



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrada Ponente
PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

SP513-2018
Radicación N° 50.530
(Aprobado Acta N° 65)

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil dieciocho
(2018)

VISTOS

Juzga la Corte, en sede de casación, la sentencia proferida el 20 de febrero de 2017 por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, por cuyo medio revocó parcialmente el fallo dictado en primera instancia por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Yolombó y, en su lugar, condenó a RAÚL HERNANDO ROLDÁN PÉREZ, como autor de peculado por apropiación y contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

I. HECHOS

De acuerdo con la sentencia de segunda instancia, entre LUIS NORBERTO PIEDRAHÍTA LLANO, actuando como representante legal de la Cooperativa de Trabajo Asociado *Guarquiná*, y RAÚL HERNANDO ROLDÁN PÉREZ, en calidad de Alcalde del municipio de Yalí (Antioquia), el 10 de junio de 2006 se suscribió el contrato de prestación de servicios de mano de obra N° 053. El objeto contractual consistió en *“prestar servicios de mano de obra a través de personal asociado en la cooperativa, en la realización de labores de mantenimiento general de acueducto de las veredas La Mascota y La Alondra, así como en el acueducto multi-veredal El Hatillo. De igual manera, realizar adecuaciones y remodelación del acueducto que surte la escuela de la vereda Las Margaritas y optimización del sistema de acueducto para diez familias en la vereda El Zancudo. Ello incluye el suministro de maquinaria y equipos requeridos en las labores, así como labores de siembra de especies nativas en la micro-cuenca El Cariaño, que surte el acueducto municipal”*. Para esas tareas, se pactó un precio de \$6.500.000.

Según la resolución de acusación, en el proceso contractual se presentaron irregularidades, a saber: i) no se elaboraron pliegos de condiciones o términos de referencia; ii) no existió convocatoria ni oferta pública de contratación y iii) se echan de menos actas de entrega y recibo de obras.

Además de dichas anomalías, las obras contratadas no se ejecutaron a cabalidad ni en las condiciones convenidas. Sin embargo, con fundamento en la certificación de cumplimiento del objeto contractual, firmada por NORMAN DARÍO PÉREZ POSADA, Secretario de Planeación Municipal e interventor del contrato, el valor de éste fue pagado en su totalidad a la Cooperativa contratista.

II. ANTECEDENTES PROCESALES PERTINENTES

Por los mencionados hechos, mediante resolución del 25 de enero de 2008, la Fiscalía 64 Seccional, adscrita a la Unidad de Delitos contra la Administración Pública de Medellín, abrió investigación. A ésta fueron vinculados, mediante indagatoria, RAÚL HERNANDO ROLDÁN PÉREZ, NORMAN DARÍO PÉREZ POSADA y LUIS NORBERTO PIEDRAHITA LLANO, sin que en contra de éstos se hubiera impuesto medida de aseguramiento.

Cerrada la instrucción, la Fiscalía calificó el mérito del sumario el 25 de noviembre de 2010. Profirió resolución de acusación contra RAÚL HERNANDO ROLDÁN PÉREZ y LUIS NORBERTO PIEDRAHITA LLANO, como probables coautores de peculado por apropiación y contrato sin cumplimiento de requisitos legales (arts. 397 inc. 3° y 410 del C.P.), mientras que a NORMAN DARÍO PÉREZ POSADA le imputó, a título de autor, el delito de falsedad ideológica en documento público (art. 286 *idem*) y, en calidad de cómplice, el de peculado por apropiación (arts. 30 inc. 3° y 397 inc. 3° C.P.). Tal determinación fue confirmada en segunda instancia por la Fiscalía 3ª Delegada ante el Tribunal Superior de Antioquia, mediante decisión del 3 de octubre de 2011.

La etapa de juicio le correspondió al Juzgado Promiscuo del Circuito de Yolombó (Antioquia), cuyo titular dictó sentencia absolutoria el 31 de mayo de 2016.

Habiendo la Fiscalía impugnado esa determinación, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, mediante fallo del 20 de febrero de 2017, revocó parcialmente la sentencia. Por haberlos hallado penalmente responsables, condenó a RAÚL HERNANDO ROLDÁN PÉREZ, como autor de peculado por apropiación y contrato sin cumplimiento de

requisitos legales, a las penas de 72 meses de prisión, multa de \$26.426.832 e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 84 meses, mientras que a NORMAN DARÍO PÉREZ POSADA, en calidad de autor de falsedad ideológica en documento público y cómplice de peculado por apropiación, le impuso las penas de 60 meses de prisión, multa de \$3'013.416 e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 72 meses. A los sentenciados les concedió la prisión domiciliaria.

Por otra parte, confirmó la absolución dictada a favor de LUIS NORBERTO PIEDRAHITA LLANO.

Dentro del término legal, los defensores de RAÚL HERNANDO ROLDÁN PÉREZ y NORMAN DARÍO PÉREZ POSADA interpusieron el recurso extraordinario de casación, cuyas demandas fueron examinadas mediante auto del 6 de septiembre de 2017. Por incumplir las exigencias formales y sustanciales de rigor, la Sala inadmitió el libelo presentado en nombre de NORMAN DARÍO PÉREZ POSADA, así como los cargos por nulidad y violación indirecta de la ley sustancial, formulados a favor de RAÚL HERNANDO ROLDÁN PÉREZ. Para pronunciarse de fondo, la Corte únicamente admitió el cargo por violación directa de la ley sustancial, contenido en la demanda formulada en nombre del señor ROLDÁN PÉREZ.

Contándose con el respectivo concepto del Procurador Delegado para la Casación Penal, procede la Sala a dictar la sentencia.

III. SÍNTESIS DE LA DEMANDA

El demandante formula un cargo por la vía del art. 207-1, cuerpo primero del C.P.P., fundado en la aplicación indebida del art. 410 del C.P.

La violación directa de la ley sustancial, expone, consiste en que el *ad quem*, a la hora de realizar el juicio de adecuación típica por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, le reprochó a su defendido el desconocimiento de exigencias pertenecientes a la fase de *ejecución* del contrato, desbordando el ámbito de aplicación del tipo penal, limitado únicamente a las fases de tramitación, celebración y liquidación. Por consiguiente, alega, no es dable afirmar la responsabilidad penal del señor ROLDÁN PÉREZ por omitir la elaboración de actas de entrega y recibo de obras.

Por otra parte, prosigue, los requisitos esenciales para las fases contractuales objeto de reproche deben estar definidos en la ley, sin que el juez pueda, invocando genéricamente los principios aplicables a la contratación estatal, “*inventárselos*” para reprocharle al acusado su inobservancia. Desde esa perspectiva, resalta, el Tribunal se equivoca al afirmar la tipicidad por desconocimiento de los principios de selección objetiva y transparencia, con fundamento en que el alcalde acusado no abrió una convocatoria u oferta pública de contratación, no hizo un cotejo de ofertas y de precios para determinar la mejor propuesta a contratar ni garantizó la pluralidad de oferentes en el mercado. Tales aspectos, afirma, no son exigibles en el presente caso por tratarse de la modalidad de contratación directa, dado que el valor del contrato no superaba el 10% de la menor cuantía (art. 8° del Decreto 2170 de 2000).

