



**RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD PENAL EN COLOMBIA POR OMISIÓN
DEL PRINCIPIO DE PLANEACIÓN.**

PAULA ALEJANDRA PEDREROS ACEVEDO

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA (SEDE CAMPUS)

DIPLOMADO CONTRATACION ESTATAL

JUNIO DE 2021

RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD PENAL EN COLOMBIA POR OMISIÓN DEL PRINCIPIO DE PLANEACIÓN.

Escrito por: Paula Alejandra Pedreros Acevedo

Estudiante Facultad de Derecho-Campus Nueva Granada.

Correo electrónico: paulapedreros@hotmail.com

Resumen:

Los Estados modernos son entes complejos que requieren cumplir diversos fines para garantizar los derechos de sus súbditos, por tal motivo, los funcionarios públicos deben estar condicionados a unas normas que los regulen taxativamente, aún más cuando se habla de los vehículos legales que tienen para lograr los fines del Estado. En ese sentido, es fundamental determinar cuál es el régimen de responsabilidad aplicable a quienes transgreden los principios derivados de la función pública (Const. Pol, 1991, art. 209) porque si bien, este no está incluido dentro de la ley de contratación pública de forma taxativa (L. 80,1993) no se debe desconocer como el eje central de esta actividad contractual.

La importancia de la trasgresión del principio de planeación (Const. Pol, 1991, art. 6) es que conlleva a un daño antijurídico (Const. Pol, 1991, art. 90) y a su vez activa el ejercicio de la acción penal (Const. Pol, 1991, art. 250) como mecanismo de proteger bienes jurídicamente tutelados.

Por tal motivo, este texto busca establecer los efectos penales de la violación al principio de planeación en la contratación pública, puesto que, este se ha convertido en el centro de la administración en los Estados contemporáneos, para prever las necesidades, los riesgos y sobre todo los costos que puede acarrear la actividad contractual en el marco del Estado.

Palabras Claves:

Omisión, celebración indebida de contratos, Bien jurídicamente tutelado, Planeación y Contratación Estatal.

Introducción:

Colombia lentamente ha venido construyendo vínculos con organizaciones de carácter internacional como la ONU (Convención de las naciones unidas contra la corrupción, ver) le permiten al país obtener cooperación internacional, mayor confianza inversionista y acceso a mejores políticas públicas, a cambio la Nación debe tener adoptar unos estándares legales para corresponder a esa confianza y así brindar transparencia a las inversiones que entran al país por vía de un contrato estatal.

El propósito de este texto es contextualizar las implicaciones de desatender el principio de planeación en el marco de un contrato estatal, este tema ha sido tocado por varios autores de maneras bastante profesionales, es necesario mostrar en el ámbito nacional como las leyes han sido interpretadas por los jueces en sus sentencias en el tema anteriormente referido.

Como afirma Jairo y Amparo Ramos Acevedo “el manejo inadecuado de la contratación pública tiene unos efectos inmediatos en la sociedad, ya que la práctica indebida destruye la confianza ciudadana y genera, por consiguiente, la deslegitimación de las entidades estatales y sus administradores” (2017, p. 23)

En ese sentido, Colombia compra eficiente ratificó la importancia de la planeación para la optimización de recursos de la manera más adecuada constituyendo una garantía del deber general en aras de mantener el equilibrio económico.

Desde el punto de vista doctrinal Carlos Fernando Amaya Rodríguez afirmó que “[...]el principio de planeación se presenta como el faro en la delimitación de los aspectos procesales de esta expresión de la función administrativa que deben ser evaluados y tenidos en cuenta durante las diferentes etapas del proceso de contratación pública” (2016, p. 109) lo que en términos de las juristas Luisa María Suarez Zuluaga y María Clara Vélez Amaya se encuentra

dentro del: “diseño, selección de objetivos y estrategias dentro de los contratos estatales” (2016, p. 6).

En cuanto a su origen desde el punto de vista de David Becerra, consideró que:

(...) El principio de planeación no está definido exactamente en las normas que versan sobre contratación pública, este, tiene su fundamento jurídico en la Carta Superior en los artículos 209, 339 y 341, así como en el artículo 25 en los numerales 6, 7, 12, 13, y el numeral 3 del artículo 26, también en la Ley 80 de 1993 en su artículo 30 numerales 1 y 2 los cuales fueron reglamentados por el Decreto 1082 de 2015. (2019, p. 10)

Uno de los problemas del principio de planeación es la concepción jurídica que se tiene alrededor de este y como puede ser vulnerado, al respecto los altos tribunales colombianos se han pronunciado, por ejemplo, la Corte Constitucional en la Sentencia C-300 de 2012 estableció sobre el principio de planeación, lo siguiente:

“El principio de planeación hace referencia al deber de la entidad contratante de realizar estudios previos adecuados (estudios de prefactibilidad, factibilidad, ingeniería, suelos, etc.), con el fin de precisar el objeto del contrato, las obligaciones mutuas de las partes, la distribución de los riesgos y el precio, estructurar debidamente su financiación y permitir a los interesados diseñar sus ofertas y buscar diferentes fuentes de recursos”

Planteamiento del problema.

