El principio de Legalidad en el Delito de Contrato sin Cumplimiento de los Requisitos Legales

Adrián Ricardo Bonilla Plata

Trabajo de grado

Para optar para el título de Abogado

Dirigido por:

Jaime Alberto Sandoval Mesa

Doctor en Derecho

Universidad Santo Tomás

Facultad de Derecho

Bogotá D.C.

2019

Tabla de contenido

Primera parte 4
Introducción 4
El Estado Social de Derecho y su noción de control en materia de contrato estatal 6
El Principio de legalidad, las bases en la definición de delitos. Especialmente de los contratos. .. 9
Principio de legalidad dentro de los contratos estatales 10
Origen y antecedentes del principio de legalidad 11
Capitulo III 15
Teoría general del contrato estatal 15
Origen y evolución de los contratos estatales 15
Elementos esenciales del contrato estatal 20
Existencia del contrato estatal 20
Etapa precontractual de los contratos estatales 21
Oferta o invitación a contratar 22
Distinción entre la oferta y la policitación 22
Propuesta 24
Adjudicación del contrato 26
Perfeccionamiento del contrato 28
Requisitos de validez del contrato estatal 30
El consentimiento 31
Vicios del consentimiento 31
El error 31
Error de hecho y el error de derecho 32
Fuerza o violencia 32
El dolo 33
Objeto licito 33
Causa licita 33
Subsistencia del contrato estatal 34
La nulidad de los contratos estatales por no cumplir con sus etapas y procedimientos 35
Concepto 35
Efectos de la declaratoria de nulidad absoluta 36

Nulidad relativa de los contratos estatales 37
Segunda parte 37
La noción de responsabilidad en la gestión de los contratos estatales 39
Falta disciplinaria gravísima de la celebración de contratos sin cumplimiento de los requisitos legales 40
De la responsabilidad fiscal en la gestión de contratos sin cumplimiento de los requisitos legales 41
De la perdida de investidura de alcaldes y gobernadores por la gestión de Contrato sin cumplimiento de los requisitos legales 42
Tercera parte 44
Capítulo 1 – El delito de Celebración de Contratos sin cumplimiento de los requisitos legales .. 44
Evolución del tipo penal 44
Elementos del tipo penal de contratos sin cumplimiento de los requisitos legales 46
Sujeto Activo 47
Sujeto pasivo, bien jurídico tutelado y objeto material. 48
Verbo rector de la conducta 48
El delito de contrato sin cumplimiento de los requisitos legales es un tipo penal en blanco 49
Conclusiones generales 50
Referencias bibliográficas 52

Primera parte

El principio de legalidad estricta y la teoría general del contrato estatal

Introducción

El análisis de los casos por Contratos sin cumplimiento de los requisitos legales es interesante si se tiene en cuenta el gran volumen de personas que han sido procesados sin atender el principio de legalidad. Tal y como se manifiesta en el artículo primero de la Constitución Política, Colombia es una Estado organizada en forma de Estado Social de Derecho, lo que significa que en ella prevalecen las garantías y los derechos fundamentales de sus habitantes. La prevalencia de las libertades individuales como forma de garantizar la dignidad humana y los demás derechos humanos que han sido reconocidos por el bloque de constitucionalidad, se hace evidente únicamente a través del respecto por el derecho al debido proceso, el cual se traduce en ultimas en la primacía del principio de legalidad en cada una de las actuaciones del Estado a través de sus funcionarios públicos.

Los principios jurídicos son aplicables a todos los procedimientos administrativos y judiciales dados la necesidad de garantizar la prevalencia de los fines del Estado respecto a las garantías y protección de los derechos fundamentales. Al tratarse de mandatos de optimización propiamente dichos, utilizados para interpretar las normas, sirven a las autoridades jurisdiccionales para definir la solución a un caso concreto. En lo que respecta al principio de legalidad, este se presenta como un límite a la administración de justicia y al ejercicio de la administración pública, con el propósito de que se respeten no solo las formas propias de cada procedimiento, sino también el actuar de los servidores públicos en las funciones que por mandato constitucional y legal se les han asignado.

Pese a que se encuentra establecido en el artículo 29 de la Constitución Política y a su estrecha relación con el debido proceso, el principio de legalidad no se ve implementado especialmente en los procesos penales. Aun cuando el artículo 6 de la Ley Penal manifiesta su obligatorio cumplimiento, la realidad es que en el ejercicio jurisdiccional no se hace

efectivo, especialmente cuando se ve enfrentado a casos de tipos penales en blanco, donde la interpretación de la ley por parte del investigador y del fallador debe ser extensiva por cuanto implica la remisión a normas de carácter extrapenal. Este es el caso del delito de Contrato sin cumplimiento de los requisitos legales, como tipo penal en blanco que obliga tanto a los fiscales como a los jueces a acudir a otras normas como el código civil y la ley 80 para complementar lo que la ley penal no configura por completo en la estructuración del tipo.

La comprensión de asuntos como la teoría general del contrato estatal, desde sus orígenes hasta el concepto mismo de convención, las modalidades en que este puede presentarse en el ordenamiento jurídico, los requisitos que ha establecido la ley para que este sea válido y eficaz, pasando por el estudio desde lo constitucional de la forma como es concebido el principio de legalidad, son de vital importancia para comprender las consecuencias de iniciar un proceso de responsabilidad, bien sea penal, disciplinaria o fiscal, por el delito de Contrato sin Cumplimiento de los requisitos, partiendo de la necesidad de aplicar los postulados del debido proceso en el ejercicio de las funciones que intervienen en cada uno de ellos.

El planteamiento del problema gira en torno a la necesidad de aplicar el principio de legalidad estricta a los procesos penales adelantados por violación al delito de contratos sin cumplimiento de los requisitos legales. Para lo cual es necesario realizar la precisión de que se trata de un delito de conducta alternativa que puede presentarse de tres formas: Tramitar, Celebrar o Liquidar, todas ellas atentando contra la función pública y el patrimonio del Estado en algunos casos, tal y como se expondrá más adelante. En efecto, la necesidad de llevar a cabo contratos con que cumplan con el lleno de los requisitos legales, de cara con la realidad en la ilegalidad de los procesos es un tema que requiere determinar las características de la legalidad y su finalidad en el ordenamiento jurídico, con el propósito de que sea más fácil para el fallador el ejercicio de su labor.

La inaplicabilidad en los procedimientos de un principio tan importante como el de legalidad, genera consecuencias que desestabilizan la administración de justicia, en el sentido que no solo viola los derechos fundamentales de los procesados, sino además porque desestabiliza la seguridad jurídica y la confianza en el ordenamiento jurídico, máxime si se tiene en cuenta todos los procesos que se adelantan tienen por objeto proteger las garantías de quienes en el actúan, bien sean particulares o sujetos de derecho público como el Estado. Así una indebida

aplicación de este principio o la simple ignorancia del mismo generarían como consecuencia una afectación en el funcionamiento de la estructura del Estado porque podría concluir hasta en indemnizaciones por indebido funcionamiento de la administración de justicia, ocasionando así un daño en el patrimonio público, todo lo cual se harán especificaciones venideras.

Primera parte

El Estado Social de Derecho y su noción de control en materia de contrato estatal

La Constitución está concebida de tal manera que la parte orgánica de la misma solo adquiere sentido y razón de ser como aplicación y puesta en obra de los principios y de los derechos inscritos en la parte dogmática de la misma. La carta de derechos, la nacionalidad, la participación ciudadana, la estructura del Estado, las funciones de los poderes, los mecanismos de control, las elecciones, la organización territorial y los mecanismos de reforma, se comprenden y justifican como transmisión instrumental de los principios y valores constitucionales. No es posible, entonces, interpretar una institución o un procedimiento previsto por la Constitución por fuera de los contenidos materiales plasmados en los principios y derechos fundamentales. (Corte Constitucional, Sentencia T-406, Junio 05, 1992) es así como podemos decir que la debida realización de los contratos estatales cumple con lo que establece el Estado Social de Derecho, entendido este como garantista y proteccionista de los Derechos de toda la sociedad. Con los contratos estatales, se pretende satisfacer las necesidades de la población ya que estos a través de su objeto, son el medio para que el Estado ayude a que la sociedad pueda avanzar en la consecución de sus fines esenciales.

El Estado Social de Derecho es el resultado de la crisis que tuvo el Estado Liberal, y este fenómeno llamado Estado Social de Derecho tiene su aparición después que finaliza la segunda guerra mundial. Esta concepción es adoptada inicialmente en las constituciones de Alemania, Italia y Francia, teniendo como propósito la estabilización de la democracia y la efectiva corrección de los problemas de marginación por la que estaban pasando los trabajadores en estos tres países, y poner en práctica su característica más importante

consistente en el reconocimiento de derechos fundamentales y derechos sociales a toda la comunidad. Lo que se pretende con la idea de Estado Social de Derecho, es crear un acercamiento entre el estado y la sociedad para que estos pueden disfrutar de un Estado bienestar, protector y garantista. (Gómez Isaza, M. C., 2006)

Elías Díaz describe el Estado de Derecho como la institucionalización jurídica de la democracia, en su inevitable conexión con esta, de fondo, fáctica y prescriptiva. Las características y exigencias de este tipo de sistema político-constitucional se contraponen a las propias de los Estados absolutos, totalitarios, dictatoriales o autoritarios. La protección de las libertades y derechos fundamentales constituye la razón de ser del Estado de Derecho, cuya garantía jurídica se correlaciona con el moderno constitucionalismo caracterizado por la primacía de la norma constitucional y las demás normas que conforman el llamado bloque de constitucionalidad, sobre las demás normas de rango inferior por la separación de las funciones en el ejercicio del poder, legislativo, ejecutivo, judicial, con predominio en última instancia del legislativo, primer poder constitucional; y por una correcta fiscalización en la administración de la cosa pública, con una acción ejecutiva capaz de hacer prevalecer el interés general de la sociedad en la acción intervencionista del Estado. Lo anterior supone sometimiento del mismo Estado a su propio derecho, regulación y control de todos sus poderes y actuaciones por medio de leyes creadas según determinados procedimientos de abierta y libre participación popular.

> Un elemento clave del Estado Constitucional y Democrático de Derecho es la Justicia Constitucional que intenta concretar los límites del poder estatal en expansión; ella es como una res pública, que ha roto con el tipo dinástico dominante en los cinco milenios de las organizaciones agrarias. La democracia es el elemento más ideologizado; se entiende en la perspectiva popular como el autogobierno del pueblo y es un Estado Constitucional en el sentido de poseer una constitución formal con una codificación amplia y comprensible para todos que limita y legitima al poder Estatal y es creada normalmente por una Asamblea Constituyente. (Bastidas Mora, P. 2009)

En el caso del ordenamiento jurídico colombiano, el Estado Social de Derecho emerge con la promulgación de la constitución de 1991, la cual generó un cambio que consistió en la evolución de un Estado Liberal, a un Estado Social de Derecho, el cual, que además de darle

una posición suprema al nuevo texto constitucional, dota de garantías constitucionales a todos los ciudadanos, tratando de brindarle protección a sus derechos fundamentales y derechos sociales, poniendo en práctica la principal característica del Estado Social de Derecho consistente en brindar protección y garantías a los derechos de la sociedad, generando una cohesión al ejecutivo para que establezca políticas encaminadas al mejoramiento de los derechos sociales. Por otro lado, la Corte Constitucional la faculta para que sea la protectora de estos derechos, previniendo y castigando violaciones y abusos contra los derechos fundamentales y sociales consagrados en el texto constitucional (Constitución Política de Colombia [Const]. 7 Julio de 1991, Colombia)

En el artículo 1° de la Constitución Política de Colombia se establece: Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general (Constitución Política de Colombia [Const]. 7 Julio de 1991, Colombia). El presente artículo nos da a entender que todos los ciudadanos, en primer lugar, gozan de unos derechos sociales fundamentales, y, en segundo lugar, gozan de una protección de estos derechos por parte del Estado el cual debe implementar políticas públicas para prevenir violaciones y abusos a cualquiera de estos derechos.

Uno de esos derechos sociales fundamentales que garantiza la nueva constitución dentro del llamado Estado Social de Derecho,

> se encuentra establecido en el Artículo 29 de la Constitución política de Colombia que establece: El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. (Constitución Política de Colombia [Const]. Art. 29. 7 Julio de 1991, Colombia).
>
> Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. [Const]. Art. 29. 7 Julio de 1991, Colombia).

> En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. [Const]. Art. 29. 7 Julio de 1991, Colombia).
>
> Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. (Constitución Política de Colombia [Const]. 7 Julio de 1991, Colombia)

El artículo mencionado anteriormente, hace referencia al derecho que tienen los ciudadanos a que se le realice un juicio conforme al debido proceso, sin dilaciones, llevando a cabo cada una de las actuaciones procesales que la ley determine. Este artículo también hace referencia al principio de legalidad el cual debe garantizársele a todas las personas que hayan cometido un acto punible, es decir que solo debe juzgarse aquel acto punible siempre y cuando este se encuentre establecido en una norma o ley del ordenamiento jurídico.

