

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Magistrada ponente

SP153-2017

Radicación No. 47100

(Aprobado Acta n.º 7)

Bogotá D.C., dieciocho (18) de enero de dos mil diecisiete (2017)

VISTOS:

Decide la Corte sobre la admisibilidad de las demandas de casación presentadas por los defensores de los procesados LUIS EDUARDO ESQUIVEL ARIAS y LUIS HENRY VARÓN OCHOA, en contra de la sentencia de segunda instancia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, el 23 de julio de 2015, mediante la cual confirmó el fallo emitido por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de la misma ciudad, el 23 de julio de 2013, que los condenó como autor e interviniente, respectivamente, de los delitos de *interés indebido en la celebración de contratos* en concurso con *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*.

ANTECEDENTES:

## 1. Fácticos

El 7 de diciembre de 2005, LUIS EDUARDO ESQUIVEL ARIAS, entonces gerente de la Empresa Industrial y Comercial del Estado del orden departamental 'Lotería del Tolima', celebró el contrato adicional 01 con LUIS HENRY VARÓN OCHOA, representante legal de la Sociedad de Empresarios de Apuestas Permanentes del Tolima S.A. 'SEAPTO', cuyo objeto era prorrogar el contrato 012 del 13 de junio de 2001, mediante el cual la beneficencia del Tolima había otorgado la concesión a esa empresa privada para operar el juego de apuestas permanentes o chance en el territorio departamental.

La prórroga y adición al contrato original, se suscribió en los siguientes términos: (i) el valor sería de \$29.444.196,678 millones, equivalentes a 77.180.069 salarios mínimos legales mensuales vigentes para el año 2005, y (ii) su ejecución se desarrollaría en 30 meses más, esto es, hasta el 22 de diciembre de 2008.

La prórroga del contrato se realizó con la autorización expresa de los miembros de la junta directiva de la 'Lotería del Tolima', quienes en sesión realizada el 2 de diciembre de 2005 escucharon a ESQUIVEL ARIAS, quien expuso acerca de la necesidad de adicionar el contrato que estaba próximo a vencerse.

## 2. Procesales

Se conocieron por la Fiscalía General de la Nación, ante la compulsas de copias del trámite administrativo que se adelantó en la Superintendencia Nacional de Salud, con el fin de que se investigara la posible comisión de delitos que pudieron estructurarse a raíz de la prórroga del contrato de concesión realizada por el gerente de la 'Lotería del Tolima', LUIS EDUARDO ESQUIVEL ARIAS, con autorización de los integrantes de la junta directiva de esa empresa del Estado, con la Sociedad de Empresarios de Apuestas Permanentes del Tolima 'SEAPTO', contraviniendo el régimen propio que reglamenta los juegos de suerte y azar.

El 5 de enero de 2007, la Fiscalía 19 Seccional con sede en Ibagué (Tolima), ordenó la apertura formal de la investigación en contra de LUIS EDUARDO ESQUIVEL ARIAS, DENNIS AMPARO VÁSQUEZ ARIAS, GUSTAVO GARCÍA BATE y LUIS HENRY VARÓN OCHOA, por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

La vinculación de los sindicados LUIS EDUARDO ESQUIVEL ARIAS y LUIS HENRY VARÓN OCHOA, se realizó mediante indagatoria, luego de la cual se resolvió su situación jurídica y dispuso la clausura del ciclo investigativo.

El mérito del sumario se calificó con resolución de acusación el 12 de septiembre de 2011, por los delitos de *interés indebido en la celebración de contratos y contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales*, en su condición de autor para LUIS EDUARDO ESQUIVEL ARIAS e interviniente respecto de LUIS HENRY VARÓN OCHOA. La Fiscalía Sexta Delegada ante el Tribunal Superior de Ibagué, el 20 de enero de 2012 la confirmó.

Tras la formulación de acusación y las audiencias preparatoria y de juzgamiento, el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Ibagué (Tolima), mediante sentencia del 23 de julio de 2013, condenó a LUIS EDUARDO ESQUIVEL ARIAS, a la pena principal de 56 meses de prisión, multa de 58 salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término al de la pena privativa de la libertad, como autor responsable del delito de interés indebido en la celebración de contratos en concurso heterogéneo con el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, y a LUIS HENRY VARÓN OCHOA a la pena principal de 44 meses de prisión, multa de 45.5 salarios mínimos legales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término al de la pena privativa de la libertad, en su condición de 'autor' de los mismos punibles. No les concedió el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, pero si la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión intramural.

Los defensores apelaron ese pronunciamiento y el Tribunal Superior de Ibagué, por intermedio de la sentencia recurrida en casación, expedida el 23 de julio de 2015, lo confirmó en su integridad.

Contra la anterior decisión los defensores de los procesados LUIS EDUARDO ESQUIVEL ARIAS y LUIS HENRY VARÓN CHACÓN interpusieron el recurso de casación, cuyas demandas la Corte admitió<sup>[1]</sup>.

## SÍNTESIS DE LAS DEMANDAS

### 1. Demanda a nombre de LUIS EDUARDO ESQUIVEL ARIAS

Su defensor postuló dos cargos principales y uno subsidiario, de la siguiente manera:

#### Primer cargo principal. Nulidad

Según el recurrente, el fallo se profirió en un juicio viciado de nulidad, al haberse retomado consideraciones realizadas en una providencia judicial que había sido declarada nula, configurándose la causal prevista por el numeral 2 del artículo 306 de la Ley 600 de 2000.

Así, entiende que la actuación debe invalidarse a partir de la sentencia de primera instancia, debido a que en ella se desconocieron las pruebas de descargo y los argumentos exculpatorios presentados por la defensa «*durante prácticamente todo el proceso*». Solicita que en tal sentido se case el fallo.

Sobre la totalidad de los argumentos se pronunciará la Corte al resolver los planteamientos de la demanda.

Segundo cargo principal. Violación indirecta de la ley que proviene de error de hecho por falso juicio de existencia por omisión

A juicio del defensor, el fallador *A quo*, y luego el *Ad quem* no tuvieron en cuenta los contratos de concesión del chance<sup>[2]</sup> aducidas como pruebas en la etapa del juicio, a pesar de haber sido solicitadas y decretadas oportunamente.

Agrega, que la importancia de dichos medios probatorios estriba en que, de haber sido analizados en conjunto, hubieran permitido al fallador concluir que los hechos por los cuales se acusó a su defendido, no estructuran conducta punible alguna, «*sino la tensión hermenéutica de la norma*» que genera diversas formas de interpretación.

Señala el recurrente, que de haber sido valoradas las mencionadas pruebas, el fallador hubiera concluido la «*conurrencia de un error invencible de tipo, contenido (sic) pasado por alto por el fallador al negarles cualquier potencialidad de exclusión de la tipicidad subjetiva a las mencionadas pruebas documentales, ni a la versión del procesado.*»

Al considerar vulnerado indirectamente el numeral 10 del artículo 32 del Código Penal, solicita casar la sentencia, para que se declare que en el actuar de LUIS EDUARDO ESQUIVEL ARIAS concurrió un error invencible de tipo, correspondiendo su absolución.

Tercer cargo (subsidiario). Violación directa de la ley por falta de aplicación de una norma

Indica el demandante que el Tribunal incurrió en violación directa de los artículos 9 y 11 del Código Penal, toda vez que en ningún aparte de la sentencia se realizó consideración en torno a si la conducta desplegada por LUIS EDUARDO ESQUIVEL ARIAS lesionó el bien jurídico tutelado de la Administración Pública; por tanto, ante la ausencia de antijuridicidad material la conducta no es punible.

Bajo tales argumentos, solicita casar la sentencia para que se absuelva a su defendido.

## 2. Demanda a nombre de LUIS HENRY VARÓN OCHOA

Su defensor plantea tres cargos, uno principal y dos subsidiarios.

Primer cargo (principal). Violación directa de la ley sustancial por indebida aplicación de los artículos 409 y 410 de la Ley 599 de 2000

Luego de transcribir varios apartes del fallo, el demandante indica que el debate se centra en un problema estrictamente jurídico, que consiste en la interpretación errada que hace el Tribunal de algunos artículos de la Ley 643 de 2001, en tanto concluyó que se desconoció la prohibición de prórroga de los contratos de monopolio rentístico de juegos de suerte y azar; sin embargo, indica que ninguna norma de la citada ley prohíbe la prórroga de contratos celebrados bajo su vigencia.

Agrega, en cuanto a la interpretación que debe darse al artículo 60 de la Ley 643 de 2001 que se ocupa de la vigencia de esta, que solo los contratos suscritos antes del 17 de enero de 2001 están cobijados por la prohibición de prórroga, luego, los celebrados después de esta fecha pueden ser adicionados al amparo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993.

En Consecuencia, considera que la conducta desplegada por LUIS HENRY VARÓN OCHOA, representante legal de la sociedad 'SEAPTO', es atípica, pues no infringe ninguno de los mandatos de la Ley 643 de 2001, debiéndose casar la sentencia, para en su lugar, proferir absolucón en su favor.

Segundo cargo (subsidiario). Violación directa de la ley sustancial por indebida aplicación de los artículos 409 y 410 de la Ley 599 de 2000 y falta de aplicación del artículo 9 *ibidem*.

Sostiene del demandante, que al no encontrarse presente ninguna conducta que se enmarque en las descripciones de los artículos 409 y 410 del Código Penal, pues el único actuar de LUIS HENRY VARÓN

OCHOA correspondió a elevar una solicitud formal a la entidad estatal para que se prorrogara el contrato de concesión suscrito en junio del año 2001 por el término de cinco años, la conducta no es objetivamente típica.