Colombia cuenta con un robusto cuerpo normativo que regula la contratación estatal, que está comprendido por la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007, Ley 1450 de 2011, Ley 1474 de 2011 y demás decretos que forman parte de un sistema diseñado para que los funcionarios del estado y sus contratantes tengan presente las formas más idóneas para realizar determinados actos jurídicos. Pese a lo anterior, es necesario que estos tengan en mente al momento de realizar cualquier actuación la concreción de los principios que rigen esta actividad, puesto que, estos pueden resolver dudas surgidas en la relación precontractual y contractual, un interrogante acertado sería ¿Qué alcance se les debe dar a estos principios? La respuesta más inmediata sería remitirse a lo dicho por las altas Cortes y en relación con el principio de planeación no es para menos.

De modo que, es necesario conocer su alcance, ya que, su inobservancia o cumplimiento parcial acarrea responsabilidades para el funcionario y quienes estuvieron relacionados con la contratación, además, para efectos penales es necesario determinar si el cumplimiento de este principio se enmarca en los aspectos objetivos o subjetivos del tipo penal.

Pregunta Central

¿Qué dimensión puede lograr el principio de planeación de la contratación pública en el ámbito penal?

Objetivos

Objetivo General

Definir las consecuencias penales del quebrantamiento del principio de planeación en la contratación estatal.

Objetivos Específicos

1. Identificar cómo se ha entendido el principio de planeación en la jurisprudencia colombiana.
2. Establecer la importancia del principio de planeación en la contratación estatal.
3. Identificar la responsabilidad penal de los particulares que transgreden el principio de planeación.

Desarrollo

El Estado para desempeñar sus funciones requiere de personas indicadas para tal fin, estos son los denominados servidores públicos que como los define la Ley 80 de 1993 en su artículo 2, numeral primero son:

- a) Las personas naturales que prestan sus servicios dependientes a los organismos y entidades de que trata este artículo, con excepción de las asociaciones y fundaciones de participación mixta en las cuales dicha denominación se predicará exclusivamente de sus representantes legales y de los funcionarios de los niveles directivo, asesor o ejecutivo o sus equivalentes en quienes se delegue la celebración de contratos en representación de aquéllas
- b) Los miembros de las corporaciones públicas que tengan capacidad para celebrar contratos en representación de éstas. (*Ley 80 de 1993, octubre 28, 1993, Diario Oficial [D.O]: 41.094, 1993*)

Como regla básica estas personas están bajo el principio de legalidad que determina sus actuaciones dentro de lo permitido por una ley preexistente, en ese sentido el Consejo de Estado se pronunció de la siguiente manera:

“En segundo término, al disponer los artículos 122 y 123 que los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones se someterán a los comportamientos descritos en la Constitución, la ley y el reglamento y que, en todo caso, “no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en la ley o reglamento””. ((*CE*), *Consejo de Estado, Sala Contencioso- administrativa, Sección segunda subsección B- 1427-2009, 2013*)

En igual sentido el tribunal constitucional colombiano ha dicho sobre la regulación de las actividades de los funcionarios públicos lo siguiente:

Así las cosas, los servidores públicos sólo pueden hacer aquello que les está permitido por la Constitución y las leyes respectivas, y de ello son responsables. A diferencia de los particulares, que pueden hacer todo aquello que la Constitución y la ley no les prohíba, principio encaminado a la protección de los intereses de los administrados.

Conforme a lo dispuesto por el artículo 209 de la Carta Política, la función administrativa se encuentra instituida “al servicio de los intereses generales” y ha de cumplirse de manera tal que a través de las actuaciones de los funcionarios

públicos se hagan efectivos “los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad” lo que significa que las conductas contrarias a estos principios constituyen quebranto de la Constitución Política, que habrá de sancionarse de acuerdo con la ley. ((*C.Cons*), *Corte Constitucional*, C-893-03, 2003)

Al observar estas posturas se concluye claramente que los servidores públicos están en el deber de cumplir cabalmente lo que les ordena la ley, es aquí cuando el principio de planeación tiene el primer problema, puesto que, no está establecido expresamente en la Ley 80 de 1993. Sería más indicado decir que su origen parte de la interpretación de los altos tribunales nacionales. Frente a esto surgiría el interrogante si este principio es vinculante para los servidores públicos, ante tal duda es menester recordar que tanto la Ley 734 de 2002 como su sucesora la Ley 1952 de 2019¹ establecen como deber de los servidores públicos cumplir y hacer cumplir los fallos judiciales, en los que como vamos a ver a continuación está el principio de planeación.