Anteriormente, solo se mencionó el articulo 29 referente al debido proceso, pero es importante resaltar que además del Derecho fundamental al debido proceso encontramos más derechos fundamentales que se garantizan en nuestra constitución dentro del modelo de Estado social de derecho, como lo son: “el Derecho a la Educación, el Derecho a la vida, Derecho al libre desarrollo de la personalidad, Derecho al trabajo, Derecho a la igualdad entre otros derechos que gozan de la misma importancia de los ya mencionados”. (Constitución Política de Colombia [Const]. 7 Julio de 1991, Colombia)

Capitulo II

El Principio de legalidad, las bases en la definición de delitos. Especialmente de los contratos.

Los principios positivos del derecho, (que no son lo mismo que los principios de un determinado derecho positivo o legal) pueden igualmente entenderse como el origen o el fundamento de las normas y, en definitiva, la causa del derecho positivo, a cuya noción es

propia la idea de principalidad, o sea la de primacía de los principios sobre las normas, e igualmente la de dinamismo potencial que les confiere el carácter de valores abiertos que van más allá de la legalidad formal y en cierta forma positivizan los principios del derecho natural, superando por tanto los marcos del positivismo jurídico. Los principios se llaman así, podemos agregar, por ser primeros, prioritarios y principales:

- Primeros, porque nada hay en el campo respectivo antes de ellos, aunque justo es anotarlo, cada principio de un determinado campo del ser, del pensamiento o de la acción se inspira en un campo más amplio, hasta remontarse a los primeros principios (identidad, no contradicción, tercio excluido, autonomía de la conciencia moral, dignidad humana, etc.) (Fernández, 2017).
- Prioritarios por cuanto prevalecen sobre las demás leyes, pautas o criterios del campo correspondiente, estando todos estos supeditados a ellos; y, en fin. (Fernández, 2017).
- Principales porque siendo el comienzo, todo lo demás se deriva o desprende de ellos y nada hay dentro del campo respectivo con mayor fuerza de atracción y cohesión que ellos. Los principios valen por su peso y solo ceden ante principios de peso superior. (Fernández, 2017).

Principio de legalidad dentro de los contratos estatales

El principio de estricta legalidad es la mayor garantía que tienen los ciudadanos dentro de un Estado Social y Democrático de Derecho, para que le sean protegidas sus libertades individuales y evitar que se realicen violaciones a sus derechos fundamentales.

> En este orden de ideas se revela un primer postulado como lo es el factor Estado de Derecho que significa el sometimiento de la potestad punitiva al derecho, que se traduce en los límites precisamente trazados por el principio de legalidad. En segundo término, el factor Estado Social de Derecho sirve para legitimar la función de prevención, con miras a proteger la sociedad, lo que trae consigo la necesidad social de intervención penal. Por ultimo desde el Estado Democrático, significa poner al derecho penal en función del ciudadano, lo que genera ciertos límites que se asocian al respeto de principios como dignidad humana, igualdad, y participación del ciudadano. (Sandoval, J. A., 2018)

Origen y antecedentes del principio de legalidad

De conformidad como lo establece del Doctor Jaime Alberto Sandoval Mesa: desde los trabajos del Marqués Beccaria (1764 p. 29) se tiene en claro que solo las leyes pueden decretar las penas de los delitos y esta autoridad debe residir en el legislador. Se trata del imperio de la ley, de la supremacía del legislativo, sobre los otros poderes del Estado, de la legalidad de la actuación administrativa y la salvaguarda de los derechos y libertades individuales, en que la ley era competencia exclusiva de los representantes del pueblo.

En segundo lugar,

> La importancia renovadora que le dio la Ilustración a este principio se aprecia con solo recordar que fue incluido en la Declaración de los Derechos del hombre y del Ciudadano de 1789 y, fue recogido de este ambiente revolucionario y también del precedente contenido en la *Magna Charta* de 1215, llevada también a la primera Declaración Norteamericana, la de Filadelfia de 1774, y a las constituciones que la siguieron a partir de 1776. Desde entonces el principio ha adquirido carta de naturaleza en las constituciones de casi todos los países democráticos del mundo occidental. *Beccaria* lo tomó como uno de los principios fundamentales de su obra De los delitos y las penas" publicada por primera vez en 1764 pero fue *Feuerbach*, en su "Manual de derecho Penal, ya en 1801, quien le dio la formulación latina con que se ha difundido universalmente: *nullum crimen sine lege* y en su sentido fundamental de base imprescindible del derecho penal moderno. (Fernández Carrasquilla, J., 2017)

El principio de legalidad es la base de la cual deben partir los jueces para posteriormente llegar a imponer penas, multas o sanciones, obligándolos a realizar un análisis de la conducta cometida por el sujeto activo para posteriormente realizar la adecuación típica de la misma. En caso de que la conducta realizada cumpla con los parámetros de la tipicidad, antijurícidad material y formal, y culpabilidad, podemos afirmar que el juez fue garantista y aplico en debida forma el principio de legalidad.

Con lo anterior se pretende demostrar que el principio de legalidad es la sombra del juez en todos los estancos procesales, es decir, sin un juez en ejercicio de sus funciones, actúa de

manera contraria a lo que establece la norma, o actúa de tal manera que la conducta que está analizando no se encuentra tipificada en una norma del ordenamiento jurídico, en primer lugar, está cometiendo una violación al principio de legalidad y en segundo lugar estacionando el derecho fundamental constitucional al debido proceso.

La Corte Constitucional ha expresado en reiteradas ocasiones que

> El principio de legalidad es uno de los elementos más importantes del debido proceso y un elemento esencial de un estado constitucional, entendido como barrera a la arbitrariedad y el abuso en el ejercicio del poder. Este principio se divide, principalmente, en dos especies, ambas consustanciales al derecho penal moderno. Primero, *el principio de mera legalidad* hace referencia a la reserva legislativa para definir los tipos y las sanciones penales. Desde este punto de vista el principio supone que la libertad solo es limitable en virtud de decisiones adoptadas en el foro democrático del Congreso de la República y que los demás órganos que ejercen el poder público (en especial las autoridades administrativas y los jueces) tienen vedada la definición de las conductas prohibidas por la vía del derecho penal. El destinatario de este principio, entendido como límite del debido proceso es, principalmente, el juez, que sólo podrá iniciar y adelantar un juicio con base en normas promulgadas por el Congreso de la República, salvo las potestades limitadas del Gobierno en estados de excepción (Corte constitucional, Sentencia C-091, Febrero 15, 2017).
>
> En segundo lugar, el principio de *estricta legalidad* se refiere a una forma de producción de las normas, consistente en la definición precisa, clara e inequívoca de las conductas castigadas. Esta segunda dimensión del principio de legalidad que, se anuncia desde ya, se refiere a la controversia planteada en este trámite, constituye el centro de un sistema garantista. Es un presupuesto para que los ciudadanos conozcan realmente las conductas permitidas y prohibidas y no sean entonces sujetos de un poder plenamente discrecional o de una amplitud incontrolable en manos de los jueces y es, por lo tanto, una garantía epistémica de la libertad y la dignidad humana, en tanto la capacidad de toda persona para auto determinarse (Corte constitucional, Sentencia C-091, Febrero 15, 2017).

El principio de legalidad en los contratos estatales, se ve reflejado debido a que existen normas claras y precisas que definen la forma de cómo se deben desarrollar los contratos estatales en Colombia, así mismo; están estipuladas las sanciones por no desarrollarlas de conformidad como lo establecen las normas. Si todos los requisitos para adelantar cada una de las etapas de un contrato estatal, están especificados en las distintas normas del ordenamiento jurídico, en Colombia no deberían existir casos en los que, a través del contrato estatal, los servidores públicos se apropian de los recursos destinados a satisfacer necesidades de la población. El problema radica, en la pluralidad de normas que rigen la contratación estatal, lo que permite que no se haga un cumplimiento preciso del principio de legalidad, debido a los vacíos normativos que hay en las normas contractuales.

> La definición precisa que exige el principio de estricta legalidad (en adelante se preferirá esta expresión o la de taxatividad en la definición del tipo) es el centro de un sistema de derecho penal garantista, pues la definición clara de la conducta es también una condición para verificar desde el punto de vista fáctico su ocurrencia y, por lo tanto, para aportar pruebas a favor o en contra de su configuración; ejercer el derecho de defensa e intentar el control de las decisiones, bien a través de los recursos judiciales, bien mediante la crítica social a las providencias (Corte constitucional, Sentencia C-091, Febrero 15, 2017).

Teniendo en cuenta lo expresado por la Corte Constitucional la esencia del principio de estricta legalidad radica en ser garantista de los derechos fundamentales de los ciudadanos y por lo tanto en tratadista Juan Fernando Carrasquilla las divide en:

- Garantía criminal: no hay delito sin ley, relativa a la definición de la conducta punible hecho antecedente de la sanción penal.
- Garantía penal: no hay pena sin ley, relativa a las penas o consecuencias jurídico-penales de la conducta prohibida que es lógicamente la contraria a la descrita como sancionada o típica.
- Garantía jurisdiccional: no hay delito ni pena sin juez independiente, debido proceso y pruebas legales, con la que se destaca la necesidad de que las penas criminales sean aplicadas únicamente por jueces independientes o imparciales establecidos por la ley entes del hecho solo el juez preexistente puede aplicar las penas legales por medio de

un juicio también legal, por medio de un debido proceso en sentido internacional, constitucional y legal que se limite a pruebas legítimas y en fin.

- Garantía ejecutiva o penitenciaria: las penas se cumplen en el lugar y al modo que prevean las leyes. el cumplimiento de las penas judicialmente aplicadas debe estar sometido también a un régimen legal y no al capricho de los funcionarios del sistema penitenciario. Se garantiza en toda circunstancia y para todos los efectos la dignidad personal del convicto, que por algo es este el principio fundacional del derecho penal positivo, al tenor del artículo 1° del C.P. (Fernández Carrasquilla, J., 2017)

Este principio, también tiene una estrecha relación con el principio de taxatividad, ya que, una investigación, debe adelantarse expresamente en tipos penales cobijados con una estipulación y descripción típica que haga mención a los sujetos, la conducta, el bien o bienes jurídicos que protege, y por último la sanción en la que incurrirá el sujeto por realizar la conducta allí descrita. De no ser así, podríamos encontrarnos frente a una situación en la que la conducta que se está juzgando no está tipificada dentro de nuestro ordenamiento jurídico, violando el principio de legalidad, generando la nulidad del proceso y archivando el mismo.

La seguridad jurídica es otro aliado del principio de legalidad toda vez que, al garantizarse el principio de estricta legalidad, se está brindando seguridad jurídica a todos los ciudadanos que aspiran a la protección de sus derechos fundamentales y una limitación al poder punitivo del estado. La diferencia de este principio con los otros, es que no puede subsistir por sí solo, el principio de seguridad jurídica depende de la efectiva aplicación del principio de estricta legalidad, podemos catalogarlo como un principio que nace con la efectiva aplicación de otro, en este caso el principio de legalidad. Si no se aplica el principio de estricta legalidad, el principio de seguridad jurídica se encuentra en suspenso, y solo nace cuando se garantiza debidamente el principio de legalidad.

De todos los principios que rigen la contratación estatal, el principio de selección objetiva, es el que más se asemeja al principio de legalidad del que estamos tratado. Esto se debe a que dicho principio, obliga a la entidad estatal, a establecer unos pliegos los cuales establecen detalladamente la forma y las especificaciones de cómo se debe ejecutar el contrato estatal, también establece los requisitos que debe tener el contratista para ser la persona que se le adjudique el contrato. Si no se escoge el contratista siguiendo los parámetros establecidos en

el pliego de peticiones, se está violando el principio selección objetiva y a la vez el principio de legalidad ya que, si todo está escrito, es claro y preciso no debería haber contravención alguna a lo que ya está pactado.

> La Corte Constitucional afirma lo anteriormente dicho expresando: La seguridad jurídica es un principio que atraviesa la estructura del Estado de Derecho y abarca varias dimensiones. En términos generales supone una garantía de certeza. Esta garantía acompaña otros principios y derechos en el ordenamiento. La seguridad jurídica no es un principio que pueda esgrimirse autónomamente, sino que se predica de algo. Así, la seguridad jurídica no puede invocarse de manera autónoma para desconocer la jerarquía normativa, en particular frente a la garantía de la efectividad de los derechos constitucionales y humanos de las personas. (Corte constitucional, Sentencia T-502/02, Junio 27, 2002)

Capitulo III

Teoría general del contrato estatal

Origen y evolución de los contratos estatales

Para hablar del contrato estatal, debemos remitirnos primeramente a los orígenes de los contratos. Uno de los primeros escritores en figurar el tema de los contratos fue Thomas Hobbes cuando publicó en el año 1651 su libro titulado “el leviatán”, en el cual el autor define el contrato como: la mutua transferencia de derechos es lo que los hombres llaman CONTRATO. Existe una diferencia entre transferencia del derecho a la cosa, y transferencia o tradición, es decir, entrega de la cosa misma. En efecto, la cosa puede entregarse a la vez que se transfiere del derecho, como cuando se compra y vende con dinero contante y sonante o se cambian bienes o tierras. También puede ser entregada la cosa un tiempo después.