Considera que la simple petición que VARÓN OCHOA realizó a la entidad estatal proponiendo la prórroga del contrato de concesión, no se revela como un riesgo jurídicamente desaprobado o como el aumento del riesgo jurídicamente permitido, dado que no era el responsable ni el garante de iniciar, convocar, desarrollar y culminar un proceso de licitación pública, y tampoco se le imputó haber impedido ilícitamente la realización de ese proceso.

Solicita casar la sentencia para que se dicte una de carácter absolutorio ante la atipicidad objetiva por ausencia de un resultado lesivo o peligroso para los intereses de la administración pública.

Tercer cargo (subsidiario). Violación indirecta de la ley sustancial por errores de hecho debidos a falsos juicios de existencia y de identidad, que llevaron a la aplicación indebida del artículo "453" de la Ley 599 de 2000

Señala el recurrente, que los errores de hecho por falsos juicios de existencia por omisión y falso juicio de identidad, llevaron a los falladores a considerar, erradamente, que LUIS HENRY VARÓN OCHOA actuó con la intención de infringir las normas de contratación de las cuales tenía conocimiento por su experiencia en el sector de los juegos de azar, afirmación que dejó de lado *«cualquier posibilidad de que hubiese estado inmerso en alguna clase de error»*.

Precisa las pruebas que, bajo su criterio, fueron omitidas por los juzgadores de las instancias:

- El concepto rendido por el abogado Miguel González Rodríguez.
- El otrosí al contrato n.º 012 del 13 de junio de 2001, suscrito el 27 de julio de 2005.

- El laudo arbitral del 16 de marzo de 2006, mediante el cual se dirimieron las diferencias surgidas entre la 'Lotería del Tolima' y Empresarios de Apuestas Permanentes del Tolima, S.A. 'SEAPTO S.A.'.
- El informe 3187 del 12 de junio de 2006, rendido por el investigador criminalístico VII, Luis Alberto Arciniegas.

Expone, igualmente, que de haberse tenido en cuenta estas pruebas, especialmente el concepto del abogado Miguel González, se hubiera concluido que el único interés que le asistía a LUIS HENRY VARÓN para solicitar a la 'Lotería del Tolima' la prórroga del contrato n.º 012 de 2001, radicó en encontrar un mecanismo de solución a la controversia económica que en ese momento se presentaba, razón por la cual, acogió las recomendaciones que realizó el abogado a SEAPTO S.A.

En el mismo cargo enuncia la existencia de un error de hecho por falso juicio de identidad, consistente en la tergiversación del contenido de la indagatoria rendida por LUIS HENRY VARÓN CHACÓN, quien informó que la solicitud de prórroga del contrato número 012 de 2001, la realizó teniendo como fundamento los conceptos expedidos por el doctor Humberto Varón Ochoa, abogado que prestaba asesoría a la empresa SEAPTO S.A., y el rendido por el doctor Miguel González Rodríguez, cuya copia se entregó a la Fiscalía.

Concluye que LUIS HENRY VARÓN OCHOA actuó bajo un error invencible al pedir la prórroga del contrato, pues confió en la asesoría recibida por dos abogados a quienes consultó debido a que su nivel de educación (segundo año de primaria) no le alcanzaba para elucidar tales aspectos, menos, para disentir del criterio de los profesionales del derecho.

Solicita se case la sentencia recurrida, para que, en su lugar, la Corte emita un fallo de reemplazo de carácter absolutorio, por atipicidad subjetiva de la conducta de LUIS HENRY VARÓN OCHOA.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La representante de la Procuraduría General de la Nación considera que los cargos propuestos por los defensores no tienen vocación de prosperidad. Se refirió a ellos, así:

### **1. Sobre la demanda presentada por el defensor de LUIS EDUARDO ESQUIVEL ARIAS**

#### **Primer cargo. Nulidad**

Para la Delegada, el fallador sustentó su tesis en abundante prueba que indica que la conducta endilgada a LUIS EDUARDO ESQUIVEL ARIAS, se adecua a los ingredientes de los tipos penales, demostrándose la materialidad de la misma, luego, los apartes copiados por el juez de primera instancia de la resolución de acusación anulada, se tornan irrelevantes y *«solo constituyen un eventual facilismo a la hora de apiarse de argumentos ajenos.»*

De esa manera, solicita se declare la improsperidad del cargo.

#### **Segundo cargo violación indirecta de la ley por falso juicio de existencia por omisión.**

Concluye que las pruebas que se indican como no valoradas, no son suficientes para modificar los argumentos de las instancias. Esto tratándose de los contratos suscritos entre otra lotería y diferentes empresas del orden territorial, pues de ellos no se desprende si realmente se hicieron prórrogas que excedían el término previsto por la Ley 643 de 2001, o si, de haberse efectuado, fueron demandadas, como esta.

Con respecto al concepto del abogado contratado por la Lotería del Tolima, considera inexacto argüir omisión de valoración, por cuanto el Tribunal se refirió a él, sólo que lo apreció en una forma contraria a los intereses de la defensa.

Considera, entonces que el cargo no debe prosperar.

#### **Tercer cargo subsidiario. Violación directa de la ley.**

Encuentra inexacto señalar el desconocimiento directo de los artículos 9 y 11 del Código Penal, toda vez que el fallador de segundo grado se refirió concretamente al aspecto de la antijuridicidad.

Resalta la Procuradora delegada, que en los tipos penales endilgados no se requiere del perjuicio económico, para que se concrete el daño.

Considera que el cargo no tiene vocación de prosperidad.

### **2. Sobre la demanda presentada por el apoderado judicial de LUIS HENRY VARÓN CHACÓN.**

#### **Violación directa de la ley**

Acude al principio de legalidad para concluir que la norma que regula integralmente el contrato de concesión de juegos de suerte y azar es la Ley 643 de 2001, en cuanto ella establece el régimen propio de esta materia, por tanto, prevalece sobre la ley general (L.80/93).

Precisa que el artículo 60 de la citada Ley 643 de 2001, determina la exclusividad y prevalencia del régimen propio de esta actividad monopolística, luego, los falladores no incurrieron en violación directa por aplicación indebida de los artículos 409 y 410 del Código Penal.

El segundo cargo (subsidiario), planteado también por la vía de la violación directa de la ley, por indebida aplicación de los artículos 409 y 410 del Código Penal, y falta de aplicación del artículo 9 *ibidem*, tampoco tiene vocación de prosperidad, por cuanto, señala la funcionaria, LUIS HENRY VARÓN OCHOA, a pesar de ser particular, asumió funciones públicas en virtud del artículo 56 de la Ley 80 de 1993, una vez contrató con la entidad del Estado.

Resalta el interés indebido que tenía HENRY VARÓN OCHOA para que el contrato n.º 012 de 2001 fuera prorrogado, toda vez que ese medio le permitía ser el único beneficiado durante más tiempo con la explotación del juego de chance, sin que mediara una licitación pública, lo cual refleja la afectación tanto a los principios de moralidad, eficacia, economía, imparcialidad y publicidad, como los de transparencia y responsabilidad, componentes normativos del tipo penal de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

**Tercer cargo (subsidiario). Violación indirecta de la ley por falso juicio de identidad por distorsión de la versión que el sindicato suministró en la indagatoria.**

Considera la representante de la Procuraduría, que el demandante no cumple con la carga de demostrar en qué consistió la tergiversación, cercenamiento o adición de la prueba, y los efectos del yerro en la declaración de justicia contenida en la parte resolutive del fallo.

No obstante, se adentra en el examen del punto, para concluir que fue el mismo procesado quien en la indagatoria dio a conocer que su experiencia como concesionario para la explotación del juego de apuestas permanentes –chance-, era de 20 años, y que conocía perfectamente la Ley 643 de 2001, luego ningún yerro advena en la afirmación que en ese sentido realizó el fallador.

De acuerdo con lo anterior, solicita no casar la sentencia impugnada.

## **CONSIDERACIONES**

1. Sobre la demanda presentada por el defensor de LUIS HENRY VARÓN CHACÓN

### **Primer cargo: violación directa de la ley sustancial**

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

El asunto así planteado no refleja con rigor el tema de controversia, porque la condena no se estructura sobre la idea de que los procesados, cada uno desde su rol, dieron lugar a la prórroga del contrato de concesión 012 de 2001, sino que con ello violaron el término máximo de duración previsto expresamente en la Ley 643 del mismo año (5 años), y omitieron el proceso de licitación que obligatoriamente debió adelantarse para seleccionar al contratista que asumiría la concesión una vez vencido el plazo del contrato celebrado con la empresa representada por VARÓN OCHOA.