El principio de planeación en la jurisprudencia colombiana

La Corte Constitucional en la sentencia C-300 de 2012 interpretando otras providencias tanto propias como de otros tribunales concluye que el principio de planeación es:

El principio de planeación hace referencia al deber de la entidad contratante de realizar estudios previos adecuados (estudios de prefactibilidad, factibilidad, ingeniería, suelos, etc.), con el fin de precisar el objeto del contrato, las obligaciones mutuas de las partes, la distribución de los riesgos y el precio, estructurar debidamente su financiación y permitir a los interesados diseñar sus ofertas y buscar diferentes fuentes de recursos

¹ La vigencia de la ley 1952 de 2019 fue diferida hasta el 1 de julio de 2021 por el plan nacional de desarrollo 2018-2022, por tal motivo la ley 734 de 2002 sigue vigente.

Este principio está entonces directamente relacionado con los de economía, eficacia, racionalidad de la intervención estatal y libre competencia. De un lado, se relaciona con los principios de economía y eficacia (artículo 209 superior) y racionalidad de la intervención estatal (artículo 334 superior), pues los estudios previos no son solamente necesarios para la adecuada ejecución del contrato -en términos de calidad y tiempo, sino también para evitar mayores costos a la administración fruto de modificaciones sobrevinientes imputables a la entidad y que redunden en una obligación de restablecer el equilibrio económico del contrato sin posibilidad de negociación de los precios. ((*C.Cons*), *Corte Constitucional*, C-300-12, 2012)

Este tribunal establece el principio en cuestión como un requisito esencial para realizar los actos previos a la etapa contractual, estas acciones hacen que dicha relación pueda desarrollarse de manera cabal sin que se menoscabe el interés general, es por ese motivo que se ve altamente relacionado con otros principios, ya que, su correcta aplicación hace posible lograr los fines del Estado sin que sea sumamente oneroso.

El Consejo de Estado también se ha pronunciado sobre este principio y sus alcances, de la providencia se colige que el fin de este principio es darle vida a unas formas de contratación que disten de la improvisación o la mediocridad:

De acuerdo con el deber de planeación, los contratos del Estado “deben siempre corresponder a negocios debidamente diseñados, pensados, conforme a las necesidades y prioridades que demanda el interés público; en otras palabras, el ordenamiento jurídico busca que el contrato estatal no sea el producto de la improvisación ni de la mediocridad. ((*CE*), *Consejo de Estado, Sala Contencioso administrativa, Sección Tercera, Sentencia n° 68001-23-15-000-1998-01743-01.*, 2013)

Este principio como lo ha dilucidado el Consejo de Estado en la sentencia anteriormente referida está atado a principios necesarios para realizar un correcto proceso de contratación:

La eficacia de todos los principios que rigen la actividad contractual del Estado, en especial los dos últimamente mencionados es decir el de la transparencia y el de la economía, depende en buena medida de que en ella se cumpla con los deberes de planeación y de selección objetiva.

Por supuesto que el cumplimiento de los demás deberes que la Constitución y la ley imponen en esa materia también aseguran la eficacia de todos los principios que la rigen y por ende la efectiva satisfacción del interés general que es lo que persigue la prestación de los servicios públicos mediante la actividad contractual del Estado. ((CE), Consejo de Estado, Sala Contencioso administrativa, Sección Tercera, Sentencia n° 68001-23-15-000-1998-01743-01., 2013)

Esta sentencia pone de relieve que, si bien la planeación no se menciona taxativamente en la ley de contratación pública, el artículo 25, 26 y 30 de dicho cuerpo normativo hacen referencia a que se deben desplegar todos los actos tendientes a hacer uso eficiente de los recursos y obtener un desempeño óptimo, para favorecer el interés general.

En suma, podemos decir que los jueces han extraído este principio de la interpretación lógica de la ley de contratación pública (Ley 80 de 1993) y lo han articulado en el ordenamiento de una manera lógica haciendo que este sea fundamental para salvaguardar los recursos públicos, el interés general y la misma imagen del Estado, puesto que, la aplicación de este principio demuestra diligencia y competencia por parte de los servidores públicos.

Responsabilidad penal de los servidores públicos por la violación del Principio del Planeación.

Los servidores públicos están sujetos a normas específicas, esto en virtud al principio de responsabilidad, en el cual estos son responsables por acción u omisión de sus deberes o extralimitación de las competencias asignadas (Departamento Administrativo de la Función pública, 2016) Asimismo, de la lectura de la Constitución y de leyes como la 734 de 2002,

la 599 de 2000 con sus respectivas modificaciones y la Ley 610 de 2000, existen varios tipos de responsabilidad de los servidores públicos, tal y como lo dice Carrillo Cruz:

Para el servidor público existe responsabilidad disciplinaria, penal, patrimonial y social, mientras que para el particular la responsabilidad suele ser de tipo penal y patrimonial excepto en el caso de que el particular ejerza funciones públicas, evento en el cual se asemejarían las consecuencias a las del servidor público. (Cruz, 2016)

En el caso de este texto abordaremos únicamente la responsabilidad penal de los funcionarios públicos que se cimienta en la necesidad de aplicar sanciones más severas a aquellos funcionarios que con su actuar puedan vulnerar gravemente bienes jurídicamente tutelados por el derecho penal tales como el patrimonio público, la moralidad administrativa o el interés general.

