

 INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 1 de 12

EL INTERÉS INDEBIDO EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

LUCIANO VÉLEZ BUSTAMANTE
luciano.velez@hotmail.com

MARÍA ALEJANDRA FLOREZ ACOSTA
alejitaflo@hotmail.com

PAULA ANDREA HINCAPIÉ CAÑAS
paulaloka27_@hotmail.com

Resumen: El presente artículo abordará el concepto del delito de interés indebido en materia de contratación pública, desde las perspectivas de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en su sala de casación penal y de las intervenciones de la Procuraduría General de la Nación en dicha corte, así como las consecuencias que plantea el ordenamiento jurídico por la comisión de este delito.

Palabras claves: *Contratación Estatal, Interés Indebido, Servidor Público, Adjudicación, Sujeto Disciplinable, Favorecimiento, Intención.*

Abstract: This article discusses the concept of crime of undue interest in the process of the state contracting from the perspective of the jurisprudence of the Colombian Supreme Court in its Criminal Cassation Court and intervention of the Procuraduría General de la Nación in this Court and the consequences arising from the law for committing this crime.

Key words: *State hiring, Undue interest, Public servant, Adjudication, Subject to discipline him, Favoring, Intention.*

INTRODUCCIÓN

El fenómeno de la corrupción se halla inmerso en las diferentes funciones estatales. La planeación, el presupuesto, la gestión de recursos humanos, la administración de recursos físicos y el control fiscal, son entre otras áreas de gestión en donde resulta evidente la desnaturalización de la función pública por este fenómeno. Sin embargo, es en la Contratación Estatal donde resulta más evidente la injerencia de estas prácticas, ya que a través de la misma se ejecutan los recursos públicos destinados a los diferentes cometidos del Estado.

Es de anotar que el contrato público o negocio jurídico de derecho público, es un acuerdo creador de relaciones jurídicas, en el cual el objeto son las obras y servicios públicos, cuya realización y prestación constituyen precisamente los fines de la Administración; este acuerdo es una declaración bilateral de voluntad, productora de efectos

jurídicos entre dos personas, de las cuales una de ellas debe estar obligatoriamente en ejercicio de la función administrativa.

Por lo tanto un alto volumen de los recursos del presupuesto estatal, correspondientes tanto a gastos de funcionamiento como de inversión, son canalizados a través de las contrataciones, lo que las constituye en una porción muy importante de los negocios de diversos sectores de la economía, estas formas de contratación estatal son, la Contratación Directa, la Licitación Pública, Concurso de Meritos y Selección Abreviada, lo que las convierte en un gran atractivo para el funcionario que por razón de su cargo deba intervenir y que en provecho propio o de un tercero tenga un interés, alimentando con esta conducta, la corrupción y desconociendo los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad,

 INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 2 de 12

principios dados al cumplimiento de los fines del Estado.

El comportamiento que se reprocha del funcionario es el que se circunscribe al 'interés' que en provecho propio o de un tercero tenga frente a la contratación en la que interviene; por interés se entiende que son todos aquellos motivos que intervienen al momento de tomar una decisión, todo aquello que se quiere y se manifiesta, dentro de esta conceptualización general intervienen motivos particulares y generales.

El Interés general es el interés de todos o de la mayoría de los ciudadanos. Se utiliza generalmente como sinónimo de interés público, interés social, y busca un bien común. La noción de interés general se halla firmemente arraigada en la tradición cultural, a diferencia del particular que solo busca con su interés un provecho para el mismo o para un tercero, pero a su conveniencia, el interés propio se hace ilícito en el plano legal y específicamente en materia de contratación pública al momento de manifestarse ese desequilibrio, vulnerando la transparencia e imparcialidad que deben regir de la actividad contractual.

Es allí donde se regula este comportamiento corrupto e ilícito y surge la necesidad, por parte del Estado, de mantener la función administrativa dentro de moldes de corrección básica, atendida de manera fiel, sin que el interés particular del funcionario llegue a opacar la rectitud que debe implicar ese ejercicio.

Tal comportamiento es tipificado en el artículo 409 de la Ley 599 de 2000 que actualmente reprime el delito de Interés Indevido en la Celebración de Contratos, cuyo texto reprodujo el del tipo penal sancionado en el artículo 145 del Decreto Ley 100 de 1980.

El artículo 409 de la Ley 599 se encuentra en el grupo de Delitos Especiales Contra la Administración Pública, caracterizado por fundarse directamente en el desconocimiento al Régimen Contractual, además en el Capítulo IV se

encuentra la Celebración Indevida de Contratos que comprende la Violación al Régimen de Inhabilidades e Incompatibilidades artículo 408, y la Celebración de Contratos sin Cumplimiento de Requisitos Legales artículo 410.