Además, continúa, no puede reprocharse que la cooperativa en mención haya sido seleccionada, si se acepta “*en gracia de discusión*” el importante número de contratos que el Municipio había suscrito con la C.T.A. Guarquiná, conformada por

empleados públicos y trabajadores oficiales de las más altas calidades y competencias profesionales, que fueron desvinculados del ente municipal por la reforma administrativa de la Ley 617 de 2000.

Los únicos requisitos esenciales exigibles para que el Alcalde contratara con la Cooperativa, alega, fueron cumplidos, en la medida en que, de acuerdo con la declaración de Manuel Antonio Romaña Echavarría, en los Consejos de Gobierno se definieron las necesidades que se pretendían satisfacer con el contrato a celebrar, mientras las condiciones, el objeto, los lugares de ejecución y las razones de la contratación fueron consignadas en el texto contractual.

La motivación contenida en el contrato mismo, añade, desvirtúa cualquier asomo de parcialidad y subjetividad en la contratación, porque la cooperativa seleccionada como contratista era la persona más idónea para la ejecución de la labor a contratar. Ciertamente, pregona, estaba en capacidad de ejecutar el contrato, dado que de tiempo atrás había demostrado en la localidad que podía suministrar mano de obra calificada, como lo reconoció el Tribunal, máxime que, agrega, en el Municipio sólo había un oferente de los servicios y los precios eran fijados desde comienzo de año por la propia administración municipal para todos los contratos -como, subraya, declararon LUIS NORBERTO PIEDRAHITA LLANOS y Elicenia Corrales Bedoya-.

Con base en tales argumentos, solicita a la Corte que case la sentencia y *absuelva* al acusado por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

IV. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

En criterio de la Procuradora Segunda delegada para la Casación Penal, la sentencia impugnada ha de mantenerse incólume, por cuanto la demanda no acredita la aplicación indebida del art. 410 del C.P.

Tras referirse a la evolución jurisprudencial en torno a la integración de los principios rectores de la contratación estatal al tipo penal de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, pone de presente que, en el asunto bajo examen, el fallo de segunda instancia muestra con claridad que el señor ROLDÁN PÉREZ tramitó y celebró el cuestionado contrato desatendiendo tales máximas y desconociendo normas que protegen el interés público, con afectación del erario. De ahí que, sostiene, deba afirmarse la responsabilidad penal del acusado.

Por consiguiente, sin observarse vulneración alguna a derechos sustanciales, solicita a la Corte no casar la sentencia confutada.

V. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

5.1 El cargo a la luz del cual la Sala examinará el juicio *de derecho* contenido en la sentencia impugnada, por la vía de la infracción *directa* de la ley sustancial, estriba en el cuestionamiento del proceso de *adecuación normativa* aplicado por el *ad quem*. La hipótesis de ilegalidad presentada por la censura -depurada por la Sala para permitir un pronunciamiento de fondo-, por una parte estriba en la atipicidad de los irregulares actos de *ejecución* contractual, a la luz del art. 410 del C.P.; por otra, deriva de la insuficiencia de los principios generales de la contratación estatal, entendidos como referente *genérico* de imputación para afirmar el incumplimiento de un requisito legal esencial en la tramitación, celebración o liquidación de un contrato de tal naturaleza.

Para el demandante, los enunciados fácticos que se declararon probados en el fallo impugnado no realizan el tipo de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, por cuanto lo censurado fueron actos constitutivos de incumplimiento *del objeto contractual*, así como requisitos no contemplados taxativamente en la ley, sino “*inventados*” por el juzgador, con fundamento en una comprensión muy amplia de los principios que gobiernan la actividad contractual del Estado.

De esta manera, la Corte verificará dos aspectos del silogismo de la resolución, ambos aplicables a la premisa mayor, consistentes en la correcta comprensión de los contenidos de la norma, cuya aplicación indebida se denuncia.

Por consiguiente, a fin de comprobar la corrección del juicio de adecuación típica, la Sala establecerá, en primer lugar, cuál es el ámbito de aplicación del delito previsto en el art. 410 del C.P., en atención a las fases de la actividad contractual; en segundo término, establecerá el rol que juegan los principios rectores de la contratación estatal en la determinación de los requisitos legales *esenciales* del contrato sometido a escrutinio penal.

5.1.1 Contrato sin cumplimiento de requisitos legales: punibilidad según la etapa contractual

5.1.1.1 Tal como lo ha precisado la Corte (CSJ SP 9 feb. 2005, rad. 21.547 y SP 23 mar. 2006, rad. 21.780), las formas de comisión del delito previsto en el art. 410 del C.P. se refieren a comportamientos distintos y diferenciados. La punibilidad de la conducta del servidor público no se predica de la totalidad de las fases contractuales. Uno es el comportamiento aludido en la primera modalidad, donde se reprocha el hecho de *tramitar* el contrato sin observar sus requisitos legales esenciales; y otro, el

de quien lo *celebra* o *liquida*, pues en estos casos la prohibición consiste en *no verificar* el cumplimiento de los presupuestos legales inherentes a cada una de tales etapas.

De ello deriva que, en el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, la inobservancia de formalidades inherentes a *la ejecución* contractual no comporta reproche penal. Esta tesis fue acogida por la jurisprudencia de la Sala (CSJ SP 20 may. 2003, rad. 14.669) y, desde entonces, ha venido siendo reiterada (recientemente, cfr. CSJ SP 23 nov. 2016, rad. 46.037 y SP, 24 mayo 2017, rad. 49.819).¹ Por expresa disposición legal, la mencionada conducta punible se *limita* a las etapas de *tramitación*, *celebración* o *liquidación*, sin que pueda entenderse que *todo* lo que tenga que ver con la contratación administrativa pertenece al trámite del contrato.

La tramitación, en sentido estricto, corresponde a la fase precontractual, comprensiva de los pasos que la administración debe seguir desde el inicio del proceso hasta la celebración del contrato. Celebrarlo significa *formalizar* el convenio para darle nacimiento a la vida jurídica, a través de las ritualidades legales esenciales. Mientras la liquidación es una actuación administrativa posterior a la terminación de contrato, por cuyo medio las partes verifican en qué medida y de qué manera cumplieron las obligaciones recíprocas de él derivadas, con el fin de establecer si se encuentran o no a paz y salvo por todo concepto derivado de su ejecución².

Esa comprensión del limitado ámbito de aplicación de la conducta punible descrita en el art. 410 del C.P., según las

¹ También, entre otras, CSJ SP 09 feb. 2005, rad. 21.547; SP 16 feb. 2005, rad. 15.212; SP 08 nov. 2007, rad. 26.450; SP 13 may. 2009, rad. 30.512; SP 16 nov. 2009, rad. 25.650; AP 10 may. 2011, rad. 34.282 y SP 11 jul. 2012, rad. 37.691.

