RELEVANTE	
SALA DE CASACIÓN PENAL	
M. PONENTE	: PATRICIA SALAZAR CUELLAR
NÚMERO DE PROCESO	: 47100
NÚMERO DE PROVIDENCIA	: SP153-2017
CLASE DE ACTUACIÓN	: CASACIÓN
TIPO DE PROVIDENCIA	: SENTENCIA
FECHA	: 18/01/2017
DECISIÓN	: NO CASA
DELITOS	: Interés indebido en la celebración de contratos / Contrato sin cumplimiento de requisitos legales
FUENTE FORMAL	: Constitución Política de Colombia de 1991 art. 336 / Ley 599 de 2000 art. 9, 11, 409 y 410 / Ley 643 de 2001 art. 7, 22, 25 y 60

TEMA: **CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA** - Contrato de concesión para la operación de los juegos de suerte y azar: término máximo / **CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA** - Contrato de concesión para la operación de los juegos de suerte y azar: no es susceptible de prórroga / **CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA** - Contrato de concesión para la operación de los juegos de suerte y azar: el contratista debe ser seleccionado por licitación pública / **CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA** - Contrato de concesión para la operación de los juegos de suerte y azar: tiene un régimen especial diferente al régimen general de contratación estatal

«El impugnante plantea que el debate "no es en este punto sobre la apreciación de las pruebas y los hechos declarados probados por el sentenciador…", sino sobre la interpretación de algunos artículos de la Ley 643 de 2001, "pues en el fallo se concluye que con la firma de la prórroga se violaron esas disposiciones, como quiera que ellas prohíben la prórroga en este tipo de contratos".

El asunto así planteado no refleja con rigor el tema de controversia, porque la condena no se estructura sobre la idea de que los procesados, cada uno desde su rol, dieron lugar a la prórroga del contrato de concesión 012 de 2001, sino que con ello violaron el término máximo de duración previsto expresamente

en la Ley 643 del mismo año (5 años), y omitieron el proceso de licitación que obligatoriamente debió adelantarse para seleccionar al contratista que asumiría la concesión una vez vencido el plazo del contrato celebrado con la empresa representada por VO.

[…]

En este orden de ideas, si se tiene en cuenta que el contrato 012 de 2001 tenía un término de duración de cinco años (el tope máximo previsto en los artículos 7, 22 y 25 de la citada ley), lo atinente a la prórroga se relaciona inexorablemente con dicha restricción temporal y, de paso, con la consecuente obligación de seleccionar al contratista mediante licitación pública.

[…]

[…] si bien es cierto en el fallo impugnado (la unidad conformada por las decisiones de primera y segunda instancias) no se hizo una copiosa disertación sobre el sentido y alcance de la Ley 643, también lo es que en el mismo se expusieron las razones para concluir que las concesiones allí reguladas no pueden tener una duración superior a los cinco años, y que a través de ese mecanismo no se puede obviar el proceso licitatorio que debe adelantarse con la misma periodicidad.

En primer término, los falladores se refirieron reiteradamente a que esa normatividad expresamente dispone que: (i) “el término establecido en los contratos de concesión para la operación de juegos de suerte y azar no podrá ser inferior a tres (3) ni exceder de cinco (5) años” (Art. 7); (ii) “sólo se podrá operar el juego de apuestas permanentes o chance, a través de terceros seleccionados mediante licitación pública, y por un plazo de cinco (5) años” (Art. 22); y (iii) “sólo se podrá operar el juego de apuestas permanentes o chance, a través de terceros, seleccionados mediante licitación pública y por un plazo de cinco (5) años”. (Art. 25).

Desde la perspectiva gramatical, el entendimiento de estas normas no ofrece mayor dificultad, bien porque su texto es comprensible según el sentido natural de las palabras allí utilizadas, ora por la manera como las mismas fueron articuladas. Además, debe considerarse que el límite temporal fue reiterado por el legislador, lo que denota su trascendencia dentro de esta regulación especial.

[…]

De otro lado, en el fallo impugnado se hizo hincapié en que se trata de una normatividad de "carácter especial", que debe ser aplicada preferentemente.