Por su parte la Ley 80 de 1993, en su artículo 3, demanda las pautas de comportamiento para los servidores públicos que por las funciones asignadas o el cargo desempeñado, intervienen en actuaciones propias de la Administración, el artículo 24 numeral 8 de la misma Ley remite a la prohibición y la desviación o abuso de poder frente a la selección objetiva. Igualmente el artículo 48 en su numeral 1 y el Artículo 44 de la Ley 734 del 2002 Régimen Disciplinario Único, consagra también todas aquellas conductas ilícitas frente a la Contratación.

Para el Estado no hay nada tan desmoralizante ni tan costoso en medio de un conflicto social tan acentuado como el que vive el país, que la existencia generalizada de prácticas corruptas en el manejo de los dineros públicos, en particular dentro de los procesos de Contratación Estatal. Obviamente, esto plantea también un problema de gran relevancia, la estrategia efectiva para lograr ese fin; por tal motivo es menester de la presente investigación plantear el siguiente interrogante ¿En que consiste el Interés Indevido como móvil en la celebración de Contratos Públicos a la luz de la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal y concepto de la Procuraduría General de la Nación?; interrogante a partir del cual se propone como objetivo general conceptualizar el Interés Indevido como móvil en la celebración de contratos a la luz de la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal y concepto de la Procuraduría General de la Nación, en el cual está acompañado de objetivos específicos con los que se pretende en primer lugar, describir a partir de que disposiciones jurídicas se normatiza el Interés Indevido en la celebración de contratos, posteriormente, identificar en que consiste el Interés Indevido para la Corte Suprema de Justicia, Sala Casación Penal, y por ultimo, Identificar en qué consiste el Interés Indevido

 INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 3 de 12

según las intervenciones de la Procuraduría General de la Nación.

Es indudable que para el manejo de los asuntos públicos el Contrato Estatal constituye un instrumento de inmensurable complejidad jurídica; y por lo tanto de supremo cuidado y atención por los sujetos que tienen competencia para su operación, exige, como todas las cosas públicas, un especial manejo de sus presupuestos conceptuales y normativos, con el propósito de que en su aplicación no se desconozca el régimen jurídico diseñado por el legislador, al igual que la puesta en marcha de procesos contractuales, con los que no se afecte el interés general, ni se ponga en entredicho los principios de igualdad, selección objetiva y transparencia.

A pesar de todo existen pactos indelicados entre funcionarios públicos y particulares contratistas, en los que no necesariamente se requiere una presión indebida por parte del administrador; basta que haya existido un acuerdo de voluntades para proceder a dar cumplimiento a los pactos clandestinos que permitan congraciarse con el servidor público; pues ninguna persona medianamente sensata que pretenda concertar un delito, lo va a hacer en presencia de testigos o de personas que pudieran referir el hecho o ponerlo al descubierto ante las autoridades, a no ser que se trate de partícipes o de individuos que integren el mismo convenio delictivo. A veces la contratación pública aparentemente está ajustada a la legalidad, pero lleva clandestinamente el compromiso delictivo de los contratistas como de los administradores públicos.

Los delincuentes tratan en lo posible de dejar el menor rastro, vestigio o huella posible, a efectos de hacer imposible un seguimiento a los dineros; por lo general se manejan en efectivo, los colocan a nombre de terceras personas, o simplemente lo gastan desmesuradamente.

La corrupción constituye en la mayoría de sus eventos un fenómeno criminal, el cual puede estar descrito no solamente como un delito contra la Administración Pública, sino también como un crimen que afecta el patrimonio del Estado. En

este sentido, nuestra investigación plantea una política de cero tolerancia a la corrupción a través de diversas medidas que permitan al Estado no solamente ejercer una represión del fenómeno, sino también hacer un llamado preventivo general a que las personas que piensan incurrir en un acto de corrupción desistan de tal finalidad.

ANTECEDENTES DE LEY 80 DE 1993

Desde la década del setenta nuestra legislación se preocupó por regular algunas cláusulas de los contratos estatales, pero sin pretender sustituir el ordenamiento general de los diferentes estatutos como en la normatividad contenida en “Código Fiscal de 1873 que regulaba la institución de la caducidad, como forma atípica de poner fin a los contratos del Estado; la ley 53 de 1909, que reitera esta facultad y que consagra algunas exigencias administrativas; la ley 110 de 1912, Código Fiscal Nacional, la ley 130 de 1913, nuestro primer estatuto procesal contencioso administrativo, la ley 105 de 1931, que entrega el conocimiento de las controversias contractuales a la justicia común; y la ley 167 de 1941, que reitera lo referente a la cláusula de caducidad y a la revisión administrativa de los contratos del Estado por parte de la jurisdicción contencioso - administrativa y deja en manos del juez ordinario el conocimiento del contrato y sus controversias”¹, entre otros, pero siempre con la intención de crear una normatividad especial que regulara la actividad contractual del Estado.

Producto de lo anterior en el año 1934, se presenta un proyecto de Ley por el Sr. Francisco Carbonell González, que no produjo mayores efectos y no logro ser convertido en Ley. Más adelante en 1937, el Sr. Alberto Lleras Camargo presenta un proyecto similar que tampoco logra su cometido puesto que para el momento de su debate, ya se encontraban vencidas las autorizaciones requeridas.