Fenómenos como la corrupción aquejan gravemente la confianza y la eficiencia del Estado, por tanto, se hace imperativo tener normas de carácter penal para disuadir y castigar a los funcionarios del Estado que se salgan de los lineamientos propios de sus funciones.

La importancia del fenómeno de la corrupción es tal, que la Organización de las Naciones Unidas (ONU) adoptó la Convención de la Naciones Unidas Contra la corrupción que fue incorporada al ordenamiento colombiano mediante la Ley 970 de 2005, en este cuerpo normativo en los artículos 15, 18 y 29 los Estados se comprometen a tomar medidas contra fenómenos propios de la corrupción y que en una análisis posterior podremos dilucidar si se darían por una violación al principio de planeación:

Artículo 15

Soborno de funcionarios públicos nacionales

Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:

a) La promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales;

b) La solicitud o aceptación por un funcionario público, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales.

(...)

Artículo 18

Tráfico de influencias

Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:

a) La promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público o a cualquier otra persona, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido con el fin de que el funcionario público o la persona abuse de su influencia real o supuesta para obtener de una administración o autoridad del Estado Parte un beneficio indebido que redunde en provecho del instigador original del acto o de cualquier otra persona;

b) La solicitud o aceptación por un funcionario público o cualquier otra persona, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su provecho o el de otra persona con el fin de que el funcionario público o la persona abuse de su influencia real o supuesta para obtener de una administración o autoridad del Estado Parte un beneficio indebido.

(...)

Artículo 19

Abuso de funciones

Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionalmente, el abuso de funciones o del cargo, es decir, la realización u omisión de un acto, en violación de la ley, por parte de un funcionario público en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener un beneficio indebido para sí mismo o para otra persona o entidad.

Los cumplimientos de los mandatos de estos artículos se ven reflejados en el Título XV del Código Penal (Código Penal, 2000) los denominados delitos contra la Administración pública. En este punto es pertinente observar algunas sentencias en las cuales la Corte Suprema de Justicia ha determinado que la transgresión del principio de planeación logró que se concretara la comisión de un delito.

La Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 23 de noviembre de 2016 cuya magistrada ponente es Patricia Salazar Cuellar nos demuestra la importancia de la observancia del principio de planeación en el ámbito penal. El caso en cuestión trata de la firma de un contrato de prestación de servicios suscrito entre el director del Instituto de Recreación y Deportes del Tolima y una contratista que desarrollaría unas actividades determinadas en las instalaciones de la entidad. La imputación de la fiscalía giró alrededor de que en este caso los estudios de conveniencia del contrato se hicieron el mismo día de la suscripción del contrato, además la póliza que debe aportar el contratista se hizo de manera posterior a la firma del contrato. Por lo anterior la fiscalía imputó el delito consagrado en el artículo 410 del código penal:

Artículo 410. Contrato sin cumplimiento de requisitos legales

El servidor público que por razón del ejercicio de sus funciones tramite contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos, incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a doscientos dieciséis (216) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio

de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a doscientos dieciséis (216) meses. (Código Penal, 2000)

En primera y segunda instancia determinaron la responsabilidad penal del director de la entidad al haber desatendido el principio de planeación y suscribir un contrato de esta manera, ante esto, el imputado decidió presentar el recurso extraordinario de casación argumentando lo siguiente:

“Tampoco, prosigue, es dable pregonar que en el sub examine se configuraron causales de nulidad por celebración del contrato contra expresa prohibición constitucional o legal ni por haberse tramitado con abuso o desviación de poder. En el primer supuesto, destaca, el tipo contractual de prestación de servicios y su forma de contratación directa está permitido, mientras que, en relación con la segunda hipótesis, a tono con el art. 24 lit. d) de la Ley 80 de 1993, la prestación de servicios profesionales que sólo pueda encomendarse a determinadas personas naturales está exenta de licitación o concurso público.

En el concepto rendido por la Procuraduría, esta destacó que la sentencia de segunda instancia no debía ser casada, ya que todos los contratos desarrollados en el marco de la administración pública deben sujetarse al interés general y lo previsto en la Ley 80 de 1993 y particularmente sobre la planeación dijo lo siguiente:

La planeación, expone (sic), implica elaborar y presentar oportunamente el estudio de conveniencia del contrato, pues a través de su contenido es posible establecer con suficiente antelación los aspectos objetivos de la contratación, al tiempo que se pueden evaluar factores como la necesidad, la calidad “del bien que se va a adquirir” y el precio del servicio, con lo que también se materializa la objetividad de la selección.

Finalmente, el Ministerio Público entiende que el quebrantamiento de la planeación por sí solo viola el principio de legalidad, ya que, realizar el estudio de conveniencia del contrato el mismo día y aporta la cláusula 27 días después de la suscripción muestra claramente que por parte del funcionario contratante existió una desviación de poder.