[…]

Este, sin duda, es un criterio de interpretación relevante, que ha sido utilizado por la Corte Constitucional para establecer el sentido y alcance de la Ley 643 de 2001, así como su correspondencia con la Constitución Política, bajo el entendido de que los riesgos de corrupción y otros fenómenos no deseables, inherentes a las actividades allí reguladas, justifican la existencia de un "régimen propio", así como una "regulación estricta"

[…]

No se requiere de un esfuerzo que vaya más allá de la simple lectura de la norma, para comprender que la Ley 643 desarrolló, como correspondía, el marco general consagrado en la Constitución Política sobre esta materia. Basta para ello considerar lo dispuesto en su artículo 60, en el sentido de que "las disposiciones del régimen propio que contiene esta ley regulan general e integralmente la actividad monopolística y tienen prevalencia, en el campo específico de su regulación, sobre las demás leyes…".

A lo anterior puede agregarse que el término de duración de cinco años, consagrado en los artículos 7, 22 y 25 de la Ley 643, así como la determinación perentoria de que los contratistas deben ser seleccionados por el mecanismo de licitación pública (Arts. 22 y 25), permiten desarrollar importantes aspectos constitucionales, bien porque el Estado, cada quinquenio, pueda optar por la oferta que resulte más favorable para el interés público, ora porque con esa misma frecuencia los potenciales interesados puedan concurrir en condiciones de igualdad al llamado estatal para elegir el concesionario.

[…]

En esta línea de pensamiento, no puede banalizarse, como parece hacerlo el impugnante, lo establecido perentoriamente en la Ley 643 de 2001 en el sentido de que los contratos de concesión allí regulados no pueden tener una

duración superior a 5 años, y que la selección de los contratistas debe hacerse con esa misma frecuencia, a través del mecanismo de la licitación pública.

En síntesis, la aseveración del impugnante en el sentido de que los juzgadores no interpretaron la ley, y se limitaron a hacer "afirmaciones" sobre su sentido y alcance, carece de fundamento, bien porque en el fallo se hizo expresa alusión al sentido gramatical de las disposiciones, se resaltó su carácter especial y se hizo, a su manera, una interpretación sistemática, ora porque esos argumentos son coherentes con lo expuesto por la Corte Constitucional sobre los alcances del denominado "régimen propio" de las actividades allí reguladas, así como la teleología de las normas que regulan la licitación pública como medio de selección de los contratistas, lo que abarca la frecuencia con que deben realizarse las respectivas convocatorias.

[…]

De otro lado, el impugnante plantea que "el contrato de concesión al que se refieren los artículos 7°, 22 y 33 de la Ley 643 de 2001, no es una figura jurídica creada por esta ley, no es un contrato autónomo, ni diferente al consagrado en la Ley 80 de 1993", y para ello trascribe lo expuesto por el Consejo de Estado.

[…]

Lo anterior con el claro propósito de apoyar la tesis, de que el plazo máximo de duración de los contratos a que aluden los artículos 7°, 22 y 25 de la ley en mención, puede ser ampliado a través de prórrogas, según la regla general prevista en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993.

Sin embargo, en este aspecto también hace una citación fragmentaria de los conceptos emitidos por el Consejo de Estado, pues esta Corporación también resaltó las evidentes diferencias entre los contratos de licitación regulados en la Ley 80 y el contrato con la misma denominación del que se ocupa la Ley 463, tanto en su objeto con la determinación de un término máximo de duración.

[…]

Como bien lo ha aclarado la Corte Constitucional en las sentencias atrás referidas, el artículo 336 dispuso que el monopolio rentístico de juegos de

suerte y azar tenga un régimen propio, entre otras cosas para lograr una regulación estricta, orientada a evitar la materialización de los riesgos inherentes a esa actividad, entre ellos la corrupción.

Para tales efectos, la Ley 643 de 2001 estableció, entre otras cosas, que la selección de los contratistas para el juego de apuestas permanentes o chance debe hacerse a través de licitación pública, y estableció que los respectivos contratos no podrán tener una duración superior a cinco años. Este término permite, entre otras cosas, brindarle la oportunidad al Estado de elegir cada quinquenio la mejor opción contractual, y a los interesados en acceder a esos contratos participar con esa periodicidad en las respectivas convocatorias.