1 www.cntv.org.co. Exposición de Motivos Ley 80 de 1993. Compilación desarrollada por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda. 25 de noviembre de 2010.

 INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 4 de 12

Con la expedición de los Decretos Ley 1050 y 3130 de 1968, el legislador inicia la ardua labor de marcar distinción entre los contratos celebrados por el Estado y sus entes públicos y los celebrados entre el Estado y particulares, generando entonces un régimen distinto para cada uno. Con la finalidad de expedir un Estatuto Contractual de orden Nacional se expide en 1973 la Ley por medio de la cual se le conferían facultades extraordinarias al gobierno para la creación del mismo, cosa que no fue posible debido a que una vez más había caducado el termino para presentar las autorizaciones.

Un año más tarde se dicta la Ley 28 de 1974, con la misma finalidad y condiciones que la emitida en 1973 y en esta ocasión el gobierno hace uso de la facultad otorgada y expide el estatuto esperado, con la falencia de que no abarcó todos los campos de la contratación, por lo que todavía continuaron rigiendo las normas contenidas en los Códigos Civil y de Comercio para muchos de los contratos celebrados por el Estado.

Con base en las mismas facultades, se expide el Decreto Ley 150 de 1976, conocido como el estatuto contractual de los entes públicos nacionales; pero rápidamente fue considerado conflictivo, por que el cambio introducido en este fue “desterrar los postulados de la autonomía de la voluntad y del contrato entre particulares” por los que se le formulan diversas críticas.

Ante esa situación y con la finalidad de expedir un estatuto con mayor campo de aplicación se dictó el Decreto Ley 222 de 1983, pero nuevamente no se cumple el propósito y es objeto de reparos por el vencimiento de las autorizaciones.

Cabe señalar que la pretensión del legislativo no fue dejar sin efectos totalmente los estatutos anteriores, sino ajustar lo referente a las deficiencias presentadas en cuanto a la Contratación dado que la legislación existente fue tildada de causante de mayores costos y de obstáculos para el cumplimiento de los fines estatales y la moralidad y la pulcritud administrativas buscadas con la expedición de los estatutos no pudieron conseguirse.

Es así como surge un proyecto que constituye una camisa de fuerza opuesta a las necesidades tanto del sector público como del privado, debido a que se pretende sea regulación que impida la flexibilidad frente a la Contratación Estatal.

De esta manera la Ley 80 de 1993, pretende convertirse en el marco normativo de la actividad estatal en cuanto atañe a la contratación. Por ende, su estructura se caracteriza por definir y consagrar en forma sistematizado y ordenada las reglas y principios básicos que deben encaminar la realización y ejecución de todo contrato Estatal.

ANTECEDENTES EN MATERIA DISCIPLINARIA

Buscando garantizar el cumplimiento del compendio normativo de nuestra Constitución Política de 1991², el Estado debe sancionar toda irregularidad tipificable dentro del ejercicio de la Administración Pública, para lo cual es indispensable implementar la misión de vigilar y controlar el manejo de los fondos y bienes estatales; que son utilizados por ciudadanos investidos de potestades consagradas en la Ley por razón de su cargo.

Para ello el Derecho Disciplinario con el fin de garantizar la buena marcha de la Administración Pública, y de hacer efectivo el derecho de los gobernados en lo atinente a que la función pública sea ejercida en beneficio de la comunidad y para la protección de los derechos y libertades de los asociados (Código Penal artículo 2 y 209), se creo el Ordenamiento Jurídico Disciplinario, integrado por todas aquellas normas mediante las cuales se exige a los Servidores Públicos un determinado comportamiento en el ejercicio de sus funciones.

Precedentemente a la vigencia de la Constitución Política de 1991, concurrían en materia disciplinaria varios regímenes especiales y un régimen general, los mismos que no sólo

² Constitución Política de Colombia de 1991.
<http://www.banrep.gov.co/regimen/resoluciones/cp91.pdf>

 INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 5 de 12

dificultaban la aplicación de las normas disciplinarias; sino que conllevan a la vulneración de la igualdad en cuanto a la determinación de la responsabilidad de los servidores públicos vinculados a diversas entidades u órganos del Estado.

Con la expedición de la Constitución de 1991, el Derecho Disciplinario ha tenido un permanente desarrollo normativo que ha dado respuesta a diferentes necesidades dotando a la Administración Pública de una norma fundamental, y estableciendo como garante de la efectividad de estos principios en reemplazo de la permanente presencia del control fiscal en las organizaciones, en su calidad de instrumento de transparencia y bajo los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, establece en los artículos 209 y 269 de la Carta Política, la obligatoriedad en todas las entidades estatales de diseñar y aplicar según la naturaleza de sus funciones, métodos y procedimientos de control interno, así como el diseño y organización de sistemas de evaluación de gestión y resultados de la Administración Pública.