Sobre el particular, en la acusación se hicieron anotaciones como las siguientes:

*Al ser comparada la situación fáctica (debidamente probada con los medios documentales ya citados, que ofrecen plena credibilidad al Despacho, amén de corresponder a la verdad real que quedó plasmada en los archivos y en la memoria de la entidad contratante), con las premisas normativas que regulan expresamente la forma y términos en que debe efectuarse en este país, la contratación que las entidades estatales titulares de las rentas monopolísticas derivadas de los juegos de apuestas permanentes o chance deben hacer con terceros, es claro e indiscutible, que el representante legal de la Lotería del Tolima E.I.C.E. desconoció groseramente la especial legislación que desde mucho antes que (sic) acaeciera el hecho aquí investigado mandaba expresamente entregar mediante contrato de concesión por cinco años la operación de juego de chance al contratista que resultara vencedor en un proceso de licitación pública, proceso que debía adelantarse teniendo en cuenta las normas que sobre este tipo de contratación preveía para la época la Ley 80 de 1993.*

*(...)*

*No amerita exponer más argumentos, al hecho evidente y claro, según el cual el señor LUIS EDUARDO ESQUIVEL ARIAS, en su calidad de representante legal de la Lotería del Tolima, obvió todo un procedimiento contractual público, prestablecido en la ley imperativa que regula la actividad monopolística en comento, al punto que en lugar de iniciar y adelantar un proceso de licitación pública regulado en el*

*estatuto contractual (Ley 80 de 1993), para elegir al contratista con el cual celebrar un contrato de concesión por cinco años (Ley 643 de 2001), decidió, a despecho de lo que le imponía la normatividad vigente, adicionar y prorrogar un contrato de concesión que se encontraba próximo a expirar.*

Frente al mismo tema, el Juzgado expuso entre otras cosas que:

*[e]l término perentorio de duración de los contratos de concesión para la operación del juego de apuestas permanentes o chance en una determinada jurisdicción territorial, previsto en los artículos 7, 22, 25 (sic) de la Ley 643 de 2001, el cual señala que no podrá ser inferior a tres (3) años ni exceder de cinco años, por lo que no puede desconocerse aduciendo la previsión contenida en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993 (...).*

En el mismo sentido, el Tribunal, además de subrayar los apartes de la Ley 643 de 2001 que aluden al término máximo de duración de este tipo de concesiones, resaltó que esta normatividad categóricamente establece que los contratistas deben ser seleccionados a través de licitación pública, y que el contrato no puede tener una duración mayor de cinco años, *"por manera que a los procesados no les era permitido suscribir la adición o prórroga al contrato de concesión Nro. 012 de 2001, pues era su obligación desplegar sus mayores esfuerzos para adoptar la decisión final que le correspondía, que no era otra que realizar el proceso de licitación lo cual no sucedió"*.

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

En la primera parte de su escrito el impugnante relaciona algunos apartes de la argumentación expuesta en los fallos de primer y segundo grado, para luego afirmar que *"se trata más de afirmaciones, que de verdaderas interpretaciones, y mientras el Juzgado dice que la prórroga violó los artículos 7, 22 y 25 de la Ley 643 de 2002, el Tribunal considera que fueron los artículos 22 y 60"*.

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

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

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

Es claro que el Juzgado y el Tribunal hicieron uso de ese criterio de interpretación (ineludible, aunque no siempre resulte suficiente), para resaltar la existencia de una limitación temporal, expresamente consagrada por el legislador, y la consecuente obligación de realizar un proceso licitatorio cada quinquenio.

De otro lado, en el fallo impugnado se hizo hincapié en que se trata de una normatividad de «*carácter especial*», que debe ser aplicada preferentemente:

*[e]l artículo 60 de la Ley 643 de 2001 que ordena la aplicación exclusiva y preferente de las disposiciones del régimen propio del monopolio y la obligatoriedad de la selección mediante licitación pública del nuevo operador del juego una (sic) vencido el plazo de ejecución del contrato anterior, sino que además, dichas disposiciones constituyen normas especiales, en cuanto hace relación al término de duración de los contratos de concesión para la operación de juego de apuestas permanentes o chance, respecto de la previsión contenida en el artículo 40 del estatuto general de contratación de la administración pública<sup>[4]</sup>.*

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

*Esta breve revisión histórica muestra que el mantenimiento de los monopolios como arbitrio rentístico generó fuertes discusiones en la Asamblea Constituyente: algunos sectores propugnaron por su eliminación, por considerar que esos ingresos podían ser obtenidos más*

*eficientemente por medio de impuestos, y que esos monopolios eran una fuente de corrupción e incoherencia estatal, puesto que no sólo los casos de peculados eran numerosos sino que se buscaba financiar servicios como la salud y la educación a través del estímulo a la venta de licores y de juegos de azar. Otros sectores, en cambio, defendieron la institución de los monopolios rentísticos por cuanto constituían una fuente esencial de ingreso para ciertos departamentos. Luego de las amplias discusiones, la Asamblea Constituyente llegó a una solución de transacción: mantener la posibilidad de los monopolios rentísticos pero sometidos a una regulación estricta<sup>[5]</sup>.*

*20- Estos antecedentes históricos permiten comprender mejor el contenido del artículo 336 de la Carta. Así, es claro que el Constituyente autorizó los monopolios rentísticos, **pero que también buscó establecer un régimen severo que evitara los problemas de corrupción e ineficiencia que se habían detectado durante la vigencia de la anterior Constitución. Por ello la Carta establece que estas actividades están sujetas a un régimen jurídico "propio", que deberá ser desarrollado por una ley de iniciativa gubernamental.** La Carta cedió entonces al legislador la facultad de crear los monopolios para que, en el curso del debate político y democrático, determinara la conveniencia y necesidad de imponerlos, así como el régimen más adecuado y conveniente para su organización, administración, control y explotación. Pero la propia Carta configura algunos de los elementos de ese régimen propio. De esta manera, el artículo 336 superior establece que (i) todo monopolio rentístico busca satisfacer una finalidad de interés público, (ii) debe constituir un arbitrio rentístico y (iii) es necesaria la indemnización previa a los individuos que se vean privados de su ejercicio. Además, esa misma disposición (iv) predetermina la destinación de algunas de esas rentas, (v) ordena la sanción penal de la evasión fiscal en estas actividades y (vi) obliga al Gobierno a liquidar estos monopolios si no demuestran ser eficientes. Todo esto explica pues el cuidado de la Asamblea Constituyente en la regulación de estos monopolios rentísticos<sup>[6]</sup>.*

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

A lo anterior puede agregarse que el término de duración de cinco años, consagrado en los artículos 7, 22 y 25 de la Ley 643, así como la determinación perentoria de que los contratistas deben ser seleccionados por el mecanismo de licitación pública (Arts. 22 y 25), permiten desarrollar importantes aspectos constitucionales, bien porque el Estado, cada

quinquenio, pueda optar por la oferta que resulte más favorable para el interés público, ora porque con esa misma frecuencia los potenciales interesados puedan concurrir en condiciones de igualdad al llamado estatal para elegir el concesionario.

Sobre el particular, son pertinentes las aclaraciones realizadas por la Corte Constitucional en la sentencia C-300 de 2012, donde a partir de su propia línea jurisprudencial resaltó la importancia de la licitación como forma de selección del contratista y la imposibilidad de eludirla con mecanismos artificiosos:

*Dada la importancia para los fines del Estado del principio de selección objetiva del contratista, la Corte ha avalado la constitucionalidad de la licitación o concurso público como procedimiento de selección del contratista por excelencia dirigido a la selección objetiva<sup>[7]</sup>; es más, la Corte ha reconocido que en tanto la licitación es mencionada en el artículo 273 superior, el constituyente le confirió categoría de validez jurídica a la institución.<sup>[8]</sup> En particular, la Corporación ha resaltado la importancia de dos de los principios que rigen este procedimiento: la libre concurrencia y la igualdad entre proponentes.<sup>[9]</sup>*

*El primero, directamente relacionado con el mandato de igualdad de oportunidades contemplado en el artículo 13 constitucional, con el derecho a la libre competencia reconocido en el artículo 333 ibídem y con los principios de la función administrativa, garantiza la posibilidad de que todos aquellos que reúnan los requisitos para celebrar un contrato estatal, puedan concurrir ante la respectiva entidad a presentar sus ofertas y puedan formularlas sobre bases idénticas, sin perjuicio de limitaciones razonables que persigan asegurar la adecuada ejecución del contrato y el cumplimiento de los cometidos estatales. Desde el punto de vista de la entidad estatal, este principio asegura pluralidad de competidores, lo que a su turno redundará en mejores ofertas en beneficio de la eficiencia. Al respecto, en la sentencia C-815 de 2001<sup>[10]</sup>, esta Corporación explicó:*

*"El derecho a la igualdad de oportunidades, aplicado en la contratación de la administración pública, como en el caso del contrato de concesión, se plasma en el derecho a la libre concurrencia u oposición, por virtud del cual, se garantiza la facultad de participar en el trámite concursal a todos los posibles proponentes que tengan la real posibilidad de ofrecer lo que demanda la administración.*

*Sin embargo, la libertad de concurrencia admite excepciones que pueden tener como fundamento la necesidad de asegurar la capacidad legal, la idoneidad moral o las calidades técnicas, profesionales, económicas y financieras del contratista. Dichas limitaciones deben ser fijadas por el legislador, con sujeción a*

*parámetros de razonabilidad y proporcionalidad, dentro del ámbito de regulación propio de la actividad que va a ser objeto de concesión."*

Luego, en la sentencia C-713 de 2009<sup>[11]</sup>, la Corte agregó:

*"La libre competencia, entraña, entonces, la no discriminación para el acceso en la participación dentro del proceso de selección, a la vez que posibilita la competencia y oposición entre los interesados en la contratación. Consecuencia de este principio es el deber de abstención para la administración de imponer condiciones restrictivas que impidan el acceso al procedimiento de selección, por lo que resulta inadmisibles la inclusión en los pliegos de condiciones de cláusulas limitativas que no se encuentren autorizadas por la Constitución y la Ley, puesto que ellas impiden la más amplia oportunidad de competencia y atentan contra los intereses económicos de la entidad contratante, en razón a que no permiten la consecución de las ventajas económicas que la libre competencia del mercado puede aparejar en la celebración del contrato."*

En esta línea de pensamiento, no puede banalizarse, como parece hacerlo el impugnante, lo establecido perentoriamente en la Ley 643 de 2001 en el sentido de que los contratos de concesión allí regulados no pueden tener una duración superior a 5 años, y que la selección de los contratistas debe hacerse con esa misma frecuencia, a través del mecanismo de la licitación pública.