El contrato en el Codigo Napoleonico

En el llamado *Code Civil des Français* “Código Civil de los franceses” (Osle, R. D., Iglesias, Á. N., & Santos, F. J. A., 2005) del 21 de marzo de 1804, y posterior a la promulgación de la ley del 03 de septiembre de 1807 que se denominó “Código de Napoleón”, se estableció una definición de contrato, así como también, las clases de contratos, las obligaciones que se desprenden de un contrato, las partes que pueden ejecutar un contrato etc. En el libro III título

III se habla sobre “contratos u obligaciones en general” en este Código Civil que data del año 1804 se define el contrato como: un acuerdo mediante el cual una o más personas obligan a una o más personas a dar, hacer o no hacer algo. Se puede decir entonces, que, con la expedición de este Código, se empieza a reglamentar la figura del negocio jurídico, de tal forma que se le está dando a las personas, la manera de cómo crearlo, ejecutarlo y terminarlo. Debido al impacto y la importancia que tiene este Código en Europa, muchos países empiezan a estudiar la posibilidad de tener un Código como el establecido en Francia, y es ahí cuando en Alemania, debido a la pluralidad de ordenamientos existentes, surge la necesidad de realizar una unificación. Es por esta razón que se crea en el año de 1874 una comisión encargada de elaborar una primera propuesta de Código Civil que tardo 14 años su elaboración, la cual tuvo como resultado 05 tomos en los que quedo estipulado lo que sería el Código Civil que se aplicaría en Alemania. Los resultados obtenidos por esta primera comisión, obtienen una serie de críticas por un sector de la sociedad, manifestando su desacuerdo por los resultados obtenidos por esta primera comisión redactora. Posteriormente, surge la necesidad de crear una segunda comisión redactora del Código Civil la cual realiza reajustes a lo realizado por la primera comisión y en el año de 1895 publicaron lo que serían los segundos resultados. Esta segunda propuesta, es aprobada y en el año 1990 se logra publicar el Código Civil de Alemania.

En América Latina también llega la idea de la codificación y la unificación de ordenamientos jurídicos, y es en este momento, cuando en chile, don Andrés Bello y una comisión encargada de dicha tarea inician a examinar e investigar, para posteriormente presentar el proyecto llamado Código Civil de la República de Chile. Tal comisión estaba integrada por tres diputados y dos senadores del cual Don Andrés Bello como principal redactor era uno de estos. Esta primera comisión, le hace varias observaciones y sugerencias a Don Andrés Bello, refiriéndose al contenido del proyecto de Código Civil del cual estaban en desacuerdo. Debido a estas sugerencias, se procede a crear una segunda comisión con el propósito de que esta realice aportes y haga correcciones que ayuden a la mejoría del proyecto de Código Civil (Congreso de Colombia, 2019). Del trabajo realizado por esta segunda comisión conformado por diferentes ilustrados de la época, los cuales después de varias sesiones de trabajo en las que se realizaron varios aportes, revisiones y modificaciones, por fin es promulgado el 14 de diciembre del año 1855 el Código Civil chileno o también llamado Código Civil de Andrés

Bello en honor a su redactor, entrando en vigencia el 01 de enero de 1857. Es significativo afirmar que este Código Civil Chileno sienta un precedente en América Latina. Primero: porque la idea de la codificación es algo innovadora en esta parte del continente y generó entusiasmo en los demás países de tener también un Código igual al de chile. Segundo: porque Don Andrés Bello su redactor, no realizó una simple copia del Código Civil Francés de 1804 si no que tomando este como fuente, especialmente la parte referente a las obligaciones y los contratos, y basándose también en el Derecho Español que se encontraba vigente, obtiene este importante resultado importante marcado con el sello de la originalidad como lo es el Código Civil de la República de Chile.

En Colombia, en el año 1858, se adoptó el Código Chileno de Don Andrés Bello el cual tenía sus fuentes el Código de Napoleón y el Derecho español como se mencionó anteriormente, con la Ley 84 del 26 de 1873 los Estados Unidos de Colombia, adoptaron como Código Civil de la Unión, el Código Civil de Chile, con algunas modificaciones, siguiendo el ejemplo de otras naciones hispanoamericanas y de los distintos Estados colombianos, Código aplicable en los territorios administrados directamente por el Gobierno Nacional.

Transición de los contratos civiles a los contratos estatales

El propósito de hacer un recuento sobre la evolución que ha tenido el Código Civil, es para precisar, que lo contratos estatales, tienen su génesis en la teoría de los contratos que regula el derecho privado, definidos como un acto en el cual dos o más partes, manifiestan su voluntad de crear obligaciones. A los contratos estatales, también aplica esta definición, pero estos no deben ser tratados de igual forma como se les da tratamiento a los contratos de derecho privado.

> El artículo 32 de la ley 80 de 1993 define los contratos estatales así: Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación (Constitución Política de Colombia [Const]. Julio 7 de 1991, Colombia).

La doctrina ha establecido como criterio diferenciador de los contratos estatales, el criterio orgánico o subjetivo, el cual establece, que siempre que, en un contrato, una de las partes, sea una autoridad u órgano del estado sometido a la ley 80 de 1993, este contrato será regulado por las normas del derecho público. En la sección Tercera del Consejo de Estado, el 30 de enero de dos mil ocho (2008), se afirma lo anteriormente dicho, de esta manera: Así pues, la Ley 80 adoptó un criterio eminentemente subjetivo u orgánico, esto es en atención a la naturaleza de los sujetos u órganos que intervienen en la formación del vínculo contractual, para efectos de determinar que los contratos podrán catalogarse como estatales únicamente en cuanto en uno de sus extremos, al menos, se encuentre una entidad estatal. (Consejo de Estado. Sentencia 1997-06303/23003, julio 30, 2008).

Otro criterio que diferencia los contratos privados de los contratos del Derecho público, se presenta por el establecimiento de una clausula excepcional o exorbitante, en este caso, la cláusula de Caducidad de los contratos estatales, según el artículo 18 de la ley 80 de 1993 es definida así:

> La caducidad es la estipulación en virtud de la cual, si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencia que puede conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre" (Ley 80, art. 18, 1993).
>
> Por su parte, la cláusula de caducidad administrativa se consagró por primera vez en el art 4° de la ley 53 de 1909 para los contratos de obra, disposición que repitió el Código Fiscal Nacional de 1912, art. 41, para todo contrato nacional "que tenga por objeto la construcción de obras o la prestación de servicios", señalando como causales la muerte del contratista y la quiebra de este. (Rodríguez R., G. H., 1988)

El Consejo de Estado acude de tiempo atrás al criterio orgánico para definir aspectos centrales de la contratación pública. Así ocurre cuando determina su ámbito, al decir que son contratos estatales todos los contratos que celebren las entidades públicas del Estado, ya sea que se regulen por el Estatuto General de Contratación Administrativa o que estén sujetos a regímenes especiales, a partir de esta premisa define asuntos tan relevantes como la

competencia del juez contencioso administrativo y el estatuto procesal aplicable que en la actualidad es la ley 1437 de 2011, pero aclara a su vez que las normas sustanciales son las propias de cada régimen; es decir, que cuando el juez en virtud del régimen especial o incluso del general deba aplicar normas del derecho privado, así lo hará.

No obstante lo anterior, cuando al juez contencioso le corresponde dar prevalencia al derecho privado sobre el derecho administrativo, parece abstenerse de hacerlo y favorece los principios del derecho público, es allí donde el criterio orgánico toma mayor relevancia; señala por ejemplo que si una entidad estatal reglamenta su contratación interna lo hace por medio de acto administrativo, o cuando toma una decisión en el proceso de elección también está en presencia de un acto administrativo, o si adelanta un trámite de escogencia precontractual entonces se trata de un procedimiento administrativo. (Barreto Moreno, 2019, p. 236-237)

En Colombia, con la promulgación del Decreto ley 150 de 1976, bajo el mandato del Presidente Alfonso López Michelsen se creó el primer estatuto de normas contractuales de la Administración Publica. Esto, aclarando que anterior a este Decreto, existían normas que incorporaron la licitación pública para adelantar algunos procedimientos contractuales por parte de la Administración pública. En la (ley 110 de 1912, arts. 9°, 13 y 21) se dispuso la obligatoriedad de la licitación pública para el arrendamiento y venta de los bienes nacionales, y para la adquisición de cosas indeterminadas de cierto género.

En la ley 61 de 1921, art. 8°, se dispuso igualmente la licitación pública "en los contratos que celebre el gobierno sobre adquisición de toda clase de materiales para los diversos ramos del sector público, así como para la prestación de servicios, tales como los de transporte y los manuales, que no pueden hacerse por la administración" (Ley 61, art. 8, 1921).

Luego, la ley 906 de 1931, art. 1°, exigió tal licitación para los contratos de conducción de correos nacionales. Después el Decreto Extraordinario 2880 de 1959 reglamentó el procedimiento de dichas licitaciones (Rodríguez, 1988). Estas normas, fueron de gran importancia, porque de una u otra forma, regulaban temas contractuales. En el Decreto Extraordinario, lo que se hizo fue unificar todas estas normas, que incorporaban, principios, reglas y procedimientos, para que en una sola se pudieran encontrar todos los procedimientos necesarios para la realización de contratos necesarios para la actividad Administrativa.

Después del Decreto 150 de 1976, es promulgado el Decreto Extraordinario 222 de 1983, el cual, además de repetir buena parte del decreto extraordinario 150 de 1976, modifico algunos de sus artículos e introdujo nuevos elementos. Una de la principal característica de este Decreto es la diferenciación de los contratos administrativos con los de derecho común.

Actualmente en Colombia, con la promulgación de la ley 1150 del 16 de julio de 2007 se introdujeron medidas para la eficiencia y la transparencia de la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos. Seguidamente, la promulgación del decreto 2474 del 7 de julio del 2008, se reglamenta parcialmente la ley 80 de 1993 y la ley 1150 de 2007 en lo concerniente a las modalidades de selección del contratista, principio de publicidad, selección objetiva y se logran dictar otras disposiciones. Consecutivamente con la promulgación de la ley 1474 del 12 de julio de 2011 se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública.

Cada día que pasa, en nuestro país se siguen reformando normas de la contratación estatal, sin medir el perjuicio que se le causa a la sociedad debido a las distintas normas que regulan un tema, dejando así muchos vacíos normativos que son aprovechados por ciertas personas para ejercer actos propios de la corrupción.

Elementos esenciales del contrato estatal

Existencia del contrato estatal

Los requisitos de existencia del contrato estatal, son aquellos sin los cuales el contrato no produciría efecto alguno. Para que el contrato estatal exista a la vida jurídica, es primordial que haya consentimiento de las partes de querer crear el negocio jurídico.

3.2.1 El consentimiento, es la decisión que toman las partes de querer obligarse mutuamente, este consentimiento tiene una característica y es que debe ser expreso por ambas partes. Siguiendo a lo establecido por la doctrina, el consentimiento es el requisito *sine qua non* de todo contrato y *se* forma con la voluntad de las partes. Para que se materialice el

consentimiento como requisito esencial de todo negocio jurídico, debe haberse presentado una manifestación de voluntad por la parte contratante (Entidad Publica) y el contratista (persona natural o jurídica) de querer obligarse mutuamente. Esta manifestación de voluntad, se puede evidenciar en una invitación a contratar por parte de una entidad, y una propuesta presentada por el contratista como interesado en contratar con dicha entidad.

Etapa precontractual de los contratos estatales

En esta etapa, podemos encontrar todas las actuaciones previas a la celebración y ejecución del contrato estatal, las actuaciones previstas en dicha etapa, gozan de vital importancia debido a que su omisión no permitiría que el contrato estatal, llegara a sus siguientes etapas debido a que podría ser declarada desierta la licitación, el contrato podría ser declarado nulo, o se podría presentar una ruptura del equilibrio económico del contrato.

Atendiendo a la definición del principio de planeación, es en esta etapa donde deben realizarse todos los estudios necesarios para el desarrollo eficaz del contrato, en estos estudios previos, es donde se debe estipular: la descripción de la necesidad que se pretende satisfacer con la contratación, la descripción del objeto a contratar con sus especificaciones y la identificación del contrato a celebrar, los fundamentos jurídicos que soportan la modalidad de selección, El análisis que soporta el valor estimado del contrato, indicando las variables utilizadas para calcular el presupuesto de la respectiva contratación, así como su monto y el de posibles costos asociados al mismo, La justificación de los factores de selección que permitan identificar la oferta más favorable, El soporte que permita la tipificación, estimación, y asignación de los riesgos previsibles que puedan afectar el equilibrio económico del contrato, El análisis que sustenta la exigencia de garantías destinadas a amparar los perjuicios de naturaleza contractual o extracontractual, derivados del incumplimiento del ofrecimiento o del contrato según el caso, así como la pertinencia de la división de aquellas, de acuerdo con la reglamentación sobre el particular (Decreto 2474, 2008)

La ley 1474 de 2011 exige como actuación previa al proceso de selección del contratista o en su defecto, antes de la suscripción del contrato, la debida elaboración y publicación de los estudios previos como garantía al principio de legalidad dentro del contrato que se desea celebrar.