Además de tener un régimen propio, por expreso mandato de la Constitución Política, y de estar sometidos a reglas más estrictas, por las razones atrás enunciadas, los contratos de licitación regulados en la Ley 643 de 2001 tienen un objeto sustancialmente diferente de los contratos de la misma denominación regulados en la Ley 80 de 1993, que hacen prácticamente inoperantes las razones que en ese ámbito pueden justificar una adición contractual.

En cuanto a la fecha de terminación, no se trata de una circunstancia impredecible, sino de un dato cierto, por lo que resulta insostenible que el contratante o el contratista se vean "sorprendidos", y merced a ello estén facultados para trasgredir el plazo máximo de duración, reiterado en tres de las normas que integran la citada ley.

Por tanto, no es aceptable lo que plantea el impugnante, en el sentido de que el término máximo de duración del contrato, consagrado expresa y reiteradamente en la Ley 643, que es una importante expresión del "régimen propio" que por mandato constitucional debe tener esta actividad, y de la más estricta reglamentación a que aludió la Corte Constitucional en las sentencias atrás citadas, pueda ser desatendido bajo el argumento de que se le aplican las normas generales de contratación (concretamente el artículo 40 de la Ley 80 de 1993), máxime si se tienen en cuenta las especiales características del contrato en mención, que, principalmente en lo que atañe al tiempo de duración, hacen inoperantes las circunstancias que podrían justificar una prórroga a la luz de las reglas generales de contratación.

[…]

Lo primero que debe advertirse es que este argumento tiene implícita la premisa de que es posible, a través del mecanismo de la prórroga, superar el tiempo máximo de duración de los contratos de concesión, establecido en los artículo 7, 22 y 25 de la Ley 643 de 2001, lo que va en contravía de las conclusiones expuestas en los párrafos precedentes.

Sin embargo, así se admitiera, en gracia de discusión, que existe la posibilidad de superar, a través de prórrogas, el término máximo de duración de los aludidos contratos, las razones aducidas por el gerente de la Lotería para no realizar el respectivo proceso licitatorio y optar por ampliar en 30 meses el término del contrato son palmariamente inadmisibles, como también lo son los argumentos que sobre el particular expone el impugnante.

El defensor de VO plantea dos aspectos: (i) da a entender que son válidos los argumentos que en su momento expuso EA para solicitar la autorización de la prórroga; y (ii) da a entender que si E no realizó oportunamente el proceso licitatorio, estaba obligado a prorrogar el contrato para evitar la parálisis de la ya conocida actividad rentística.

[…]

Los argumentos expuestos por EA hacen palmaria su intención de perpetuar a la empresa representada por VO en calidad de concesionario, y de cerrar la puerta a otros participantes que eventualmente pudieran, en condiciones de igualdad, acceder al respectivo contrato. Ese tipo de comportamientos son los que justifican la existencia de un régimen especial y riguroso, para evitar que se materialicen los riesgos referidos por la Corte Constitucional en las sentencias analizadas a lo largo de este fallo.

[…]

Tampoco es admisible lo que plantea el impugnante en el sentido de que E se vio obligado a prorrogar el contrato, porque no tenía tiempo suficiente para adelantar la respectiva licitación.

Este argumento entraña una notoria contradicción, porque precisamente lo que se le imputa a los procesados es haber contribuido, según sus respectivos roles, para que el contrato se extendiera más allá de lo permitido por la ley, lo que se tradujo en la no realización del respectivo proceso licitatorio.

Al efecto, debe tenerse en cuenta que LEE asumió la dirección de la Lotería del [...] desde el año 2004, y que el contrato 012 de 2006 expiró en el año 2006, lo que indica que éste tuvo tiempo suficiente para adelantar el proceso de licitación. Si no lo hizo, para optar por una prórroga abiertamente ilegal, no es admisible el argumento de que se vio forzado a extender la duración del contrato porque ya no tenía tiempo de adelantar el proceso legal de selección del contratista.

Además, si la prórroga hubiera tenido como justificación la falta de tiempo suficiente para realizar la licitación, lo lógico es que la misma se hubiera hecho por el tiempo necesario para completar el proceso de selección. Sin embargo, los procesados optaron por extender el contrato por 30 meses, lo que confirma la tesis de que su intención fue desconocer los límites temporales del contrato de concesión y el mecanismo de selección de los contratistas, previstos en la Ley 643 de 2001, con el propósito de que la empresa representada por LHVO resultara favorecida.