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

De otro lado, el impugnante expone una serie de razones a partir de las cuales concluye que los procesados estaban autorizados (cada uno desde su rol) para extender el contrato 012 de 2001 por un término notoriamente superior al establecido en la Ley 643 de 2001, lo que dio lugar a que el concesionario durante esos 30 meses (término de la prórroga), no haya sido seleccionado a través del único mecanismo procedente: la licitación pública.

Para tales efectos, hace varias citas fragmentarias y descontextualizadas de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de varios pronunciamientos del Consejo de Estado.

Por ejemplo, al referirse a la sentencia C-300 de 2012, selecciona un fragmento de lo expuesto por la Corte Constitucional sobre la utilidad que pueden tener las prórrogas de los contratos, pero omite lo que expresó esa Corporación sobre el carácter excepcional que deben tener las mismas, la imposibilidad de modificar los contratos con la finalidad de eludir los trámites licitatorios y las razones que pueden justificar este tipo de cambios contractuales que, valga decirlo de una vez, no son predicables frente a los contratos de concesión regulados en la Ley 643 de 2001.

Para ello, basta hacer una comparación de las transcripciones realizadas por el impugnante, con el texto de dicha sentencia.

Resaltó el impugnante:

*Por regla general, los contratos estatales pueden ser modificados cuando sea necesario para lograr su finalidad y en aras de la realización de los fines del Estado, a los cuales sirve el contrato. Así lo prevén por ejemplo los artículos 14 y 16 de la Ley 80, los cuales facultan a las entidades contratantes a modificar los contratos de común acuerdo o de forma unilateral, para "(...) evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación", entre otros. En el mismo sentido, en la sentencia C-949 de 2001, la Corte Constitucional señaló que las prórrogas de los contratos –como especie de modificación– pueden ser un instrumento útil para lograr los fines propios de la contratación estatal. Al respecto, vale la pena destacar lo señalado por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto del 13 de agosto de 2009:*

*"La contratación estatal responde de múltiples maneras a ese mandato y, en cuanto al concepto que se emite, se resalta que la posibilidad de modificar los contratos estatales es una especial forma de hacer prevalecer la finalidad del contrato sobre los restantes elementos del mismo. Por mutabilidad del contrato estatal se entiende el derecho que tiene la administración de variar, dadas ciertas condiciones, las obligaciones a cargo del contratista particular, cuando sea necesario para el cumplimiento del objeto y de los fines generales del Estado"<sup>[12]</sup>.*

A renglón seguido del apartado transcrito por el memorialista, la Corte Constitucional, basada en algunos pronunciamientos del Consejo de Estado, resaltó que las modificaciones a los contratos deben ser *excepcionales*, por causas que verdaderamente lo justifiquen, y no pueden ser utilizadas para afectar el derecho al acceso a la contratación estatal en condiciones de igualdad:

*Ahora bien, como se indicó en ese concepto, el que la mutabilidad de los contratos estatales sea posible no significa que pueda llevarse a cabo por la mera voluntad de las partes o de la entidad contratante; por el*

*contrario, la modificación del contrato debe ser excepcional en virtud de los principios de planeación y seguridad jurídica. Por ello la Corte concuerda con la Sala de Consulta y Servicio Civil en que **la modificación debe obedecer a una causa real y cierta autorizada en la ley, sustentada y probada, y acorde con los fines estatales a los que sirve la contratación estatal.***<sup>[13]</sup> La Sala de Consulta explicó:

“La ley permite una cierta discrecionalidad en la toma de las decisiones de modificar los contratos, pues es muy difícil regular detalladamente el tema, en especial ante la infinidad de situaciones que pueden presentarse durante la ejecución. Por esto utiliza locuciones relativamente amplias, a las que debe someterse la administración. A manera de ejemplo, se citan las siguientes tomadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública: mantener las *condiciones técnicas, económicas y financieras*, (artículo 4.8), *no sobrevenga mayor onerosidad*, (artículo 4.9), *acordarán los mecanismos y procedimientos pertinentes para precaver o solucionar ... diferencias*, (ibídem), *evitar la paralización y la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación*, (artículo 14); etc. Nótese que, sin embargo, en ellas van inmersas las ideas de una causa cierta y unos fines públicos que hay que salvaguardar.

Puede adicionarse una razón a las expuestas para justificar que la simple voluntad de las partes no es causa de modificación de los contratos estatales, la cual consiste en el respeto por el principio de igualdad de los oferentes. Si se acepta que los contratos pueden modificarse por el simple común acuerdo, fácilmente se podría licitar determinado objeto con el fin de adjudicárselo a cierta persona, a sabiendas de que se cambiarán las obligaciones, una vez celebrado.

*De lo expuesto, y a manera de solución al interrogante planteado, surgen estas dos ideas que han servido de hilo conductor al análisis que aquí se hace: el mutuo acuerdo es una forma de modificación del contrato estatal, la más usada en la práctica y preferida por la legislación vigente; advirtiendo, y esta es la segunda idea, que **toda modificación debe tener una causa real y cierta, contemplada en la ley, diferente de la mera voluntad de los contratantes***<sup>[14]</sup> (negrilla fuera del texto).

Pero, además, esa Corporación hizo alusión a las situaciones que pueden justificar las modificaciones excepcionales de los contratos, relacionadas con situaciones difícilmente predecibles, los avances tecnológicos que resulten pertinentes para la ejecución del respectivo contrato entre otros:

***Las concesiones son por naturaleza contratos incompletos, debido a la incapacidad que existe de prever y redactar una***

*consecuencia contractual para todas y cada uno de las posibles variables y contingencias que pueden surgir en el desarrollo del objeto, lo que impone un límite a las cláusulas contractuales efectivamente redactadas.<sup>[15]</sup> Por ello adquiere especial relevancia la posibilidad de renegociar y modificar los contratos con el fin, entre otros, (i) de recuperar el equilibrio económico, en los eventos en los que se materializan obstáculos no previsibles, extraordinarios y no imputables al contratista, o (ii) de adecuar la prestación del servicio a las nuevas exigencias de calidad, por ejemplo, desde el punto de vista tecnológico.*

Es evidente que en el tipo de concesión que regula la Ley 643 de 2001, y mucho menos en lo que respecta al momento del vencimiento del contrato, puedan presentarse situaciones como las referidas por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado como justificantes de la modificación de los contratos.

Es igualmente claro que en estos eventos el contratante y el contratista conocen de antemano la fecha de terminación del contrato, por lo que sería un exabrupto predicar que, frente a ese aspecto en particular, se presentó una situación "sorpresiva" o "impredicable".

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

*[e]l contrato de concesión típico previsto en la Ley 643 de 2001 para la operación de juego de apuestas permanentes y de las loterías que vayan a ser operadas por terceros, participa de los elementos esenciales del contrato consagrado en la Ley 80 de 1993 (...) y está supeditado a procedimiento de licitación pública<sup>[16]</sup>.*

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

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

*No podría la Sala afirmar categóricamente que el contrato de concesión previsto en la ley 643 para la operación y explotación de los juegos de suerte y azar constituya un tipo diferente del consagrado en la ley 80. Lo adecuado es considerar que participa de los elementos esenciales de*

*este, pero por razón del régimen propio a que está sometido, tiene algunas características específicas que lo distinguen, como ocurre con el plazo de cinco años para la operación del chanceo.*

*La concesión en uno y otro régimen se asemejan en cuanto requieren un contrato escrito entre la entidad estatal y el concesionario, están sometidos a la vigilancia y control estatales, deben contener las cláusulas excepcionales al derecho común y está comprometido el interés general representado, en la ley 80, en la eficiente y continua prestación de los servicios o explotación de los bienes u obras estatales ( art. 32 ley 80 ), y, en la 643, en el arbitrio rentístico para financiar los servicios de salud ( art. 336 de la C. P.)*

*Difieren, de manera especial, en cuanto la concesión regida por la ley 80 se remite a un servicio público o a una obra destinada al servicio o uso público, así como a todas las actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio, mientras que el regulado por la ley 643, consiste en la administración, operación y explotación del monopolio de los juegos de suerte y azar, en las condiciones señaladas en dicha ley de régimen propio. Así, conforme a la ley 80 se pacta la cláusula de reversión en los contratos de explotación o concesión de bienes estatales y, según la ley 643, ella no es obligatoria, justamente por la naturaleza de la actividad, la cual prevé derechos de explotación y no amortización de la inversión, sin perjuicio que el concesionario, de modo general, actúe por cuenta y riesgo propio.*

*¿Cuáles las razones por las cuales no hay lugar a incluir de manera obligatoria la cláusula de reversión? La Sala encuentra que el artículo 19 de la ley 80 se refiere de manera expresa a los contratos de explotación o concesión de bienes estatales, mientras que la ley de régimen propio regula una actividad que, si bien está asociada a la obtención de rentas con destino a la prestación de los servicios de salud, no es procedente asimilada al concepto de bien estatal.*