Oferta o invitación a contratar

La oferta es la invitación que realiza una o más personas a otras u otras personas ya determinadas con el propósito de celebrar el contrato. Esta oferta debe tener un requisito esencial para el negocio sin los cuales este no existiría o se convertiría en otro negocio distinto al que se pretende crear en los contratos estatales, este requisito es el pliego de condiciones, en el cual es la columna vertebral de todo contrato en el que se establece el objeto contractual, las obligaciones de las partes y demás elementos del contrato. Esta oferta puede ser expresa o tácita, generalmente en los contratos estatales, la oferta se realiza de manera expresa, y esta es aquella que se realiza de manera explícita de una manera escrita.

Policitación

La policitación es una propuesta dirigida al público en general; es decir a un grupo indeterminado de personas, a las cuales no se les exige tener ciertas características, o tener ciertas cualidades para crear el negocio jurídico.

Distinción entre la oferta y la policitación

La distinción entre la oferta y la policitación, radica en las personas a quienes van dirigida cada una; es decir la oferta va dirigida a un grupo determinado de personas con cualidades y características específicas para celebrar el negocio jurídico, mientras que la policitación no va dirigida a un grupo determinado de personas si no al público en general sin tener en cuenta sus cualidades y características. Es así como se puede llegar a la conclusión, de que las entidades públicas, utilizan el mecanismo de la oferta para convocar a las personas a presentar sus propuestas con el propósito de celebrar contratos, toda vez que la oferta va dirigida a personas naturales o jurídicas debidamente constituidas que cumplan con los requisitos exigidos por el Estatuto General de la Contratación pública para celebrar contratos con el Estado como lo son la capacidad, no estar incurso en inhabilidad e incompatibilidad,

Elaboración del pliego de condiciones

Luego de que se realizan los estudios previos se procede a la elaboración del pliego de condiciones catalogado como la base del proceso contractual toda vez que en él se establece

la hoja de ruta del contrato estatal, debido a que contiene elementos más detallados, y necesarios para el desarrollo del contrato estatal.

En la contratación pública, solo se requiere la elaboración y publicación del pliego de condiciones cuando nos encontramos frente a un proceso contractual que establezca la modalidad de selección de licitación pública, selección abreviada y concurso de méritos, no se requiere la realización del pliego de condiciones cuando la modalidad de selección sea la contratación directa y en los contratos cuya cuantía sea inferior al diez por ciento 10 % de la menor cuantía. (Decreto 2474, 2008)

Contenido del pliego de condiciones

El pliego de condiciones debe contener como mínimo la descripción técnica detallada y completa del objeto a contratar, una ficha técnica del bien o servicio de características técnicas uniformes y de común utilización, o los requerimientos técnicos, según sea el caso, Los fundamentos del proceso de selección, su modalidad, términos, procedimientos, y las demás reglas objetivas que gobiernan la presentación de las ofertas así como la evaluación y ponderación de las mismas, y la adjudicación del contrato, Las razones y causas que generarían el rechazo de las propuestas o la declaratoria de desierto del proceso, Las condiciones de celebración del contrato, presupuesto, forma de pago, garantías, y demás asuntos relativos al mismo.

Al pliego de condiciones, se anexará el proyecto de minuta del contrato a celebrarse y los demás documentos necesarios, esto con el fin de que los posibles oferentes conozcan en detalles el contrato que se pretende celebrar con dicha entidad (Decreto 2474, 2008).

Posterior a la realización del proyecto de pliego de condiciones, la entidad, atendiendo a lo establecido por el principio de publicidad, procederá a publicar en la página web de la entidad el proyecto, con el fin de que las personas que se encuentren interesadas y que consideren cumplir con los requisitos establecidos en el proyecto para poder ejecutar el contrato, presenten su propuesta a la entidad.

Propuesta

La propuesta es la aceptación a la oferta, realizada por una persona natural o jurídica que dice cumplir con los requisitos exigidos en el pliego de condiciones. La entrega material de la propuesta a la entidad pública, constituye una promesa por parte de la persona, de que se ejecutará el objeto contractual, y se ejecutaran las obligaciones establecidas en el pliego de condiciones. En caso de que la oferta se realice por medio de una licitación, es claro que en esta modalidad de selección del contratista hay una alta probabilidad de que exista una pluralidad de ofertas, de presentarse esta situación, la entidad examinará que todas las propuestas cumplan con los requisitos exigidos en el pliego de condiciones y escogerá la mejor, para posteriormente adjudicar el contrato a esa persona que cumplió con todos los requisitos.

Proceso de selección del contratista

Es en esta etapa donde la entidad contratante, dependiendo del objeto del contrato, procede a realizar la selección del contratista utilizando la modalidad de selección que se ajusta al contrato ya que cada de una de esta modalidad, tiene un proceso distinto. La jurisprudencia ha establecido que, para evitar actos de corrupción en la contratación pública, la regla general para la escogencia del contratista será la licitación pública toda vez que es la modalidad que se encuentra compuesta por un trámite más garantista a las demás modalidades. La excepción en la contratación pública, será la de contratación directa debido a que esta es más vulnerable a ser utilizada para actos de corrupción, debido a las causales por las cuales se encuentra integrada.

Las modalidades de selección del contratista establecidas en la ley son: licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos, menor cuantía y contratación directa

Licitación publica

La licitación pública, es un procedimiento atreves del cual una entidad del Estado realiza una convocatoria pública con el fin de que los interesados en contratar con el Estado, formulen sus propuestas en igualdad de condiciones, y la entidad dependiendo de la oferta más favorable y de conformidad con el principio de selección objetiva escoja a la persona natural

o jurídica que cumpla con las condiciones necesarias y exigidas para la celebración y ejecución del contrato.

En suma, es pertinente anotar, que en correspondencia con esas normas, en Colombia la selección del concesionario siempre se realiza por licitación pública, observando los principios previstos en la ley 80, especialmente los de libre concurrencia, selección objetiva, transparencia, responsabilidad, seleccionando a quien mejor consulte los intereses de la autoridad pública en vía de garantizar el interés público o general. (Melendez Julio Inocencio, 2009, p. 470)

Selección abreviada

Esta modalidad de selección es propia para aquellos contratos es los que se necesite la adquisición de bienes o servicios de características técnicas uniformes o de común utilización. Es un proceso más corto pero no por ello deja de ser dispendioso e importante para la ejecución de específicos objetos contractuales.

Concurso de méritos

Atreves de esta modalidad se podrán celebran contratos cuyo objeto sea el de la realización de proyectos, diagnósticos, gerencia de obras, consultoría. Esta clase de proyectos son lideradas principalmente por consultores de distintas áreas para lo cual será necesario adelantar procesos de concurso abiertos o de calificación.

Contratación directa

Se procederá a utilizar esta modalidad de selección en un proceso contractual, cuando el objeto del contrato así lo disponga y este se vea enmarcado en las causales que establece esta modalidad, el trámite de contratación atreves de esta modalidad es más corto y menos dispendioso que los otros procesos por lo cual se hace más fácil ejecutar actos de corrupción. Hay unas causales dentro del proceso de contratación directa que son las más utilizadas para los actos corruptos como lo son: prestación de servicios profesionales y apoyo a la gestión, urgencia manifiesta, contratos interadministrativos. Lo que facilita a las entidades aprovecharse de esta modalidad para satisfacer sus propias necesidades y no la del Estado

Social de Derecho, ya que en esta modalidad la contratación se hace de manera unilateral y no por convocatoria pública.

Mínima cuantía

Esta modalidad de selección también establece un proceso sencillo consistente en la escogencia del contratista que desarrolle la adquisición de las obras, bienes y servicios siempre y cuando el valor del contrato no exceda el diez por ciento 10% de la menor cuantía de las entidades estatales.

Es importante resaltar que, a diferencia de las demás modalidades de selección, la mínima cuantía es aplicable a cualquier objeto contractual siempre y cuando el valor del contrato sea inferior o igual a la mínima cuantía de la entidad estatal. Es un proceso rápido y sencillo, pero tiene esta característica especial.

Publicado el pliego de condiciones y dependiendo la modalidad de selección del contrato, los interesados proceden a presentar sus propuestas en el tiempo establecido para la presentación. En acto posterior, la entidad empieza a realizar el análisis y verificación de requisitos mínimos, habilitantes, análisis de la oferta más favorable, la que presente un bajo costo para la ejecución del contrato y demás requerimientos establecidos en el pliego de condiciones.

Adjudicación del contrato

Es la aceptación por parte de la entidad, materializada en un acto administrativo debidamente motivado, en el que la entidad, después de haber analizado todas las propuestas presentadas dentro del proceso de selección del contratista escoge al oferente que cumpla con todos los requisitos exigidos en el pliego de condiciones, presente a la entidad el menor precio etc.

Después de realizado, el análisis de todas las propuestas presentadas, la entidad escogerá la propuesta que cumpla con todos los requisitos solicitados por la entidad, y mediante acto administrativo debidamente motivado, adjudicará el contrato a esta persona para que proceda a ejecutar el objeto del contrato.

Este acto administrativo, debe ser notificado personalmente al adjudicatario y a todos los oferentes que se presentaron en ese proceso. Si bien contra este acto que adjudica el contrato

no proceden los recursos del procedimiento administrativo como lo son: recurso de reposición y en subsidio el de apelación, queja, si es susceptible de ser demandado ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, atreves del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho.

Hasta este punto llega la etapa precontractual, es importante aclarar que, si bien en esta etapa precontractual se genera una responsabilidad de carácter extracontractual, también se generaría una responsabilidad penal para el representante de la entidad que debió tener presentes todos los requisitos necesarios de la etapa precontractual. Para dar más claridad al asunto lo analizaremos con un ejemplo: una entidad celebró con el consorcio Uniguajira un contrato cuyo objeto era la realización de un puente que comunicaría a dos municipios divididos por el rio ranchería en el Departamento de la Guajira. La entidad para apropiarse del dinero del contrato en mutuo acuerdo con el contratista, intencionalmente omitió realizar los estudios previos a la celebración del contrato debido a que en el estudio debían justificar la necesidad de la contratación y en realidad la celebración del contrato no era necesaria toda vez que los dos municipios ubicados a la orilla del rio ranchería no necesitaban la construcción de un nuevo puente debido a que ya tenían uno que había sido construido hace 5 años, se encontraba en buen estado y lograba comunicar a los dos municipio sin ningún obstáculo. El contrato fue debidamente celebrado, ejecutado y llevado eficazmente hasta su liquidación. Los estudios previos, como lo vimos anteriormente, hacen parte de la etapa precontractual y son un requisito esencial para celebrar un contrato principalmente por la descripción de la necesidad de celebración del contrato. Al hacer el análisis de lo que establece el tipo penal, celebrar un contrato sin tener en cuenta un requisito esencial como lo es el estudio previo generaría responsabilidad penal toda vez que el delito de contrato sin cumplimiento de los requisitos legales es un delito doloso. Es decir que desde el punto de vista penal la responsabilidad por la comisión del delito seria la misma en las diferentes etapas toda vez que lo que se requiere es que se tramite, celebre, y liquide un contrato con la observancia de los requisitos mínimos que en cada una de ellas ha establecido la norma, haciendo obediencia a lo que establece el principio de legalidad. Solamente habría distintas formas de participación penal en el caso de que existiera una empresa criminal que se dedicara a realizar contratos sin tener en cuenta sus requisitos esenciales y cada uno de los

miembros de esa empresa criminal tuviera una participación distinta dentro de la empresa delictiva como autores, cómplices o intervinientes.

Desde el punto de vista contractual y extracontractual claramente es distinta la responsabilidad en sus diferentes etapas toda vez que en la etapa precontractual en caso de presentarse algún incumplimiento, el medio más eficaz para lograr el cumplimiento seria la utilización de los medios de control de nulidad simple y nulidad y restablecimiento del Derecho establecidos en la ley 1437 de 2011 contra los actos administrativos que adjudican el contrato, acto administrativo de apertura del proceso licitatorio que son actos unilaterales de la administración.

En la etapa contractual y post contractual se generaría una responsabilidad contractual la cual podrá ser dirimida por la Jurisdicción Contencioso Administrativa atreves del medio de control de Controversias Contractuales en caso de incumplimiento de las obligaciones establecidas en el contrato, el no pago de lo pactado en el contrato, ruptura del equilibrio económico del contrato. Lo anterior no exoneraría al derecho penal de que pueda investigar las conductas en la etapa de trámite celebración y liquidación del contrato. debido a que se está investigando la conducta dolosa del Servidor Público.