Por lo expuesto, no existen razones para casar el fallo impugnado, por este cargo en particular».

VIOLACIÓN DIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL - Parte de la aceptación plena de los hechos / **DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA** - Unidad de imputación / **IMPUTACIÓN OBJETIVA** - Aplicación

«Los problemas de estructuración del cargo, son evidentes. Tratándose de una violación directa a la ley sustancial, en lugar de aceptar con rigor los aspectos relacionados con la valoración probatoria o la forma en que los hechos fueron considerados en los fallos, el demandante cuestiona las conclusiones valorativas de los jueces de instancia, llevando la controversia a un terreno que no se corresponde con la realidad procesal, como se verá más adelante, sin que en forma alguna precise la existencia de los denunciados yerros por aplicación indebida o falta de aplicación de las disposiciones que, en su entender, resultaron violentadas.

[...]

[...] se tiene que VO no solamente se dedicó a hacer una solicitud ciudadana a la Administración Pública, como lo sostiene su defensa, sino que después de esa actividad desplegó otra que en términos de tipicidad resultó relevante para el derecho penal, consistente en su voluntario concurso en la celebración

de un negocio jurídico referido al contrato adicional n.º 001 al contrato de concesión n.º 012 de 2011, suscrito el 7 de diciembre de 2005 entre la Lotería del […] y la sociedad de Empresarios de Apuestas Permanentes del […], de la que era su representante legal.

Admitiéndose, como se hace en la sentencia y en el presente cargo lo acepta el demandante, que el contrato adicional contravenía las disposiciones de la Ley 643 de 2001, es que se viene entendiendo, como fue expuesto en el desarrollo del cargo primero de esta demanda, que la demostrada tipicidad de esa conducta se adecúa objetivamente a los artículos 409 y 410 del Código Penal.

De allí que, bajo la comprensión de que tanto el acusado LEEA, como gerente de la entidad pública, así como LHVO, en calidad de representante legal del organismo de derecho privado, acudieron a la realización del acto jurídico del que derivó la elusión del plazo del contrato inicial y de la licitación pública para la adjudicación de un nuevo contrato, corresponde a cada uno de ellos, en virtud del principio de unidad de imputación, responder conforme a su forma de intervención en las conductas punibles. Ello en razón del concepto que en materia de participación criminal enseña que ante la concurrencia de varios sujetos activos en la ejecución de delitos especiales o delitos de infracción de deber, todos quienes intervengan en su realización deben responder penalmente, manteniéndose para cada uno de ellos la unidad de imputación y la calidad personal en su participación.

Por lo tanto, en lo que atañe al acusado VO, se evidenció que sin poseer las condiciones especiales que demandan los tipos penales que le fueron imputados, tomó parte en la realización de las conductas punibles y esa es la medida de su responsabilidad penal, relativa a un grado de participación accesoria por su condición de interviniente frente a las conductas desplegadas por el autor calificado.

[…]

A partir de estas premisas relativas a la forma de participación que revistió la actuación desplegada por el procesado VO, debe decirse que el demandante viene planteando desde la perspectiva de la imputación objetiva que, más allá de la simple causalidad del comportamiento en relación con el resultado, su intervención no creó ningún riesgo jurídicamente desaprobado para los bienes protegidos, por lo que no le podía ser imputable su menoscabo.

Al respecto, debe acotarse que para la teoría de la imputación objetiva, la determinación de la tipicidad en los delitos de resultado se sirve de criterios objetivos, que, valga señalar, no tienen que ver con la finalidad o con el dolo del autor, y se sirve de la siguiente estructura: la relación de causalidad entre una persona y el resultado; el nexo de determinación; la creación de un riesgo o peligro no permitido; la realización en el resultado del riesgo no permitido; y, el alcance del tipo o fin de protección del tipo penal.

La creación del riesgo jurídicamente desaprobado, hacia donde dirige su interés el demandante, es un elemento general del injusto que aunque fue desarrollado en principio para el delito imprudente, se le ha venido asignando una importante función en los delitos dolosos en relación con el ámbito de protección de la norma, no tanto en la delimitación de la responsabilidad por la causalidad, como sí en el propósito de limitar los excesos de responsabilidad penal. En concreto, se significa que en relación con el tipo penal no es suficiente con el dato ontológico consistente en que la conducta del acusado haya lesionado o puesto en peligro los bienes jurídicos tutelados, pues se requiere, además, de un requisito axiológico, esto es, que el peligro se encuentre desaprobado por el ordenamiento jurídico.