Mediante las leyes 87, 42 y 80, se dota a los organismos y entidades del Estado en el año 1993, de lineamientos claros sobre la implementación y desarrollo del Sistema de Control disciplinario Interno, que posteriormente fue considerado como mecanismo de inspección, vigilancia y sanción, con funciones disciplinarias; delimitando así definitivamente el alcance de una y otra función³.

La Ley 200 de 1995 “Por la cual se adopta el Código Disciplinario Único”, en su artículo 177, se dispuso que la referida Ley se aplicaría a “todos los Servidores Públicos sin excepción alguna”, y así mismo derogó las disposiciones generales y especiales que regulaban la materia Disciplinaria en todos los niveles del Estado, Nacional, Departamental, Distrital y Municipal, con

excepción de lo establecido para los regímenes especiales de la Fuerza Pública “de acuerdo con lo establecido en el artículo 175 de este Código”, criterio unificador de las normas disciplinarias que también se reitera en la Ley 734 de 2002⁴.

La precitada Ley vincula el delito penal de interés indebido, como falta gravísima disciplinaria; según se infiere al tenor literario del artículo 48⁵ Ibíd. numeral 1, cuando consagra que todas aquellas conductas típicas estipuladas en la Ley, cometidas con ocasión o como consecuencia de la función o cargo de un funcionario publico.

La Procuraduría General de la República, es el organismo encargado de evaluar la eficiencia, eficacia, calidad y el nivel de confianza de los sistemas de Control Interno de las entidades del Estado. Razón por la cual debe iniciar el respectivo proceso disciplinario ante la tipificación de lo estatuido en la Ley 80 de 1993, según lo establecido en el artículo 2⁶. Ello concordado con lo establecido por el artículo 51⁷.

4 LEY 734 DE 2002, (febrero 5), por la cual se expide el Código Disciplinario Único.
<http://www.procuraduria.gov.co/guiamp/Macroproceso%20Disciplinario/L-734-02.htm>

5 ARTÍCULO 48. 1. Realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando del mismo.

6 ARTÍCULO 2. DE LA DEFINICIÓN DE ENTIDADES, SERVIDORES Y SERVICIOS PÚBLICOS. Para los solos efectos de esta ley: 1. Se denominan entidades estatales: a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles. b) El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, Las Superintendencias, las Unidades Administrativas Especiales y, en general, los Organismos o Dependencias del Estado a los que la Ley otorgue capacidad para celebrar contratos. 2. Se denominan servidores públicos: a) Las personas naturales que prestan sus servicios dependientes a los organismos y entidades de que trata este artículo, con

3 Control Interno Historia y Antecedentes en Colombia, Historia del Control Interno, Pág. 3,
<http://www.mincomercio.gov.co/econtent/Documentos/controlinterno/CI-Historia.pdf>.

 INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 6 de 12

ANTECEDENTES EN MATERIA PENAL

Es indudable que para el manejo de los asuntos públicos el Contrato Estatal constituye un principal instrumento de inmensurable complejidad jurídica; y por lo tanto de supremo cuidado y atención por los sujetos que en Derecho Colombiano tienen competencia para su operación. Exige, como todas las cosas públicas, un especial manejo de sus presupuestos conceptuales y normativos, con el propósito de que en su aplicación no se desconozca el estricto régimen jurídico diseñado por el legislador y, al igual que la puesta en marcha de procesos contractuales, no se afecte el interés general ni se atente contra el patrimonio público o se pongan en entredicho el Estado Social de Derecho y el principio de igualdad.

A partir de la Constitución Política se determinaron parámetros y principios tendientes a crear los contrapesos indispensables frente a la Administración Pública, pero es el nuevo Código Penal que entro en vigencia el 24 de julio de 2001, el que crea un grupo de delitos y regula las conductas delictivas en que incurren los funcionarios frente a la Contratación Pública.

Este grupo de Delitos Especiales Contra la Administración Pública se encuentra en el título XV, caracterizado por fundarse directamente en el desconocimiento al Régimen Contractual, se encuentra la Celebración Indevida de Contratos, Capítulo IV la cual comprende la violación al

excepción de las asociaciones y fundaciones de participación mixta en las cuales dicha denominación se predicará exclusivamente de sus representantes legales y de los funcionarios de los niveles directivo, asesor o ejecutivo o sus equivalentes en quienes se delegue la celebración de contratos en representación de aquéllas. b) Los miembros de las corporaciones públicas que tengan capacidad para celebrar contratos en representación de éstas. 3. Se denominan servicios públicos: Los que están destinados a satisfacer necesidades colectivas en forma general, permanente y continua, bajo la dirección, regulación y control del Estado, así como aquellos mediante los cuales el Estado busca preservar el orden y asegurar el cumplimiento de sus fines.