Etapa contractual

Esta etapa principalmente consta de la ejecución del contrato por parte del contratista, pero antes de eso las partes se deben encargar de que el contrato nazca a la vida jurídica como se podrá evidenciar en el desarrollo del texto

Perfeccionamiento del contrato

Para que el contrato estatal, surta efectos y exista a la vida jurídica, este debe cumplir con el requisito de perfeccionamiento consagrado en el artículo 41 de la ley 80 de 1993 que dice: “Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito”. El Consejo de Estado, en sentencia del diecinueve (19) de septiembre de 2011, Consejera Ponente Ruth Stella Correa Palacios N° de radicado

18726 agregó: “En este sentido, el contrato celebrado por la administración con los particulares, sin importar el tipo negocial de que se trate, siempre es de carácter solemne, es decir, que para su existencia y, por ende, eficacia, de acuerdo con el régimen jurídico de derecho público al cual está sometido, se requiere que se eleve a escrito la manifestación de voluntad, de manera que la ausencia de éste conlleva la inexistencia del negocio jurídico e impide el nacimiento de los efectos jurídicos pretendidos por las partes, toda vez que para vincularse no tienen libertad de forma. La solemnidad que implica que esta clase de contratos deben constar por escrito, constituye pues un requisito *ad substantiam actus,* esto es, sin el cual el negocio no existe y, por tanto, carece de efectos en el mundo jurídico”. (Consejo de Estado, Sentencia 20001233100019980441301 (18726), Julio 30, 2008).

No se debe confundir el consentimiento como requisito de existencia de los contratos y el perfeccionamiento como otro requisito de existencia. La regla general dice que los contratos estatales son solemnes, es decir; que deben ser relevados a escrito para que surtan efectos a la vida jurídica, solo si el contrato es elevado a escrito es susceptible de ser probado como existente en un proceso judicial. El consentimiento es un requisito necesario para que el negocio jurídico pueda nacer a la vida jurídica, si no hay consentimiento el negocio jurídico es inexistente, nunca nació, mientras que en el perfeccionamiento el negocio jurídico ya nació a la vida jurídica pero no ha surtido efectos porque no ha sido elevado a escrito.

Esto es lo que establecen las normas de Contratación Estatal en Colombia pero haciendo un análisis de lo que ha establecido la Doctrina, podemos mencionar la Teoría del “iter contractus” de Federico Castro la cual establece que la formación y el perfeccionamiento de los contratos no es de forma instantánea sino que por el contrario su formación se va dando paulatinamente a medidas que se van surtiendo las distintas etapas del contrato. Según esta teoría, la relación jurídica obligacional nace en el precontrato y en un momento posterior ambas partes de acuerdo o si una de ellas lo exige, se pone en vigor el contrato preparado.

En este sentido, esta teoría divide el perfeccionamiento del contrato estatal en dos partes; la primera es la etapa contractual en la cual se dan los actos preparativos para el desarrollo del contrato la cual menciona la doctrina como promesa del contrato, y la segunda es la etapa contractual en la que se da el perfeccionamiento y ejecución del contrato establecida por la doctrina como la etapa de cumplimiento de la promesa del contrato que implica poner en

funcionamiento lo establecido o proyectado en la etapa precontractual (O'Callaghan Muñoz & Fernández González, 2016).

Ejecución del contrato

La ejecución del contrato es entendida como el desarrollo o puesta en marcha del objeto contractual y es necesario para que se pueda ejecutar el contrato, la aprobación de la garantia y la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, acreditar por parte del contratista que se encuentra al día con el pago de aportes parafiscales relativos al Sistema de Seguridad Social Integral, así como los propios del SENA, ICBF y Cajas de Compensación Familiar cuando corresponda (Ley 1150, art. 23, 2007).

Etapa pos contractual

En esta etapa, es donde se realizan las actuaciones siguientes al vencimiento de plazo establecido para la ejecución del contrato. entre ellas podemos mencionar el acto de liquidación del contrato, la utilización de garantías.

En desarrollo de estas especiales relaciones, encontramos que si la administración realiza conforme a derecho la fase o etapa precontractual, habrá asegurado la legalidad del contrato; ya que de una parte, el contrato no estará incurso en causal de nulidad, o en causal de nulidad de algunos de los actos administrativos previos al contrato que más tarde permita la terminación unilateral del mismo, sino que también blinda de seguridad jurídica los actos de los sujetos contractuales, de tal manera que no se incurra en faltas disciplinarias como tampoco en algún delito de la celebración indebida de contratos (Melendez Julio Inocencio, 2009, p. 476)

Requisitos de validez del contrato estatal

Para que un contrato estatal tenga validez, debe cumplir plenamente con los requisitos establecidos en normas del derecho privado, toda vez que estos requisitos también son aplicables a los contratos de Derecho Público.

El Consejo de Estado, Sección Tercera, mediante Sentencia del 29 de agosto de 2007, expediente 15324, Consejero Ponente Mauricio Fajardo, tomando como base el artículo 1502

del Código Civil, expresa que para que el contrato estatal, sea legal y valido debe cumplir con estos requisitos:

> consentimiento de las partes exento de vicios, causa licita, objeto licito, capacidad de las partes contratantes, cumplimiento de algunos requisitos o formalidades que la ley impone, básicamente en atención a la calidad o estado de las personas que lo celebran (Consejo de Estado, Sentencia 15324, Agosto 29, 2007).

El consentimiento

> El precitado acuerdo o concurso de las voluntades individuales de quienes intervienen en la celebración de las convenciones (y de los actos unipersonales complejos) es lo que específicamente se denomina en el léxico jurídico con la expresión de *consentimiento* del latin *cum sentire),* que no solamente denota la pluralidad de las manifestaciones individuales de la voluntad de los agentes, si no también la concurrencia y unificación de ellas en un solo querer (*in ídem placitum).* En el lenguaje vulgar, *consentir* también significa adherir unilateral y voluntariamente a algo, y en este sentido el artículo 1502 del Código Civil dice que "para que una persona de obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario: … que consienta en dicho acto o declaración y su *consentimiento no adolezca de vicio.* (Código Civil Colombiano, 2019)

Vicios del consentimiento

Como ya se dijo anteriormente, para la existencia de un acto jurídico, es necesaria la voluntad de los agentes que pretenden crearlo, pero para la validez de este acto jurídico, se requiere que esta voluntad sea sana; es decir que no contenga ningún vicio que llegue afectar su validez. De conformidad con el artículo 1508 de Código Civil, los vicios que pueden afectar la validez del consentimiento son: error, fuerza, dolo. (Código Civil Colombiano, 2019)

El error

El error es definido como una equivocada percepción de la realidad, que puede llevar a las personas al campo de la ignorancia. En el campo jurídico, debido a la protección que se le

brinda a la voluntad privada de los agentes que pretender crear un acuerdo, es importante prevenir que estos se encuentren inmersos el campo de la ignorancia ya que su percepción de la realidad es equivoca y no están actuando si no de conformidad con una noción o idea falsa, debido a que el consentimiento manifestado por el agente no es real.

Error de hecho y el error de derecho

Partiendo de la base que el error es una percepción equivocada de la realidad, el error de Derecho, es una falsa o equivocada interpretación de normas jurídicas que conlleva a la ineficacia de los negocios jurídicos. En el ordenamiento jurídico colombiano, el error de Derecho non es considerado con un vicio del consentimiento toda vez que el mismo Código Civil Colombiano en su artículo 1509 cuando dice que "el error sobre un punto de Derecho no vicia el consentimiento" da a entender que, en caso de presentarse un error de hecho en un negocio jurídico, este no puede ser declarado ineficaz ya que este error puede ser corregido y se puede aplicar la norma jurídica en debida forma.

El error de hecho, a diferencia del error de Derecho, recae sobre las circunstancias o acontecimientos, que tienen influencia directa sobre la voluntad del agente o los agentes al momento de manifestar su voluntad de crear un negocio jurídico. Es decir, que el error de hecho es aquel que hace al agente una modificación de la realidad del mundo exterior.

Respecto al error de hecho, es importante afirmar, que no todo error cometido por los agentes, tiene incidencia directa en la eficacia de los negocios jurídicos si no, aquel error que en realidad se convierta en el factor determinante de la voluntad.

Fuerza o violencia

La fuerza o violencia es aquella coerción física o moral aplicada a una persona para obligarla a manifestar su consentimiento en la realización de un acto jurídico. Esta coerción produce en la persona un sentimiento de miedo el cual coloca en un estado vulnerable, quitándole la posibilidad de tomar la decisión propia que la ley requiere para la creación de un negocio jurídico. es importante decir que el vicio de la voluntad no está en el hecho de ejercer la violencia o coerción en la persona si no que este se encuentra en el miedo producido por la coerción o fuerza ejercida por la persona.

El dolo

El dolo es aquella trampa o maniobra engañosa dirigida hacia una persona, con el fin de engañarlo e inducirlo al error, creando en ella, una percepción distinta de la realidad, en la que la persona actúa convencida de hacer las cosas bien, cuando en realidad está actuando equívocamente. El artículo 1515 del Código Civil exige que el dolo debe provenir de una de las partes que pretenden crear un negocio jurídico. Por lo tanto, si la trampa o maniobra engañosa proviene de un tercero el acto jurídico es válido, por lo tanto, no debe ser declarado nulo.

Objeto licito

Dentro de todos los elementos del negocio jurídico, el objeto es uno de los elementos importante del mismo, toda vez que en este se establece la sustancia del contrato, y por lo tanto, este objeto del contrato debe ser lícito so pena de configurarse una causal de nulidad absoluta del contrato por tener un objeto ilícito.

El objeto del contrato es lícito, cuando este no contraría la ley, el orden público, o las buenas costumbres. Es facultad de los Jueces, determinar en cada caso en concreto, si el objeto del contrato no viola o contraria los elementos antes mencionados.

El objeto de todo contrato estatal, debe estar enmarcado en la eficiente prestación de los servicios públicos, de lo cual se desprende la satisfacción de intereses de la sociedad. En el pliego de condiciones, es donde establece el objeto contractual a desarrollar el cual debe cumplir con todos los requisitos anteriormente mencionados.

Causa licita

El artículo 1524 del Código Civil Colombiano establece: No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. (Congreso de Colombia, 2019) La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente. Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público. Es decir, la causa del contrato a diferencia del objeto, se consolida en los motivos que impulsan a las partes a la celebración del negocio jurídico. En el contrato estatal evidenciamos que toda causa debe estar enmarcada en la satisfacción de las necesidades de toda la población

Subsistencia del contrato estatal

El contrato estatal, se mantiene vigente y produce todos sus efectos jurídicos mientras perduren las circunstancias que le dieron origen y sigan inalterables los fines perseguidos; esto es, siempre que se mantengan las razones de interés general y de conveniencia del objeto contractual. En el privado basta la buena fe y que las partes cumplan oportunamente las obligaciones recíprocas. La subsistencia del contrato estatal, hace relación a la vigencia de sus efectos. Sobre el punto afirma Sayagués Laso: "El particular contratante debe cumplir estrictamente sus obligaciones con mayor rigor que entre sus particulares, por estar comprometidos intereses públicos. Esta obligación, sin embargo, tiene límites: la fuerza mayor y el cumplimiento de la administración a sus propias obligaciones". (Sayagués, 1974, p. 568)

Se hace mención de los requisitos de validez del contrato estatal, para dar a entender que el contrato, por ser un medio para ayudar a satisfacer las necesidades básicas de la población, debe ser celebrado por personas capaces, que de mutuo acuerdo, tengan la debida intención de celebrar contratos si necesidad de estar cohesionados o amedrentados atreves de la fuerza o violencia. que el objeto y la causa del contrato sean una verdadera ayuda para satisfacer las necesidades básicas insatisfechas de la población. Si bien los requisitos de validez no son analizados y exigidos a profundidad por el derecho penal desde el punto de vista de la responsabilidad, a manera de ejemplo, el objeto contractual si es requisito esencial del estudio previo de la contratación estatal, catalogado por el derecho penal como un requisito legal para la realización del contrato, así mismo la causa licita está estrechamente relacionada con la necesidad de la contratación. Esto desde el punto de vista de la responsabilidad penal tiene gran relevancia.

Desde el punto de vista de la responsabilidad contractual, a falta de uno de estos requisitos de validez, el contrato seria declarado nulo, no surtiría efectos jurídicos, lo que generaría un retroceso y un gasto a la administración porque atreves de ese contrato declarado nulo, no se logró satisfacer alguna necesidad de la población, se generó un gasto innecesario en todo el dinero empleado en la etapa precontractual y contractual, por ser declarado nulo el contrato, deben hacer un nuevo contrato debido a que obligatoriamente se debe satisfacer la necesidad para lo cual deben abrir un nuevo proceso licitatorio lo que generaría más gastos

para la administración. Por casos como estos es importante mencionar los requisitos de validez de los contratos estatales.