*Ahora, en la operación de los juegos normalmente el concesionario debe proveer todo lo indispensable para la explotación, por lo que a su cargo está el suministro de lo que a términos del artículo 19 se denominan "elementos y bienes directamente afectados", respecto de los cuales no parece adecuado predicar que al Estado le asistan razones de utilidad pública para revertirlos a su favor, pues la ley 643 no contempla que el concesionario con las utilidades recobre su valor y tampoco resulta propio de la administración que asuma directamente con ellos la explotación de la actividad cuando se extinga el contrato de concesión, a no ser que las máquinas y demás elementos hayan sido compensados dentro el cumplimiento del contrato, estipulación que no es usual en esta clase de contratos pero la que, de manera eventual, podría ser objeto de un acuerdo de voluntades entre el titular y el contratista.<sup>22</sup>*

*De otra parte, mediante la concesión de juegos el concesionario los opera, explota, o gestiona por su cuenta y riesgo y a cambio percibe a "título de derechos de explotación, un porcentaje de los ingresos brutos de cada juego..." - art. 8º - y, como es natural, el ente administrador del monopolio conserva su titularidad, sin que, respecto de la operación misma realice, en la práctica, actividades distintas a las de vigilancia y control estatal.*

*Por lo demás y sin perjuicio de la obligación de pactar las cláusulas excepcionales al derecho común, la reversión está consagrada en la ley 80 expresamente para los contratos de " explotación o **concesión de bienes estatales**", noción distante de la actividad de operación de juegos que ocupa a la Sala.*

*En cuanto al contrato de concesión permiso por su propia naturaleza no hay lugar a pactar la cláusula de reversión<sup>[17]</sup>.*

En síntesis, mientras el Juzgado y el Tribunal resaltan las características especiales del contrato de concesión regulado en la Ley 643 de 2001, atinentes al "régimen propio" de que trata el artículo 336 de la Constitución Política, y hacen énfasis en que su duración no puede exceder de cinco años (término que no puede extenderse a través del mecanismo de la prórroga), el censor orienta su disertación a demostrar que el mismo "no es un contrato autónomo, ni diferente al consagrado en la Ley 80 de 1993", por lo que su tiempo puede extenderse más allá de los cinco años a que aluden los artículos 7º, 22 y 25 de la Ley 643, a través de la figura regulada en la Ley 80.

Frente a este aspecto, la Sala concluye lo siguiente:

Como bien lo ha aclarado la Corte Constitucional en las sentencias atrás referidas, el artículo 336 dispuso que el monopolio rentístico de juegos de suerte y azar tenga un régimen propio, entre otras cosas para lograr una regulación estricta, orientada a evitar la materialización de los riesgos inherentes a esa actividad, entre ellos la corrupción.

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

Además de tener un régimen propio, por expreso mandato de la Constitución Política, y de estar sometidos a reglas más estrictas, por las razones atrás enunciadas, los contratos de licitación regulados en la Ley 643 de 2001 tienen un objeto sustancialmente diferente de los contratos de la

misma denominación regulados en la Ley 80 de 1993, que hacen prácticamente inoperantes las razones que en ese ámbito pueden justificar una adición contractual.

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

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

De otro lado, el impugnante plantea que en este caso existían razones válidas para prorrogar el contrato:

*[1]a autorización de la prórroga debe tener una motivación, tema que en este caso fue explicado por el Gerente de la Lotería a la Junta Directiva, tal como lo señala el Tribunal en el numeral (vii) de los hechos probados.*

*Así las cosas, la interpretación que hizo el Juez (...)a lo que lleva es a la sustracción de los contratos para la operación de juegos de suerte y azar de la ley general de contratación, y específicamente, de la alternativa que dicha ley, por razones lógicas y prácticas, tiene prevista para cuando, por cualquier circunstancia, atribuible o no a los servidores públicos, el contrato hay que adicionarlo, so pena que de no hacerlo la obra quede inconclusa, el servicio quede suspendido, o como sería en este caso concreto, los recursos para atender el servicio público de la salud no se obtengan.*

*La responsabilidad que pueda caberle a los servidores públicos por no tramitar a tiempo las licitaciones a fin de seleccionar los contratistas, es independiente de que en un momento dado haya que adicionar el contrato en tiempo y recursos, porque de no hacerlo se crearía un problema de grandes dimensiones, como sería, se repite, imposibilidad de prestar el servicio de salud*

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

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

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

En el numeral (vii) del fallo de segunda instancia, a que alude el censor, se lee lo siguiente:

*[c]omo aspectos importantes para proponer la prórroga manifestó (ESQUIVEL) que: "1. No existe ninguna diferencia desde el punto de vista económico. Entre prorrogar el contrato 012 de 2001 y licitar nuevamente para otorgar la explotación del juego de apuestas permanentes o chance, puesto que tanto la adición o prórroga o adjudicación de la licitación se haría con base en el estudio de mercado... 6. Dado que el concesionario SEAPTO S.A. ha venido operando el juego de apuestas permanentes a lo largo de los últimos 12 años, mediante contratos de concesión creados a la luz de la ley 80 de 1993, los cuales fueron prorrogados varias veces, ofrece una estabilidad en la operación de juego, con estructura física y administrativa definida, blindándonos de operados (sic) de juegos de chance que pueden desestabilizar el mercado".*

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

Los supuestos temores allí expresados son abiertamente infundados, porque precisamente uno de los objetivos del proceso licitatorio es brindarle al

Estado la posibilidad de seleccionar la mejor propuesta, sin perjuicio del derecho que tienen los otros posibles interesados de participar en el respectivo proceso de selección, en condiciones de igualdad.

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

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

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

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

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

### **Segundo cargo –subsidiario-: violación directa**

Con fundamento en la causal primera del artículo 207 de la Ley 600 de 2000, el apoderado de LUIS HENRY VARÓN OCHOA denuncia la violación directa de la ley sustancial, por aplicación indebida de los artículos 409 y 410 del Código Penal, y la falta de aplicación del artículo 9 ibídem.

El error por la aplicación indebida de las normas sustanciales, según lo propone el apoderado del procesado VARÓN OCHOA, se presentó cuando el Tribunal Superior de Ibagué, consideró que legalmente no era factible prorrogar el contrato de concesión porque tal posibilidad se encontraba prohibida por la Ley 643 de 2001, contrariando lo que probatoriamente se había señalado por el experto contratado para que conceptuara sobre el tema y lo que al respecto había

resuelto la junta directiva de la Empresa Industrial y Comercial del Estado, del orden departamental, Lotería del Tolima.

Por eso, tras reflexionar sobre la acción endilgada al acusado, el demandante aduce que su conducta es atípica en tanto, en materia de la atribución de su responsabilidad penal y desde la perspectiva de la teoría de la imputación objetiva, no creó un riesgo jurídicamente desaprobado ni incrementó el riesgo permitido para el bien jurídico, puesto que lo único que quedó demostrado fue su intervención causal en la celebración de la prórroga contractual, razón por la cual entiende que fue vulnerada la cláusula general de imputación jurídica, contenida en el artículo 9 del Código Penal.

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

Más allá de los evidentes defectos en la formulación y desarrollo del cargo, es importante aclarar que la respuesta punitiva a la intervención del acusado LUIS HENRY VARÓN OCHOA, corresponde a su forma de participación en la realización de delitos especiales o de infracción del deber, en tanto careciendo de la calidad de funcionario público y, por ende, no estando vinculado especialmente con la relación de deber por su condición de *extraneus*, responde en los términos del inciso final del artículo 30 del Código Penal, como interviniente.

En este sentido, se tiene que VARÓN OCHOA no solamente se dedicó a hacer una solicitud ciudadana a la Administración Pública, como lo sostiene su defensa, sino que después de esa actividad desplegó otra que en términos de tipicidad resultó relevante para el derecho penal, consistente en su voluntario concurso en la celebración de un negocio jurídico referido al contrato adicional n.º 001 al contrato de concesión n.º 012 de 2011, suscrito el 7 de diciembre de 2005 entre la Lotería del Tolima y la sociedad de Empresarios de Apuestas Permanentes del Tolima S.A. -SEPATO S.A.-, de la que era su representante legal.

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

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

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

*El interviniente no es, entonces, un concepto que corresponde a una categoría autónoma de co-ejecución del hecho punible sino un concepto de referencia para aludir a personas que, sin reunir las calidades especiales previstas en el respectivo tipo especial, toman parte en la realización de la conducta, compartiendo roles con el sujeto calificado o accediendo a ellos.*<sup>[18]</sup>

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

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

La creación del riesgo jurídicamente desaprobado, hacia donde dirige su interés el demandante, es un elemento general del injusto que aunque fue desarrollado en principio para el delito imprudente, se le ha venido asignando una importante función en los delitos dolosos en relación con el ámbito de

protección de la norma, no tanto en la delimitación de la responsabilidad por la causalidad, como sí en el propósito de limitar los excesos de responsabilidad penal. En concreto, se significa que en relación con el tipo penal no es suficiente con el dato ontológico consistente en que la conducta del acusado haya lesionado o puesto en peligro los bienes jurídicos tutelados, pues se requiere, además, de un requisito axiológico, esto es, que el peligro se encuentre desaprobado por el ordenamiento jurídico.

