tén-gase en cuenta que el legislador no especifica a cuáles alude, pero cabe entender que son aquellos en los que intervienen las entidades estatales, es decir, los “estatales” propiamente dichos, sometidos al régimen de la Ley N.º 80 de 1993 (art. 32); los ‘especiales’, sujetos a estatutos o regímenes legales propios (Corte Suprema de Justicia, SCasP, sentencia de 21 de febrero del 2018. Radicado 50472. Magistrado ponente: Fernando Alberto Castro Caballero), y también, los regulados por el derecho privado, por cuanto se trata de convenios “que realiza la Administración pública y sus objetivos y alcances tienen que estar sometidos al interés general, en procura del bien común” (Corte Suprema de Justicia, SCasP, sentencia de 10 de julio del 2001. Radicado 13681. Magistrado ponente: Nilson Pinilla Pinilla). El universo, por ende, sigue siendo vasto.

Las operaciones —“administrativas”—, a su turno, carecen de una definición legal y se entienden, de modo “multicompreensivo”, como “un conjunto de actuaciones materiales o hechos tendientes a la ejecución de una decisión administrativa” (Corte Constitucional, sentencia C-128 del 2003. Magistrado ponente: Álvaro Tafur Galvis), que abarcan “la actuación administrativa en su integridad y no solo del acto administrativo definitivo que la culmina” (Corte Constitucional, sentencia C-128 del 2003. Magistrado ponente: Álvaro Tafur Galvis) o, en la misma línea, como la “actividad material de una entidad pública o persona privada

en ejercicio de funciones administrativas, que tiene por objeto la ejecución de los actos administrativos” (Consejo de Estado, sentencia 15036 de 11 de febrero del 2009). En lugar de restringir el ámbito del tipo, la inclusión de las operaciones parece abrir la disposición a un número significativo de hechos, algunos de los cuales podrían ocurrir, incluso, en escenarios extracontractuales.

En segundo lugar, el interés ha de ser indebido, pero, a tono con la definición de ‘indebido’, el tipo se amplía de modo inadmisiblemente, pues no solamente incluye el interés ilícito en sentido estricto, conforme se contemplaba en las legislaciones precedentes, sino, además, aquel susceptible de calificarse de “injusto” o “falta de equidad” (DRAE). Por consiguiente, no es cierto que el cambio en la denominación del artículo apenas tenga un sentido pedagógico (Corte Constitucional, sentencia C-128 del 2003. Magistrado ponente: Álvaro Tafur Galvis), pues, sin duda alguna, “afectó la forma, pero —fundamentalmente— la sustancia del comportamiento punible” (Corte Suprema de Justicia, SCasP, sentencia de 16 de mayo del 2007. Radicado 23915. Magistrado ponente: Yesid Ramírez Bastidas); es bastante claro, entonces, que lo indebido puede ser lícito o ilícito (Corte Suprema de Justicia, SCasP, sentencias de 16 de mayo del 2007. Radicado 23915. Magistrado ponente: Yesid Ramírez Bastidas y de 27 de octubre del 2014. Radicado 34282. Magistrado ponente: Fernando Alberto Castro Caballero) y abre la puerta a las ideas de “corrección”, “transparencia” y “rectitud”, citadas recurrentemente por la jurisprudencia.

Ahora bien, el desvalor de la conducta no radica en la infracción de la ley, sino en el desconocimiento de los principios de prevalencia del interés general y de imparcialidad (Gómez y Gómez, 2008, p. 388; Santofimio, 2000, p. 89); en tal virtud, se castiga al servidor público que, en ejercicio de sus funciones, interviene en un contrato u operación con un propósito particular<sup>23</sup>, por más que cumpla a cabalidad con las normas

---

23 Corte Suprema de Justicia, SCasP, sentencias de 27 de septiembre del 2000. Radicado 14170. Magistrado ponente: Nilson E. Pinilla Pinilla; Radicado 15273 de 25 de octubre

que regulan la actividad contractual estatal (Corte Constitucional, sentencia C-128 del 2003. Magistrado ponente: Álvaro Tafur Galvis). Las dudas se reafirman, sin embargo, cuando la vulneración de los axiomas antedichos se explica a partir de sentimientos de familiaridad, amistad o enemistad, u orientaciones ideológicas, políticas, etc. (Corte Suprema de Justicia, SCasP, sentencia de 5 de junio del 2013. Radicado 39015). Mucho más si, para afirmar la tipicidad del comportamiento, es irrelevante que el interés sea pecuniario o no<sup>24</sup>, o que el contrato beneficie a la administración pública (Corte Constitucional, sentencia de Unificación 159 del 2002, citando el Auto de Casación de 8 de junio de 1982).