Oponibilidad de los contratos estatales

> Este requisito de los contratos hace referencia a que los efectos jurídicos de un contrato estatal, se extienda también a terceras personas y no solo a las partes del contrato. En este sentido, la oponibilidad de los actos jurídicos implica que los terceros tienen la obligación legal de reconocer los actos celebrados por las partes en un contrato, en ese sentido no pueden desconocer arbitrariamente dichos actos. Es importante resaltar, en este punto la inoponibilidad entendida como aquellos actos jurídicos a los que sus efectos no se extienden a terceros. La ley consagra los actos de inoponibilidad de los actos jurídicos, casos que obedecen a varias razones concretas. Así unas veces los agentes han permitido las formalidades prescritas para la publicidad del acto sin las cuales este no adquiere el carácter de oponible a terceros. Otras veces obedece a la inobservancia de ciertos requisitos sustanciales del acto, sin los cuales este no existe jurídicamente o, existiendo, está viciado de nulidad absoluta alegable por los terceros, como en los casos de ilicitud en el objeto o en la causa, de preterición de las solemnidades legales que miran a la naturaleza del acto y en los de incapacidad absoluta de algunos agentes. En fin, un acto puede llenar todos los requisitos sustanciales y de publicidad, pero lesionar directa o indirectamente un derecho ajeno, como la venta de cosa que no es propiedad del vendedor ni está legitimado para enajenarla (Ospina Fernández & Ospina Acosta, 2015, p. 387)

La nulidad de los contratos estatales por no cumplir con sus etapas y procedimientos

Concepto

De conformidad como sucede en los contratos de derecho privado, los contratos estatales no están exentos de ser declarados nulos por incurrir en vicios que no tienen la posibilidad de ser saneados. Cuando un contrato o negocio jurídico, no reúne los requisitos esenciales, es

decir aquellos por los cuales el acto es considerado valido, este acto puede ser declarado nulo perdiendo todos sus efectos.

Según lo establecido en el artículo 44 de la ley 80 de 1993, a un contrato estatal se le puede declarar la nulidad absoluta cuando: le hacen falta requisitos esenciales establecidos en las normas, las personas con las que se celebren los contratos se ven inmersas en ciertas circunstancias que impiden o imposibilitan a que una persona pueda ser el adjudicatario de un contrato estatal, se realicen contrariando a lo que se establece en la constitución o la ley, o se declaren nulos los actos administrativos que le dan origen a la realización de los contratos estatales. En resumen, la nulidad de los contratos estatales, también es un proceso reglado; es decir la misma norma establece las causales para declarar la nulidad de los contratos estatales y estas son taxativas ya que las podemos encontrar en la ley (Ley 80, art. 44, 1993).

Titularidad para demandar los contratos estatales

Según lo establecido en el artículo 45 de la ley 80 de 1993, los titulares para demandar la nulidad del contrato estatal son las partes del contrato, las cuales deben ser una entidad estatal que es catalogado como contratante, y una persona natural o jurídica que se le haya adjudicado el contrato, un agente del ministerio público que en nuestro país el Ministerio Publico, está encabezado por la Procuraduría General de la Nación, o cualquier persona que pueda comprobar las razones por la cuales el contrato debe ser declarado nulo (Ley 80, art. 44, 1993).

Efectos de la declaratoria de nulidad absoluta

La nulidad del contrato estatal, implica dejar sin efectos el negocio jurídico, es decir el contrato, llevando las cosas al estado en el que se encontraban anteriormente, esto implica, un gasto innecesario de recursos generando un detrimento al erario público por adelantar proceso de contratación sin el cumplimiento de sus requisitos legales. En este punto podemos evidenciar, por qué es necesario, que los contratos estatales, se desarrollen en debida forma y poniendo en práctica la ética profesional de cada persona que administra recursos públicos. ¿Si la manera de adelantar los contratos estatales, están establecidas detalladamente en las

distintas normas, por qué hay escándalos de corrupción en los que se desaparecen los recursos destinado para un contrato? Todo esto obedece a temas éticos de esas personas que tienen la facultad de administrar los recursos y no lo hacen como establecen las normas. La ética profesional de estas persones es mínima lo cual los lleva a apropiarse, desviar, ocultar recursos de la hacienda pública destinados a satisfacer las necesidades generales, para convertirlos en invertirlos en sus intereses particulares, generando daños a todos los colombianos, que evidenciamos como nuestros tributos pasan a hacer parte del patrimonio de particulares (Ley 80, art. 44, 1993).

Nulidad relativa de los contratos estatales

La nulidad relativa de los contratos estatales, la acarrea cualquier otro vicio, este vicio se podrá sanear por ratificación del interesado o si transcurren más de (2) dos años contados a partir de la ocurrencia del hecho generador del vicio (Ley 80, art. 44, 1993).

Segunda parte

La noción del principio de legalidad y de la responsabilidad contractual publica

> El principio de legalidad en la actuación de las Ramas del Poder Público encuentra indiscutible y acendrado fundamento en los Estados democráticos desde la modernidad y en tal condición impone a los funcionarios de la Administración la sujeción a la Constitución y a las leyes en sus actuaciones. La condición exorbitante de los poderes del Estado en relación con su actuación frente a los particulares es algo que demanda de la legalidad, para su legitimidad. El apego y obediencia a las leyes, el desarrollo de las competencias que éstas de manera expresa conceden a los funcionarios constituye, de principio a fin, una de las bases de la obligación que tienen los ciudadanos de obedecer lo que éstos ordenan. (Consejo de Estado, Sentencia 25000-23-26-000-1996-07474-01 (16816) Febrero 4, 2010).

Es así, como el principio de legalidad, en los contratos estatales exige a las entidades y a los contratistas, una estricta aplicación a las normas que rigen la contratación pública en Colombia. Esta estricta aplicación es lo que permite que los contratos estatales sean

desarrollados en debida forma, sin alteración de sus etapas o desconociendo elementos esenciales de estos que puedan afectar la validez del mismo.

La Corte Suprema de Justicia se refirió al principio de legalidad en los delitos contra la administración pública y especialmente al delito de contrato sin cumplimiento de los requisitos legales estableciendo conceptos para entender de una mejor manera la noción del principio de legalidad:

La contratación pública, es el mecanismo atreves el cual, el Estado compromete sus recursos para darle solución a las necesidad bases de la sociedad, y de esta manera, cumplir con los intereses generales que se van presentando con el trascurrir del tiempo. Dentro de estas necesidad podemos destacar la prestación de los servicios públicos que ayudan al mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes de un municipio, la realización de obras que permitan generar un entorno cómodo a la población, ejecución de políticas públicas para proteger derechos constitucionales fundamentales, entre otras necesidad que se pueden satisfacer atreves de la contratación pública.

Por ser la contratación pública, un mecanismo esencial para que el Estado pueda ayudar a satisfacer las necesidades de la población, este proceso que se adelanta es reglado, lo que significa que hay normas que establecen sus etapas, los principios que rigen la contratación estatal, procedimientos estrictos que exigen total apego al principio de legalidad.

La intención de establecer estas etapas, procedimientos de la contratación estatal, corresponde a la prevención de fraudes y casos en los cuales se puedan desviar o darle una destinación oficial a los recursos del erario público, lo cual genera una contrariedad a los fines esenciales del contrato estatal.

Atreves del delito de contrato sin cumplimiento de los requisitos legales, lo que se busca proteger es la legalidad, buscando que todo el proceso de contratación estatal, se cumpla a cabalidad de conformidad con las etapas y procesos que establecen las distintas normas contractuales en Colombia. Si se cumple con la protección del principio de legalidad, automáticamente se están satisfaciendo las necesidades básicas de la población, debido a que se ejecutan en debida forma los contratos estatales.

La noción de responsabilidad en la gestión de los contratos estatales

La responsabilidad es una obligación que recae en una persona pública o privada de indemnizar, por su comportamiento activo u omisivo, los daños materiales e inmateriales que hayan irrogado a una persona de manera antijurídica. Estos daños se pueden originar bien sea por el incumplimiento de una obligación preexistente (responsabilidad contractual) o por la lesión de un interés legítimo producida en desarrollo de una actividad humana en la que no ha existido una relación jurídica previamente al perjuicio (responsabilidad extracontractual). (Yong Serrano, S., 2012)

Para que efectivamente nos encontremos frente a la figura jurídica de la responsabilidad contractual pública, es necesario que existan unos elementos como por ejemplo: una acción o una omisión típica, que esa acción u omisión sea antijurídica, y por última que se cause un daño. Es importante resaltar que, para declarar la responsabilidad a una de las partes de un contrato, es necesario que exista un nexo de causalidad entre la acción u omisión y el daño, o de lo contrario no sería posible imputar la responsabilidad contractual. Cuando concurren los elementos antes mencionados, podemos exigir que se impute la responsabilidad de la parte que incumplió el contrato.

El Estado, en ejercicio de sus actividades realizadas por cada una de las ramas del Poder Público, desarrolla actividades que si bien, están encaminadas a cumplir con los fines esenciales del Estado, estas pueden causar perjuicios a las personas en aquellos casos en los que sus agentes las realicen en indebida forma. La responsabilidad patrimonial del Estado, tiene su fundamento en el artículo 90 de la Constitución Política de 1991 donde establece: El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de sus autoridades públicas (Constitución Política de Colombia [Const]. Julio 7 de 1991, Colombia).

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agenten suyo, aquel deberá repetir contra este.”

El Estatuto General de Contratación Pública (ley 80 de 1993) en su artículo 50 define la Responsabilidad del Estado así: Las entidades responderán por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que les sean imputables y que causen perjuicios a sus contratistas. En tales casos deberán indemnizar la disminución patrimonial que se ocasione, la prolongación de la misma y la ganancia, beneficio o provecho dejados de percibir por el contratista. (Ley 80, art. 50, 1993).

Los consorcios y uniones temporales responderán por las acciones y omisiones de sus integrantes, en los términos del artículo 7o. de esta ley.

En cualquier etapa de un contrato, se pueden presentar acontecimientos, en los que una de las partes puede incumplir obligaciones y causar daños que deben ser reparados a favor de aquella parte del contrato que sufrió el daño. Pero es importante resaltar, que en la etapa contractual, solo se puede declarar la responsabilidad patrimonial de una de las partes del contrato, cuando incumple con las obligaciones pactadas en el negocio jurídico, no hay otra forma de ser declarado responsable si no por haber caudado un daño al no cumplir las obligaciones respectivas dentro del contrato. Esto no quiere decir que las partes no puedan ser responsables por los daños causados en la etapa precontractual y pos contractual, en las cuales se deben analizar los elementos constitutivos del daño para verificar si hubo o no incumplimiento, pero en este acápite de la investigación, solo se está haciendo referencia a la responsabilidad en la etapa contractual.

Falta disciplinaria gravísima de la celebración de contratos sin cumplimiento de los requisitos legales

La determinación de un régimen disciplinario surge de la necesidad de hacer efectiva la garantía del Estado Social de Derecho en el que las autoridades solo hagan lo que por mandato constitucional y legal les es permitido, sin incurrir en faltas por extralimitación de sus funciones. Las faltas disciplinarias son descripciones abstractas taxativamente señaladas por la ley sobre el comportamiento de un servidor público, las cuales puede o no coincidir con delitos, y que entorpecen, turban o desvirtúan el buen manejo de la función pública en cualquiera de sus manifestaciones, por lo que el régimen disciplinario es aplicable únicamente a los sujetos que tienen la calidad de servidores públicos y que han cometido alguna infracción a título de dolo o culpa.

El derecho disciplinario es una modalidad del derecho sancionatorio y su aplicación no puede desconocer principios sustanciales y procesales en favor de la persona investigada, en virtud a la garantía de los derechos fundamentales. Así, la determinación de faltas disciplinarias y sus respectivas sanciones tiene por objeto garantizar el buen manejo de la función pública*"(...)* tipificando las conductas constitutivas de falta disciplinaria en tipos abiertos que suponen un amplio margen de valoración y apreciación en cabeza del fallador. (…)" (Corte constitucional, Sentencia C-1555, Marzo 05, 2002).

La graduación de las faltas como *"(...) Gravísimas, 2. Graves y 3. Leves*", se da en virtud del grado de afectación a la función pública que se haya generado con la actuación, y, en lo que atiende a la celebración, tramitación y liquidación de Contratos sin Cumplimiento de los Requisitos Legales, la norma disciplinaria estableció en el numeral 1 del artículo 48 que se trata de una falta gravísima en los siguientes términos: *"1. Realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo, cuando se comete en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando del mismo."*. (Ley 734, art. 48, 2002)

El derecho disciplinario, constituye un régimen de protección no del contrato estatal en si, si no de las herramientas previstas por el legislador para lograr sus fines, y por tanto el derecho disciplinario, de una parte es derecho público por procurar el correcto funcionamiento de la gestión pública, pero también es derecho genérico y específicamente sancionatorio en tanto impone de manera ejemplarizante y correctiva, sanciones e inhabilidades a quienes han infringido el deber funcional de actuar o abstenerse de hacerlo conforme se lo indica el ordenamiento jurídico. (Melendez Julio Inocencio, 2009, p. 425)

De la responsabilidad fiscal en la gestión de contratos sin cumplimiento de los requisitos legales

El contrato es el objeto material sobre el cual versa el tipo penal en cuestión, el cual es, a su vez, un elemento indispensable para la gestión fiscal ya que implica la utilización del patrimonio público para la preparación, celebración, ejecución y liquidación de negocios jurídicos tendientes al cumplimiento de los fines del Estado. Los trámites que giran en torno a este son uno de los puntos de corrupción más grandes, por lo que los funcionarios públicos

y los contratistas están llamados a responder fiscalmente ya que son quienes ordenan y hacen uso de los recursos públicos respectivamente.