El ejercicio de la Corte en este caso se centró en observar los elementos que podían determinar la comisión del delito, si se presentó una omisión esta que carácter podría tener y en qué momento del vínculo contractual puede darse:

En lo que atañe al ámbito de aplicación del art. 410 del CP, según la fase en que se encuentre el contrato, ha de clarificarse que la punibilidad de la conducta del servidor público no se predica de la totalidad de las etapas contractuales. Tal como lo ha precisado la Corte (CSJ SP 9 feb. 2005, rad. 21.547 y CSJ SP, 23 mar. 2006, rad. 21.780), las formas de comisión de este delito se refieren a comportamientos distintos; así, una es la conducta aludida en la primera modalidad, donde se reprocha el hecho de tramitar el contrato sin observar sus requisitos legales esenciales; y otra, la de quien lo celebra o liquida, pues en estos casos la prohibición se hace consistir en no verificar el cumplimiento de los requisitos legales inherentes a cada fase.

Respecto al principio de planeación el alto tribunal dijo en esta providencia que en su precedente este principio está altamente relacionado con el de economía, además que su carácter es previo a la relación contractual puesto que se materializa en todos los actos conducentes a elegir a la mejor opción para contratar. Una buena planeación permite establecer: la verdadera necesidad de contratar, las cantidades, calidades, especificaciones que deberán contener el objeto del contrato, en resumidas cuentas, la planeación es la descripción profunda de las condiciones tiempo, modo, lugar y necesidad del contrato, puesto que la administración no puede actuar de manera irracional ni carente de una razón precedente:

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

(...)

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

Siguiendo con la argumentación de la Corte la planeación no es un precepto estático, sino que debe dársele un alcance en virtud del contrato que se vaya a desarrollar, pues, en la Ley 80 de 1993 en el artículo 25, numeral 12 modificado por la Ley 1474 en su artículo 87 prevé la posibilidad de realizar el estudio de necesidad del contrato de prestación de servicios con antelación al proceso de selección o antes de la firma. Por lo anterior, no es totalmente ilícito realizarlo el día de la firma, no obstante, esta apreciación no da cabida a la arbitrariedad por parte de los funcionarios, pues ellos deben tener en mente la complejidad del contrato para determinar si el estudio corresponde a la etapa de selección o de firma, de esta manera la Corte le da un alcance al principio de planeación acorde a la complejidad de la tarea que se desarrolla y no la mera satisfacción de los requisitos que exige la ley.

Bien se ve, entonces, que, para el contrato de prestación de servicios profesionales, en relación con el cual la administración *puede* seleccionar directamente al contratista, la ley confiere a aquella *dos* posibilidades para elaborar el análisis o estudio de conveniencia y oportunidad: i) con antelación a la apertura del proceso de selección o ii) con anterioridad a la firma del contrato. La selección de cualquiera de estas opciones no puede establecerse *ex ante*; empero, tampoco le es dable al servidor público elegir las teniendo como criterio rector su *mero arbitrio*. Dependiendo de las particularidades propias del objeto del contrato -determinado por factores como, por ejemplo, el grado de dificultad de la labor, el nivel de formación y especialización

requeridos en el contratista, el término de prestación del servicio, la competencia en el mercado de oferentes, la capacidad técnica y logística exigida al contratista, etc.-, al contratante le asiste el deber de legitimar su decisión discrecional a ese respecto, aplicando criterios que hagan compatible su actuación con los principios que rigen tanto la contratación estatal como la función administrativa.

Con este argumento el alto tribunal censuró lo esgrimido por los jueces de instancia, ya que la violación del principio de planeación, y con esto la comisión del delito descrito en el artículo 410 del Código Penal, no se materializa con realización el mismo día del estudio sino que también requiere que por parte del funcionario existiere una inobservancia a las características propias del contrato que en su conjunto afectaran los principios de economía, transparencia y legalidad, a todas luces lo que expresa la Corte es que no se puede exigir tampoco una planeación excesiva cuando el objeto contractual es simple, por lo anterior la Corte Suprema de Justicia decidió casar la sentencia de segunda instancia puesto que de los hechos narrados no se puede afirmar que por parte del Representante legal del Instituto de deportes del Tolima existiera ligereza o falta de planeación al momento de suscribir el contrato.

Responsabilidad penal de los particulares en relación con el principio de planeación.

Los particulares tienen la posibilidad de influir o determinar las decisiones de los servidores públicos motivados por un interés privado, que a todas luces puede llegar a constituir actos de corrupción, de precedente tenemos el caso de la fase III de Transmilenio en donde hubo acuerdos entre los contratistas y el contratante para desdibujar la planeación hecha y obtener beneficios económicos de tales actuaciones, por lo anterior vale la pena determinar el alcance de los particulares en la comisión de delitos tales como los que atentan contra la administración pública.