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sec. 3ª, Sub. B, sent. 29.02.2012, exp. 19.371.

aludidas fases de la contratación, y descartando su ampliación a otras etapas contractuales, es corolario de la vigencia del principio de legalidad, en su componente de estricta tipicidad (art. 10 inc. 1° *idem*). Al respecto, la Sala (CSJ SP 11 jul. 2012, rad. 37.691) puso de presente:

Ninguna explicación razonable tendría que el legislador, al tipificar el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, hubiese empleado los términos “*tramitar*”, “*celebrar*” y “*liquidar*” para definir las fases en cuyo ámbito se estructura la conducta punible, indicando así que el primero de ellos no se refiere a todo el proceso contractual sino solamente a una parte de él, no otro que el correspondiente a la etapa precontractual, porque de ahí en adelante solamente decidió tipificar el ciclo propiamente contractual y el atinente a la liquidación.

Dígase, adicionalmente, que si bien el principio de legalidad que gobierna la contratación impone predicar la configuración del mencionado ilícito cuando se desconocen los axiomas tutelares de esa clase de actuaciones estatales, como planeación, economía, responsabilidad, transparencia y selección objetiva, lo cierto es que el mismo principio de legalidad únicamente tolera la imposición de sanciones penales cuando el comportamiento del agente se enmarca estrictamente en una descripción típica previamente establecida por la ley. Si tal situación no acontece, la conducta devendrá atípica por la no realización de todos sus elementos descriptivos.

De suerte que, se reitera, la inobservancia de los requisitos legales concernientes a la *ejecución* del contrato estatal no realiza el tipo objetivo del art. 410 del CP. Dichos requerimientos no pueden confundirse con las formalidades pertenecientes a la tramitación, celebración ni a la liquidación.

5.1.1.2 Bajo tales premisas, salta a la vista que el Tribunal incurrió en un yerro *in iudicando*, por cuanto -además de censurar la desatención de exigencias propias de la fase de tramitación- afirmó la tipicidad de la conducta punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales con base en la inobservancia de formalidades concernientes a la *ejecución* del convenio. Y ello implica una ostensible violación del principio de legalidad, por

desconocimiento de la exigencia de estricta tipicidad (arts. 6° inc. 1° y 10° inc. 1 del C.P.).

En efecto, frente al “*cargo por contrato sin cumplimiento de requisitos legales*”, el *ad quem* puso de presente que RAÚL ROLDÁN no sólo omitió el cumplimiento de requisitos de trámite, sino de *ejecución* del contrato. Ciertamente, además de censurar la ausencia de pliegos de condiciones y convocatoria u oferta pública de contratación, el incumplimiento de la obligación de verificar el precio más bajo y el plazo ofrecido antes de la suscripción del contrato, así como la falta de cotejo entre las propuestas de distintos oferentes o, en su defecto, la consulta de precios o condiciones del mercado, el Tribunal también afirmó la tipicidad objetiva a partir de la ausencia de *actas de entrega y recibido de obras* y del pago incondicionado del contrato 053 de 2006, *sin plena ejecución*. A RAÚL HERNANDO ROLDÁN PÉREZ, en su condición de Alcalde de Yalí, destaca, le era exigible la plena constatación de todas las condiciones legales y reglamentarias que respaldaran su gestión, por lo que se configura el punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

Mas como se advirtió en precedencia, las irregularidades presentadas en la fase de ejecución y el incumplimiento o cumplimiento defectuoso del objeto contractual no pueden fundamentar la punibilidad de la conducta.

En consecuencia, la Corte casará parcialmente la sentencia, con el propósito de excluir como fundamento de la declaratoria de responsabilidad del señor ROLDÁN PÉREZ las imputaciones cifradas en la inobservancia de requisitos aplicables a la fase de *ejecución* o que tienen relación con el incumplimiento o cumplimiento no satisfactorio del contrato.

5.1.1.3 Cabe precisar que la exclusión de las referidas imputaciones no comporta automáticamente la absolución del acusado, en la medida en que la tipicidad objetiva *no* se hizo depender *exclusivamente* de irregularidades surgidas en el marco de la fase de ejecución del cuestionado contrato. Como se extracta de la sentencia impugnada, al acusado *también* le es atribuible el incumplimiento de varios requisitos atinentes a la etapa de *tramitación* del convenio, a saber: i) que en el proceso contractual por él dirigido no existieron pliegos de condiciones ni convocatoria pública; ii) que no contrastó las ofertas de los proponentes ni analizó las condiciones del mercado y iii) que no garantizó la pluralidad de oferentes.

5.2 El quebranto de los principios rectores de la contratación estatal como fundamento de imputación en el art. 410 del C.P.

En su conjunto, para el Tribunal, las referidas irregularidades (cfr. num. 5.1.1.3 *supra*) comportan el quebranto de los principios de transparencia y selección objetiva. Y esto, a su vez, conlleva a un juicio positivo de tipicidad objetiva en el art. 410 del C.P., por ser tales máximas requisitos esenciales previstos en la Ley 80 de 1993, que han de orientar todo proceso contractual.

Desde esa perspectiva, en un primer momento, ha de pronunciarse la Sala en torno a cuáles son los límites de aplicación de los principios generales de la contratación estatal, en tanto referente de imputación en el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales. Luego, en segundo orden, habrá de examinarse si el juicio de adecuación típica aplicado por el *ad quem* se ajusta a tales criterios.

5.2.1 La conducta punible de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales* es un tipo penal en blanco. Entonces, la

definición de los respectivos ingredientes normativos de la descripción típica ha de precisarse a la luz de la normatividad aplicable a la contratación estatal.

De ahí que, en consonancia con los principios constitucionales que rigen la función administrativa (art. 209 inc. 1° Const. Pol.), el art. 410 del C.P. ha de integrarse, por vía de remisión normativa, con el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993) y demás normas especiales que lo complementen³. Tales preceptos normativos pueden ser extraídos de otras leyes, decretos y reglamentaciones administrativas, sin que ello contraríe el ordenamiento superior. Eso sí, siempre y cuando sean preexistentes a la realización de la conducta y resulten suficientes para determinar, de manera clara e inequívoca, los aspectos faltos de definición en la descripción típica (CSJ SP 14 abr. 2014, rad. 39.852).

En relación con el ingrediente normativo *requisitos esenciales*, no cualquier inobservancia o falta de verificación en el cumplimiento de las formalidades de leyes aplicables a la contratación estatal realiza el tipo objetivo de contrato sin cumplimiento de requisitos legales. El quebrantamiento de la legalidad en las fases de tramitación, celebración o liquidación del contrato ha de recaer sobre aspectos *sustanciales*, cuya desatención comporta la ilicitud del proceso contractual, basada en el quebranto de alguna o varias máximas que deben regir la contratación estatal, en tanto concreción de la función administrativa.

³ Sobre la constitucionalidad del reenvío normativo en el proceso de integración de los tipos penales en blanco, cfr., entre otras, C. Const. C-559/99, C-739/00, C-1490/00, C-333/01, C-917/01, C-605/06, C-121/12 y CSJ SP 19.12.2000, rad. 17.088.

A fin de identificar cuáles requisitos pertenecen *a la esencia* del contrato estatal ha de acudirse, *entre otros criterios*, a los postulados rectores del Estatuto de Contratación Estatal.