El control fiscal es una función pública que la constitución ha ubicado en cabeza de la Contraloría General de la Republica, para garantizar que todos los gestores de los recursos rindan cuentas y muestren el correcto manejo de los mismos. El objetivo del proceso de responsabilidad fiscal es el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público cuando estos son generados por la conducta dolosa o culposa de quienes tienen a su cargo la gestión fiscal, lo cual se logra únicamente a través del pago de una indemnización hacia el sujeto pasivo que, como se mencionó, es el Estado. (Contraloría General de la República, 2019).

Así bien, celebrar, tramitar o liquidar contratos sin el lleno de los requisitos legales es una conducta que solo puede llevada a cabo por un funcionario público o por una persona que tenga a su cargo la administración de recursos del Estado. La ejecución de cualquiera de estas conductas, bien sea en modalidad dolosa o culposa, implica la causación de un daño que puede tener efectos en el ámbito de la responsabilidad fiscal en la medida que represente un menoscabo, disminución, detrimento, perdida, uso indebido o deterioro de los bienes o los intereses del Estado. Así mismo, incurrir en este tipo penal implica directamente llevar a cabo una gestión antieconómica, ineficaz, ineficiente, inequitativa e inoportuna, que en términos generales, se traduce en el incumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado.

De la perdida de investidura de alcaldes y gobernadores por la gestión de Contrato sin cumplimiento de los requisitos legales

La *pérdida de investidura* funciona como una sanción a los funcionarios que incurren en conductas contrarias a los fines del Estado y por las cuales no merecen seguir ejerciendo las funciones que a ellos les fueron asignadas en virtud de la constitución y la ley. Es un procedimiento a través del cual el Consejo de Estado, en su calidad de máximo tribunal jurisdiccional del derecho administrativo, decide terminar el mandato de "*aquellas personas que están en determinadas situaciones o han realizado determinadas conductas que según*

la Constitución o la ley no merecen ejercer las funciones de representante del pueblo (...)" (Bernal Gómez, D. R., 2013).

Como cargo, la investidura implica la identificación de una persona con una posición en el gobierno, dentro de los cual se incluye la caracterización con ciertas funciones, por lo que es a su vez una connotación de honor y dignidad, en el sentido que quienes la detentan son aquellos representantes del pueblo. En efecto, es una de las sanciones más severas que puede imponerse al servidor público, ya que implica la separación inmediata del cargo y la inhabilidad permanente para ocupar cualquier otro cargo, limitando así el derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, a partir de la restricción en elegir y ser elegido, establecido en el artículo 40 de la Constitución Política.

Se trata entonces de una sanción que se encuentra estrechamente relacionada con el régimen de inhabilidades, entendida por la Corte Suprema de Justicia como

> "Aquella circunstancia negativa del individuo, el defecto o impedimento para ejercer u obtener un empleo o que le resta mérito para ejercer ciertas funciones en un cargo determinado y se traduce en la prohibición legal para desempeñarlo independientemente de otras" (Corte Suprema de Justicia, Sentencia 62, Junio 09, 1988)

y por la Corte Constitucional en Sentencia C – 329 de 27 de julio de 1995 como

> *"(...)* aquellas circunstancias creadas por la Constitución o la Ley que impiden o imposibilitan que una persona sea elegida o designada en un cargo público y en ciertos casos impiden el ejercicio del empleo a quienes ya se encuentran vinculados al servicio (…)" (Corte constitucional, Sentencia C-329, Marzo 17, 1995)

En el presente caso, la perdida de investidura, sería aplicable a aquellos alcaldes y gobernadores que, en ejercicio de sus funciones, ejercen conductas reprochables y que no va acorde con lo que establecen ciertas normas. En este caso podemos encontrar a aquellos acaldes y gobernadores que, en el periodo de su administración, celebren contratos si en cumplimiento de los requisitos legales con el fin de desviar los recursos y utilizarlos para satisfacer sus propias necesidades y no la de la sociedad, verificado esto, estas personas

deben ser sancionadas, perder su investidura como alcalde o gobernador, y debe ser inhabilitado para ejercer cargos públicos Esta figura es importante porque despoja inmediatamente al servidor público de la posición en la que se encuentra, la cual es la que le permite ejercer acto corruptos.

Analizando todo lo anteriormente mencionado es inherente resaltar que el derecho penal, debe ser entendido como ultima ratio, por lo tanto, antes de declarar culpable penalmente a un servidor público, por la inobservancia en el cumplimiento de los requisitos legales de un contrato, se debe analizar la responsabilidad desde el punto de vista, disciplinario y fiscal, y no como se llevan a cabo las investigaciones actualmente en Colombia que si bien una persona comete un delito, inmediatamente se le abren investigaciones penales, fiscales y disciplinarias al mismo tiempo. Si en Colombia se hiciera aplicación de la teoría del derecho penal como ultima ratio es decir como última instancia de investigación, podría ser una efectiva solución a los problemas de hacinamiento en las cárceles nacionales.

Tercera parte

Capítulo 1 – El delito de Celebración de Contratos sin cumplimiento de los requisitos legales

Evolución del tipo penal

El delito de contratos sin cumplimiento de los requisitos legales, no fue un tipo penal que tratare directamente lo relación con la celebración de contratos y sus requisitos de legalidad, validez y eficacia, sin embargo tenía en cuenta dos elementos esenciales: por un lado la necesidad de considerar la calidad de empleado público y, por el otro, la intervención de este en la celebración de contratos. Posteriormente hubo una variación en las modalidades delictivas relacionadas con la administración pública, lo que hizo pertinente la expedición del Código Penal de 1976 y en el de todo un capítulo que regulara las nuevas conductas, incluyendo allí lo atinente a la Violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, la concertación fraudulenta, el interés ilícito en la celebración de contratos, el acuerdo de

precios por encima del legalmente permitido en el arrendamiento y enajenación de inmuebles y la adquisición de bienes innecesarios.

Como era lógico, la variación en la normatividad no cesó y más adelante fue proferido el Código Penal de 1980, el cual incluyó al ordenamiento jurídico colombiano el tipo penal de Contrato sin cumplimiento de los requisitos legales como una conducta ilícita propiamente dicha, mediante su incorporación en el artículo 146:

> El empleado oficial que por razón del ejercicio de sus funciones y con el propósito de obtener un provecho ilícito para sí, para el contratista o para un tercero, tramite contratos sin observancia de los requisitos legales esenciales o los celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos, incurrirá en prisión de seis (6) meses a tres (3) años, multa de un mil a cien mil pesos e interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas de uno (1) a cinco (5) años (Decreto 100, art. 146, 1980).

Lo más interesante de esta disposición fue que agregó un ingrediente normativo al tipo mediante la inclusión de las palabras *"requisitos legales esenciales"*, lo cual implicó un análisis de mayor rigurosidad para determinar los momentos en que los contratos se llevaban a cabo sin estricto cumplimiento los elementos que para el caso eran esenciales. En efecto, este problema fue resuelto mediante la expedición de la Ley 80 de 1993, Ley de Contratación, pues no solo modificó el artículo 146 del Código Penal de 1980, también dispuso en su artículo 41 los criterios para determinar que el perfeccionamiento de los contratos estatales se da únicamente *"cuando se logra el acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y este se eleva a escrito",* con lo cual se deja en evidencia los requisitos esenciales de la celebración de los contratos en cada una de sus etapas, esto es perfeccionamiento y ejecución (Decreto 100, art. 146, 1980).

Finalmente, la Ley 599 de 2000 mantuvo la misma definición del tipo establecida por el antiguo código penal, en el sentido de establecer en su artículo 410 que se castiga la conducta del servidor público que con ocasión a sus funciones "(…) tramite contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos (…)" (Ley 599 de 2000, art. 410, 2000), imponiendo pena de hasta 216 y multa de hasta 300 salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas hasta por 216 meses. No obstante, hubo una variación en lo

que tiene que ver con los requisitos esenciales, en el sentido que el Artículo 25 de la Ley 2150 de 1995 estableció que "(…) se entiende por formalidades plenas la elaboración de un documento escrito, firmado por las partes en el que además de establecer los elementos esenciales del contrato, se incluyen además las clausulas a las que haya lugar". (Ley 599 de 2000, art. 410, 2000).

Como se hace evidente con las disposiciones normativas mencionadas, el delito de Contratos sin cumplimiento de los requisitos legales es un tipo que ha estado en constante cambio y ha evolucionado con el propósito no solo de proteger a la administración pública de la ilegalidad en la celebración de negocios en los que se puedan ver comprometidos los recursos del Estado, sino también de hacer prevalecer "los principios de igualdad, moralidad, eficacia economía, celeridad imparcialidad y publicidad, tal como lo precisa el artículo 209 de la Constitución Política" (Constitución Política de Colombia [Const]. Julio 7 de 1991, Colombia).

Así que, tal y como se encuentra dispuesto en la legislación vigente, se trata de un tipo penal que garantiza la observancia de las leyes y de los principios que rigen la contratación estatal, la legalidad de todos los procedimientos y los requerimientos exigen cada una de las etapas de un proceso contractual, evitando abusos que puedan afectar a la Administración Publica.

Elementos del tipo penal de contratos sin cumplimiento de los requisitos legales

El delito de Contratos sin cumplimiento de los requisitos legales es una conducta consagrada en el Artículo 410 del Código Penal Colombiano, Ley 599 de 2000, el cual 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 (…)". (Ley 599, art. 410, 2000). El análisis del comportamiento que se describe en el tipo penal es necesario hacerlo en tres estadios a saber: *i) los elementos del tipo, ii) su antijuridicidad, y iii) su culpabilidad,* con el propósito de comprender integralmente la manifestación de la conducta y su grado de lesividad respecto al bien jurídico tutelado (Ley 599, art. 410, 2000).

Sujeto Activo

Dispuesto como está en el artículo 410 del Código Penal se infiere se trata de un tipo de sujeto activo calificado, ya que requiere que quien realice la conducta esté revestido de calidades especiales sin las cuales sería imposible consumar el delito. La ley prevé que solo puede ejecutar la conducta un servidor público que, en razón de sus funciones, tramite, celebre o liquide un contrato sin el lleno de los requisitos que para él ha determinado el ordenamiento jurídico (Ley 599, art. 410, 2000).

Servidor Público es aquel que

> "(…) en virtud de designación especial y legal (sea por Decreto Ejecutivo, sea por elección) y de manera continua bajo formas y condiciones determinadas en una delimitada esfera de competencia, constituye o concurre a "constituir" y a "expresar o ejecutar" la voluntad del Estado, cuando esa voluntad se dirige a la realización de un fin público, ya sea actividad jurídica o actividad social (…)" (Lara, S. R., 2013).

En este mismo sentido, el Dr. Hernán Jaramillo Ordoñez define al servidor público como aquel "(…) funcionario o empleado que ejerce la función de administrar los servicios y la gestión de los intereses públicos (…)" (Jaramillo Ordóñez, H., 1999, p.153). La calidad de servidores públicos en Colombia es de tal importancia que el artículo 123 de la Constitución Política de 1991 estableció que "los servidores públicos son los miembros de las corporaciones públicas, lo empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios (Constitución Política de Colombia [Const]. Art. 123. Julio 7 de 1991, Colombia).

Lo que conlleva a concluir que para los efectos que interesan al Contrato sin cumplimiento de los requisitos legales, el servidor público es toda persona natural que, mediante una relación laboral en la que se acredita continua dependencia y subordinación, ejerce funciones públicas permanente o temporalmente, atribuidas al cargo y que son designadas por el reglamento, la ley o la constitución nacional. Esto implica un problema fundamental consistente en que, de conformidad con lo establecido por el ordenamiento jurídico, el servicio prestado es de utilidad social ya que no beneficia intereses particulares sino

generales, por lo que la comisión de conductas atentatorias a la sociedad supone un quebrantamiento al orden establecido para mantener la primacía de los interés públicos frente a los de los particulares que, sirviéndose de su calidad de servidor público, sobreponen los suyos.

Sujeto pasivo, bien jurídico tutelado y objeto material.

Ahora bien, como es evidente, el sujeto pasivo en este delito es el Estado, puesto que el bien jurídico es la función pública que solo puede ser ejercida por los servidores a su cargo, quienes deben regirse por los principios de legalidad, objetividad y trasparencia. En consecuencia, la incorporación de este tipo dentro de lo que sería el conjunto normativo penal, responde a la necesidad de proteger y garantizar el cumplimiento de los principios y fundamentos de la misma, teniendo en cuenta que esta puede entenderse como cualquier actividad que realicen los funcionarios del Estado.