En tercer lugar, el interés indebido se debe exteriorizar, requisito que es comprensible, ya que, de lo contrario, se castigaría un pensamiento; por eso, se exige su materialización en actuaciones concretas que evidencien un apartamiento del interés general y del principio de imparcialidad en la gestión contractual (Corte Constitucional, sentencia C-128 del 2003. Magistrado ponente: Álvaro Tafur Galvis). El problema surge cuando la concreción del interés se revela en la inobservancia de los requisitos legales del proceso de contratación, o de los principios que lo rigen —por ejemplo, los de prevalencia del interés general, imparcialidad, transparencia o selección objetiva—, ya que tal supuesto constituye un delito autónomo (art. 410 CP-CO).

De acuerdo con lo indicado en precedencia, queda claro que la sanción de quien actúa con un determinado interés pone en tela de juicio los límites que los principios del acto y de lesividad imponen al *ius puniendi* estatal, así como el carácter fragmentario, subsidiario y de *ultima ratio* propios de esta rama del ordenamiento jurídico.

---

del 2000; de 16 de mayo del 2007. Radicado 23915. Magistrado ponente: Yesid Ramírez Bastidas; de 5 de junio del 2013. Radicado 39015 y de 12 de marzo del 2014. Radicado 35492.

24 Corte Suprema de Justicia, SCasP, sentencias Radicado 14170 de 27 de septiembre del 2000. Radicado 14170. Magistrado ponente: Nilson E. Pinilla Pinilla; Radicado 23915 de 16 de mayo del 2007. Radicado 23915. Magistrado ponente: Yesid Ramírez Bastidas.

Las dudas que suscita esta disposición no se disipan por más que el legislador y la jurisprudencia se esfuercen por fijar límites, en la medida en que, si se mira bien, circunscribir las conductas penalmente relevantes a los escenarios propios de la contratación —“estatal”— o de las operaciones —“administrativas”— permite aplicar el delito a un sinnúmero de escenarios, que, incluso, no tienen que agotarse en el ámbito contractual. Adicionalmente, la carga ética y/o moral consustancial a la palabra “indebido” es innegable, en tanto desborda el marco de lo “ilícito” y se proyecta hacia el de lo “injusto” o lo “falta de equidad”, poniendo sobre la mesa, no se olvide, las ideas de “corrección” o “rectitud”.

Lo anterior, por más que se exija la exteriorización de la correspondiente inclinación de ánimo, que, en todo caso, debería materializarse en la pretermisión de los requisitos legales en materia contractual o de sus principios rectores, y esto, por supuesto, es objeto de una sanción penal independiente.

#### **4.3. Los contratos y sus requisitos esenciales**

Como se explicó anteriormente, estas conductas tienen lugar a propósito de, fundamentalmente, un contrato administrativo, es decir, los “estatales” en sentido estricto, (art. 32 de la Ley N.º 80 de 1993), los “especiales” que están sujetos a un estatuto o régimen legal propio (Corte Suprema de Justicia, SCasP, sentencia de 21 de febrero del 2018. Radicado 50472. Magistrado ponente: Fernando Alberto Castro Caballero) y los regulados por el derecho privado (Corte Suprema de Justicia, SCasP, sentencia Radicado 13681 de 10 de julio del 2001. Radicado 13681. Magistrado ponente: Nilson Pinilla Pinilla). Como el art. 410 CP-CO sanciona el incumplimiento de los requisitos legales esenciales, es dable concluir que el legislador, con razón y en pro de limitar el tipo penal, dispuso que solo la inobservancia de aquellos requisitos considerados ‘esenciales’ fuera penalmente relevante<sup>25</sup>.

---

25 Corte Suprema de Justicia, SCasP, sentencia de 19 de marzo del 2002. Radicado 13085.

La teoría del acto jurídico permite diferenciar, como se sabe, los elementos esenciales, de los de la naturaleza y de los accesorios (art. 1501 CC). Así las cosas, la conducta sancionada penalmente es la consistente en pretermitir aquellos sin los cuales el contrato no produce ningún efecto, o degenera en uno diferente, al tiempo que la omisión de los que le pertenecen al contrato sin necesidad de una cláusula especial —los de la naturaleza— o de los que, sin ser esenciales ni de la naturaleza, se agregan mediante unas cláusulas especiales —los accidentales—, sería intrascendente.

Con todo, no puede olvidarse que la contratación estatal es una actividad estrictamente reglada, donde la discrecionalidad es la excepción<sup>26</sup>; por ello, la jurisprudencia indica que, al margen de la moralidad y del correcto funcionamiento de la administración pública” (Corte Suprema de Justicia, SCasP, sentencia de 9 de abril del 2014. Radicado 39852. Magistrado ponente: Patricia Salazar Cuellar), este delito vulnera la legalidad “contractual” en concreto (Corte Suprema de Justicia, SCasP, sentencia de 11 de julio del 2012. Radicado 37691). De ahí que, al menos en los contratos “estatales” en sentido estricto y de los “especiales”, no parece fácil encontrar elementos susceptibles de considerarse “de la naturaleza” y, mucho menos, “accidentales”.