Un requisito contractual puede catalogarse como esencial a partir de la valoración sobre el impacto que su inobservancia pueda tener en la materialización de los *principios rectores* de la contratación estatal. Sobre esa base, la jurisprudencia⁴ tiene dicho que las máximas constitucionales y legales que gobiernan la contratación administrativa integran materialmente el tipo penal de contrato sin cumplimiento de requisitos legales. Ello, por cuanto tales principios constituyen límites del ejercicio funcional del servidor público en materia de contratación; por ende, la violación de los requisitos legales esenciales del contrato tiene que examinarse con remisión a aquéllos. Pues la contratación estatal, como actividad reglada, debe adelantarse ajustada a esos postulados *fundamentales* (arts. 23 al 26 y 29 de la Ley 80 de 1993).

Sobre la incorporación de los principios que rigen la contratación con el Estado a los tipos constitutivos de celebración indebida de contratos, la Sala ha expresado:

Los principios rectores irradian toda la materia de que tratan en la ley o código donde estén contenidos; y si son constitucionales, abarcan toda la legislación nacional. Por ello, sí es factible para efectos de tipicidad en el ilícito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, *desentrañar* cuáles son esos requisitos legales esenciales *con apoyo* en los principios de la administración pública consagrados en el artículo 209 de la Carta y en los principios de la Ley 80 de 1993.

[...] Los principios rectores son el alma de los bienes jurídicos que involucran y por ende son parte del tipo; su consideración como tales garantiza y delimita el principio de antijuridicidad material. Así, por ejemplo, la selección objetiva es un bien jurídico en sí mismo, y es un requisito esencial de los contratos de la administración pública, pues propende por la participación

⁴ En este sentido se ha expresado la Corte Suprema en reiterada jurisprudencia (CSJ SP, 19 dic. 2000, rad. 17088), así como la Corte Constitucional (sents. C-197/01, C-1514/00, C-126/08 y C-429/97).

democrática en condiciones de lealtad e igualdad, por la moralidad y la transparencia de la función pública⁵.

Bien se ve, entonces, que el acatamiento de los principios rectores de esta faceta de la función pública constituye un requisito esencial aplicable, sin excepción, a los contratos estatales (CSJ SP 25 sept. 2013, rad. 35.344). Y ello es así porque las máximas rectoras de la contratación estatal son una *concreción* de los principios constitucionales de la función administrativa.⁶

Si a la categoría *contratos estatales* pertenecen tanto los actos contractuales propios de la Ley 80 de 1993 como los sometidos a reglamentaciones especiales, es claro que los pilares fundamentales que han de guiar la función administrativa, *en su faceta contractual*, informan *transversalmente* toda la contratación pública. El carácter especial de *algunos* regímenes contractuales o de determinadas modalidades de selección del contratista tiene que ver, en estricto sentido, con las *reglas* que determinan su funcionamiento particular, no con los criterios básicos que han de orientar la actividad contractual del Estado.

Tal interpretación, valga destacar, es compatible con la exposición de motivos de la Ley 80 de 1993⁷, traída a colación por la Corte Constitucional en la sent. C-949 de 2001, en los siguientes términos:

La nueva ley 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 sistematizada y ordenada las reglas y ***principios básicos que deben encaminar la realización y ejecución de todo contrato que celebre el Estado.*** No se trata, pues, de un

⁵ CSJ SP, 6 may. 2009, rad. 25.495, reiterada en SP, 22 jun. 2016, rad. 42.930.

⁶ Según el art. 209 inc. 1° de la Constitución, la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

⁷ Gaceta del Congreso, Año I, número 75, 23 de septiembre de 1992, página 11.

ordenamiento de tendencia reguladora y casuística... Sólo recoge las normas fundamentales en materia contractual cuyo adecuado acatamiento se erija en la única limitante de la autonomía de la voluntad. Principio que debe guiar la contratación estatal. Precisamente el reconocimiento de la autonomía de la voluntad como delegación que la ley confiere a las partes de regular las relaciones contractuales delimitada por el respeto de los imperativos de orden público, exige que esas normas encauzadas a reglamentar el interés público o las necesidades de la colectividad en materia contractual, **se instituyan en las rectoras para todo el aparato estatal**, evitando así la eventual consagración de normatividades u ordenamientos que pueden motivarse en variadas tendencias y principios y con lo cual la realización de los fines estatales puede verse afectada. **La unidad en sus fines se logra adecuadamente por la implantación de unos principios rectores que orienten y garanticen la gestión de todo ente estatal.**

Al respecto, de acuerdo con la doctrina, más que excepciones totales a las normas genéricas previstas en el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, para cierto tipo de contratos y modalidades de escogencia del contratista se presenta es la exclusión de algunas *reglas* contenidas en la Ley 80 de 1993. Ello por cuanto los *principios* rectores de ésta tienen *necesariamente* que cobijar la contratación en donde una entidad estatal participe como contratante.⁸

En esa dirección, por sólo mencionar un par de ejemplos, del todo pertinentes para el asunto bajo examen, sería insostenible afirmar que a los regímenes especiales de contratación o a mecanismos de selección más laxos -como la contratación directa- es *inaplicable* el principio de *selección objetiva* (art. 29 de la Ley 80 de 1993), por el hecho de estar consagrado en el Estatuto General de la contratación de la Administración Pública y no en la normatividad reglamentaria específica. El mandato de seleccionar el ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto, interés o cualquier clase de motivación subjetiva, de ninguna manera se

⁸ Cfr. DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. *Régimen jurídico de la contratación estatal*. Bogotá: Legis, 3ª ed., 2016, p. 52.

predica con exclusividad de las formas de contratación, modalidades de selección y tipos de contratos previstos en la Ley 80 de 1993. No. Tal obligación es una clara *manifestación* de los principios de igualdad, moralidad e imparcialidad que integran la función administrativa (art. 209 Const. Pol.), por lo que inobjetablemente ha de cobijar otras modalidades o tipologías contractuales, que si bien han de atender a reglas especiales, en todo caso han de materializar la objetividad de la administración, mediante la proscripción de la desviación del poder público.

En el mismo sentido podría mencionarse, entre otros, el principio de *planeación*. Al margen de los procedimientos y reglas que puedan aplicarse a los diversos regímenes contractuales, de los principios constitucionales de economía y eficacia se extracta una máxima de planeación, igualmente transversal a toda la contratación administrativa. Por involucrar recursos públicos, la actividad contractual de ninguna manera puede ser improvisada o librada al arbitrio del servidor público, sino que, entre otros aspectos, ha de contar con estudios o análisis de conveniencia y oportunidad debidamente documentados, que justifiquen la necesidad del contrato y sus posibilidades de realización⁹. Si bien tal exigencia figura en el art. 25-12 de la Ley 80 de 1993, no por ello habría que entenderla como inaplicable en procesos contractuales pertenecientes a regímenes especiales o a modalidades de selección reguladas por fuera del mencionado estatuto. Pues, reiterase, el principio de planeación¹⁰ es corolario de principios constitucionales inherentes a la función administrativa.