Pues bien, vistos los lineamientos anteriores, observa la Sala que distanciándose de los fundamentos teóricos invocados en la demanda, el recurrente conduce el debate a un escenario jurídico distinto a aquel considerado por las instancias en la realización de las conductas punibles que fueron imputadas, cuando aduce que la actuación del acusado VO no representó la creación de riesgo alguno para el bien jurídico, en tanto se limitó a informar a la Administración Pública que su contrato fenecería en un año y a solicitar, en consecuencia, que se estudiara la posibilidad de su prórroga

[…]

Bien puede advertirse que el riesgo creado para el bien jurídico en el presente caso no consistió en que VO, como individuo particular, haya elevado una petición a la Administración Pública, pues esa es una conducta no solamente tolerada socialmente sino que constituye el ejercicio de un derecho constitucional.

En realidad, omite el demandante señalar que el reproche penal que se hizo en la sentencia confutada, se cifró no en esa petición que el particular elevó

a la Administración, sino en el contrato adicional que prorrogó el anterior contrato de concesión celebrado entre el procesado y la entidad pública, violándose de esa manera su término máximo de duración previsto en la Ley 643 de 2001 y omitiéndose el obligado proceso de licitación para seleccionar al contratista.

[…]

Así las cosas, lo verdaderamente relevante es que el acusado no era en este caso un simple particular presentando una solicitud en ejercicio de su derecho de petición, en "los mismos términos que nos comunicamos en los días y horas hábiles todos los ciudadanos con el Estado", como quiere presentarlo el recurrente, sino que era el representante legal de una empresa comercial atada a un contrato de concesión con la entidad estatal Lotería del […] y, bajo esa condición, discutió los términos convencionales del contrato que regía desde el 13 de junio de 2001 para terminar celebrando el 7 de diciembre de 2005 un contrato adicional, al que concurrió de manera libre y voluntaria, conociendo a cabalidad su contenido y las mismas implicaciones que dicho acuerdo formal tendría frente a la ley que lo gobernaba.

Se ofrece, en este sentido, fuera de cualquier razón, frente a los fundamentos de la decisión recurrida, sostener que al acusado VO se le imputó el hecho de no negarse a firmar el contrato conforme a lo aprobado por la propia Administración Pública, desconociéndose en tan pobre argumento que él era una de las partes contratantes y como tal decidió, junto con el representante del Estado, el curso y las condiciones del contrato, pretermitiéndose en ese propósito el régimen legal propio que reglamentaba esa clase de contratos de concesión (Ley 643 de 2001) y la regulación estricta existente en materia de plazos y adiciones.

[…]

De otro lado, con notable impropiedad, el recurrente invoca la presencia de criterios de determinación del riesgo permitido, alusivos al principio de confianza, a la prohibición de regreso y al principio de autodeterminación, pretendiendo con ello justificar la ausencia de responsabilidad del procesado LHVO.

Tales conceptos obedecen a la idea de la permisión de riesgo relevantes para los bienes jurídicos y que, como en el caso del principio de confianza y en la

prohibición de regreso, obligan al juez a valorar la actuación de terceros a fin de determinar los ámbitos de responsabilidad penal por la conducta que discurre dentro de los riesgos permitidos.

De esta manera, el principio de confianza es un concepto de carácter normativo que determina la legitimidad de la expectativa que puede tener un ciudadano en función de la actuación de los demás, en tanto que puede contar con una actuación idónea de quienes actúan en el mismo contexto de riesgo dentro del tráfico jurídico, por lo que debe responder por sus propias actuaciones y no por las de terceros.

Aduce el recurrente que el particular que presentó una solicitud a la Administración Pública tenía el derecho a confiar y esperar que se le resolviera de acuerdo a lo que legalmente correspondía. Es decir, que contrayendo la actuación del procesado a una simple petición, la responsabilidad de celebrar el contrato de adición y evadir el proceso de licitación fue del representante de la Lotería del […].

La falsedad de la premisa en el razonamiento del demandante impide explayarse en el planteado tema del principio de confianza, cuando se sabe que la actuación relevante del acusado no se supeditó a una simple petición ciudadana, sino que abarcó su presencia como persona contratante en la definición de unas cláusulas acordadas y aceptadas que finalmente fueron consignadas en el contrato como un concurso de voluntades.