7 Ley 80 de 1993, Artículo 51. DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS. El servidor público responderá disciplinaria, civil y penalmente por sus acciones y omisiones en la actuación contractual en los términos de la Constitución y de la ley

Régimen de Inhabilidades e Incompatibilidades artículo 408⁸ y la Celebración de Contratos sin Cumplimiento de Requisitos Legales artículo 410⁹, enmarcando estos EL INTERÉS INDEBIDO EN LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS, artículo 409¹⁰.

El artículo 409 abandona el concepto de "Intereses Ilícitos en la Celebración de Contratos" plasmado en la legislación anterior en el artículo 145 del Decreto 100 de 1980, por el más amplio y coherente "Interés Indevido en la Celebración de Contratos", ¹¹ quedando así:

“Artículo 409. Interés Indevido 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

8 ARTICULO 408. VIOLACION DEL REGIMEN 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.

9 ARTICULO 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.

10 ARTICULO 409. INTERES INDEBIDO EN LA CELEBRACION 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.

11 La Responsabilidad Penal en los contratos administrativos Pág. 183 – Heliodoro Fierro Méndez.

 INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 7 de 12

derechos y funciones públicas de cinco (5) a doce (12) años”.¹²

El sujeto activo es calificado, pues el modelo de conducta se estableció para que recaiga en las personas que se encuentran al servicio del Estado y con ocasión de sus funciones o cargo. Aunque ello no impida que por vía de determinador se pueda imputar a cualquier otra persona.

La conducta reprochada al Servidor consiste en el hecho de que este se interese en provecho propio o de un tercero en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir en razón de su cargo o de sus funciones.

Ello implica la actuación del Servidor Público con miras a la obtención de un determinado resultado que beneficie al propio agente o a un tercero.

Dicho interés no debe ser necesariamente ilícito, pues la finalidad que se persigue con la disposición penal no es otro que el de castigar el abandono del Funcionario Público a las obligaciones y deberes que adquiere una vez se vincule con la administración para ejercer un cargo Público. Ese interés, en cambio sólo requiere ser personal o ajeno. Ello sucede, cuando no está relacionado con los fines del Estado fundados en el Interés General.¹³

Las penas previstas en el artículo 409 “se aumentarán en la tercera parte en el mínimo y en la mitad en el máximo” (Ley 890 de 2004, artículo 14), incrementos que, según la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, rigen en cada distrito judicial a partir del momento en que entre a operar el sistema acusatorio de la Ley 906 de 2004 (Sentencia de Marzo 21 de 2007, Radicado. 26065). Esta norma entró en vigencia a partir del 1 de enero de 2005 por expresa disposición del artículo 15 de la misma Ley.

A continuación se analizara en que consiste, desde la perspectiva de la jurisprudencia de la Corte

Suprema De Justicia, en su sala de casación penal, el Interés Indebido en la Contratación Pública

SENTENCIAS ANALIZADAS

SENTENCIA 12658, 18 DE ABRIL DE 2002

La ponencia de esta Sentencia estuvo a cargo del Magistrado Jorge Aníbal Gómez Gallego, adscrito a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

La Corte analiza el delito de Interés Indebido desde el bien jurídico protegido el cual es la legalidad y la legitimidad de la Contratación, en el correcto funcionamiento de la Administración Pública, teniendo en cuenta el artículo 11 del Código Penal, “para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga en peligro, sin justa causa, el interés jurídico tutelado por la Ley”. Para sustentar esto estableció en primer plano el artículo 209 de la Constitución Nacional, en donde se regula toda la actividad de la Administración, conforme a los Principios de igualdad, moralidad, eficiencia, imparcialidad y publicidad, artículo que se desarrolla en el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública Ley 80 de 1993, que sienta los Principios de transparencia, economía y responsabilidad en el artículo 23, los cuales deben guiar la Administración Pública.

A la violación de estos Principios como factores de inclinación para la tipificación de este delito, se refirió la Sentencia cuando dice:

“(.....) pues lo que reprocha de la conducta del procesado es precisamente el haber infringido los principios que orientan la actividad estatal de la contratación, como un valor que se configura con la plena observancia de las reglas que garanticen a los co-asociados una administración transparente, objetiva y por supuesto imparcial (.....)”

“(.....) en delitos como el que ocupa la atención de la Sala, la administración pública es lesionada cuando el servidor no actúa con sujeción absoluta y franca a tales principios que se hallan implícitos

¹² LEY 599 DE 2000 - Código Penal Colombiano.

¹³ La Responsabilidad Penal en los contratos administrativos Pág. 185 – Heliodoro Fierro Méndez

 INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 8 de 12

en todos los tipos penales vinculados con la contratación estatal, generando la sensación o certeza de deslealtad, improbidad y ausencia de transparencia dentro de los coasociados.”

“Es más, si el interés particular deviene a favor de la administración (v. gr. el contrato celebrado, con atención personal, se presenta como fructuoso para la administración, o de mayor rendimiento para ésta), el delito se ha consumado, porque en esta modalidad no se demanda la existencia de un interés de perjuicio, pues no se busca sancionar negocios “prohibidos” sino disconformes con el ejercicio de la función pública”

Ósea que la violación de este delito a la luz de la Sentencia consistió en la inclinación de ánimo que tuvo el funcionario al momento de la adjudicación del contrato, desconociendo los principios y siendo con esto incompatible con la Función Pública.