⁹ Al respecto, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha expresado que “*la contratación adelantada por el Estado no puede ser el producto de la improvisación o de la discrecionalidad de las entidades o sus funcionarios, sino que debe obedecer a un procedimiento previo, producto de la planeación, orientado a satisfacer el interés público y las necesidades de la comunidad, fin último que se busca con la contratación estatal. Lo contrario conllevaría al desvío de recursos públicos o al despilfarro de la administración al invertir sus escasos recursos en obras o servicios que no prioritarios ni necesarios*”: C.E. S.C.A. Secc. 3ª, sent. 1º dic. 2008, rad. 15.603.

¹⁰ Cuya observancia también constituye un requisito esencial de la tramitación de los contratos estatales (CSJ SP 9 feb. 2005, rad. 21.547 y SP 10 oct. 2007, rad. 26.076).

Y tal comprensión, igualmente, es consonante con la jurisprudencia administrativa (C.E., S.C.A., Secc. 3ª sent. 29 ago. 2007, rad. 15.324):

La Carta Suprema en su artículo 209 ordena que el ejercicio de la función administrativa se encuentra sometido a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, razón por la cual en la medida en que *la contratación estatal puede identificarse como una actividad administrativa*, necesariamente deben aplicársele estos mismos principios, sin perjuicio de muchos otros que también forman parte del texto constitucional y que revisten enorme importancia en relación con las actividades de las entidades del Estado.

Uno de tales principios, por ejemplo, es el de legalidad previsto en los artículos 6 y 121 de la Constitución Política, según el cual, todas las actuaciones que adelanten las autoridades del Estado deben estar previamente atribuidas por la Constitución Política y la ley; este principio fundamental en modo alguno podría considerarse ajeno a la actividad contractual del mismo Estado, puesto que sólo en la medida en que las actuaciones que adelanten las entidades públicas, durante las etapas de selección de los contratistas o durante la ejecución de los contratos se ajusten rigurosamente al ordenamiento jurídico, se podrán tener por válidos los actos y contratos correspondientes.

También es posible identificar otros principios de orden legal que orientan la actividad contractual de la Entidades Estatales, como por ejemplo aquellos previstos expresamente por la Ley 80, como el de transparencia, el de economía y el de responsabilidad, los cuales no pueden concebirse como únicos o exclusivos, es decir, ellos no agotan la totalidad de los principios que deben tenerse en cuenta en el desarrollo de la actividad contractual de los entes públicos, por cuanto hay muchos otros como el de la buena fe, el de la libre concurrencia, el de selección objetiva, que son consustanciales a aquellos, en la medida en que dependen uno del otro.

Recapitulando, en la determinación de los ingredientes normativos del tipo penal de contrato sin cumplimiento de requisitos legales han de integrarse las *reglas* específicas aplicables al contrato o modalidad de selección concernidos. Ello, en conjunción con las máximas que rigen la contratación administrativa *en su conjunto*, efecto para el cual es dable acudir a

las definiciones que, *en punto de los principios rectores de los contratos estatales*, traen las normas del Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública.

Esto, por tratarse de un organismo estatal involucrado en el negocio jurídico, que debe ceñirse a las normas que regulan los procedimientos y a los parámetros para garantizar los principios de legalidad, economía, transparencia, selección objetiva y aquellos que rigen la función administrativa, en virtud de la Ley 80 de 1993. De manera que el acatamiento de dichos principios constituye un requisito esencial de los contratos estatales. Al respecto la Corporación (CSJ SP 25 sep. 2013, rad. 35344) ha dicho que:

La contratación administrativa pública es, entonces, una actividad reglada donde la operatividad o margen de discrecionalidad de los responsables de la contratación no está sujeta al libre albedrío de los contratantes, sino determinada por normas en asuntos tales como, entre otros, el cumplimiento de requisitos previos en la planeación del contrato, la aplicación de pliegos o términos de referencia, el desarrollo de procedimientos para la escogencia del contratista mediante reglas de selección objetiva, la observancia de cláusulas de excepción y, en general, todo lo relacionado con los principios de planeación, transparencia, economía, responsabilidad, etc.

5.2.1.1 Sin embargo, a la hora de *concretar* el requisito esencial inobservado en el procedimiento contractual, para los fines propios del art. 410 del C.P., la vigencia del principio de estricta tipicidad impide al juez instituir *ex post* mandatos de conducta dirigidos al servidor público, producto de una valoración *abierta e indeterminada* de las máximas rectoras de la contratación estatal, para juzgar a partir de ellos la conducta del acusado, *más allá de los parámetros fijados en la ley*.

Sobre tal aspecto ya había llamado la atención la jurisprudencia, al afirmar que si bien los principios de la

contratación pública rigen para todo tipo de contratos independientemente de su naturaleza (licitación o contratación directa), ello no quiere decir que baste simplemente con predicar su desconocimiento para tener por estructurado el tipo penal de contrato sin cumplimiento de requisitos legales (CSJ SP3963-2017, rad. 40.216). En esa oportunidad, textualmente expuso la Corte:

Una hermenéutica adecuada y respetuosa de las garantías de los ciudadanos debe indicar que el servidor público, al contratar, ha de ceñirse a los requisitos legales vigentes y velar porque en la celebración, tramitación y liquidación del contrato se cumplan los principios que inspiran la contratación pública. Para la de tipo directa, en particular, conforme lo establecía el artículo 2° del Decreto 855 de 1994, en vigor para el momento de los hechos, los de transparencia, economía y selección objetiva. Lo inaceptable es que a través de una ponderación *ex post* y expansiva de tales principios se agreguen presupuestos no previstos claramente en las normas aplicables, pues ello, como ya se dijo, resulta violatorio de la legalidad, por indeterminación de los elementos del tipo penal.

5.2.2 Particularidades de la selección del contratista mediante contratación directa

En comparación con la licitación y el concurso público, la *contratación directa*, en tanto modalidad de *selección* del contratista, se caracteriza por requerir menos formalismos y etapas regladas de tramitación, a fin de realizar la escogencia del contratista con mayor celeridad. De ahí que, en tal supuesto, la administración cuente con un más amplio *margen de apreciación* para efectuar la selección. Sin embargo, tal ámbito de discrecionalidad se halla en todo caso limitado por la estricta observancia y acatamiento de los principios rectores de la contratación estatal, para que no desemboque en un ejercicio arbitrario de la función administrativa. (CE Sala de lo Cont. Administrativo Secc. 3ª, sent. 29 ago. 2007, exp. 15.324; sent. 03 dic. 2007, exp. 24.715 y sent. 04 jun. 2008, exp. 17.783). Pues, como tiene dicho esta Corte, de ninguna manera puede asumirse que la

contratación directa es sinónimo de discrecionalidad *absoluta* o de arbitrariedad (CSJ SP 08 jul. 2015, rad. 38.464).

A tono con tales características, la jurisprudencia del Consejo de Estado concibe la contratación directa en los siguientes términos (CE Sala de lo Cont. Administrativo Secc. 3ª, sent. 03 dic. 2007, exp. 24.715):

[Es] un procedimiento reglado excepcionalmente y de aplicación e interpretación restrictiva, al cual pueden acudir las entidades públicas para celebrar contratos, en *determinados eventos tipificados en la ley, en una forma más rápida, sencilla y expedita* para la adquisición de [...] servicios que por su cuantía, naturaleza o urgencia manifiesta *no precisa ni requiere de los formalismos y múltiples etapas y términos previstos para la licitación pública*, aun cuando debe cumplir los principios que rigen la contratación pública.