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

En concreto, en la demanda se hace alusión constante a la comunicación que el acusado VARÓN OCHOA, como representante legal de la empresa SEPATO S.A., remitió a la Lotería del Tolima solicitando que *se estudie la posibilidad de prorrogar* el contrato de concesión n.º 012 de 2001, para deducir que con su actuación no se creó un riesgo no permitido para el bien jurídico de la Administración Pública, puesto que, según se enfatiza, no era él quien decidió la celebración del contrato y tampoco era el responsable de iniciar, convocar, desarrollar y culminar el proceso de licitación pública, limitando su actuación a presentar una petición y a plegarse al llamado que le hizo el Estado para que le siguiera prestando el servicio de explotar la actividad monopolística del juego.

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

En realidad, omite el demandante señalar que el reproche penal que se hizo en la sentencia confutada, se cifró no en esa petición que el particular elevó a la Administración, sino en el contrato adicional que prorrogó el anterior contrato de concesión celebrado entre el procesado y la entidad pública, violándose de esa manera su término máximo de duración previsto en la Ley 643 de 2001 y omitiéndose el obligado proceso de licitación para seleccionar al contratista. Así fue delimitado este aspecto por parte del fallador de segunda instancia:

*[I]a conducta que se reprocha se circunscribe a la celebración del contrato adicional 01 de fecha 7 de diciembre de 2005, sin que para ello*

*se haya observado el régimen propio del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar, esto es, la Ley 643 de 2011.*

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

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

Por lo tanto, la tergiversación que se lleva a cabo por parte del demandante del fallo del Tribunal, es lo que le permite sostener que se violó la cláusula general de imputación jurídica contenida en el artículo 9º del Código Penal, que dispone que la causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado.

Bastaría con aplicarse a las razones y fundamentos del juzgador en relación con los comportamientos que halló demostrados y objeto de reproche por parte del acusado VARÓN OCHOA, para entender que a más de la relación de causalidad que se advierte en su actuación y el resultado lesivo, se fraguó un riesgo jurídicamente desaprobado para el bien jurídico, concretado en la celebración de un contrato que a la luz del conocimiento que tenían los propios intervinientes en su realización, transgredía normas especiales de prevalente cumplimiento, en una actuación que de manera injustificada determinó la afectación del principio constitucional de selección objetiva del contratista (artículo 273 de la Constitución Política).

Así, en los mismos términos dogmáticos que plantea en su demanda el defensor del acusado, se puede advertir que en relación con los ámbitos de protección de los tipos penales que fueron enrostrados por los juzgadores, resulta indiscutible que la actuación desplegada por VARÓN OCHOA determinó una relevante afectación al bien jurídico tutelado de la Administración Pública, pudiéndose afirmar que la suscripción del contrato adicional necesariamente

contó con su concurso y en esta medida la prórroga decretada y la indebida elusión de la licitación pública para la concesión de un monopolio del Estado, no fue un asunto de realización exclusiva de la Administración, como quiere hacerlo ver en su planteamiento el demandante.

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

Tales conceptos obedecen a la idea de la permisión de riesgo relevantes para los bienes jurídicos y que, como en el caso del principio de confianza y en la prohibición de regreso, obligan al juez a valorar la actuación de terceros a fin de determinar los ámbitos de responsabilidad penal por la conducta que discurre dentro de los riesgos permitidos.

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

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

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

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

Sobre este aspecto en particular, bastará puntualizar que no es posible en este caso invocar el principio de confianza, quien no se ha comportado de

conformidad con la ley y ha sido realizador de la conducta reprochada. Así lo ha subrayado la doctrina sobre el tema:

*El principio de confianza tiene como consecuencia práctica que el que se comporta adecuadamente no tenga que contar con que su conducta pueda producir un resultado típico debido al comportamiento antijurídico de otro.* <sup>[19]</sup>

Por lo atrás dicho, el principio de confianza se fundamenta en el principio de autorresponsabilidad, en la medida en que el ámbito de responsabilidad de cada uno se limita a su propia conducta, de tal manera que el compromiso deducido a VARÓN OCHOA deviene de su propia actuación, sin que a ella se extienda como forma de responsabilidad la reprochada realización lesiva de LUIS EDUARDO ESQUIVEL ARIAS.

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

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

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

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

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

Por lo anterior, el cargo no prospera.

**La Sala decidirá conjuntamente el tercer cargo (subsidiario) de esta demanda y el segundo cargo principal de la presentada por el defensor de**

**LUIS EDUARDO ESQUIVEL ARIAS, en cuanto se refieren a la violación indirecta de la ley sustancial, por errores de hecho en la modalidad de falso juicio de existencia y de identidad.**

Luego de transcribir algunos apartes de los fallos de primer y segundo grado, el defensor de LUIS HENRY VARÓN OCHOA resalta que *"tanto el Tribunal Superior, como el juez de primera instancia, señalaron que el señor LUIS HENRY VARÓN había actuado con la intención de infringir las normas de contratación, de las cuales tenía conocimiento por su experiencia en el sector de los juegos de azar, descartando cualquier posibilidad de que hubiese estado inmerso en alguna clase de error"*.

A continuación, plantea que los juzgadores incurrieron en un falso juicio de existencia, en cuanto no valoraron el concepto emitido por el abogado Miguel González Rodríguez, quien en su momento le sugirió a VARÓN OCHOA la prórroga del contrato 012 de 2001.

Les atribuye un vicio de la misma naturaleza, frente al informe del investigador Luis Alberto Arciniegas, que considera importante porque allí se concluyó que *"la prórroga se realizó de manera correcta y cumpliendo con los requisitos legales, lo cual pone en evidencia la complejidad del tema"*.

A lo anterior añade un supuesto error de hecho, en la modalidad de falso juicio de identidad, que recayó sobre la indagatoria de su representado, pues el Tribunal dio por sentado que VARÓN OCHOA aceptó conocer ampliamente la Ley 643 de 2001 y tener amplia experiencia *"en el sector de los juegos de azar"*, pero dejó de considerar lo expresado por éste en el sentido de que hizo la solicitud de la prórroga, no basado en esos conocimientos, sino en las asesorías que recibió de los abogados Humberto Varón Ochoa y Miguel González Rodríguez.

Sobre estos presupuestos, expone su punto de vista sobre la forma como las pruebas debieron ser valoradas, y finalmente concluye que su defendido actuó inmerso en un error de tipo, invencible por demás, aunque resalta la intrascendencia de esto último como quiera que los delitos por los que fue condenado no admiten la modalidad culposa.

Por su parte, el defensor de LUIS EDUARDO ESQUIVEL ARIAS reprocha que no se tuvieran en cuenta los contratos realizados por la 'Lotería Nueve Millonaria de la Nueva Colombia Ltda.' con diferentes entidades territoriales, bajo circunstancias similares a las que se juzgaron, ni las explicaciones que este rindió durante la indagatoria, dando a conocer los conceptos de los juristas contratados, a partir de los cuales concluyó que su conducta no era constitutiva de los delitos consagrados en los artículos 409 y 410 del Código Penal. En ese orden, se vulneró por la vía indirecta el artículo 32 del Código Penal, *«numeral 10 o del numeral 11»*

Los cargos deben ser desestimados, por lo siguiente:

En primer término, debe considerarse lo que se explicó ampliamente al resolver el primer cargo de la demanda presentada por el defensor de VARÓN OCHOA, en el sentido de que la conducta que se le endilga a los procesados no se reduce a la prórroga del contrato n.º 012 de 2001, pues ese simplemente fue el mecanismo que utilizaron para trasgredir lo expuesto de manera clara y reiterada en la Ley 643 de 2001 en el sentido de que los contratos de concesión allí regulados no pueden tener una duración mayor de cinco años y que la selección de los contratistas debe hacerse mediante licitación pública.

Desde esa perspectiva, adquiere mayor razón lo que resaltó el Juzgado en el sentido de que ESQUIVEL ARIAS, además de dejar vencer el término para adelantar el proceso licitatorio, justificó la ampliación del término del contrato celebrado con la empresa representada por VARÓN OCHOA, bajo argumentos como los siguientes:

*SEAPTO venía operando hacía 12 años atrás, lo cual le generaría más estabilidad a la operación del juego ya que contaba con estructuras físicas, administrativas definidas, mientras que un nuevo operador no contaría con las ventajas y podría desestabilizar el mercadeo, por lo que propuso a la junta directiva ordenar la prórroga o de lo contrario se ordenara la iniciación del proceso licitatorio<sup>[20]</sup>.*

A partir de este dato, el fallador de primer grado concluyó que los procesados actuaron con la intención de favorecer a la entidad contratante, para lo que trasgredieron la normatividad tantas veces citada.

Estos planteamientos, que no fueron analizados en su fondo por los impugnantes, no son irrelevantes, porque, según se indicó en el apartado destinado al primer cargo, los procesados estaban frente a una ley que expone con total claridad que los contratos no pueden durar más de cinco años y que los contratistas deben ser seleccionados mediante licitación pública, y a pesar de esa claridad, a su manera, dieron lugar a que el proceso licitatorio no se realizara en los términos y con la periodicidad establecida por el legislador, y optaron por una prórroga cuya justificación riñe abiertamente con los principios que inspiran ese mecanismo de selección y con los intereses constitucionales que con el mismo se desarrollan.

