

REFLEXIONES EN TORNO AL TIPO PENAL DE LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS SIN CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS LEGALES

*Diego E. Corredor Beltrán**

Son suficientemente conocidas las razones por las cuales el legislador de 1980 consideró prudente y necesario tipificar conductas que ya eran de ocurrencia en nuestra realidad social a propósito del adelantamiento de los procesos contractuales en que el Estado se vio en la necesidad de celebrar con particulares, específicamente a raíz de los cambios generados por la reforma constitucional de 1968, que introdujo el surgimiento de la actividad empresarial del Estado, que se percibió en la necesidad de la satisfacción de las necesidades básicas de la población, muchas de ellas a través de terceros, por cuanto su propia capacidad no era la ideal para poder atender dentro de grados de equidad e igualdad a todos los ciudadanos, pero de contera igualmente se empezó a percibir el adelantamiento de acciones censurables por parte de algunas personas ya funcionarios o ya particulares, dirigidos a obtener ventajas ilícitas por su coyuntural participación en tales procesos; ese diagnóstico realizado en aquella época, luego de consultar la realidad que ya empezaba a observar, generó la determinación del legislador de tipificar alguna de esas infracciones. Esa situación, la percibida hace veinte años ha quedado tal vez pequeña a lo que hoy seguimos observando: el incremento inusitado de este tipo de infracciones como de todas aquellas que vulneran los intereses radicados en el Estado.

* Profesor de derecho penal, Universidad Externado de Colombia.

No han servido de nada la expedición de nuevas disposiciones, los incrementos de pena, los nuevos estatutos, la creación de Comisiones Nacionales Ciudadanas para la lucha contra la corrupción, o el establecimiento de nuevas instancias administrativas o judiciales para evitar el acaecimiento recurrente de tales comportamientos. La realidad que observamos es la de un enfermo al cual se le ha detectado cáncer y se encuentra en su fase terminal por la metástasis que se le ha generado a su interior. El acrecentamiento de la corrupción hoy entre nosotros no sólo es angustiante sino que estamos tal vez ante la impotencia absoluta de ni siquiera “reducirla a sus justas proporciones” como llegó a plantearlo un mandatario de los colombianos, calificada en su momento como desafortunada intervención, expresaba, ante la evidencia de erigirse en un medio de vida (*modus vivendi*) o de subsistencia, que indudablemente hoy ha llevado a la desintegración del grupo social y seguramente llevará a la del Estado nación, como tristemente lo estamos percibiendo en estas horas; pues ese fenómeno ya no es exclusiva de una actividad del Estado o de una de sus ramas del Poder, ni tampoco ubicable geográficamente, sino que es una plaga generalizada y sobre el cual no se percibe el antídoto idóneo.

En ese momento histórico, con buen criterio el legislador de 1980 vio la necesidad entonces de erigir sendos punibles que sancionaran dentro de la óptica de la *ultima ratio* del ordenamiento penal algunas acciones que se consideraban como nocivas o perjudiciales en el desarrollo de los procesos contractuales a los que se había visto abocado el Estado afrontar debiéndolo hacer con determinación y decisión.

Dentro de esa estrategia surgen entonces los tipos penales que conforman el Capítulo IV del Título III del Libro II del Código Penal colombiano y específicamente el que aparece en el artículo 146 del estatuto vigente y que con algunas pocas modificaciones se encuentra vigente hoy y es reproducido en la Ley 599 de 2000 y que se constituye en el objeto de nuestro análisis en este instante.

Tal vez de tales modificaciones es importante observar la que se introdujo a través del Decreto 141 de 1980 cuando se hizo referencia a que los requisitos que el servidor público debía pretermitir en el adelantamiento del trámite, celebración o liquidación del contrato debían ser los tenidos como “esenciales” y en ese momento indudablemente que el legislador a más de cualificar el ingrediente normativo, constituyó en nuestra opinión *la introducción de un tipo penal en blanco* de muy compleja comprensión, que ha llevado a que se considere por algunos como la introducción *de un tipo penal indeterminado*, constituyéndose éstos en infracción claro al principio de la tipicidad, lo que ha generado incuestionables problemas en los procesos de adecuación típica e interpretación del texto normativo y qué no decir del principio fundamental de la legalidad y de sus manifestaciones claras de reserva y certeza.

En efecto, esta clase de tipos (indeterminados) son aquellos en que la ley, traicionando la reserva y determinación constitucional de las prohibiciones penales, delega en el juez la facultad de identificar las conductas punibles limitándose a indicarle un vago

camino para hacerlo, como es el caso de la utilización de cláusulas vagas o generales de valoración (conducta ofensiva, actos deshonestos, hechos subversivos, conductas contrarias al orden público, atentados ilícitos contra el medio ambiente), o también a la remisión a complejos estatutos del derecho extrapenal (conductas contrarias al régimen minero o de recursos naturales, por ejemplo) que es lo que Fernández Carrasquilla ha denominado “tipos en blanco absoluto” o de “reenvío genérico” y lo que en dogmática corriente se conoce como “tipos super-abiertos”¹.

Al incorporarse el ingrediente normativo “requisitos legales esenciales” que ha utilizado esta descripción típica no podremos estar ante la presencia de un tipo de este carácter en cuanto que la disposición complementaria no precisa el hecho punible con propiedad, en un punto que es la esencia de la misma prohibición.

No estaremos que ante este reenvío *sui generis* que indudablemente es, en nuestro parecer, al criterio del juez, se esté realizando a una instancia meramente subjetiva, escapando así a toda posibilidad de limitación y control, lo que no solamente es problemático sino como lo califica Cury abiertamente condenable².

A nivel de derecho comparado una situación similar se presenta con el artículo 360 del Código Penal español al penar el incumplimiento de las formalidades legales o reglamentarias en la expedición de medicamentos o anticonceptivos³.

En este punto es importante entonces distinguir esta clase de tipos indeterminados a los llamados genéricamente tipos en blanco con reenvío específico, que son aquellas que remiten para completarse, a normas específicas extrapenales, de tal suerte que entre ambas integran un concepto claro, completo y determinado, que no arroja dudas sobre la materia prohibida. Aún para estos casos la doctrina no es unánime en aceptarlos, aun cuando los tolera⁴.

Lo importante en consecuencia es que la inclusión de esos tipos penales en blanco no rompan o no se constituya en violentadores de la seguridad jurídica y dentro de esta perspectiva los ordenamientos penales contemporáneos los aceptan e igualmente en nuestro caso la Corte Constitucional ha sido de ese mismo criterio cuando indica que los tipos penales en blanco se justifican, “siempre y cuando el correspondiente reenvío normativo permita al intérprete determinar inequívocamente el alcance de la conducta penalizada y de la sanción correspondiente”⁵; principio que ha sido retomado por esa

1. *Principios y normas rectoras del Derecho Penal*. Bogotá, Grupo Editorial Leyer, 1998, p. 172.

2. Cury. *La ley penal en blanco*, Bogotá, Edit. Temis, 1988, p. 50.

3. Diego Luzón Peña. *Curso de Derecho Penal, Parte General*. Edit. Universitas, 1996, p. 147.

4. Carlos Arturo Gómez Pavajeau. *Constitución, derechos fundamentales y dogmática penal*. Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2000, p. 56. Diego Manuel Luzón Peña. *Curso de Derecho Penal, Parte General*. Edit. Universitas, 1996, pp. 151 y ss. Enrique Bacigalupo. *Principios de Derecho Penal. Parte General*. Edit. Akal/Iure 4ª ed., 1997, pp. 102 y ss.

5. Sentencia C-559 del 4 de agosto de 1999. M. P. Alejandro Martínez Caballero.

corporación en sentencia reciente cuando se indica que “en nada contraría el ordenamiento superior el hecho de que el legislador recurra a esta modalidad de tipo penal, siempre y cuando verifique la existencia de normas jurídicas precedentes que definan y determinen de manera clara e inequívoca, aquellos aspectos de los que adolece el precepto en blanco, cuyos contenidos les sirvan efectivamente al intérprete, específicamente al juez penal, para precisar la conducta tipificada como punible, esto es, para realizar una adecuada integración normativa que cumpla con los requisitos que exige la plena realización del principio de legalidad”⁶.

Sin embargo, lo anterior no surge claro en los llamados y ya referidas normas penales en blanco con reenvío genérico o tipos super abiertos y la inquietud surge en este punto frente a la mención que dentro del artículo 146 que analizamos, se efectúa en torno a los “requisitos legales esenciales” cuando en la normatividad propiamente contractual, a la que por obvias razones debe remitirse al intérprete no encuentra ni genérica ni específicamente a cada tipo contractual por ejemplo, cuáles son esos requisitos legales esenciales.

He ahí el temor expresado. En consecuencia tendríamos que el Estatuto al cual debería remitirse por vía de especialidad, no cumple su objetivo de llenar la inquietud planteada en la norma penal respectiva. Por lo que entonces surge la indeterminación en el reenvío.

Entonces ¿qué hacer, mientras la disposición siga estando vigente y permanezca como está?

Primero: acudir al estatuto contractual, a sus normas generales y observar que al no decirse expresamente cuáles son esos requisitos esenciales ni de manera general ni de manera específica para cada una de las especies de los contratos allí regulados, tener en cuenta la norma general del artículo 13 de la Ley 80 de 1993 que expresa que: “Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2º del presente estatuto se registrarán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley...”.

Sin embargo consultando esa normatividad *no es la anterior la regla que se sigue* cuando los contratos son celebrados en el exterior o deban ejecutarse en el exterior, pues en ambas hipótesis podrá someterse a la legislación extranjera. Ni tampoco es la regla cuando el contrato es financiado con fondos de organismos multilaterales de crédito o personas extranjeras de derecho público u organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacional, los que podrán someterse a las regulaciones de tales entidades.

6. Sentencia C-739 del 22 de junio de 2000. M. P. Fabio Morón Díaz.

Situación esta que entonces genera ya adicional inquietud a lo planteado con antelación frente a los planos de seguridad y certeza mencionadas.

Segundo: acudir a la normatividad civil y específicamente a la que tiene que ver con el acápite de los contratos e igualmente a la normatividad comercial, dependiendo de la naturaleza y el carácter del contrato, pues igualmente así lo dispone el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, lo que de por sí genera otra indeterminación suma: “Los contratos... se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes”.

Con base en lo anterior no es difícil entender que el tipo de remisión propuesta para cumplir con la cabal interpretación de este artículo, supera los linderos tradicionales del tipo en blanco con reenvío específico, pues estamos ante un reenvío general propio de un tipo abierto, con una clara referencia a la remisión *in totum* que en opinión de la doctrina extranjera es una limitante para la admisión de la aplicación de las leyes en blanco, por cuanto va a dejar de ser expresa la remisión, como debería ser, constituyéndose en un atentado contra el principio de la legalidad y el principio de reserva de la ley en materia penal⁷, cuando además en estos supuestos también se va a dejar en mucho la interpretación de la norma al criterio del funcionario o juez, que deba realizar desde los iniciales procesos de adecuación típica; situación mucho más riesgosa cuando estamos en presencia de funcionarios que no ven el asunto de la Contratación Administrativa como prioritaria dentro de su formación jurídica, generándose la consecuente inseguridad jurídica en la aplicación de las normas penales y la consecuente “dictadura judicial” de tan ingratos recuerdos en la experiencia universal.

Ante la inquietud planteada, en este punto la doctrina penal colombiana, cree resolver el problema haciendo ver procedente la remisión únicamente a las normas de contratación, específicamente a la hoy vigente. Ley 80 de 1993⁸. Menos optimista es la posición de Gómez Méndez quien observa que al no aparecer en la Ley 80 de 1993 referencia precisa a cuáles son los requisitos esenciales en la tramitación, celebración o liquidación de contratos, es necesario consultar las normas civiles pertinentes, coligiendo entonces que son, de conformidad con el artículo 1501 del Código Civil, los que consulten la capacidad, el consentimiento, el objeto y la causa lícita⁹; mas tampoco se refiere a la situación anotada con antelación por lo que deja igualmente huérfano al intérprete en este punto.

7. Gonzalo Quintero Olivares. *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, Cedes, 1997, p. 27; Juan Bustos Ramírez y otro. *Lecciones de Derecho Penal*. Vol. I, Madrid, Edit. Trotta, 1997, p. 92 y Hans Welzel. *Derecho Penal alemán*. Edit. Jurídica de Chile, 1976, p. 119.

8. Carlos Mario Molina Arrubla. *Delitos contra la Administración Pública*. Grupo Editorial Leyer, 3ª ed., 1999, p. 336. Erleans Peña Ossa. *Delitos contra la Administración Pública*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, p. 183.

9. Alfonso Gómez Méndez. *Delitos contra la Administración Pública*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 214.

Sin embargo, tal como lo iremos a precisar no basta con analizar esos *cuatro requisitos genéricos*, es necesario tener en cuenta que fuera del contexto general de todo contrato, el estatal deberá llenar otros requisitos adicionales, que le son privativos y que como contrato estatal que es, la ley, no solo la 80 de 1993 sino textos adicionales vigentes, obliga a que los contengan.

En consecuencia, sería necesario precisar que el contenido de un contrato estatal tiene dos aspectos que se deben observar en aras de realizar una cabal interpretación: *los elementos comunes de los contratos y los elementos propios y especiales del contrato estatal*.

Lo anterior entonces exige del intérprete de la norma penal que estudiamos la necesidad de realizar esfuerzos adicionales de conocimiento jurídica y de hermenéutica jurídica en sus deseos de acertar, suponemos.

a) En referencia con los primeros, es decir con los requisitos comunes, está claro que esos requisitos son en primer lugar: *la capacidad y el consentimiento* dentro del texto del contrato debe aparecer algunos datos que nos permitan deducir que éstos se dan en forma clara y precisa. La capacidad, es para el derecho administrativo y en relación con la parte contratante, la competencia. Así pues debe figurar dentro del texto contractual los datos que permitan individualizar e identificar a la persona del contratante, su calidad e igualmente esos mismos atributos en relación con el contratista; así entonces establecida la capacidad de contratar que le cabe a cada uno de los extremos en la relación que se prevé establecer, se procede a asentar en el contrato las manifestaciones de voluntad de cada una de las partes, es decir, su consentimiento o relación con lo que se pretende dar o recibir, hacer o no hacer, es decir en relación con el objeto.

La Ley 80 de 1993 estableció dos modalidades de procesos de selección de contratistas. Una que corresponde a la regla general: la licitación o concurso público, y otra que constituye la excepción: la contratación privada. Se fijan unos requisitos comunes para los dos procesos: a) Analizar la conveniencia o no del objeto a contratar (art. 25, núm. 7, Ley 80); b) Otorgamiento de las autorizaciones y aprobaciones para contratar, c) elaboración de estudios, diseños y proyectos requeridos. Esta exigencia tiene su excepción y es cuando el objeto del contrato es la construcción o fabricación con diseños de los proponentes; d) la disponibilidad presupuestal.

La regla general para contratar es a través de la licitación pública, más las excepciones están dadas por factor *cuantía*, tal como adelante lo precisaremos y que fue igualmente objeto de reglamentación por el Decreto 855 de 1994 (contratación directa previa obtención de dos ofertas y publicación de aviso y demás modalidades; contratación directa a precios del mercado sin obtención de dos ofertas ni avisos: cuando no exista en el lugar más de una persona que pueda proveer el bien o servicio; contratos *intuitu personae*; cuando exista necesidad inminente del bien o del servicio) las excepciones

también pueden estar dadas por factor de *tipología contractual*, como son los contratos de empréstito; interadministrativos; prestación de servicios profesionales; de ciencia y tecnología; para la elaboración de trabajos artísticos; de arrendamiento de inmuebles; de adquisición de inmuebles; prestación de servicios de salud. Por *la naturaleza de los bienes que se pretenden adquirir* cuando tienen que bien con los destinados a la defensa y seguridad nacional o cuando se trata de la adquisición o venta de productos de origen o destinación agropecuaria que les ofrezca en las bolsas de productos legalmente constituidas. En *razón de la actividad que se pretende cumplir con los bienes y servicios adquiridos*, como son los que tienen objeto directo las actividades industriales y comerciales que realizan algunas entidades estatales, se contratarán directamente a precios del mercado. Cuando ha habido *declaratoria de desierto*: procede mediante resolución motivada y permite a la entidad contratar directamente, a precios del mercado, pero con las siguientes limitaciones; no se podrá modificar el objeto que fue base de la apertura de la licitación o concurso público; ni tampoco alterar sustancialmente las condiciones iniciales y tampoco se podrán contratar con quienes hayan presentado en la licitación o concurso precios artificialmente bajos; en razón a las *condiciones del mercado*: cuando en el lugar no existe pluralidad de oferentes, y se demuestra que en el registro único de proponentes no se encuentra inscrita persona que pueda cumplir con la prestación o que exista un único oferente por ser titular de los derechos de autor, propiedad industrial o que sea de acuerdo con la ley su proveedor exclusivo. La *urgencia manifiesta*: cuando por la clase de contrato o su cuantía sea necesario tramitar una licitación o concurso público y se requieran obras, bienes o servicios en un término que no permita ejecutar dichos procesos (estados de excepción, calamidad pública, fuerza mayor o desastre), el representante legal o el delegado para contratar podrá, mediante acto administrativo motivado, decretar la urgencia manifiesta, en la que además podrá ordenar la contratación directa a precios del mercado, sin importar la cuantía; podrá ordenarse los traslados presupuestales correspondientes para atender la emergencia y luego de realizado el trámite se enviarán los documentos que taxativamente cita la Ley 80 a la autoridad fiscal correspondiente para que se pronuncie en los dos meses siguientes sobre los hechos y las circunstancias que ameritaron tal declaratoria.

En referencia a la regla general de la contratación que es la *licitación pública* igualmente las disposiciones positivas vigentes son muy estrictas y perentorias. Si la entidad pretende recibir ofertas para estudios o trabajos técnicos, intelectuales o especializados, el proceso de selección se llamará concurso y, en los demás casos, licitación.

Los requisitos del concurso o licitación, serán: A) Pliego de condiciones y términos de referencia para el caso del concurso; estos documentos constituyen las reglas del proceso y obligan a la administración y a los proponentes. Su contenido está dado por: 1. El objeto de la licitación o del concurso. 2. Requisitos para proponer. 3. Cronograma de la licitación o concurso (plazo de la licitación o concurso, plazo para evaluar, plazo para adjudicar, plazo para suscribir el contrato y liquidarlo, etc.). 4.

Régimen jurídico del contrato. 5. Determinación técnica del contrato. 6. Criterios de selección. B) Información a la Cámara de Comercio; C) Resolución de apertura; D) Avisos: oportunidad, medios a utilizar; término de la publicación, contenido de los avisos. Esta materia fue objeto de regulación a través del Decreto 679 de 1994 constituyéndose en otra disposición especial que habrá de conocerse. E) Audiencia de aclaración de pliegos y términos de referencia; F) Plazo de la licitación o concurso; G) Procedimiento para las evaluaciones, plazo y traslado de las mismas y H) Oportunidad para tomar la determinación final que será mediante resolución motivada, que será notificada personalmente al proponente favorecido y a los demás les será comunicada.

El objeto. El objeto hace relación precisamente al contenido mismo de la obligación pactada. Esta puede ser de dar (compraventa o suministro); de hacer, es decir realizar una acción positiva a favor de otro (obra pública y prestación de servicios) o de no hacer un acto que de no haberse obligado podría realizar perfectamente, a abstenerse de algo, a efectuar una acción negativa (el contratista se compromete a no distribuir productos distintos a los que por el contrato esté distribuyendo por cuenta de éste: distribución de licores). El objeto, dependiendo de su naturaleza deberá ser identificado completamente de manera inequívoca.

Igualmente señalará el contrato, el valor del mismo ya en pesos o en moneda extranjera si por la naturaleza del contrato y por los sujetos contratistas se permite ello (con entidad extranjera); ese costo se podrá señalar en su suma o puede señalarse de otras maneras, como por ejemplo, extraer la suma total como resultante de multiplicar las cantidades de obra por los precios unitarios respectivos. En este caso, en el contrato deberá constar la cantidad de obra, el precio unitario de cada ítem, la multiplicación y el resultado parcial. Sumando los parciales dará el precio total. Los precios unitarios, generalmente, son los mismos que figuran en los pliegos, y deberá dejarse muy claro en el contrato que tales precios unitarios, incluyen todos los costos directos e indirectos imputables a la correcta ejecución de las obras contratadas. Todos los pagos que la entidad contratante hiciera al contratista, quedan sujetos a las apropiaciones que para tal fin se hacen en el presupuesto nacional o en el presupuesto de la entidad y la constancia de ese hecho también debe figurar en el contrato. El pago puede hacerse de una vez o por cuotas o instalamentos, como consecuencia de anticipos para iniciar la obra como abonos parciales a medida que la obra se adelanta, mediante actas parciales o como pago final, una vez ejecutada la obra.

En este punto es igualmente importante conocer que las entidades pueden pactar la entrega de anticipos o pagos anticipados hasta por el 50% del valor del contrato por cada concepto. El pago anticipado extingue la obligación hasta por el monto entregado y al pactarse deberá ocurrir luego de legalizado el contrato y normalmente en forma previa al inicio del cumplimiento de la prestación por parte del contratista. El contratista se hace dueño del dinero entregado en calidad de pago anticipado, por esta razón es de libre destinación y no se garantiza “su correcta inversión”. El anticipo por el

contrario, debe destinarse a cubrir gastos propios de la ejecución del contrato, normalmente las actividades relacionadas en un programa de inversión que es elaborado por el contratista o impuesto por la administración. Esta diferencia en opinión de Pino Ricci es importante en cuanto que las entidades podrán entregar el 100% del valor del contrato en forma previa al cumplimiento de la prestación por parte del contratista, haciendo eso sí claridad sobre las circunstancias que motivan la utilización de las dos modalidades¹⁰. Los anteriores conceptos son distintos, tienen efectos jurídicos diversos y por ello deberá el penalista tenerlos claros.

La causa: es el motivo determinante de la declaración de voluntad, igualmente debe estar en concordancia con la ley y el derecho¹¹. Todo contrato entonces tiene una causa, y en este tipo de contratos estatales igualmente existe, pues se colige de su objeto.

Siguiendo con un criterio eminentemente civilista tendríamos que concluir que en el evento que el contrato en cita no atendiera expresamente lo dispuesto en el anterior acápite a más de presentarse una situación que generaría el acaecimiento de este hecho punible, desde el punto de vista contractual sería inexistente por carecer de un requisito legal esencial. He ahí la razón por la cual algunos censuran la manera como ha quedado redactado el tipo penal, pues se sancionaría penalmente algo que contractualmente no ha surgido a la vida jurídica, ya que al no cumplirse con los requisitos legales esenciales no puede producir efecto alguno, por lo que sería inexistente¹².

b) Con respecto a los segundos, es decir a los elementos o requisitos propios y especiales del contrato estatal, que igualmente habrá de atenderse y que por parte del intérprete penal deberá ser de su total y completo conocimiento es bueno referir que constituyen las llamadas *cláusulas excepcionales*.

En este punto es importante tener en cuenta que la normatividad introducida con la Ley 80 de 1993 generó una serie de transformaciones, de cambio de orientación y de filosofía, que me temo que el funcionario penal no ha captado aún y que con ello ha generado gran inseguridad en el tratamiento de esos temas que casualmente era uno de los riesgos a los que se estaba abocado frente a los tipos en blanco indeterminados, como se ha visto en precedencia.

Es así como en la legislación anterior estaban plenamente definidos los elementos propios y especiales del contrato administrativo y eran aquellas cláusulas que se

10. Jorge Pino Ricci y otros. *Régimen de las entidades territoriales*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia. T. I, 2000, p. 200.

11. Mariela Vega de Herrera y otro. *Contratación estatal*. Bogotá, Edit. Temis, 1999, p. 19.

12. Gómez Méndez. *Op. Cit.*, p. 215.

denominaban obligatorias, porque tenían que incluirse fatalmente en todo contrato con un ente estatal.

Las cláusulas de modificación, terminación e interpretación unilateral de los contratos, debían ir en todos y cuando por cualquier motivo se omitían, la ley las consideraba, para efectos administrativos, tácitamente incluidas. Las cláusulas de caducidad, de multas, de garantías, de renuncia a reclamación diplomática, de no estar incurso en inhabilidades e incompatibilidades, eran otras cláusulas que eran propias y especiales en los contratos administrativos que reglamentaba el anterior decreto de contratación.

La legislación actual, lo reiteramos, cambió de filosofía en lo atinente a los contratos estatales.

El artículo 40 inciso 1 de la Ley 80 indica que los contratos que celebren las entidades estatales “...Deberán sujetarse a las previsorias de este estatuto de manera preferencial...”, lo que nos lleva a concluir que la ley no deja el contrato estatal a la plena libertad de los contratantes, tal como ocurre en el contrato entre particulares, sino que tales contratos tienen unos requisitos propios a los que debe sujetarse las partes, pero sin que exista la completa y total determinación de todos ellos en la ley, por lo que como lo indica la doctrina: “El estatuto actual suprimió la camisa de fuerza que se había impuesto a la administración con el Decreto 222 de 1983, en lo referente a la elaboración de contratos”¹³.

En efecto, la legislación anterior era minuciosa en los detalles, en las cláusulas, principios y requisitos que se debían consignar en el contrato. Había que redactar inclusive la minuta por anticipado en una licitación y en ella se incluían todos los datos pedidos por la ley, en forma detallada y exagerada; llegando a traer consecuencias de tal magnitud al contrato que no atendiera esas formalidades que podían representar la nulidad misma del proceso.

Hoy en día el contrato debe cumplir con unas normas, eso es cierto y debe contener unos elementos propios y especiales que se señalan en la ley, pero con la ventaja de que “...en ausencia de normas precisas...” el contrato podrá sujetarse a las normas civiles o comerciales (art. 40). Se deja mayor campo y amplitud a la entidad estatal y se le autoriza para “celebrar contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y que requieran el cumplimiento de los fines estatales” (art. 40, inc. 2); situación que decae en muy importante frente a la presunta infracción de una disposición penal, pues de presentarse seguramente tendría que atenderse el exigente correspondiente que se hace en el plano de la culpabilidad, o del aspecto subjetivo del tipo.

13. Omar Franco Gutiérrez. *La contratación administrativa*. Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 4ª ed., 1999, p. 309.

Se da igualmente bajo la nueva legislación mayor amplitud de acción al ente estatal, ya no se encajona la entidad de un modelo de contrato, sino que la ley en sentido amplio dispone que en los contratos estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y en general las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y los principios y finalidades de la Ley 80 de 1993 y a los de la buena administración (art. 40, inc. 3).

Se reafirma en consecuencia que la nueva legislación es más amplia, ofrece más posibilidades a los administradores de la cosa pública, les reconoce mayor capacidad, mayor autonomía, les da más independencia, pero fundamentalmente, acepta que los funcionarios estatales, además de ser competentes para desempeñar su trabajo, saben hacer los contratos, actúan de buena fe y por tanto, se les deja actuar con mayor holgura, sin imponerles modelos o minutas de contratos de los cuales no se podían salir. En lo anterior mejoró la legislación es el criterio unánime de los expertos en contratación administrativa. Mas debemos preguntarnos: ¿los que manejan estos asuntos en la perspectiva penal o disciplinaria administrativa conocen y son conscientes de este cambio de orientación en nuestra legislación?

Tengo mis dudas.

Dentro de la anterior perspectiva, es bueno indicar que los contratos estatales son solemnes, es decir, deben cumplir una serie de formalidades y requisitos, que a más de lo previsto sobre la materia en la legislación común civil o comercial (caso de escritura pública, por ejemplo, en la compraventa de bienes inmuebles o muebles sujetos a registro) deberán reunir las formalidades previstas en la ley especial, pudiendo ser entonces los contratos estatales a más de solemnes, con o sin formalidades plenas.

Para el primer caso de las *formalidades plenas*, se entenderá como una de éstas, por ejemplo, que deba constar por escrito y suscribirse por las partes; sin embargo, la primera exigencia no es absoluta pues depende del monto del mismo, según las escalas contenidas en el artículo 39 de la Ley 80 (valores establecidos según el presupuesto anual de la entidad). Este se constituye en otro punto a tener en cuenta, pues el valor económico y la trascendencia del contrato varían dependiendo de la entidad que contrate, pues su capital es indispensable conocerlo, para efectos de determinar estos asuntos de cuantías, por ejemplo, por lo que sobre este aspecto tampoco se puede generalizar. Cuando el monto no alcance esta suma mínima, estaremos ante un contrato sin formalidades plenas, en los que el acuerdo no debe constar en un documento escrito y suscrito por las partes, basta con que el ordenador del gasto remita una comunicación escrita a la persona que desea contratar, determinando el objeto y la cuantía a la que responderá el contratista aceptando esos términos anotando además que no se encuentra incurso en situación alguna que cause inhabilidad e incompatibilidad, para que quede perfeccionado el negocio jurídico. Igualmente la cancelación de la prestación no requiere que sea a través de resolución.

Como requisito para la ejecución del contrato se necesita que la entidad apruebe *la garantía única constituida* por el contratista y que existan las respectivas *disponibilidades presupuestales*. No debemos confundir esta disponibilidad con la existencia del registro presupuestal definitivo, pues éste es un requisito de existencia presupuestal más no del contrato. En este punto no se tiene claridad en la jurisdicción penal. Baste con observarse lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley 80 y el artículo 26 del Decreto 679 de 1994. Se requiere es la disponibilidad presupuestal tan sólo; no se requiere el acto realizado con posterioridad para dar fe de la existencia de esa disponibilidad. Son dos situaciones distintas que relacionadas mal pueden asimilarse.

El contrato estatal entonces se encuentra debidamente legalizado cuando se cumple con los requisitos de existencia, ejecución, antes vistos y además cuando se *publica* en el extracto único de contratación o en la gaceta correspondiente y además cuando supera una cifra estipulada en la legislación tributaria, cancela el impuesto de timbre; más igualmente se prevén excepciones que deben conocerse. En este aspecto es bueno precisar que la obligación de la publicación se refiere a los contratos con formalidades plenas y se entiende surtida con el pago de los derechos correspondientes (art. 41 de la Ley 80 de 1993). Situación que es novedosa frente a la legislación anterior.

Existe igualmente otra problemática en torno a las *cláusulas excepcionales*. Se entienden por éstas las que le permiten a las entidades imponer su voluntad al particular contratista en forma unilateral, mediante el ejercicio de una potestad administrativa; tienen que ver con la interpretación, modificación y terminación unilaterales y la caducidad, pues la legislación vigentes le da ese tratamiento de excepcionales, además el artículo 14 incorpora la cláusula de sometimiento a las leyes nacionales y la cláusula de reversión. Si bien es cierto, éstas se hacen de obligatoria inclusión en los contratos de concesión, explotación de monopolios, concesión de servicios públicos, concesión para la explotación de bienes del Estado y en los de obras; *su no inclusión no acarrea nulidad al contrato y por ende no puede decirse que nos encontremos ante la vulneración de un requisito esencial del contrato*, en cuanto que ante su no inclusión expresa, se entienden incorporadas tales cláusulas al texto del contrato. Así lo dispone la Ley 80. Sobre este tema, estas cláusulas excepcionales pueden incluirse en los contratos de suministro y prestación de servicios, mas igualmente se prohíbe en otros como los celebrados con entidades de cooperación, por ejemplo.

Este es un tema al que habrá de ponerse muchísima atención por parte de quienes administran justicia en el campo penal, por la confusión que se observa en algunos de sus pronunciamientos cuando examinan este tipo de cláusulas y su inclusión o no dentro del texto correspondiente, llegando entonces a darle mayor alcance al que le confiere la ley de contratación administrativa.

Existe igualmente otro punto que consideramos de interés plantearlo en este momento, pues se trata de un tema que digámoslo se introdujo con la Ley 80, que obedece a esa nueva orientación de la legislación *de ver al contratista como un socio o un*

colaborador y por ende interpretando esa situación dentro de normas de equidad, hacer notar que el mismo debe sentirse satisfecho de contar en el Estado más que a una contraparte a un socio. Nos referimos a la introducción del *principio del equilibrio económico*. Es decir debe velarse porque a lo largo del proceso contractual se garantice el mantenimiento de las condiciones económicas inicialmente pactadas, de tal suerte que si se presenta una situación externa, imprevisible, irresistible o imputable a un extremo de los sujetos, que haga más onerosa su prestación, se deberá considerar la necesidad de restablecer el equilibrio económico.

Este principio fue erigido en la Ley 80 de 1993, si bien antes de esta disposición era aceptado por la jurisdicción Contenciosa Administrativa, en oposición al pensamiento de la sala de consulta y servicio civil del Consejo de Estado, sala que en varios conceptos llegó a considerarlos como abiertamente ilegal le ha dado a la interpretación contractual en el aspecto económico un nuevo dinamismo. Los eventos que generan ruptura del equilibrio contractual pueden clasificarse en dos grandes grupos: circunstancias imputables a las partes y circunstancias externas o ajenas. Dentro de las primeras está la utilización de facultades excepcionales y el incumplimiento de las partes y dentro de las segundas están los llamados “hechos del príncipe”, los que generan la teoría de la imprevisión, la fuerza mayor y el caso fortuito y el hecho de un tercero.

Pero a más de lo anterior que pone de presente la necesidad que se interpreten esas normas con base en los nuevos principios imperantes, el intérprete penal de este tipo de disposiciones deberá conocer toda una relación de legislación especial una y otra general que se aplica complementaria a la Ley 80; alguna con vigencia anterior a ésta y otra expedida con posterioridad, que exigen entonces un esfuerzo mayor en aras de acertar cuando se trate de administrar justicia en este asunto y en relación con la inobservancia de supuestos de hecho que pueden constituir requisitos legales.

A manera de ejemplo, observemos que existen entre otras las siguientes disposiciones vigentes promulgadas con antelación a la Ley 80 que conservan su vigencia:

a) Régimen de contratos de entidades estatales bancarios, aseguradoras y fiduciarias; b) régimen de concesión de los servicios y actividades de telecomunicaciones; c) régimen sobre operaciones de crédito público interno; d) régimen de contratos de ciencia y tecnología; e) régimen de contratos de entidades estatales que explotan y exploran recursos naturales; f) contratos de encargo fiduciario y fiducia pública; g) régimen de servidumbres y ocupación temporal; h) régimen del Banco de la República; i) régimen de contratos con entidades sin ánimo de lucro y reconocida idoneidad; j) régimen de los municipios y el Distrito Capital; k) régimen de contratación de las universidades públicas.

b) Con posterioridad a la Ley 80 se han expedido otros estatutos que han

establecido excepciones totales o parciales a su aplicación y son entre otras: 1. Régimen de servicios públicos domiciliarios; 2. Régimen para la venta de propiedad accionaria o de bonos obligatoriamente convertibles en acciones de propiedad del Estado; 3. Régimen de transporte público y de concesiones; 4. Régimen de las empresas sociales del Estado que presten sus servicios de salud; 5. Régimen para la operación de radioaficionados como concesión especial; 6. Régimen para la edición e impresión de textos; 7. Régimen sobre ordenamiento territorial; 8. Ley 446 de 1998 por medio del cual se modificaron disposiciones sobre contencioso contractual y liquidación de contratos; 9. Ley 489 de 1998 se reformó la función administrativa y se cambiaron conceptos sobre delegación, control ciudadano, régimen contractual de establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado, filiales, asociación de entidades mediante convenios; 10. Decreto 1198 de 1999 sobre transferencias de derechos de dominio y 11. Decreto 1420 de 1998 donde se introducen nuevos criterios para asuntos relacionados con avalúos.

Lo anterior refuerza la idea planteada en el sentido de hacer ver la complejidad de la materia anotada, lo especialísima que es y la necesidad de erigir responsabilidad penal cuando en efecto se encuentre que se ha pretermitido la atención a esos requisitos esenciales, una vez se han identificado éstos, consultando los principios generales del derecho y la naturaleza de la prestación en concreto y además cuando se haya podido percibir el deseo de ocasionar el daño a la administración pública, lo que hace que se diferencie el análisis de la realización del tipo penal del acaecimiento de otro tipo de responsabilidad: civil, administrativa contractual, administrativa disciplinaria, fiscal, etc.

Con respecto a la *liquidación de los contratos*, otra de las fases sobre las cuales esta disposición penal que estamos analizando ahora, sucintamente debemos precisar lo siguiente: siempre se había entendido la liquidación como una especie de corte de cuentas luego de finalizado el contrato, en orden a determinar el estado económico de las prestaciones cumplidas en torno al contrato. Ese procedimiento determina la condición mutua de las partes una vez terminado el convenio, es decir, si algunos deudor del otro, en cuyo caso éste tendrá la calidad de acreedor, o si hay un equilibrio total entre obligaciones y prestaciones que permita considerar que las partes están a paz y salvo mutuamente. Nada dice la Ley 80 de 1993 en sus artículos 60 y 61 sobre la necesidad de incluir en el documento en que conste la liquidación de los contratos ese discurrir o balance económico del mismo, que es el que permite conocer el resultado o situación final de las partes, como sí lo hacía el artículo 289 del Decreto 222 de 1983.

En esta fase y de conformidad con la filosofía de la Ley 80 de 1993, igualmente se amplió de modo sustancial el alcance de esta etapa pues ya no es un acto circunscrito tan sólo a considerar lo convenido específicamente en el contrato y ejecutado sino que ha de extenderse a las situaciones no contempladas en el contrato pero ocurridas

con motivo u ocasión de su celebración y ejecución. La mentalidad cambió y por tanto la norma, y de ahí que hoy, como lo anota Bautista, el acto de liquidación no sea un simple corte matemático dirigido a establecer si lo pagado al contratista equivale o no a la prestación por él ejecutada, sino que es una excelente oportunidad para hacer las revisiones, ajustes y reconocimientos que resultaren legales y justos, e incluir las soluciones a esas diferencias, sea que hubieren sido objeto de acuerdo, transacción o conciliación¹⁴.

A diferencia de la norma anterior de conformidad con la vigente, sólo es obligatoria la liquidación de los contratos en los que la prestación de las partes se cumplan repetitivamente, como en el arrendamiento, también conocidos como de ejecución sucesiva o de tracto sucesivo y de aquellos cuyo cumplimiento se prolonguen en el tiempo; pero inclusive en estos casos si por la modalidad de la forma de pago acordada –suma fija mensual previa certificación de cumplimiento– no sea necesario liquidarlo. Como que puede igualmente presentarse que un contrato de ejecución instantánea, en el que el contratista se comprometió por ejemplo, a entregar un bien con un accesorio cuyo precio no se ha determinado y sólo se hará en el momento en que se entregue con base en los soportes o facturas del caso, sí requiera la liquidación; puesto que se ha dejado como discrecional a la entidad establecer en qué otros casos hay lugar a la liquidación, lo cual parece razonable. Igualmente, tampoco señala la norma un período de tiempo mínimo a partir del cual pueda considerarse que un contrato es de período largo o sucesivo que obligue por tanto a liquidación, y en consecuencia, mientras el reglamento no se ocupe del tema, queda de alguna manera al arbitrio de cada entidad precisar el punto.

El Decreto 222 de 1983 nada decía sobre el plazo para la liquidación de los contratos y por ello no era raro encontrar que la liquidación de un contrato se hiciera años después de su ejecución o definitivamente no se hiciera; ese vacío fue llenado por la jurisprudencia al insinuar el “plausible” como el adecuado, y se circunscribía a los cuatro meses¹⁵. Este término aparece ya mencionado en la Ley 80 cuando indica que el plazo dado es de cuatro meses a falta de haberse señalado en los pliegos de condiciones o términos de referencia y en defecto o ausencia de este plazo.

Igualmente de conformidad con lo plasmado en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993 para efectos de seguir adelante con la liquidación, las entidades estatales exigirán al contratista para efectos de la liquidación la extensión o ampliación, si es del caso, de las garantías del contrato en su oportunidad exigidas, con el objeto de avalar las obligaciones que deba cumplir con posterioridad a la extinción del contrato”.

14. Pedro José Bautista Moller. *Licitaciones, contratos y sanciones*. Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 1999, p. 334.

15. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 29 de enero de 1988.

La Ley 599 de 2000 introduce al tipo referido que se encuentra en el artículo 410 algunas modificaciones de poca trascendencia desde la perspectiva analizada a lo largo de esta intervención pues elimina el ingrediente subjetivo del tipo que decía: “con el propósito de obtener un provecho ilícito para sí, para el contratista o para un tercero”; situación que poco va a representar en la interpretación de la norma, aumenta la pena de multa y será de 50 a 200 salarios mínimos legales mensuales y se aumenta la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas de 5 a 12 años. Nos debe llamar la atención sobre esta supresión que se hace presumiblemente por ser una reiteración innecesaria del dolo que en su momento la doctrina llegó a calificar tal elemento como que es lo que “nutre de ilicitud” a la conducta y sin embargo aparece hoy eliminado del nuevo estatuto¹⁶.

Conforme a lo visto es indudable que estamos ante un tema de amplia complejidad, que exige del estudioso del derecho penal, abarcar áreas ajenas a su especialidad con el objeto que pueda decirse un cabal intérprete y aplicador de una disposición que por la vía discutible de la norma en blanco o peor, de una norma indeterminada con reenvío genérico, está llamado por ahora a conocer, aplicar, y quizás lo más importante, entender, atendiendo el ya largo “capricho del legislador” que en ocasiones se presenta ininteligible para el común.

16. Alfonso Gómez Méndez y otros. *Derecho Penal especial*. Vol. I, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 98.