5.2.2.1 En consonancia con ello, el art. 13 inc. 2º del derogado Decreto 2170 de 2002¹¹ -vigente para la época de los hechos investigados¹²-, señalaba que la entidad estatal podrá aplicar la contratación directa cuando se trate de la *celebración de contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión de la entidad, los que sólo se realizarán cuando se trate de fines específicos o no hubiere personal de planta suficiente para prestar el servicio a contratar. El contrato que se suscriba contendrá como mínimo la expresa constancia de la circunstancia anterior, las condiciones de cumplimiento del contrato, incluyendo el detalle de los resultados esperados y la transferencia de tecnología a la entidad contratante en caso de ser procedente.*

¹¹ Reglamentario del Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública. Derogado por el art. 9.2 del Decreto 734 de 2012, y éste, a su vez, lo derogó el art. 163 del Decreto 1510 de 2013, por cuyo medio se reglamenta el sistema de compras y contratación pública.

¹² El *inciso* en mención fue declarado nulo por el Consejo de Estado mediante Fallo del 3 de diciembre de 2007 (Rad. N° 24.715 y otros acumulados), pero únicamente en tanto se interprete que en él se dispone la contratación directa para los contratos de prestación de servicios de apoyo *diferentes* a los establecidos en la letra d) del numeral 1º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, que prevé la contratación directa "*para la prestación de servicios profesionales o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales o jurídicas, o para el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas*".

En tales presupuestos, acorde con el inc. 1° *ídem*, la entidad estatal podrá contratar directamente con la persona natural o jurídica que esté en capacidad de ejecutar el objeto del contrato y que haya demostrado la idoneidad y experiencia directamente relacionada con el área de que se trate, *sin que sea necesario que haya obtenido previamente varias ofertas*, de lo cual el ordenador del gasto deberá dejar constancia escrita.

Ello muestra, de acuerdo con la comprensión jurisprudencial atrás expuesta, que en comparación con otras tipologías contractuales, la *prestación de servicios de apoyo a la gestión*, en tanto modalidad específica de selección que admite la contratación directa, flexibiliza la severidad propia de los requisitos inherentes a modalidades más estrictas de selección o escogencia del contratista, en razón de su naturaleza o cuantía -como la licitación pública, la selección abreviada o el concurso de méritos-. Desde luego, sin que ello implique la inaplicabilidad de los principios rectores que, transversalmente, gobiernan todo el régimen de contratación estatal.

En esta dirección puede decirse que, entre menos discrecionalidad tenga el servidor público, mayores serán los mandatos formales establecidos por la ley y, entre otras consecuencias, más altas serán las exigencias regladas de previsión y planeación. Por el contrario, entre más amplio sea el margen de apreciación conferido a la administración, las previsiones normativas que determinan el curso del proceso contractual habrán de ser menos rígidas. Esta lógica subyace a la tipificación legal de las *diversas* modalidades de selección que, en desarrollo del principio de transparencia, hace el art. 24 de la Ley 80 de 1993.

En relación con lo anterior, de especial relevancia resulta el principio de economía, del cual se extrae, entre otras, la exigencia

de contar con estudios o análisis de conveniencia y oportunidad debidamente documentados, que justifiquen la necesidad del contrato y sus posibilidades de realización. Ello es manifestación directa de la máxima de planeación, que debe ser atendida en todos los procesos contractuales, incluido el de prestación de servicios de apoyo a la gestión, donde el contratista puede ser escogido por la modalidad de contratación directa.

La observancia del principio de planeación, ha dicho la Sala (CSJ SP 09 feb. 2005, rad. 21.547 y SP 10 oct. 2007, rad. 26.076), resulta ser un requisito de la esencia de los contratos estatales, según dimanara del art. 25 num. 12 de la Ley 80 de 1993. Conforme a esta última norma, la administración está obligada a realizar los estudios, diseños y proyectos requeridos, así como a elaborar los pliegos de condiciones con antelación al procedimiento de selección del contratista o a la firma del contrato.

Refiriéndose con las manifestaciones que en la contratación pública tiene el deber de planeación, inherente al principio de economía, el Consejo de Estado se ha manifestado en los siguientes términos:

En virtud del mismo resulta indispensable que la entidad estatal elabore, antes de iniciar un *procedimiento de selección* contractual, los estudios y análisis suficientemente serios y completos, encaminados a determinar, entre muchos otros aspectos relevantes: *i)* la verdadera necesidad de la celebración del respectivo contrato; *ii)* las opciones o modalidades existentes para satisfacer esa necesidad y las razones que justifiquen la preferencia por la modalidad o tipo contractual que se escoja; *iii)* las calidades, especificaciones, cantidades y demás características que puedan o deban reunir los bienes, las obras, los servicios, etc., cuya contratación adquisición o disposición se haya determinado necesaria, lo cual, según el caso, deberá incluir también la elaboración de los diseños, planos, análisis técnicos, etc.; *iv)* los costos, valores y alternativas que, a precios de mercado reales, podría demandar la celebración y ejecución de esa clase de contrato, consultando las cantidades, especificaciones, cantidades de los bienes, obras, servicios,

etc., que se pretende y requiere contratar, así como la modalidad u opciones escogidas o contempladas para el efecto; *v)* la disponibilidad de recursos o la capacidad financiera de la entidad contratante, para asumir las obligaciones de pago que se deriven de la celebración de ese pretendido contrato; *vi)* la existencia y disponibilidad, en el mercado nacional o internacional, de proveedores, constructores, profesionales, etc., en condiciones de atender los requerimientos y satisfacer las necesidades de la entidad contratante; *vii)* los procedimientos, trámites y requisitos que deban satisfacerse, reunirse u obtenerse para llevar a cabo la selección del respectivo contratista y la consiguiente celebración del contrato que se pretenda celebrar.

Puede concluirse, entonces, que la realización de un análisis de conveniencia y oportunidad, así como su documentación previa a la celebración del contrato constituyen requisitos de orden esencial a la *tramitación* del mismo, por ser aplicables al proceso de selección del contratista. Representan un desarrollo preponderante del principio de economía y su corolario de planeación (art. 25 num. 7° y 12 de la Ley 80 de 1993), que en todo caso deben articularse con los principios de transparencia (art. 24 *idem*), responsabilidad (art. 26 *idem*) y selección objetiva (art. 29 *idem*), a fin de que la facultad conferida por disposición legal a la administración para celebrar contratos no se torne en arbitrariedad y vicie la legitimidad del proceso contractual, por desconocer las finalidades de la función administrativa.

De suerte que si un contrato estatal, incluido el de prestación de servicios de apoyo a la gestión por vía directa, se celebra *sin estar precedido* del respectivo análisis o estudio de conveniencia y oportunidad, se incumple un requisito esencial a su tramitación. Y esto realiza objetivamente el tipo penal previsto en el art. 410 del CP.

5.2.2.2 Por otra parte, del Capítulo III del Decreto 2170 de 2002 también se extractan reglas concernientes al principio de selección objetiva en la *contratación directa*. En ese sentido, el art.