Por ese motivo no es aceptable para la Sala la invocación de dicho principio de concreción del riesgo permitido, cuando el propio acusado fue correalizador del comportamiento lesivo y, en consecuencia, no podía cifrar en terceros una actuación debida cuando él mismo participaba de ella, por lo que en asocio del representante del Estado creó el riesgo para el bien jurídico tutelado.

Sobre este aspecto en particular, bastará puntualizar que no es posible en este caso invocar el principio de confianza, quien no se ha comportado de conformidad con la ley y ha sido realizador de la conducta reprochada.

[…]

[…] el principio de confianza se fundamenta en el principio de autorresponsabilidad, en la medida en que el ámbito de responsabilidad de cada uno se limita a su propia conducta, de tal manera que el compromiso

deducido a VO deviene de su propia actuación, sin que a ella se extienda como forma de responsabilidad la reprochada realización lesiva de LEEA.

Valga decir, los ámbitos de responsabilidad son individuales y responden a la propia conducta del individuo, sin que en este caso se advierta que en los fallos censurados se asiente el compromiso del acusado en razones diferentes a su comportamiento

Por ultimo, en relación con la prohibición de regreso, incomprensible resulta el planteamiento del demandante cuando expone al respecto que como el acusado no era responsable de tomar las decisiones del Estado, a él no podía "regresar la imputación jurídico penal".

La prohibición de regreso, como instrumento de determinación del riesgo permitido, se refiere a un ámbito de colaboración imprudente, e incluso doloso, de un tercero a la realización del tipo penal, sin que le pueda ser trasladada la responsabilidad por el resultado principal porque su contribución se encuentra prevista dentro del riesgo permitido.

La aplicación de dicha teoría en el presente caso carece de rendimiento alguno, cuando se ha dado como demostrado que el acusado VO concurrió a la celebración del contrato de adición en el que se fundamentó la indebida prórroga del contrato inicial y se eludieron las exigencias de la licitación pública para la concesión del contrato para los juegos de azar.

De manera que su intervención no consistió, como lo quiere hacer ver la defensa, en una actuación inocua frente al bien jurídico; tampoco puede sostenerse que se trató de un comportamiento que no desbordó los contornos del riesgo permitido. Al contrario, su conducta fue esencial y principal y lejos de haber servido para el favorecimiento de las conductas dolosas, fue ella, por esencia, la acción a través de la cual se agotaron los tipos penales».

DOLO - Demostración

«La demostración del dolo, dada su condición de "hecho psíquico" (no perceptible directamente por los sentidos), como suele denominársele por algunos sectores doctrinarios, generalmente se hace a través de inferencias, por la obvia dificultad para lograr su acreditación a través de "prueba directa".

Sobre el dolo, ha dicho esta Corporación que en tanto se refiere al conocimiento y la voluntad de todos los elementos que constituyen el tipo objetivo, se demuestra valorando aquellos datos, precisamente objetivos, que rodean la realización de la conducta.

[…]

En este caso, el Juzgado y el Tribunal infirieron que los procesados conocían que estaban trasgrediendo la Ley 643 de 2001, a partir de los siguientes hechos indicadores: (i) la ley es suficientemente clara y reiterativa en cuanto al término máximo de duración de los contratos y la obligación de seleccionar al contratista a través del mecanismo de licitación pública; (ii) los procesados conocían ampliamente esa normatividad; y (iii) las razones expuestas para justificar la prórroga (además de la decisión de no realizar oportunamente el trámite licitatorio), claramente apuntaban a eludir dicho proceso de selección, bajo argumentos que contravienen los principios que rigen esa figura y los intereses constitucionales que se pretenden desarrollar con ella -agrega la Sala».

ERROR DE TIPO - Vencible e invencible

«Si bien el defensor de EA aduce la presencia de un error invencible, no termina de definir si es de tipo o de prohibición, y son las mismas pruebas a las que se aludió en precedencia, las que permitían al procesado conocer claramente que el contrato de concesión para la explotación de chance tiene un régimen propio; que el proceso de contratación se circunscribe necesariamente a la escogencia a través de licitación y que el término máximo de duración del contrato es de cinco años, como el Tribunal lo precisó insistentemente.