SENTENCIA 21322, 7 DE SEPTIEMBRE DE 2005.

La ponencia de esta Sentencia estuvo a cargo del Magistrado Yesid Ramírez Bastidas, adscrito a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Partiendo de un análisis normativo de los artículos 145 del Decreto 100 de 1980 y 409 de la Ley 599 de 2000, que describen de manera idéntica la conducta tipificada como Interés “Ilícito” o “Indebido” en la Celebración de Contratos, aclara la Corte que el tipo penal ya no habla de Interés Ilícito sino Indebido, pues el antes Interés Ilícito en la Celebración de Contratos, podía ser erróneamente entendido como una infracción a la Ley.

La configuración de la conducta imputable al Servidor debe cumplir con el presupuesto de que éste se interese en provecho propio o de un tercero, en cualquier clase de contrato u operación en el cual deba intervenir en razón de su cargo o en el ejercicio de sus funciones. “Ello implica la actuación del Servidor Público con miras a la obtención de un determinado resultado que

beneficie al propio agente o a un tercero. Ese interés se penaliza, en la medida en que se han dado manifestaciones externas del mismo por parte del Servidor, las cuales en la medida en que traducen el abandono por el Servidor de sus deberes de imparcialidad y transparencia en la gestión contractual que evidencian la configuración de la conducta reprochada penalmente”.

No debe pensarse en ningún momento que el tipo penal sanciona los pensamientos, la personalidad o tendencias del Servidor; pues estaríamos hablando de un Derecho Objetivo y el artículo 13 del Código Disciplinario Único, consagra que en esta materia está proscrita la responsabilidad objetiva, y que las faltas son sancionables a título de Dolo o Culpa, por lo tanto y en lo que respecta al delito de Interés Indebido, debe este entenderse como la manifestación externa mediante actuaciones concretas del Servidor Público que vulneren los principios de imparcialidad, objetividad y transparencia, no solo del Servidor Público, sino también de quien se asimila como tal en el proceso de Contratación Estatal.

SENTENCIA 28453, 12 DE MARZO DE 2008.

La ponencia de esta sentencia estuvo a cargo del Magistrado julio Enrique Socha Salamanca, adscrito a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

La Violación del Régimen de Inhabilidades e Incompatibilidades, no puede considerarse causal de incursión en el delito de Interés Indebido; pero en la comisión de este delito, si debe existir configuración de dichas causales. Toda vez que son estas consideradas móvil del delito; es decir, puede considerarse prueba sumaria, el hecho de que exista conexión familiar entre los contratantes, pues esto evidenciaría la intención de favorecimiento por parte del encargado de suscribir el contrato, sujeto disciplinable por su condición decisoria Estatal, sobre quien recaen las obligaciones y deberes en cuanto al cumplimiento de los principios propios de la Contratación Estatal.

 INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 9 de 12

El delito de Interés Indevido en la Celebración de Contratos no ha sido diseñado para proteger el patrimonio del Estado, sino para garantizar que la gestión contractual se realice en los ámbitos de transparencia e imparcialidad.

La evasión de los deberes de imparcialidad, selección objetiva y transparencia; en los que incurra el Servidor Público que debe intervenir por razón de su cargo o de sus funciones en la suscripción del contrato; constituyen evidente causal de incursión en el delito de Interés Indevido.

SENTENCIA 25989, 4 DE FEBRERO DE 2009.

Corresponde al Magistrado Javier Zapata Ortiz de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Aclara la Corte que es necesaria la participación de sujeto calificado toda vez que solo puede infringir la norma contenida en el artículo 409 de la Ley 599 de 2000 un Servidor Público, quien tendrá como ejercicio resguardar la contratación que realice en representación del Estado, garantizando el cumplimiento de los principios de transparencia, selección objetiva, responsabilidad, entre otros, edificantes del reproche penal, si se actúa con parcialidad. El aspecto subjetivo del tipo se consolida en la consecución por parte del Servidor al interesarse en provecho propio o ajeno, ese interés que nada tiene que ver con los fines de la Contratación Estatal, que no son otros, que el cumplimiento de los fines del Estado, fundados éstos en el interés general.

Respecto a la antijuridicidad material, debe recordarse que se está ante un punible de mera conducta cuestión que tratándose de algunos delitos contra la Administración Pública, hace posible su punición. Por ende, la Administración Pública se pone en peligro o se lesiona, cuando el Funcionario deja de actuar con absoluta sujeción y vulnera los principios que se hallan implícitos en los injustos típicos, que regulan la Contratación Estatal, generando con tal actuar corrupción, deslealtad y ausencia de transparencia en los actos

contractuales asignados, luego, ese Interés Indevido aplica en la celebración de cualquier Contrato Estatal.