10° *idem* establece el contenido mínimo de los pliegos de condiciones o términos de referencia, los cuales sirven de base para el desarrollo de los procesos de selección de *contratación directa* y deberán como mínimo incluir la siguiente información: i) objeto del contrato; ii) características técnicas de los bienes, obras o servicios requeridos por la entidad; iii) presupuesto oficial; iv) factores de escogencia de la oferta y la ponderación matemática precisa, concreta y detallada de los mismos; v) criterios de desempate; vi) requisitos o documentos necesarios para la comparación de las ofertas, referidos a la futura contratación; vii) fecha y hora límite de presentación de las ofertas; viii) término para la evaluación de las ofertas y adjudicación del contrato y ix) plazo y forma de pago del contrato.

A su turno, el art. 11 *idem* preceptúa que para la escogencia del contratista mediante contratación directa, en atención de la *menor* cuantía del contrato, se aplicarán los criterios que a continuación se enuncian: i) los proyectos de pliegos de condiciones o términos de referencia y los definitivos se publicarán en la forma prevista en los artículos 1° y 2° del presente decreto¹³; ii) la convocatoria será pública; iii) en la fecha señalada en los pliegos de condiciones o términos de referencia, los oferentes interesados en participar en el proceso de selección manifestarán su interés haciendo uso del medio que para el efecto indique la entidad, con el fin de que se conforme una lista de posibles oferentes; iv) las entidades podrán hacer uso del sistema de conformación dinámica de la oferta y de su adjudicación, de acuerdo con las reglas señaladas en el art. 12 del mencionado decreto y v) en los casos en que la entidad no acuda al mecanismo previsto en el numeral anterior, la adjudicación se hará en forma motivada al oferente que haya presentado la oferta que mejor satisfaga las necesidades de la entidad, de conformidad con los requisitos exigidos y los factores de escogencia señalados en los

¹³ Artículos derogados por el art. 7° del Decreto 2434 de 2006.

pliegos de condiciones o términos de referencia, siempre que la misma sea consistente con los precios del mercado.

Cuando el valor del contrato por celebrar sea igual o inferior al 10% de la menor cuantía a que se refiere el literal a) del numeral 1° del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, clarifica el párrafo de la norma, las entidades podrán celebrarlo tomando como única consideración los *precios del mercado*, sin que se requiera obtener previamente varias ofertas.

De estas últimas premisas han de extraerse dos postulados fundamentales para la resolución del presente caso, a saber, que si bien la aplicación de la contratación directa permite la supresión de algunos requisitos -como la obtención de diversas ofertas-, hay otras formalidades que *deben* acatarse por el servidor público, sin que pueda disponer a su arbitrio de ellas, so pena de tramitar el contrato con inobservancia de requisitos legales esenciales. Tal es el caso de la preexistencia de pliegos de condiciones, términos de referencia o análisis previo a la suscripción del contrato, así como de la imprescindible revisión de precios del mercado, en el evento en que se acuda a la selección directa del contratista por la vía de la menor cuantía sin obtención de pluralidad de ofertas.

El tenor literal del art. 11 del Decreto 2170 de 2002 únicamente exceptúa el requisito de obtención previa de múltiples ofertas, sin que *taxativamente faculte* al servidor público a prescindir de *otras* formalidades como la elaboración del pliego de condiciones o análisis previo a la suscripción del contrato ni a pretermitir el examen de precios del mercado, en el marco de la *motivación* para seleccionar al contratista sin pluralidad de oferentes.

En este aspecto, vale la pena reiterar, siguiendo la jurisprudencia del Consejo de Estado (CE Sala de lo Cont. Administrativo Secc. 3ª, sent. 03 dic. 2007, exp. 24.715), que las disposiciones aplicables a la contratación directa han de interpretarse *restrictivamente*, sin que al servidor público le sea dable ampliar la autorización legal para prescindir de ciertas formalidades a otros requisitos no contemplados por la ley. No sólo porque se trata de un régimen excepcional, sino debido a que la contratación directa, pese a ser más flexible, igualmente está regida por los principios rectores y transversales de la contratación estatal.

En esa dirección, sistemática y teleológicamente ha de entenderse que, aun en la selección directa del contratista, el contrato debe tramitarse con elaboración de pliegos de condiciones, términos de referencia o *análisis previo a la suscripción del contrato*, así como con el examen *documentado y motivado* sobre los precios del mercado, en el evento en que por la menor cuantía del contrato pueda el servidor prescindir de pluralidad de ofertas.

A su vez, a fin de concretar la aplicación del principio de economía, el art. 8° del Decreto 2170 de 2002 *preceptuaba* que, en desarrollo de lo previsto en el art. 25 num. 7° y 12 de la Ley 80 de 1993, los estudios en los cuales se analice la conveniencia y oportunidad de realizar la contratación de que se trate, tendrán lugar de manera previa a la apertura de los procesos de selección y deberán consignar, como mínimo, información sobre la necesidad del contrato, aspectos técnicos, las condiciones del contrato a celebrar, el soporte técnico y económico del valor estimado del contrato y el análisis de los riesgos de la contratación.

Tales requisitos son corolario de los principios de selección objetiva y transparencia en la contratación directa, como se desprende de los títulos de los Capítulos I y III del Decreto 2170 de 2002. A su vez, aquéllos encuentran plena justificación como medida de proscripción de la subjetividad en la selección del contratista, a tono con el art. 29 de la Ley 80 de 1993.¹⁴

Según esta última norma, la selección de contratista será objetiva, entendida como la escogencia que se hace al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. El ofrecimiento más favorable, aclara el texto normativo, es aquél que, teniendo en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, *contenida en los pliegos de condiciones o términos de referencia o en el análisis previo a la suscripción del contrato, si se trata de contratación directa*, resulta ser el más ventajoso para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos *en dichos documentos*, sólo alguno de ellos, el más bajo precio o el plazo ofrecido. Para tales efectos, el administrador efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los diferentes ofrecimientos recibidos, *la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados con ese propósito*.

5.3 Del juicio de adecuación típica -en el aspecto objetivo- en el caso en concreto

Pues bien, en el presente caso, haciendo abstracción de irregularidades propias de la fase de ejecución del contrato (cfr.

¹⁴ Aplicable al presente asunto, por cuanto la derogatoria de la norma por el art. 32 de la Ley 1150 de 2007 data del 16 de julio de 2007, mientras el contrato cuestionado se suscribió el 10 de julio de 2006.

num. 5.1.1.2 *supra*), el Tribunal (cfr. fls. 21-26 sent. 2ª inst.) afirmó la tipicidad objetiva de la conducta en relación con el desconocimiento de los siguientes requisitos inherentes a la tramitación del contrato: i) la ausencia de pliego de condiciones; ii) la inexistencia de convocatoria u oferta; iii) la falta de comparación de ofertas y iv) la inexistencia de análisis de los precios del mercado. En ese sentido, *a la luz de los principios de la contratación estatal*, el *ad quem* expuso:

El artículo 29 de la Ley 80 de 1993 (vigente para la época de los hechos) determina meridianamente las condiciones en que el criterio de *selección objetiva*, bien por licitación, *ora por contratación directa*, se entiende satisfecho. Para el evento de la especie, *sin que sea necesario entrar a determinar si por su cuantía* el contrato 053 de 2006¹⁵ debía hacerse mediante licitación e invitación pública a contratar o por contratación directa, es palmario que para la aludida entidad contratante existía la previa obligación a la suscripción del contrato de verificar el más bajo precio y plazo ofrecido, así como efectuar las comparaciones de ventaja para la entidad, mediante el cotejo de diferentes ofrecimientos recibidos, y en caso de no haber pluralidad de oferentes, bien la consulta de precios o condiciones del mercado.