Como ejemplo está el caso de los Nule, en esta ocasión la Corte Suprema de Justicia estimó que la imputación hecha por la Fiscalía era correcta, ya que el acusado se apropió de recursos públicos como quedó debidamente demostrado en el CD que consta en el expediente:

“Posteriormente, sobre la participación individual de cada uno de los imputados, en relación con MIGUEL EDUARDO NULE VELILLA, el fiscal dijo que se le atribuía la calidad de interviniente en el delito de peculado por apropiación, y específicamente

durante toda la imputación le realiza una imputación fáctica y jurídica por separado, expresándole la conducta ilícita, la cuantía o monto del delito de peculado por apropiación con ocasión del contrato 137 de la Fase III de Transmilenio, indicándole que se debe al indebido manejo irregular del anticipo en cuantía de 44.537'839.609.00, incluso desde ese momento anuncia un informe del CTI en el que coloca a disposición a las partes y se fija el monto de lo apropiado. Y respecto a los contratos 071 y 072, igualmente suma los delitos de peculado y señala que ascienden a la suma de 15.224'739.249.00.”

(Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 2017)

La imputación se ajusta en el valor de los contratos y la poca ejecución que se desprendió de esta, no obstante, Miguel Eduardo Nule no era funcionario público, pero en su calidad de contratista causó una lesión al erario con concurrencia de los demás servidores implicados en el caso:

“Código Penal

Artículo 397. Peculado por apropiación

El servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de noventa y seis (96) a doscientos setenta (270) meses, multa equivalente al valor de lo apropiado sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

Si lo apropiado supera un valor de doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, dicha pena se aumentará hasta en la mitad. La pena de multa no superará los cincuenta mil salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si lo apropiado no supera un valor de cincuenta (50) salarios mínimos legales

mensuales vigentes la pena será de sesenta y cuatro (64) a ciento ochenta (180) meses e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término y multa equivalente al valor de lo apropiado.”

(Ley 599 de 2000, 2000)

Los tipos penales del título XV del Código Penal, es su mayoría tienen un sujeto activo calificado, decir que contrario a la gran mayoría de tipos penales, este no comienza con “*el que*” sino con “*El servidor publico que*” esto hace que solo ese sujeto esté en la capacidad de desplegar esa conducta en la calidad de autor, a este tipo de delitos se les denomina delitos especiales:

Los delitos que tengan que ver con la violación al principio de planeación se puede entender que además de ser cometidos por sujetos calificados, también ocurren por la violación a un deber estipulado en la ley, tal y como se desarrolló en el caso de estudio, al respecto el Miguel Córdoba dice lo siguiente:

Se caracterizan los delitos de infracción de deber porque lo esencial para la configuración de la autoría es el incumplimiento, la no observación de un deber especial que vincula únicamente a un determinado grupo de personas, quienes están obligadas de manera especial a la protección de un bien jurídico, respecto del cual se encuentran en posición de garantía, como ocurre, p. ej., en los delitos de comisión por omisión (omisión impropia, según algunos)¹⁴. Son ejemplos de esta clase de delitos los cometidos por los servidores públicos en Colombia, como sería el caso del peculado por apropiación (art. 397 C. P.), el prevaricato (art. 413 C. P.), la concusión (art. 404 C. P.). También sería un ejemplo el delito de inasistencia alimentaria (art. 233 C. P.) o el incesto (art. 237 C. P.) (Córdoba Angulo, 2004)

Por esto podría llegar a entenderse que los particulares implicados en los delitos contra la administración pública no son imputables, puesto que la planeación no recae en ellos como se vio anteriormente, no obstante, el código penal del 2000 trajo consigo una novedad y es la figura del *extraneus*, que es aquella persona que no tiene las calidades para ser autor pero que su conducta hizo posible la configuración del delito (Cordoba Angulo, 2004), diversas posturas hay al respecto, pero la mayoritaria es que el sujeto que desplegó las conductas para lograr la comisión del delito debe responder como cómplice o determinador, en el artículo

30 del Código Penal se establece esta figura y requiere de varios requisitos para poder endilgar responsabilidad penal al particular responsable de tal acto.

Lo primero que se debe acotar es que la Ley 599 de 2000, tiene un concepto o más amplio de lo que significaba ser autor en su predecesor el Código penal de 1980, como lo expresa Córdoba concurren a la realización de la conducta punible los autores y los intervinientes como es el caso del *extraneus*, adicional a lo anterior también debe existir un autor para que lógicamente exista un partícipe (Córdoba Angulo, 2004), no sería lógico pensar que se violó el principio de planeación por ejemplo cuando todos los funcionarios encargados hicieron lo correspondiente.

Córdoba expone que esta accesoriedad requiere que el autor tenga por lo menos una conducta típica y antijurídica, también que el autor siquiera haya intentado desplegar la conducta para que exista un reproche claro.