Además, advierte la Sala que aunque el defensor de VARÓN OCHOA transcribió un aparte del fallo de segundo grado, para aseverar que allí se condensan las razones que tuvo el Tribunal para concluir que los procesados actuaron dolosamente, eludió analizar otras razones expuestas en ese proveído para concluir que ESQUIVEL y VARÓN conocían que estaban trasgrediendo las normas de contratación aplicables al caso. Dijo el Tribunal:

*[i]naceptables se tornan los reparos de los apelantes cuando sostienen que la conducta desplegada por sus prohijados **estaba avalada tanto en los conceptos técnicos** como en el artículo 40 de la Ley 80 de*

1993, disposición que facultaba la prórroga de los contratos de concesión hasta en un 50% del valor del tiempo inicialmente pactado, pero lo que olvidaron, es que como se dejó dicho en precedencia, el régimen aplicable en los monopolios rentísticos a partir del día 17 de enero de 2001, es la Ley 643 de 2001 con sus respectivas modificaciones, **razón suficientemente clara para entender** que no era viable acudir a la norma invocada por los defensores, sino que **lo correcto** era disponer todo lo necesario para cuando culminara el plazo establecido en el contrato 012 de 2001 se llevara a cabo el proceso licitatorio que establece la Ley 643 de 2001.

Ahora, se advierte que el defensor de LUIS EDUARDO ESQUIVEL ARIAS, se duele del hecho que el cognoscente no haya valorado **una serie de contratos** aportados al diligenciamiento con los cuales pretende justificar el actuar de su prohijado, en el entendido que **en otros departamentos se celebraron contratos de prórroga** en iguales términos al objeto de análisis, planteamiento que ninguna importancia revista para el presente proceso, pues de manera reiterada debe señalarse que la Ley 643 de 2001 (...) establece que "sólo se podrá operar el juego de apuestas permanentes o chance, a través de terceros seleccionados mediante licitación pública y por un plazo de cinco años". Y al finalizar el plazo de ejecución, el nuevo operador se seleccionará acorde con lo preceptuado en el artículo 33, por manera que **a los procesados no les era permitido suscribir la adición o prórroga del contrato de concesión 012 de 2001**, pues era su obligación desplegar sus mayores esfuerzos para adoptar la decisión final que le correspondía, que no era otra que realizar el proceso de licitación lo cual no sucedió<sup>[21]</sup>.

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

Sobre el dolo, ha dicho esta Corporación que en tanto se refiere al conocimiento y la voluntad de todos los elementos que constituyen el tipo objetivo, se demuestra valorando aquellos datos, precisamente objetivos, que rodean la realización de la conducta (CSJ AP 10 jul. 2013, Rad. 41411):

«De esta manera, habrá situaciones en las cuales presentar en la motivación aserciones específicas relacionadas con el dolo no será más que un ejercicio discursivo repetitivo e irrelevante para efectos de la constitucionalidad y legalidad de la decisión, en la medida en que de las circunstancias objetivas probadas en el expediente pueda predicarse, sin mayores dificultades, la imputación al tipo subjetivo».

En este caso, el Juzgado y el Tribunal infirieron que los procesados conocían que estaban trasgrediendo la Ley 643 de 2001, a partir de los

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

No existe discusión frente a los datos a partir de los cuales se hizo la inferencia: (i) sobre la claridad de la norma, la Sala se remite al acápite destinado al primer cargo de la demanda presentada por el defensor de VARÓN OCHOA; (ii) frente al conocimiento que los procesados tenían de esa normatividad, basta leer, por ejemplo, lo expuesto por LUIS HENRY VARÓN cuando se le preguntó si para cuando se dispuso la adición del contrato conocía la Ley 643 de 2001: *"sí, conozco perfectamente esa ley, los Arts. 22 y 25 hablan que solamente se puede adjudicar los contratos..."*; y (iii) las razones expuestas por ESQUIVEL ARIAS ante la Junta Directiva para justificar la prórroga están debidamente documentadas.

Ahora bien, lo que parece indicar el defensor de VARÓN OCHOA es que los juzgadores no tuvieron en cuenta otros *"hechos indicadores"* que podrían dar lugar a una conclusión diferente en torno al dolo de VARÓN OCHOA, concretamente: (i) el concepto emitido por el abogado González Rodríguez y otros profesionales del derecho en torno a la procedencia de la prórroga; (ii) lo expuesto por el indagado en el sentido de que esos conceptos jurídicos lo determinaron para solicitar la extensión temporal; (iii) a lo largo de la actuación se demostró que siguió al pie de la letra las recomendaciones de su asesor, lo que se materializó en varias decisiones que incidieron en el ya conocido contrato; (iv) los procesados tuvieron conocimiento de que en varios Departamentos *"los contratos se hicieron consagrando la posibilidad de prórroga"*; y (iv) el informe del investigador Arciniegas, donde se concluye que no existió ninguna irregularidad.

Basado en lo anterior concluye que:

*De manera que sintetizado, es muy claro que al momento de solicitar que se estudiara la posibilidad de prorrogar el contrato 012 de 2001, el señor LUIS HENRY VARÓN, obró con la absoluta convicción de que con su propuesta escrita y canalizada por conducto oficial, no estaba incurriendo en ningún delito, ni en una propuesta absurda, pues se lo había recomendado un experto en la materia, ex Consejero de Estado, y lo había avalado el abogado de la sociedad.*

*Al momento de suscribir la prórroga del contrato, el señor LUIS HENRY VARÓN concurrió con la convicción absoluta de que su conducta se ajustaba a la ley, pues la propuesta había tenido el visto bueno de un*

*experto en la materia, contratado como asesor por la Lotería del Tolima, el doctor Hugo Armando Martínez, así como la aprobación unánime de la Junta Directiva de la Lotería, integrada por distinguidos profesionales; también sabía que en los contratos de concesión para operar el juego del chance bajo la vigencia de la Ley 643, que se habían celebrado en nueve departamentos del país, se incluyó expresamente la cláusula de que podían ser prorrogados hasta en un 50% del valor del tiempo acordado.*

*La convicción de no estar realizando ninguna actividad ilícita y de que su conducta se ajustaba estrictamente a la ley, lo llevó a decir que conocía la normatividad y que estaba seguro de que el contrato se podía prorrogar, expresión que en lugar de ser interpretada como una prueba clara de ausencia de dolo, el juzgador la manipuló, pues lo considera un conocedor de la ley para decir que obró con la intención de infringirla, y al mismo tiempo un ignorante, porque su desconocimiento sobre lo que podía hacer lo considera completamente equivocado.*

Planteado el debate en los anteriores términos, deben hacerse las siguientes precisiones:

En primer lugar, en los fallos de primer y segundo grado se consideraron los conceptos técnicos a que aluden los impugnantes, así como los contratos celebrados por otras entidades, en los que se incluyó la posibilidad de prorrogarlos. Otra cosa es que se haya concluido que ello carece de relevancia, ante la forma clara y reiterada como la Ley 643 de 2001 estableció el término máximo de duración de las concesiones y la forma de selección de los contratistas. Al efecto, basta con leer los apartados del fallo impugnado trascritos en precedencia.

Concretamente, sobre los contratos, señaló el Tribunal:

*«Ahora, se advierte que el defensor de LUIS EDUARDO ESQUIVEL ARIAS, se duele del hecho que el cognoscente no haya valorado una serie de contratos aportados al diligenciamiento con los cuales pretende justificar el actuar de su prohijado, en el entendido que en otros Departamentos se celebraron contratos de prorroga (sic) en iguales términos al objeto de análisis, planteamiento que ninguna importancia reviste para el presente proceso, pues de manera reiterada debe señalarse que la ley 643 de 2001 establece que prohíbe categóricamente a claramente la ley establece que (sic) "Sólo se podrá operar el juego de apuestas permanentes o chance, a través de terceros seleccionados mediante licitación pública, y por un plazo de cinco (5) años". Y al finalizar el plazo de ejecución, el nuevo operador se seleccionará acorde con lo preceptuado en el artículo 33, por manera que a los procesados no les era permitido suscribir la adición o prorroga (sic) al contrato de concesión N° 012 de 2001, pues, era su obligación desplegar sus mayores esfuerzos para adoptar la decisión final que le correspondía,*

*que no era otra que realizar el proceso de licitación lo cual no sucedió.»<sup>[22]</sup>*

Y acerca del concepto rendido por el asesor externo de la Lotería del Tolima, contratado por el procesado ESQUIVEL ARIAS, respecto del cual afirma el demandante que se presentó un falso juicio de existencia por omisión, en forma amplia el *Ad quem* consideró:

*«Por su parte Hugo Armando Martínez Sandoval –asesor jurídico externo contratado por el Gerente de la Lotería del Tolima ESQUIVEL ARIAS -, el 29 de noviembre de 2005 (tres días antes de celebrarse la sesión ordinaria de la junta directiva), presentó estudio o concepto, por medio del cual hacía referencia expresa a la ley 643 de 2001, transcribiendo así los artículos 7, 22 y 25, sin embargo, de manera contradictoria a esa normatividad, señaló que "respecto de la viabilidad de adicionar, prorrogar y /o modificar el contrato inicial se aplicará la regla general establecida en la ley 80/93 según los planteamientos del artículo 40 de la ley 80/93", asimismo indicó que "haciendo un ejercicio cronológico si se decide abrir un proceso licitatorio que se debe resolver en un lapso de 4 a 6 meses, es difícil para los presuntos proponentes distintos a SEAPTO S.A., entrar en igualdad de condiciones, lo cual conllevaría a que el proceso se debería planear, siquiera, con un año de anticipación pero como estamos ya en la recta final del plazo de ejecución del contrato 012 de 2001, pues de los sesenta meses del plazo fijado inicialmente, ya nos encontramos en la última décima parte, es decir, de los últimos 6 meses, considero inequitativo iniciar un proceso licitatorio en donde difícilmente se podría garantizar igualdad de condiciones de los proponentes, máxime si consideramos que uno de los seguros proponentes ya posee una infraestructura totalmente montada", argumentos que tomó el Gerente de la Lotería del Tolima con el propósito de obtener la autorización de la junta directiva como se verá posteriormente.»<sup>[23]</sup>*

Con lo anterior, reitera la Sala que el juez *Ad-quem* si consideró aquella circunstancia invocada por el demandante, relacionada con la celebración de contratos por otras entidades en los que se incluyó la posibilidad de prórroga, pero enfatizó que tales procedimientos no se ajustaban a las exigencias de la ley, por lo que no era un aspecto que pudiera desvirtuar el compromiso de responsabilidad que recae en los procesados, quienes conocían claramente la normatividad que tenían el deber de acatar.