Al hilo de lo expuesto, los requisitos cuya observancia debe atenderse en esta materia, que varían dependiendo de la clase de contrato y de la fase por la cual discurre<sup>27</sup>, se encuentran en diversas fuentes normativas, por ejemplo, la Ley N.º 80 de 1993 y sus normas complementarias, los estatutos o regímenes especiales y en el derecho privado. Esta dispersión

---

Magistrado ponente: Jorge E. Córdoba Poveda; de 13 de junio del 2018. Radicado 45228. Magistrado ponente: Patricia Salazar Cuellar.

26 Corte Suprema de Justicia, SCasP, sentencias de 19 de marzo del 2002. Radicado 13085. Magistrado ponente: Jorge E. Córdoba Poveda; de 13 de junio del 2018. Radicado 45228. Magistrado ponente: Patricia Salazar Cuellar.

27 Corte Suprema de Justicia, SCasP, sentencias de 19 de diciembre del 2000. Radicado 17088. Magistrado ponente: Álvaro Orlando Pérez Pinzón y de 6 de octubre del 2004. Radicado 16066. Magistrado ponente: Edgar Lombana Trujillo.

normativa y el reenvío a normas administrativas acarrear problemas que no son menores en punto del conocimiento de la ley aplicable a cada contrato y, por supuesto, del principio de legalidad.

A lo anterior, debe añadirse la inclusión dentro del grupo de requisitos considerados esenciales de los principios de legalidad (Corte Suprema de Justicia, SCasP, sentencia de 19 de marzo del 2002. Radicado 13085. Magistrado ponente: Jorge E. Córdoba Poveda), de los que gobiernan la contratación administrativa (transparencia, economía, responsabilidad, selección objetiva, planeación previstos en los arts. 23, 25, 26, 29 de la Ley N.º 80 de 1993 y el art. 32 Ley N.º 1150 del 2007) y de los que rigen la función pública (igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad y prevalencia del interés general, contenidos en el art. 209 Const.)<sup>28</sup>, pues:

[S]i los principios reseñados provienen de la Constitución y la Ley 80 de 1993 los reitera e introduce en todo el proceso de contratación, estos se hallan materialmente incorporados en todos los tipos penales vinculados con la contratación estatal [...] en el entendido que las exigencias esenciales de los trámites, las celebraciones y las liquidaciones de los contratos de la administración devienen y se impregnan en todo momento de esos axiomas. (Corte Suprema de Justicia, SCasP, sentencia de 13 de junio del 2018. Radicado 45228. Magistrado ponente: Patricia Salazar Cuellar).

Teniendo a la vista lo expuesto en precedencia, queda claro que la restricción derivada de la inclusión del adjetivo “esenciales” en el artículo no delimita suficientemente los requisitos cuya inobservancia se considera penalmente relevante. En primer lugar, porque la contratación estatal, en tanto se trata de una actividad fundamentalmente reglada y regida por el principio de legalidad, no solo minimiza el margen de discrecionalidad que puede tener el servidor público, sino

---

28 Corte Suprema de Justicia, SCasP, sentencias de 25 de septiembre del 2013. Radicado 35344. Magistrado ponente: Luis Guillermo Salazar Otero; de 26 de octubre del 2016. Radicado 40383. Magistrado ponente: Eugenio Fernández Carlier.

que lo obliga a actuar con apego a todas las normas correspondientes; por la misma razón, difícilmente podrán encontrarse elementos del contrato que no sean esenciales, al menos, tratándose de los “estatales” o de los “especiales”.

En segundo lugar, la pluralidad de las fuentes que indican las condiciones cuyo cumplimiento se precisa, incluida, desde luego, la jurisprudencia penal, administrativa y constitucional, dificulta el conocimiento de dichos elementos. Y, en tercer lugar, sin perjuicio de aquellas exigencias generales aplicables a todos los contratos, incluidos los principios que rigen la función pública y la contratación, no puede olvidarse que cada contrato tiene sus propios requisitos y que estos últimos varían según la fase concreta del proceso contractual que discurra.

## 5. CONCLUSIONES

No hay —ni puede haber— ninguna duda, en cuanto a la importancia que tiene la contratación pública en la vida contemporánea: se trata de un mecanismo para cumplir con los objetivos del Estado que involucra la gestión de dineros públicos. En esa medida, las necesidades de garantizar el cumplimiento de los fines estatales y de evitar la malversación de esos recursos justifican la intervención penal en esta materia.