La Colegiatura ha precisado que esta clase de error puede ser invencible, cuando ni aún actuando en forma diligente y cuidadosa, el autor habría podido llegar a otra conclusión; y que es vencible, cuando la falsa representación podía evitarse o superarse si el autor se hubiere esforzado en colocar a su alcance el ejercicio representativo que le era exigible superar, caso en el que la conducta será punible si está prevista como culposa

Esa comprensión mínima, que no implicaba un conocimiento especializado al cual no tuviera acceso el procesado EA, mucho más si se tiene en consideración, como lo destaca el Tribunal, que la normativa que rige la

materia (Ley 643 de 2001) se hallaba citada en el texto de los conceptos rendidos por los abogados asesores, es la que desecha la presencia de un error en su actuar».

SENTENCIA - Defectos en la motivación: modalidades

«[…] si lo que el censor quiso cuestionar es un supuesto error en la motivación de la sentencia, ha debido especificar si se trató de (i) una ausencia absoluta de motivación, es decir, porque no se consignaron los fundamentos fácticos y jurídicos en que se apoya el fallo; (ii) una motivación insuficiente, incompleta o deficiente, esto es, porque se omitió el pronunciamiento de alguno de los aspectos determinantes de la tipicidad o la responsabilidad, o se dejaron de examinar los alegatos de los sujetos procesales en aspectos trascendentales para resolver el problema jurídico concreto, lo que impidió saber cuál es el fundamento del fallo; (iii) una motivación equívoca, ambigua, ambivalente o dilógica, que hizo imposible aprehender el contenido de la misma; o, (iv) una motivación sofística, aparente o falsa, al punto que el fundamento probatorio de la decisión no consultó la realidad probatoria que exhibe el proceso.

A ninguna de tales irregularidades se refiere el censor, pues su alegación se restringe a una pretendida reviviscencia de la argumentación contenida en un acto procesal declarado sin validez, omitiendo cualquier calificación frente a las posibles formas que determinan los errores de motivación de la sentencia, ampliamente estudiados por la jurisprudencia de esta Corte.

[…]

En ese orden, no se advierte la presencia de irregularidad alguna en los argumentos presentados por el A quo en la sentencia de primera instancia, menos, se vislumbra de qué manera esas consideraciones desvertebran la estructura del proceso penal, como para que se inscriba en una afectación al debido proceso o de las formas propias del juicio».

INTERÉS INDEBIDO EN LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS - Antijuridicidad / **INTERÉS INDEBIDO EN LA CELEBRACION DE CONTRATOS** - Bien jurídico tutelado / **CELEBRACIÓN DE CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES** - Antijuridicidad / **CELEBRACIÓN DE CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES** - Elementos: bien jurídico tutelado

«El reparo presentado por el demandante se cifra en que no existiendo lesión al bien jurídico de la Administración Pública, el comportamiento endilgado al acusado EA no estructura la existencia de las conductas punibles prevista en los artículos 409 y 410 del Código Penal, en tanto de ellas se encuentra ausente la antijuridicidad material, lo que en su entender se corrobora por el mismo juez a quo cuando en referencia al informe No. 3187 del 12 de junio de 2006 del CTI de la Fiscalía, consigna que la adición contractual no representó afectación presupuestal ni financiera a la entidad pública Lotería del […], manteniéndose el equilibrio contractual entre derechos y obligaciones surgidas de dicho convenio.

No obstante, se advierte claramente en el razonamiento que se desconoce por parte del recurrente el sentido de lesividad que comportan las conductas relativas a los delitos de Interés indebido en la celebración de contratos y contrato sin cumplimiento de requisitos legales, pues en uno y en otro caso la afectación al interés jurídico no resulta de la concreción de un desmedro económico para el Estado, sino de la pretermisión de los principios constitucionales y legales que gobiernan la contratación estatal.

[…]

Dichos postulados de naturaleza constitucional se encuentran desarrollados en el artículo 23 del Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, Ley 80 de 1993 y en el artículo 3º de la Ley 643 de 2001.

Es por lo anterior que la Sala ha precisado en anteriores oportunidades frente a estos delitos, que la administración pública es lesionada cuando el servidor no actúa con sujeción absoluta y franca a tales principios que se hallan implícitos 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.