SENTENCIA 29261, 04 DE FEBRERO DE 2009

La Sentencia 29261 del 04 de Febrero de 2009 de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, que tuvo como ponente a la Magistrada María del Rosario González de Lemos.

Para que se configure el Ilícito de Interés Indevido, no necesariamente debe existir una violación a los principios de transparencia y selección objetiva los cuales son considerados mas como requisitos contractuales, mas aun si la intención es favorable a la Administración Pública. La configuración del delito se demuestra cuando el Funcionario se aparta del Interés debido que debe guiar el ejercicio de su función, en armonía con los fines que inspiran la Contratación Estatal, contemplados en el artículo 3 de la Ley 80 de 1993.

Estos requisitos de la Contratación ocupan un lugar secundario en lo que respecta al delito de Interés Indevido, pues lo realmente esencial para la estructuración de este ilícito, es demostrar el acto de desvío de poder del Servidor en cuanto desborda el interés objetivo y general que de acuerdo con la Constitución, la Ley, los Reglamentos y las Decisiones de la propia Administración le corresponde asegurar en el proceso contractual específico.

SENTENCIA 30411, 16 DE SEPTIEMBRE DE 2009

Decide la Sala el recurso extraordinario de casación, el punto de vista desde el cual se enjuicia el comportamiento de los funcionarios por el delito de Interés Indevido, no es puramente objetivo, entendido desde la perspectiva de los deberes institucionales que se asumen libremente por el desempeño de un cargo público, el juicio de reproche a los funcionarios radica en que su intervención esta prevalida por el interés de favorecer a un tercero.

 INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 10 de 12

Es indispensable aclarar que la participación del Estado no puede estar influenciada por afectos particulares; es decir la Función Administrativa debe regirse por los principios de transparencia, responsabilidad y selección objetiva, al momento en que el funcionario contrata, como expresa la Corte: “Lo que se enjuicia es la ilegítima inclinación del ánimo hacia una persona o entidad, con desconocimiento de los principios que orientan la función pública en cualquier clase de contrato u operación en la que el funcionario deba intervenir por razón de sus funciones”.

Seguidamente se observaran las intervenciones de la Procuraduría, frente al delito de Interés Indebido en las Sentencias proferidas por la Corte.

SENTENCIAS ANALIZADAS

SENTENCIA 12658, 18 DE ABRIL DE 2002

Concepto Procuraduría

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal coincide con sentencia de la Corte frente al Interés Ilícito donde el Bien Jurídico Tutelado es la legalidad y la legitimidad de la Contratación que se ve afectada cuando el Funcionario ilegalmente rompe los principios Constitucionales y legales del contratista.

SENTENCIA 21322, 7 DE SEPTIEMBRE DE 2005.

Concepto Procuraduría

Considera el Procurador Cuarto Delegado para la Casación Penal, que la selección no objetiva “sino a dedo” como se conoce en el argot de la contratación directa, no permitida por la Ley, se demuestra con las declaraciones de varios supuestos contratistas nominales; donde se hace evidente el Interés en los contratos; coincidiendo de esta manera con el concepto emitido por la Corte.

SENTENCIA 28453, 12 DE MARZO DE 2008.

Concepto Procuraduría

Considera el Procurador Cuarto Delegado para la Casación Penal, que “es intrascendente que el municipio no hubiese tenido desmedro patrimonial porque el objeto jurídico del tipo penal de celebración indebida de contratos, es proteger la gestión contractual para que se desarrolle de manera transparente e imparcial, de modo que sólo basta el Interés que está plasmado en comportamientos externos destinados a desconocer los principios que orientan la Contratación Pública”.

SENTENCIA 25989, 4 DE FEBRERO DE 2009.

Concepto Procuraduría

El Procurador Cuarto Delegado para la Casación esgrime su concepto aduciendo que no es suficiente la lesión al bien jurídico tutelado, pues más que eso es necesario que efectivamente cause un daño o ponga en riesgo el bien jurídico y que la Ley 80 de 1993 ha regulado este en atención a los postulados de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad. Siendo objeto de reproche penal toda vez que es precisamente la transgresión de estos principios los que enmarcan la conducta como delictiva.

SENTENCIA 29261, 04 DE FEBRERO DE 2009

Concepto Procuraduría

El Procurador Cuarto Delegado para la Casación Penal aduce que el Interés Indebido se infiere de la realización de acciones encaminadas a favorecer pretensiones particulares por fuera de la finalidad pública.

Y también aduce:

“Dicho interés, no necesariamente tiene que ser económico, pues puede ser de otra índole, como afectivo o partidista, y por ello este delito se actualiza cuando el sujeto agente muestra inclinación de ánimo hacia la persona o entidad

 INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 11 de 12

beneficiada con el contrato desconociendo los principios de transparencia y selección objetiva, sin que se requiera un perjuicio real, lo cual implica que la conducta se consuma en el momento en que se exteriorice el Interés Indevido, así no se logre el resultado propuesto.”