Sin embargo, no puede perderse de vista que la contratación administrativa es objeto de una regulación extrapenal intensa y que los comportamientos ilícitos son castigados por diversos sectores del ordenamiento, no solo el penal. Lo dicho impone, de un lado, enfrentar todos los problemas asociados al reenvío y a la sobreabundancia de elementos normativos y, del otro, asegurar que las normas penales respondan a las notas de fragmentariedad, subsidiariedad y *ultima ratio*.

La revisión de la regulación penal sobre el particular revela, además de la agrupación de estos delitos en un capítulo independiente dentro de las conductas punibles que atentan contra la administración pública, una tendencia hacia su endurecimiento. Así lo demuestra el incremento

de los supuestos típicos, el aumento de sus penas y la restricción de los beneficios procesales y punitivos.

El bien jurídico protegido, que en este caso es la administración pública, debe entenderse en clave funcional; este matiz es fundamental a la hora de aclarar que no se tutela la pureza de la administración, y que la mera desobediencia de los funcionarios no puede conllevar una pena. Con todo, la jurisprudencia se refiere constantemente a la corrección, a la dignidad o a la rectitud de la función y, por esta vía, incluye una cierta ética administrativa dentro de lo protegido; asimismo, no es infrecuente que al servidor público se le reproche haber sido desleal, faltar a sus deberes o alejarse del cumplimiento de sus quehaceres.

Adicionalmente, como las conductas que atentan contra la administración pública son muy diversas, debe identificarse el aspecto concreto de esa función afectado en cada caso. En tal virtud, la violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades protege la transparencia, la igualdad, la moralidad y la imparcialidad; el interés indebido en la celebración de contratos, la prevalencia del interés general y de los principios de igualdad, moralidad, transparencia, imparcialidad y selección objetiva; el contrato sin cumplimiento de requisitos legales, la legalidad contractual y los principios que rigen dicha actividad, y, por último, los acuerdos restrictivos de la competencia, el principio de selección objetiva y la libre concurrencia.

Al margen de las cuestiones apuntadas antes, el examen de las distintas disposiciones permite advertir una cierta propensión a ampliar el ámbito de los diferentes tipos, tanto desde su concepción legal como de su interpretación judicial.

A ilustrar lo dicho contribuye, por ejemplo, la aplicación de un régimen especial para los contratistas, quienes, pese a ser particulares, son tratados como servidores públicos, y, en esa medida, se les considera sujetos activos de los delitos previstos en los arts. 408, 409 y 410 CP-CO. Esta asimilación, que debería ser excepcional por cuanto está

condicionada a que el contrato transfiera una función pública, es objeto de importantes salvedades, por ejemplo, en el contrato de obra; además, no están claros los delitos a los que puede aplicarse esta equiparación y, si bien hay argumentos a favor de restringirla a los delitos de celebración indebida de contratos, la jurisprudencia parece ir en la dirección contraria.

Por su parte, la legitimidad de sancionar penalmente un interés, es decir, una ‘inclinación de ánimo’, resulta más que dudosa y los intentos por salvar las objeciones que le caben a esta disposición son infructuosos. De hecho, exigir que el interés sea ‘indebido’ o que se ‘exteriorice’ no resuelve el problema, sino que lo agrava: de un lado, la alusión a lo indebido aumenta el radio de acción del tipo penal, pues no lo circunscribe a lo ilícito, al tiempo que carga éticamente el concepto, al asociarlo a lo ‘injusto’ o ‘falta de equidad’. Y, del otro, como la exteriorización del interés indebido se suele materializar en la pretermisión de los requisitos legales del contrato o de sus principios rectores, la conducta se ajusta mejor a lo previsto en el art. 410 CP-CO, es decir, a la celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

A propósito de este último delito, la pretensión de limitar el tipo a los requisitos ‘esenciales’, aunque bien intencionada, está lejos de producir un efecto significativo. La contratación estatal es una actividad reglada y sometida al principio de legalidad, por ende, el margen de discrecionalidad del funcionario queda reducido al mínimo y, en la misma medida, es dudoso que los contratos ‘estatales’ en sentido estricto o los ‘especiales’ tengan elementos que no puedan considerarse esenciales. No existe un criterio legal claro para identificar qué requisitos son esenciales; esto, sumado a la diversidad de fuentes que deben consultarse, a la inclusión de los principios generales de la función administrativa y de los especiales de la actividad contractual en esta categoría, así como a la obligación de fijarlos según el tipo de contrato y la concreta etapa de que se trate, anuncian riesgos para la legalidad, la igualdad y la seguridad jurídica.

Se trata, en definitiva, de una regulación a todas luces necesaria, pero, a la vista de lo expuesto, necesitada de una revisión tan profunda como urgente.



Copia del original a solicitud del autor  
Copyright del Instituto Pacífico  
[www.intitutopacifico.pe](http://www.intitutopacifico.pe)