[…]

[…] en relación con el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, la Sala no ha sido menos explícita en la concreción del ámbito de tutela del bien jurídico de la Administración Pública, resaltándose la relevancia del principio de selección objetiva como principal objeto de protección penal.

Así se ha pronunciado la Corte:

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

El delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales (artículo 410 del Código Penal) se ofrece como un tipo penal de mera conducta, que consiste en tramitar, celebrar o liquidar contratos sin sujeción a los requisitos legales esenciales por lo que no exige un perjuicio económico. Lo reprochable es la voluntad de hacer prevalecer el interés particular del servidor público que interviene sobre el general de la comunidad en el proceso de contratación, contraviniendo los principios y fines que rigen la administración pública.

De igual manera, el tipo penal demanda el ejercicio de complementariedad que se deriva de acudir a las disposiciones que se ocupan de desarrollar los principios inherentes a la contratación pública, esto es, la igualdad, moralidad, eficacia, planeación, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad, responsabilidad, transparencia y selección objetiva, contemplados, como ya se ha visto, en la Carta fundamental, en la Ley 80 de 1993 y en la Ley 643 de 2001, tratándose de mandatos "improrrogables, imperativos, innegociables e inderogables" .
En consecuencia, la protección del bien jurídico de la Administración Pública busca mantener los postulados que orientan la función administrativa y amparar los pilares fundamentales de la contratación estatal a fin de que sus distintas etapas de celebración y liquidación se realicen con transparencia, economía, responsabilidad, publicidad, igualdad y selección objetiva.

Bajo estos supuestos, es evidente que la conducta del procesado, sin justificación atendible, vulneró el bien jurídico tutelado de la Administración Pública, concretamente el principio de legalidad de la contratación administrativa, que es el valor protegido con el injusto de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

Así las cosas, en relación con el cargo presentado en la demanda, como lo hace notar la Procuradora, olvida el recurrente, que la descripción típica

contenida en los artículos 409 (interés indebido en la celebración de contratos) y 410 (contrato sin cumplimiento de requisitos legales) del Código Penal, no requieren para su estructuración de vulneración económica al bien jurídico tutelado, pues la Administración Pública, como bien protegido por el legislador, se afecta de diversas maneras».

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Rad: C-1191 | Fecha: 15/11/2001 | Tema: CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA - Contrato del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar: tienen su régimen especial frente al régimen general de contratación estatal

Rad: 1425 | Fecha: 23/10/2002 | Tema: CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA - Contrato del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar: tienen su régimen especial frente al régimen general de contratación estatal

Rad: 12191 | Fecha: 25/04/2002 | Tema: INTERVINIENTE - Delitos contra la administración

Rad: 12658 | Fecha: 18/04/2002 | Tema: INTERÉS INDEBIDO EN LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS - Antijuridicidad / INTERÉS INDEBIDO EN LA CELEBRACION DE CONTRATOS - Bien jurídico protegido / CELEBRACIÓN DE CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES - Antijuridicidad / CELEBRACIÓN DE CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES - Bien jurídico protegido

Rad: C-128 | Fecha: 18/02/2003 | Tema: INTERÉS INDEBIDO EN LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS - Antijuridicidad / INTERÉS INDEBIDO EN LA CELEBRACION DE CONTRATOS - Bien jurídico protegido / CELEBRACIÓN DE CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES - Antijuridicidad / CELEBRACIÓN DE CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES - Bien jurídico protegido

Rad: 25495 | Fecha: 06/05/2009 | Tema: INTERÉS INDEBIDO EN LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS - Antijuridicidad / INTERÉS INDEBIDO EN LA CELEBRACION DE CONTRATOS - Bien jurídico protegido / CELEBRACIÓN DE CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES - Antijuridicidad / CELEBRACIÓN DE CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES - Bien jurídico protegido

Rad: 22299 | Fecha: 06/07/2005 | Tema: ERROR DE TIPO - Vencible e invencible

Rad: C-300 | Fecha: 25/04/2012 | Tema: CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA - Prorroga: es excepcional

Rad: 41411 | Fecha: 10/07/2013 | Tema: DOLO - Demostración

Rad: 36579 | Fecha: 10/04/2013 | Tema: ERROR DE TIPO - Vencible e invencible