Afirma también que ese interés debe garantizar un interés general y que ello se refleje en una mejor imagen de la Administración Pública frente a los ciudadanos.

SENTENCIA 30411, 16 DE SEPTIEMBRE DE 2009

Concepto Procuraduría

Emite concepto el delegado para la Casación aclarando que los procesados incurrieron en una evidente irregularidad con el fin de eludir el requisito de la selección objetiva, manifestando el interés indebido por favorecer a Rodolfo Mosquera Díaz, desconociendo el mandato del artículo 29 de la ley 80 de 1993 según la cual, en la escogencia no deben incidir factores de afecto o de interés personal, porque debe primar lo más favorable para la entidad pública, en virtud del principio de transparencia.

CONCLUSIONES

1. La ley 80 de 1993, es el resultado de un fructífero proceso en desarrollo del cual se discutieron y analizaron las diversas inquietudes y propuestas planteadas por quienes en él intervinieron, pretendiendo convertirse en el marco normativo de la actividad estatal en cuanto atañe a la contratación.

Por ende, su estructura se caracteriza por definir y consagrar en forma sistematizada y ordenada las reglas y principios básicos que deben encaminar la realización y ejecución de todo contrato que celebre el Estado.

El Ordenamiento Jurídico Disciplinario, en cabeza de la Procuraduría General de la Nación; surge de conformidad con lo establecido en la Constitución de 1991, para exigir de los funcionarios públicos

un determinado comportamiento en el ejercicio de las funciones correspondientes a su cargo.

En lo que a materia Penal concierne, se nota un claro avance respecto del delito de interés indebido, pues en comparación con la normatividad anterior, pasa de ser un interés que se manifiesta con la sola transgresión de la norma, a ser un interés que se manifiesta a través de actuaciones concretas omitiendo los deberes de imparcialidad y transparencia, propios de la gestión contractual, y así mismo desconociendo el interés general del Estado.

2. Previo análisis de las sentencias emitidos por la Corte Suprema de Justicia, sala de casación penal, respecto al delito de Interés Indevido; se entiende que este delito se configura mediante la conformación de un nexo causal existente entre la intención (como móvil de favorecimiento propio o de un tercero) y la adjudicación del Contrato Estatal, entendiendo el nexo causal como la violación de los principios, pero no solo contractuales sino también los que rigen la función administrativa fundados en el interés general.

3. El criterio evidenciado por la Procuraduría, al momento de su intervención respecto del recurso de casación, conceptualiza que: el bien jurídico tutelado en el delito de Interés Indevido, es la legalidad y la legitimidad de la contratación, la cual se ve afectada cuando el funcionario ilegalmente rompe los principios constitucionales y legales del contratista. Este delito requiere que efectivamente se cause un daño o se ponga en riesgo los postulados de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad. El Interés Indevido se infiere de la realización de acciones encaminadas a favorecer pretensiones particulares por fuera de la finalidad pública, no necesariamente en sentido económico, pues puede ser de otra índole, como afectivo o partidista. Para el funcionario encargado de la escogencia y adjudicación debe primar lo más favorable para la entidad pública.

4. Luego de un análisis conceptual, respecto de la intervención realizada por el delegado para el caso concreto de la Procuraduría General de la Nación

 INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 12 de 12

y la decisión proferida en el fallo, por parte de la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal; se concluye que estos coinciden en los elementos y descripciones del tipo, necesarios para la configuración del delito de Interés Indebido en la Celebración de Contratos Públicos.

BIBLIOGRAFÍA

- Constitución Política de Colombia de 1991.
<http://www.banrep.gov.co/regimen/resoluciones/cp91.pdf>
- Ley 599 de 2000, Código Penal Colombiano.
http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2000/ley_0599_2000.html
- Ley 734 de 2002, “por la cual se expide el Código Disciplinario Único”.
<http://www.procuraduria.gov.co/guiamp/Macroproceso%20Disciplinario/L-734-02.htm>
- Control Interno Historia y Antecedentes en Colombia, Historia del Control Interno,
<http://www.mincomercio.gov.co/econtent/Documentos/controlinterno/CI-Historia.pdf>.
- Ley 80 de 1993, “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”
http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/1993/ley_0080_1993.html
- Exposición de Motivos Ley 80 de 1993. Compilación desarrollada por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda. 25 de Noviembre de 2010
www.cntv.org.co.
- Ley 190 de 1995 Estatuto Anticorrupción.
http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/1995/ley_0190_1995.html
- Gómez, Karol y Gallón, Santiago. (2000). El fenómeno de la corrupción y su influencia en la economía Colombiana entre 1960 y 1999. Medellín, Universidad de Antioquia.
- Heliodoro Fierro Méndez, Responsabilidad Penal en los contratos administrativos.
- Edgar E. Martínez, Juan M. Ramírez, La corrupción en la contratación estatal colombiana. Correo electrónico: eeartin@ut.edu.co; juanma2499@yahoo.com