Es importante dilucidar que también es significativo que exista una unidad en la imputación:

Tenemos entonces que, si existe la realización de un delito especial o, si se quiere, de un delito de infracción de deber, todos aquellos que intervengan en la realización del mismo deben responder penalmente por ese delito, manteniendo la unidad de imputación y dependiendo de su calidad respectiva. Sin embargo, si bien resulta conveniente el mantenimiento de esa unidad de imputación en los eventos de participación de un *extraneus* en delitos cometidos por un *intraneus*, esa finalidad no puede, o mejor no debe, conseguirse vulnerando el principio de legalidad. (Córdoba Angulo, 2004)

Esto quiere decir que para que se pueda llevar a cabo la realización del delito se requiere que todos los sujetos estén precedidos por un autor que será penado con todas las exigencias que tiene la ley, pero los partícipes al no tener las mismas calidades deberán tener penas más cortas porque el reproche directo no es hacia ellos. Finalmente, la existencia misma del interviniente es para no extender los sujetos penalmente responsables cuando en realidad no cumplen con las características requeridas, por eso se entiende que tiene un carácter accesorio al autor.

De todo lo anterior podemos decir que en determinados casos en los que un servidor público cometa un delito porque no planeó o lo hizo fuera de lo previsto en la ley, puede existir responsabilidad penal de los particulares siempre y cuando: 1) la conducta desplegada inicialmente sea por el funcionario, 2) que el actuar del particular haya sido fundamental para la comisión del hecho y en estos casos se puede pensar en acciones u omisiones que de común acuerdo puedan tener el funcionario y el particular para violar los parámetros de la planeación 3) Del hecho tiene que surgir una unidad de imputación en la cual se determine claramente quien es el autor y cuales participes y mediante que medios realizaron un aporte al ilícito 4) los particulares en ningún momento tendrán el mismo reproche que el autor del delito y esto puede ser un problema para aplacar la corrupción.

Conclusiones

El principio de planeación si bien, no está expresado taxativamente en la ley puede ser extraído del artículo 25 de la ley 80 de 1993 y demás normas relativas a la contratación estatal, que bien ha sido entendido tanto por la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional como un principio que está articulado y es necesario para la satisfacción del interés general y la concreción de principios tan importantes como la transparencia o la economía.

El principio de planeación debe verse especialmente en la etapa precontractual en la cual se realizan todos los estudios necesarios para determinar la necesidad, la viabilidad y costos del contrato, pese a lo anterior, esto no significa que este principio sea estricto y sólo acarrea la necesidad de realizar estudios sólo porque lo dice la ley, sino también que el funcionario encargado comprenda las normas de contratación pública y sepa cómo abordar la complejidad del contrato, dependiendo de esto una persona puede ser o no responsable penalmente.

Ahora bien, un asunto que debe ser tratado con mayor profundidad es la incidencia de los particulares en la planeación, pues, aunque mucho se ha escrito de corrupción y correcta administración poco se sabe cómo estos sujetos se pueden relacionar a este principio desde el ámbito penal, por eso es necesario atenderlo desde el penal general determinando qué aportes pueden realizar los particulares a través de la infracción al principio de planeación para cometer determinados delitos.

Bibliografía

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP14496-2017 (Corte Suprema de Justicia 27 de septiembre de 2017).

Ley 80 de 1993, octubre 28, 1993, Diario Oficial [D.O]: 41.094, (1993) (testimony of Congreso de la Republica de Colombia).

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993.html

Codigo Penal, Pub. L. No. 599, 599 de 2000 44.097 (2000).

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html

(CE), Consejo de Estado, Sala Contencioso administrativa, Sección Tercera, Sentencia n° 68001-23-15-000-1998-01743-01., (Consejo de Estado 24 de abril de 2013).

<https://consejo-estado.vlex.com.co/vid/-438001698#:~:text=489%2069%2050->

,Sentencia%20n%C2%BA%2068001%2D23%2D15%2D000%2D1998%2D,24%20de%20Abril%20de%202013&text=La%20nulidad%20absoluta%20puede%20y,ser%20ratificada%20por%20las%20partes.

(CE), Consejo de Estado, Sala Contencioso- administrativa, Sección segunda subsección B- 1427-2009, N.º 1427-2009 (Consejo de Estado 19 de septiembre de 2013).

<https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=60373>

Cordoba Angulo, M. (2004). *La figura del interviniente en el derecho penal colombiano.*

<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5312169.pdf>

(C.Cons), Corte Constitucional, C-893-03, D-4452 (Corte Constitucional 7 de octubre de 2003). [https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-893-](https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-893-03.htm#:~:text=3.3.,y%20de%20ello%20son%20responsables)

[03.htm#:~:text=3.3.,y%20de%20ello%20son%20responsables](https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-893-03.htm#:~:text=3.3.,y%20de%20ello%20son%20responsables).

(C. Cons), Corte Constitucional, C-300-12, D-8699 (Corte Constitucional 25 de abril de 2012). <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-300-12.htm>

Cruz, Y. A. C. (2016). *TIPOS DE RESPONSABILIDAD DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS Y PARTICULARES FRENTE A VIOLACIONES A LA CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 1985-2016*. 87.