Ninguna de las piezas documentales allegadas, y menos el texto del contrato, dan cuenta de ese *ineludible* sondeo de precios y condiciones del mercado, que en esas circunstancias hiciesen transparente y objetiva la selección de la Cooperativa Guarquiná, pues nótese que ni siquiera por darle apariencia formal de legalidad, se plasmó en el texto del convenio, el contraste de precios de mano de obra, que llevaran a la conclusión de las inmejorables condiciones ofrecidas por la cooperativa seleccionada; bastó con la insular afirmación de comprobada idoneidad en la ejecución de las obras.

[...]

[El análisis probatorio muestra] la indeterminación y ausencia de...cualquier soporte que diera asomo de transparencia por selección objetiva y observancia de básicos postulados que iluminan la contratación pública; por el contrario, las serias irregularidades y omisiones develadas y no justificadas permiten resolver desfavorablemente para los inculpatos, cuyas obligaciones regladas como servidores del Estado son concretas.

¹⁵ Cuyo objeto era el de “suministro de mano de obra para realización de obras públicas de adecuación y mantenimiento” de acueductos rurales.

Para el libelista, tal argumentación es precaria e insuficiente para acreditar la afirmación de la tipicidad objetiva frente al art. 410 del C.P., bajo el supuesto que el Tribunal creó requisitos inexistentes en la ley, producto de una abierta e indeterminada lectura de los principios que rigen la contratación estatal. Sin embargo, tal reproche carece de fundamento, como quiera que si bien el *ad quem* alude genéricamente a varios postulados rectores, en lo esencial extrajo reglas concretas previstas en el art. 29 de la Ley 80 de 1993. Y fue a partir de tales formalidades *taxativas* que juzgó la conducta del acusado, no de parámetros *ex post* derivados de una interpretación extensiva de la ley.

Según se extrae de la sentencia, aun admitiendo que el contrato fuera de menor cuantía -aserto con fundamento en el cual el censor sostiene que no debía abrirse convocatoria ni oferta pública, hacerse cotejo de ofertas y precios ni garantizar pluralidad de oferentes- es dable afirmar la inobservancia de requisitos ineludibles en la tramitación del contrato, como la revisión y análisis de precios del mercado, ante la ausencia de pluralidad de ofertas.

Y tal aserto lejos está de haber sido “*inventado*” por el Tribunal, pues, como se vio, es un mandato del art. 29 de la Ley 80 de 1993 que fue incumplido por el acusado, pues la sentencia declaró probado que el examen de precios del mercado no fue documentado y motivado, sin siquiera haber dejado constancia escrita en el texto del convenio. Ello, destaca la Sala, es razón suficiente para afirmar el desconocimiento de un requisito esencial en la tramitación del contrato, que tenía plena vigencia aun aceptando, como lo afirma el censor, que el contrato era de menor cuantía -que a lo sumo le permitía al servidor prescindir de pluralidad de ofertas, pero no de examinar los precios del mercado y motivar por qué la propuesta le convenía a la entidad-.

De suerte que, a la hora de construir la premisa mayor del juicio de adecuación típica, *eminente* *normativo*, el Tribunal no desbordó el margen legítimo de connotación de los ingredientes normativos del tipo penal -en blanco-.

Al margen de la modalidad de contratación -directa- se debía garantizar una selección objetiva del contratista, de conformidad con el artículo 29 de la Ley 80 de 1993. Como quiera que, antes de comprometer a la Alcaldía contractualmente, el acusado debió consultar, como mínimo, los precios o condiciones del mercado y motivar la selección de la única oferta desde esa perspectiva.

Además, también se echa de menos el cumplimiento de otros requisitos esenciales de la tramitación del contrato, como el estudio de conveniencia y oportunidad, así como los términos de referencia o análisis previo a la suscripción del contrato, que también son aplicables a la contratación directa.

En relación con este último aspecto, el demandante reconoce que tales documentos no se elaboraron de manera previa a la rúbrica del contrato, sino que, *“en los Consejos de Gobierno, se identificaron las necesidades que se pretendían satisfacer con el contrato, y a la postre, se determinaron los motivos, las condiciones, el objeto y los lugares de ejecución del acuerdo”*. Mas tal proposición resulta inaceptable en el estudio de fondo del cargo admitido -por violación directa de la ley sustancial-, en la medida en que desconoce las premisas fácticas fijadas en la sentencia confutada, las cuales resultan inamovibles cuando se censura la decisión por la vía de la violación inmediata de la ley, que concierne a meros aspectos de derecho, no a cuestiones de hecho.

Es más, el mismo recurrente tiene conciencia acerca de los requisitos esenciales incumplidos que se debieron agotar en el trámite contractual, pues, rompiendo la unidad lógica del

reproche por violación *directa*, pretende demostrar, refiriéndose a *pruebas* testimoniales, que los consejos de gobierno suplen tanto el estudio de conveniencia y oportunidad como los términos de referencia o análisis previo a la suscripción del contrato.

En todo caso, habiéndose establecido la obligatoriedad de elaborar dichos documentos de manera previa al *procedimiento de selección* o de *la firma del contrato* (cfr. num. 5.2.2.1 *supra*), sin que el acusado hubiera acatado ese deber, se refuerza el incumplimiento de requisitos esenciales en la tramitación del convenio, que igualmente realizan la descripción típica del art. 410 del C.P.

Paralelamente, el recurrente acude a la “*comprobada idoneidad* de la Cooperativa Guarquiná”, por los múltiples contratos en los que había participado con la Alcaldía y las “*altas calidades* de quienes la integraban”. Comprensión que, en todo caso, es inaceptable pues no trasciende más allá de una insular afirmación, carente de acreditación dentro del proceso.

De suerte que, al margen de los errores *in iudicando* detectados en el num. 5.1.1.2 *supra*, los reproches dirigidos a afirmar la aplicación indebida del art. 410 del C.P. son infundados, por lo que la pretensión de que se case la sentencia para que se absuelva al acusado no tiene prosperidad.

En mérito de lo expuesto, la **Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CASAR parcialmente la sentencia de segunda instancia, proferida por el Tribunal Superior de Antioquia el 20 de

febrero de 2017, con el exclusivo propósito de excluir de la imputación en contra de RAÚL HERNANDO ROLDÁN PÉREZ, por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, lo relacionado con las irregularidades presentadas en la fase de *ejecución* del contrato de prestación de servicios de mano de obra.

SEGUNDO: En lo demás, el fallo impugnado permanece incólume.

Contra esta decisión no proceden recursos.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al tribunal de origen.

Cúmplase.

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria