

“El artículo 410 del Código Penal, que para el presente caso resulta aplicable en su redacción original, establece que:

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

Sobre el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, es pertinente recordar, que éste reclama para su tipificación la concurrencia de diversos componentes, en particular, la condición de sujeto activo calificado, esto es, un servidor público en ejercicio de sus funciones; asimismo, se trata de un tipo penal de conducta compuesta alternativa, es decir que incurrirá en el punible, el servidor público que proceda de tres maneras: i) si tramita el contrato sin observar los requisitos legales esenciales que hacen parte de la etapa precontractual ii) si celebra el contrato sin verificar dichos requisitos y iii) cuando liquida el contrato en circunstancias similares¹.

Al proscribir cualquiera de estos comportamientos, el legislador procuró que el contratista observe y garantice la legalidad del contrato, al margen de subjetivismos, caprichos o intereses particulares en desmedro del general², para materializar los principios que orientan la función administrativa y se erigen en pilares fundamentales de la contratación, consagrados en el artículo 209 de la Carta Política.

Como pautas de interpretación del delito en comento, en sentencia SP3478 del 11 de agosto de 2021, radicado 53219, esta Corte sintetizó las siguientes:

(...)

4.3.1. *Es un tipo en blanco; por tanto, la definición o actualización de sus ingredientes normativos remite a otras normas del ordenamiento jurídico; en especial, al Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993) y a otras reglas legales especiales de los contratos estatales, las que, por ende, completan la descripción típica.*

4.3.2. *Sanciona el incumplimiento de los requisitos legales esenciales de un contrato estatal en las fases de tramitación, celebración y liquidación; por tanto, las irregularidades consumadas en la etapa de ejecución son atípicas.*

(...)

4.3.4. *El ingrediente normativo “contrato estatal” incluye los que son regulados tanto por el Estatuto General de la Contratación Administrativa (Ley 80/1993), como por reglas especiales contempladas en otros instrumentos normativos.*

4.3.5. *El requisito legal del contrato cuya violación es típica debe tener carácter “esencial”; por tanto, “no cualquier inobservancia o falta de verificación en el cumplimiento de las formalidades de ley aplicables a la contratación estatal realiza el tipo”.*

A efectos de facilitar la identificación de los requisitos sustanciales de un contrato, deben atenderse los criterios derivados de la teoría general del negocio jurídico (SP17159-2016, nov. 23, Rad. 46037), según los cuales se tienen por tales: (i) “aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno o degenera en otro contrato diferente” (art. 1501 C.C.); (ii) los que de ser incumplidos conllevan la nulidad absoluta del contrato estatal (art. 44 L. 80/1993); y, (iii) en especial, las formas legales que materializan uno o varios principios de la contratación pública (arts. 23-26 y 29, ibidem).

(...)

En cuanto al tipo subjetivo, consiste en una norma de conducta eminentemente dolosa, es decir, que debe obrar en el sujeto activo calificado el conocimiento de los hechos constitutivos de la infracción penal, así como la voluntad de querer su realización que, frente al delito en comento corresponde a conocer y deliberadamente pretermitir los requisitos esenciales del

¹ CSJ AP, 9 abr. 2014, Rad. 44864, CSJ AP, 23 may. 2018, Rad. 47265, entre otros.

² CSJ AP, 21 nov. 2011, Rad. 31043, entre otros.

contrato, ya sea, en la etapa precontractual durante el trámite, al momento de su celebración o en la fase de liquidación³.

Ahora bien, en tanto importa para el presente asunto, se tiene que los artículos 12 y 25, numeral 10, de la Ley 80 de 1993, preceptúan que los jefes y representantes legales de las entidades estatales podrán delegar total o parcialmente la competencia para celebrar contratos, con sujeción a las cuantías señaladas en las respectivas juntas y consejos directivos. En todo caso, la delegación, no deriva en ausencia de responsabilidad del encargado de la contratación, pues, la función de adjudicación está a su cargo⁴.

En ese sentido, se tiene que en materia de delegación, la jurisprudencia ha indicado:

“En la administración pública es imposible que el ordenador del gasto pueda realizar todo el proceso contractual, razón por la cual la ley establece la posibilidad de adelantarlo en conjunto con diferentes órganos en una relación concatenada de trámites⁵ a través de las figuras de delegación y desconcentración, regladas en la Ley 489 de 1998.

La delegación es la posibilidad de transferir competencia, no la titularidad de la función. Se perfecciona con la manifestación positiva del funcionario delegante de su intención de hacerlo a través de un acto administrativo motivado, en el que determina si su voluntad de delegar la competencia es limitada o ilimitada en el tiempo, o general o específica⁶. La transferencia se realiza a través de un acto administrativo expreso, debe mediar autorización legal y el órgano que la confiere puede siempre y en cualquier momento reasumirla. Procede cuando hay relación de subordinación entre delegante y delegatario⁷.

(...)

En virtud de tal relación, el delegante conserva y ejerce la facultad para reformar o revocar los actos o resoluciones del delegatario, y revocar el acto de delegación, particularidades que se desprenden del principio de unidad de acción administrativa, de la aplicación de los principios de la función administrativa a que hace referencia el artículo 209 de la Carta, y del deber de dirección, instrucción y orientación que corresponde al jefe de la entidad u organismo estatal⁸.

Debe constar por escrito y a la autoridad delegante le asiste la obligación de informarse en todo momento sobre el desarrollo de las funciones otorgadas e impartir orientaciones generales sobre su ejercicio, tal como lo dispone el canon 10 de la Ley 489 de 1998.

*Además, en principio exime de responsabilidad al delegante, la cual corresponde exclusivamente al delegatario, sin perjuicio de que en virtud de lo dispuesto en el artículo 211 de la Carta Política, el delegante pueda en cualquier momento reasumir la competencia y revisar los actos expedidos por el delegatario con sujeción a las disposiciones del Código Contencioso Administrativo (artículo 11 *ibidem*)⁹.*

(...)

Si bien el artículo 211 superior establece que el delegante no responde por las actuaciones del delegatario, ello no significa que no lo haga por sus propias acciones u omisiones respecto a los deberes de dirección, orientación, instrucción y seguimiento, las cuales serán fuente de responsabilidad cuando impliquen infracción a la Constitución y a la ley, por medio de la pretermisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones o el incumplimiento de los principios de la función administrativa¹⁰.

Por esas razones en materia contractual el acto de la firma expresamente delegada no exonera de la responsabilidad civil y penal al agente principal¹¹, ya que no envuelve la transferencia o el traspaso de la competencia¹².

...

En materia de responsabilidad existen diferencias. Es fundamental la demostración del aspecto subjetivo.

³ CSJ SP, 30 nov. 2017, Rad. 29726; CSJ AP, 9 may. 2018, Rad. 25808; CSJ SP, 13 jun. 2018, Rad. 45228, entre otros.

⁴ Cfr. CSJ SP4413-2019, Rad. 55967.

⁵ Cfr. CSJ SP, 7 julio 2010, Rad. 28508.

⁶ Cfr. CC C-372-2000.

⁷ Cfr. *Ibidem*.

⁸ Cfr. *Ibidem*.

⁹ Ley 489 de 1998.

¹⁰ Cfr. CC C-372-2000.

¹¹ Cfr. Ley 489 de 1998, artículo 11.

¹² Cfr. CC C-727-2000.

(...)

La responsabilidad que deriva de la Carta Política es la del ejercicio del cargo sea por omisión o extralimitación de sus funciones, por consiguiente, cada uno responderá por sus decisiones y no por los actos de los demás. La delegación no constituye el medio a través del cual el titular de la atribución se desprende por completo de la materia delegada:

“Por el contrario, la delegación crea un vínculo permanente y activo entre delegante y delegatario, el cual se debe reflejar en medidas como las instrucciones que se impartan al delegatario durante la permanencia de la delegación; las políticas y orientaciones generales que se establezcan, en aplicación del principio de unidad de la administración, para que los delegatarios conozcan claramente y consideren en sus decisiones los planes, metas y programas institucionales; la revisión y el seguimiento a las decisiones que tome el delegatario y la oportunidad para que el delegante revoque el acto de delegación y despoje oportunamente de la calidad de delegatarios a quienes no respondan a las expectativas en ellos fincadas. Para ello, el delegante conservará y ejercerá las facultades que se le otorgan en razón de ser el titular del empleo al cual pertenecen las funciones que se cumplen por los delegatarios¹³”. (CSJ SP1138-2022)

Así, la responsabilidad penal del representante legal de la persona jurídica de derecho público se produce cuando éste omite, previo a la celebración de los negocios jurídicos, verificar que los funcionarios delegados -como ocurre en este caso-, hayan respetado los procedimientos necesarios para contratar, bien sea por licitación pública o contratación directa, conforme la naturaleza o cuantía del contrato; como también, cuando se aparta del deber de corroborar que fueron llevadas a cabo todas las etapas necesarias en el cometido de garantizar una selección que satisfaga el interés general”.

¹³ Cfr. CC-372-2000.