Departamento Administrativo de la Función pública. (2016). (DAFP), *Departamento Administrativo de la Función pública, Concepto, 155581 de 2016* (Concepto N.º 15581).

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=76575#:~:text=De%20acuerdo%20con%20la%20Constituci%C3%B3n,la%20extralimitaci%C3%B3n%20en%20las%20mismas>.

- Amaya Rodríguez, C. F (2016) El principio de planeación en la contratación estatal, un principio no tipificado. Revista VIA IURIS, núm. 20, enero-junio, 2016, pp. 105-119. Fundación Universitaria Los Libertadores. Bogotá, Colombia. <https://www.redalyc.org/pdf/2739/273949068006.pdf>
- Arenas Guiral D. & y Arango Lozada M (2020) El principio de Planeación como pilar para la debida celebración de contratos estatales en Colombia. Tesis de pregrado. Universidad Cooperativa de Colombia sede Cartago Valle. https://repository.ucc.edu.co/bitstream/20.500.12494/16707/1/2020_contratos_estatales.pdf

- Barrera Portela Cristian Andrés (2016) La incidencia del principio de planeación en el proceso de selección. Artículo para optar al título de pregrado. Universidad Católica de Colombia. Bogotá D.C, <https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/14340/4/TRABAJO%20DE%20GRADUO%20-%20CRISTIAN%20BARRERA%20-%20UCATOLICA.pdf>
- Becerra D (2019) El principio de planeación en la contratación pública en Colombia. Tesis de Pregrado. Universidad Santiago de Cali. Cali. <https://repository.usc.edu.co/bitstream/handle/20.500.12421/430/EL%20PRINCIPIO%20DE%20PLANEACION%20D3N.pdf;jsessionid=58D3242F271B3CBDF71E6EB01607C876?sequence=1>
- Chaves Villalba J (2016). Problemas jurídicos en la administración pública. Instituto de Estudios del Ministerio Público. Bogotá D.C.
- Cobo Hernández, P.A; López González W. R; Quintero Torres Y.M (2017). Planeación y su connotación en la contratación estatal en Colombia. Tesis de Pregrado. Universidad Cooperativa de Colombia. Villavicencio. https://repository.ucc.edu.co/bitstream/20.500.12494/10725/1/2017_planeacion_connotacion_contratacion.pdf
- Código Contencioso Administrativo Y Contencioso Administrativo [C.P.A.C.A], (2019). 41a ed. Legis. Colombia
- Consejo de Estado [CE], Sala contenciosa administrativa 24, abril, 2013. M. P.: J. Santofimio. No 68001-23-15-000-1998-01743-01(27315). (Colombia). 16/12/2020. <https://consejo-estado.vlex.com.co/vid/-438001698>

- Cristancho Ruiz S.C (s.f) El desconocimiento del principio de planeación en la contratación estatal, disertación entre principio y regla según los criterios jurisprudenciales. Tesis de especialización. Universidad Santo Tomás Sede Bogotá. (<https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/4437/CristanchoSandra2017.pdf?sequence=1&isAllowed=y>)
- Instituto de Estudios del Ministerio Publico (2016) Reflexiones académicas en derecho disciplinario y contratación estatal. Imprenta Nacional de Colombia. Bogota D.C
- Ochoa León, P (2018). Principio de planeación en la contratación estatal. Tesis de especialización. Universidad La Gran Colombia. Bogota. <https://repository.ugc.edu.co/bitstream/handle/11396/4619/PRINCIPIO%20DE%20PLANEACION%20EN%20LA%20CONTRATACION%20ESTATAL.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Ramos Acevedo J. & Ramos Acevedo A (2017). Contratación Estatal. Teoría General y Especial. Cuarta Edición. Editorial Ibáñez. Bogota D.C
- República de Colombia (2020-1) Código Penal Colombiano y Código De Procedimiento Penal Colombiano Edición 24. Editorial Legis.
- Suarez Zuluaga L.M & Vélez Amaya M.C (2016). Alcances del principio de planeación en la contratación estatal, en sus dimensiones técnica, jurídica y financiera. Tesis de Pregrado. EAFIT. Medellín. <https://repository.eafit.edu.co/handle/10784/12029>

- Valencia Torres, S (2016). El principio de planeación en la contratación estatal colombiana: consecuencias de su transgresión. Tesis de Pregrado. Universidad Autónoma Latinoamericana- UNAULA. Medellín http://repository.unaula.edu.co:8080/bitstream/123456789/336/1/unaula_rep_pre_der_2016_principio_planeacion%20%281%29.pdf

- Viveros Castellanos Yezid, Vargas Gamboa Sonia Milena & Ovalle Ibáñez Diego Fernando (2017). Derecho Penal Especial Casuístico. Tomo III. Bogotá, Colombia. Editorial Doctrina y Ley.