Así mismo, objeto material sobre el que recae la conducta es el contrato mismo, el cual consiste, en los términos que establece el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, en "todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad (…)" (Ley 80, art. 32, 1993). Descripción que bien podría ser relacionada con lo manifestado por el artículo 1495 del Código Civil, según el cual Convenio o Contrato "(…) es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas". (Ley 1450, art. 1495, 1887). En efecto, la única diferencia que se halla de estas dos definiciones es la naturaleza de los sujetos que llevan a cabo las prestaciones, esto es que por un lado se trata de sujetos de derecho privados, mientras que por el otro son personas de derecho público al tratarse del Estado mismo. La problemática se encuentra entonces en que la sanción por parte del derecho penal se da en virtud la trasgresión a bienes que ordenamientos jurídicos de otra naturaleza no puede evitar, especialmente cuando se trata de bienes que están en cabeza del Estado y afectan a toda la sociedad en aspectos tan importante como el patrimonio.

Verbo rector de la conducta

En principio, la palabra "Celebrar" hace referencia a "realizar un acto formal con las solemnidades que este requiere" (RAE, 2018). Lo cual implica hacer pasar un convenio o

contrato por cada uno de los requisitos que le dan validez como documento público. Finalmente, "Liquidar" significa "Determinar en dinero el importe de una deuda" (RAE, 2018), señalando o indicando con exactitud el monto de lo que se debe.

El delito de contrato sin cumplimiento de los requisitos legales es un tipo penal en blanco

El concepto de tipo penal en blanco fue diseñada por el tratadista alemán Karl Binding, quien estableció que los tipos penales en blanco, o también denominados de reenvío, son aquellos en los cuales la conducta no se encuentra definida en su totalidad por el legislador, lo que obliga a acudir a una norma del mismo ordenamiento o de otro, con el fin de dar mayor precisión y entendimiento del tipo para posteriormente realizar la adecuación típica de una conducta. El Dr. Fernando Velázquez define el tipo penal en blanco como "aquellos casos en los que el supuesto de hecho se halla consignado total o parcialmente en una norma de carácter extrapenal". (Velásquez Velásquez, F., 2014) y la Corte Constitucional en Sentencia C – 605 de 2006 manifestó que "la remisión que opera por virtud del tipo penal en blanco constituye simplemente una técnica legislativa de integración del tipo (…)" (Sentencia C – 605., 2006). (Corte constitucional, Sentencia C-605, agosto 01, 2006).

La remisión normativa se realiza en virtud del principio de legalidad, según el cual es necesario establecer con claridad y concreción cada uno de los tipos penales, con el propósito de no admitir equívocos y lograr la precisión normativa. El fundamento de la teoría se halla en que en la determinación de la norma penal es imposible abarcarlo todo, por lo que es necesario acudir al principio de integralidad del derecho para complementar las normas. En lo que respecta al Contrato sin Cumplimiento de los Requisitos legales, se realiza una remisión impropia, toda vez que remite a disposiciones de igual jerarquía normativa, como lo es la Ley 80 de 1993 y demás normas que regulan la contratación pública en Colombia, para comprender la noción de contrato o negocio jurídico.

Principalmente, esta remisión que se debe hacer para adentrar en el mundo de la contratación pública en Colombia, es lo que permite que no se haga una investigación efectiva de este delito debido a la pluralidad de normas que regulan la materia. Si bien la ley 80 de 1993 es el Estatuto general de la Contratación Pública, este tiene infinidad de reformas lo que se

presta para que el servidor público celebre los contratos públicos a su manera y a la vez pueda apropiarse de los recursos públicos.

Si en Colombia hubiera una sola norma que pueda compensar todo lo que corresponda a la realización de contratos públicos, disminuiría la comisión de este delito, y serían más efectiva las investigaciones debido a que no hay un mundo de normas que en dado caso puedan controvertirse unas con otras y generar casos frecuentes de atipicidad como los que se presentan actualmente en Colombia

Conclusiones generales

El Estado Social de Derecho funciona como una garantía para el respeto de los derechos fundamentales de los individuos. La aplicación de los principios rectores del derecho es un límite al poder punitivo del Estado que se materializa a través de la imposición de sanciones frente a conductas desviadas de las personas que se encuentran bajo su orden. El principio de legalidad, consagrado en el artículo 29 de la constitución política implica la sujeción del Estado a todos los procedimientos que para los efectos son necesarios en aras de garantizar el correcto desarrollo de la función pública.

La legalidad estricta dentro del esquema legislativo implica por un lado lo relacionado con las garantías penales y el tratamiento del convencionalismo penal, esto es determinar con claridad los tipos penales y su sanción, sin dejar campo para las ambigüedades, los espacios en blanco la interpretación judicial extensiva. Este principio implica a su vez el cumplimiento total de todos los requisitos y solemnidades establecidos en la ley para la celebración de contratos estatales, con el propósito de evitar comprometer los intereses personales y hacer más eficiente la prestación de los servicios.

Así que, la aplicación y el respeto por la legalidad estricta en la celebración de contratos, cuando estos son llevados a cabo por sujetos de derecho público es necesario con el propósito de evitar afectar el patrimonio del Estado con la inobservancia de los que establece la ley para la validez de los mismo, so pena de ser declarados nulos y tener que volver las cosas a su estado inicial, retrasando la función pública y afectando el cumplimiento de los fines del Estado.

Ahora bien, en lo que respecta a los procesos jurisdiccionales propiamente dichos, el respeto por el principio de legalidad estricta en los todos los procedimientos de carácter penal asegura que los derechos fundamentales no serán comprometidos más allá de lo necesario. Es decir, que no se van a afectar las libertades de los individuos por un fallo contrario a derecho, producto de una indebida valoración probatoria, o una detención ilegal.

Consecuentemente, es necesario tener en cuenta que con la aplicación estricta del principio de legalidad se evitaría el desgaste y la congestión judicial. Es preciso ejemplificar este punto con el siguiente caso: una indebida investigación de un proceso de contratación pública por parte de un fiscal, podría concluir en la imputación de un cargo relacionado con celebración de contratos sin cumplimiento de los requisitos legales, pero en el juzgamiento, durante la etapa probatoria, se logra demostrar que no se trató de la inobservancia o la omisión el deber de cumplir con todas las solemnidades que para el caso requería la celebración de ese contrato, lo cual concluye en la preclusión del proceso por falta de tipicidad. Si el fiscal, desde el inicio, hubiere tenido en cuenta el principio de legalidad estricta para la valoración de los hechos y los elementos materiales probatorios, el efecto de desgaste judicial nunca habría ocurrido.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el contrato sin cumplimiento de los requisitos legales se fundamenta en hechos que pueden tener consecuencias en diferentes áreas de responsabilidad del derecho, a la observancia de este principio evitaría la afectación al patrimonio público en el sentido que no habría lugar a procesos de reparación directa por indebido funcionamiento de la administración de justicia en razón a sentencias condenatorias frente a casos de personas inocentes.

Referencias bibliográficas

Bastidas Mora, P. (2009). El modelo constitucional del estado social y democrático de derecho, sus desafíos y la constitucionalización del proceso; Revista VIA IURIS, (7), 45-59. Recuperado de: https://www.redalyc.org/pdf/2739/273920959005.pdf

Bernal Gómez, D. R. (2013). La pérdida de investidura. Ensayo de legislación comparada entre Colombia y Francia. *Facultad De Derecho Y Ciencias Sociales, UPTC,* (22), 34-52. Recuperado de: file:///C:/Users/auxbiblioangelico/Documents/Downloads/4765-Texto%20del%20art%C3%ADculo-10870-1-10-20160707.pdf

Código Civil Colombiano [CCC]. Ley 57 de 1887. Arts. 2341 y ss. 15 de abril de 1887 (Colombia).

Código Penal Colombiano [CPC]. Ley 599 de 2000. 24 de Julio de 2000 (Colombia).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo de la Sección Tercera. Sentencia 1997-06303/23003 (Consejera ponente Ruth Stella Correa Palacios; Julio 30 de 2008)

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo de la Sección Tercera. Sentencia 20001233100019980441301 (18726) (Consejero ponente Mauricio Fajardo Gómez; Septiembre 19 de 2011)

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo de la Sección Tercera. Sentencia 25000-23-26-000-1996-07474-01 (16816) (Consejero ponente Mauricio Fajardo Gómez; Febrero 4 de 2010)

Constitución Política de Colombia [Const]. Julio 7 de 1991 (Colombia).

Corte Constitucional de Colombia. Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional. Sentencia T-406 de 1992. (Magistrado Ciro Angarita Barón; Junio 05 de 1992)

Corte Constitucional de Colombia. Sala Séptima de Revisión. Sentencia T-502/02, (magistrados Eduardo Montealegre Lynett, Alvaro Tafur Gálvis y Clara Inés Vargas Hernández; Junio 27 de 2002).

Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena de la Corte Constitucional. Sentencia C-1555 de 2002. (Magistrada Clara Inés Vargas Hernández; marzo 05 de 2002).

Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena de la Corte Constitucional. Sentencia C- 091 de 2017. (Magistrada María Victoria Calle Correa; Febrero 15 de 2017).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C- 329 de 1995. (Magistrado Vladimiro Naranjo Mesa; julio 27 de 1995).

Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena de la Corte Constitucional. Sentencia C- 605 de 2006. (Magistrado Marco Gerardo Monroy Cabra; Agosto 01 de 2006).

Corte Suprema de Justicia. Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 62 de 1988. (Magistrado Fabio Morón Díaz; Junio 09 de 1988).

Contraloría General de la República. (2019). Contraloría / la entidad; Recuperado de:https://www.contraloria.gov.co/contraloria/la-entidad

Decreto 100 de 1980 [Presidencia de la República]. Por el cual se expide el nuevo Código Penal. 23 de enero de 1980.

Decreto 2474 de 2008. Por el cual se reglamentan parcialmente la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad, selección objetiva, y se dictan otras disposiciones. Julio 7 de 2008. DO N° 47043

Fernández Carrasquilla, J. (2017). *Derecho penal, parte general. Principios y categorías dogmáticas* (1st ed.). Bogotá (Colombia): Ibañez.

Gómez Isaza, M. C. (2006). La historia del estado social de derecho. *Universidad De Antioquia*, 1-14. Recuperado de:file:///C:/Users/auxbiblioangelico/Documents/Downloads/GomezMaria_2006_HistoriaEstadoDerecho.pdf

Jaramillo Ordóñez, H. (1999). *Manual de derecho administrativo* (4th ed.). Loja (Ecuador): Universidad Nacional de Loja.

Lara, S. R. (2013). *El servidor público*. Quito (Perú): Corporación de Estudios y Publicaciones. Recuperado de: https://ebookcentral.proquest.com/lib/bibliotecaustasp/detail.action?docID=4945358&query=El+Servidor+Publico.+Corporacion+de+Estudios+y+Publicaciones

Ley 61 de 1921. Sobre asuntos fiscales. Diciembre 28 de 1921. DO. N° 18046.02

Ley 80 de 1993. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Octubre 28 de 1993. DO. N° 41.094

Ley 610 de 2000. Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías. Agosto 15 de 2000. DO. N° 44.133

Ley 734 de 2002. Por la cual se expide el Código Disciplinario Único. Febrero 05 de 2002. DO. N° 44.708

Ley 1150 de 2007. Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos. Julio 16 de 2007. DO N° 46691

Ley 1437 de 2011. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Enero 18 de 2011. DO. N° 47956

Ley 1881 de 2018. Por la cual se establece el procedimiento de pérdida de la investidura de los Congresistas, se consagra la doble instancia, el término de caducidad, entre otras disposiciones. Enero 15 de 2018. DO. N° 50.477

Osle, R. D., Iglesias, Á. N., & Santos, F. J. A. (2005). *Código civil francés*. Madrid (España): Marcial Pons.

Ospina Fernández, F. & Ospina Acosta, E. (2015). *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*. Editorial Temis, Bogotá.

RAE. (2018). Diccionario de la lengua española. Recuperado de: https://dle.rae.es/?id=DgIqVCc

Rodríguez R., G. H. (1988). *Contratos administrativos*. Bogotá (Colombia): Librería Juridicas Wilches.

Sandoval Mesa, J. A. (2018a). *La garantía criminal en materia penal y penal internacional*. Valencia (España): Editorial Tirant lo Blanch.

Sayagues Laso, E. (1974). Tratado de derecho administrativo; (4th ed.). Montevideo (Uruguay): Barreiro y Ramos.

Velásquez Velásquez, F. (2014). *Manual de derecho penal: Parte general* (6th ed.). Bogotá (Colombia): Ediciones Jurídicas Andrés Morales.

Yong Serrano, S. (2012). *Introducción a la responsabilidad pública y privada*. Bogotá (Colombia): Universidad Santo Tomás.

Younes Moreno, D. (2006). *Derecho del control fiscal: Vigilancia para una gestión transparente de lo público*. Bogotá (Colombia): Ibañez.

O'Callaghan Muñoz, X. & Fernández González M.B. (2016). *Compendio de Derecho Civil Tomo II: Derecho de obligaciones*. Editorial Centro de Estudios Ramon Areces SA.

(Barreto Moreno, 2019, p. 236-237) El Derecho de la Compra Pública *Primera edición* Bogotá (Colombia): legis

(Melendez Julio Inocencio, 2009, p. 425-476) Responsabilidad Contractual en el Derecho Público de los Contratos Estatales. *Tomo I Editorial Ediciones Doctrina y Ley*