Tampoco se avizora que el Tribunal haya "*manipulado*" la indagatoria del procesado VARÓN OCHOA, en los términos en que lo plantea el memorialista, porque es cierto que aquel dijo tener un amplio conocimiento de

la normatividad que rige la aludida actividad rentística, así como una puntual experiencia en esta área.

Lo que no puede afirmarse, y no lo hizo el Tribunal, es que VARÓN OCHOA haya aceptado que conocía que la adición del contrato era violatoria del ordenamiento jurídico, pues si bien dijo conocer la Ley 643 de 2001, aseguró que actuó motivado por lo que le dijeron sus asesores.

De esta manera, aunque el impugnante orientó la censura por la senda del error de hecho por falso juicio de existencia, ello, a lo sumo, podría predicarse del informe presentado por el investigador Luis Alberto Arciniegas, cuya trascendencia para resolver este aspecto es escasa, pues no se vislumbran razones para concluir que se trata de un experto en estos temas jurídicos, al punto que pueda tenerse como referente para establecer el nivel de complejidad de la Ley 643 de 2001.

Si el Tribunal consideró, como se dijo, los informes técnicos a que aluden los memorialistas, y les restó relevancia ante la claridad de la Ley 643 frente a los temas ya conocidos, se tiene que la censura se orienta a proponer otro punto de vista sobre la valoración de esos medios de prueba, en virtud del cual se concluye que es cierto lo que plantean VARÓN OCHOA y ESQUIVEL ARIAS en el sentido de que los citados conceptos lo determinaron para realizar las conductas por las que fueron llamados a responder penalmente. Ello no es suficiente para desvirtuar la presunción de legalidad y acierto que ampara el fallo impugnado, bajo el entendido de que el recurso extraordinario de casación no constituye una tercera instancia.

A ello debe agregarse que en el concepto del asesor legal González Rodríguez se hizo alusión de forma tangencial a la posibilidad de prorrogar el contrato n.º 012 de 2001, pues el objeto de la consulta era sustancialmente diferente. Allí no se exponen razones para concluir que el término máximo de duración de los contratos a que aluden varios artículos de la Ley 643 de 2001 puede ser desatendido, ni se explica por qué pueden dejarse de realizar las licitaciones públicas con la periodicidad que ordena la ley, ni mucho menos se presentan argumentos para concluir que el contrato podría prorrogarse por 30 meses más, por razones como las expuestas por ESQUIVEL ARIAS ante la Junta Directiva.

Lo mismo puede afirmarse de los contratos celebrados por otras instituciones, donde se consideró la posibilidad de prórroga.

De esa manera, la Sala no advierte la presencia de ningún error en el actuar de los procesados, a partir del cual su responsabilidad penal quede exonerada por ausencia de dolo.

Si bien el defensor de ESQUIVEL ARIAS aduce la presencia de un error invencible, no termina de definir si es de tipo o de prohibición, y son las mismas pruebas a las que se aludió en precedencia, las que permitían al

procesado conocer claramente que el contrato de concesión para la explotación de chance tiene un régimen propio; que el proceso de contratación se circunscribe necesariamente a la escogencia a través de licitación y que el término máximo de duración del contrato es de cinco años, como el Tribunal lo precisó insistentemente.

La Colegiatura<sup>[24]</sup> ha precisado que esta clase de error puede ser invencible, cuando ni aún actuando en forma diligente y cuidadosa, el autor habría podido llegar a otra conclusión; y que es vencible, cuando la falsa representación podía evitarse o superarse si el autor se hubiere esforzado en colocar a su alcance el ejercicio representativo que le era exigible superar, caso en el que la conducta será punible si está prevista como culposa.

Esa comprensión mínima, que no implicaba un conocimiento especializado al cual no tuviera acceso el procesado ESQUIVEL ARIAS, mucho más si se tiene en consideración, como lo destaca el Tribunal, que la normativa que rige la materia (Ley 643 de 2001) se hallaba citada en el texto de los conceptos rendidos por los abogados asesores, es la que desecha la presencia de un error en su actuar.

Aún, aceptando en gracia de discusión que LUIS EDUARDO ESQUIVEL ARIAS, como gerente de la Lotería del Tolima, le solicitó a la junta directiva de la entidad autorización para prorrogar el contrato n.º 012 de 2001, rebasando el término máximo previsto en la Ley 643 de 2001, y sin agotar el proceso licitatorio, solo porque el asesor externo Hugo Armando Martínez lo hizo incurrir en error al conceptuar que las prórrogas estaban permitidas a la luz del artículo 40 de la Ley 80 de 1993; aquél objetivamente tenía la competencia jurídica para entender lo contrario y advertirlo, obligación que omitió libre, consciente y voluntariamente, como lo sostuvo el Tribunal:

*Las actividades desarrolladas por el entonces Gerente de la Lotería del Tolima LUIS EDUARDO ESQUIVEL ARIAS, estuvieron encaminadas a lograr la contratación de manera directa violando flagrantemente el procedimiento de contratación establecido en la ley 643 de 2001 la cual se armoniza con el estatuto de contratación (ley 80 de 1993), irrespetando de paso los principios que integran esta ley, entre ellos el de planeación, transparencia, selección objetiva, etc., pues debe recordarse que desde marzo de 2005 ya había puesto en conocimiento de la junta directiva que para junio de 2006 vencía el plazo del contrato de concesión N° 012, de donde se infiere con claridad meridiana que contaba con el tiempo suficiente para planear y disponer lo necesario en aras de llevar a cabo la licitación pública que preceptúa la ley 643 de 2001.»*

De otra manera, no tiene explicación que siendo ESQUIVEL ARIAS el gerente de la Lotería del Tolima, de profesión abogado y quien ejercía funciones como primera autoridad administrativa y representante legal a cargo de la contratación de la empresa, decidiera delegar en un tercero el

cumplimiento de sus deberes, tomando al pie de la letra una recomendación de prorrogar el contrato, a partir de razones de conveniencia fundadas en su propia desidia, pues el principal sustento se hizo consistir en la cercanía (6 meses) de la fecha de terminación del contrato, sin que se hubiera abierto la licitación.

Lo cierto es que los procesados, en sus respectivos roles de contratante y contratista, acordaron prorrogar el contrato 012 de 2001 por 30 meses más, para lo que se expusieron razones que riñen con el obvio sentido de la licitación pública como mecanismo de selección (permitir que los interesados concurren en condiciones de igualdad, y que la entidad contratante elija la mejor propuesta), a pesar de que la ley aplicable (643 de 2001) de forma expresa, clara y reiterada dispone que los contratos no pueden durar más de cinco años y que la selección del concesionario sólo puede hacerse a través del referido mecanismo.

Así, en una evidente comunidad de propósito dirigida a que la junta directiva de la Lotería del Tolima dispusiera la prórroga del contrato de concesión, realizaron actividades previas a su actuar, con el inocultable ánimo de blindar a futuro la eventual responsabilidad que respecto de ello pudiese atribuírseles.

Ello se infiere ostensible del hecho objetivo, por lo demás bastante particular, de acudir, de consuno, a dos diferentes profesionales del derecho, fletados, no cabe duda, para que con su concepto predispusieran la vía defensiva anteladamente pactada.

Esta realidad no fue desvirtuada por los impugnantes, quienes tampoco lograron demostrar un error trascendente en el ámbito del recurso extraordinario de casación, bien frente a la demostración de los datos a partir de los cuales se hizo la inferencia sobre el dolo, ora en lo que respecta al paso de dichos datos a la conclusión.

Por tanto, no hay lugar a casar el fallo impugnado, por estos cargos en particular.

## 2. Sobre la demanda del apoderado judicial de LUIS EDUARDO ESQUIVEL ARIAS

Primer cargo: nulidad

Al amparo de la causal de casación prevista en el numeral 3 del artículo 207 de la Ley 600 de 2000, el defensor de ESQUIVEL ARIAS solicita la

invalidación del trámite a partir de la sentencia de primera instancia, por estar viciada de nulidad.

La irregularidad que sustenta su pretensión la hace recaer en las consideraciones realizadas por el fallador *A quo* en la sentencia, las cuales coinciden al punto de la literalidad, con algunas plasmadas por la Fiscalía 22 de la Unidad de Delitos Contra la Administración Pública en la resolución de acusación datada el 5 de enero de 2007, que fue objeto de nulidad. Así, entiende que por este medio se revivió un acto jurídico que ya no hace parte del proceso.

Cierto es, que dentro de la actuación se calificó, en una primera oportunidad, el mérito de la investigación con resolución de acusación de fecha 5 de enero de 2007, la cual quedó cobijada con la nulidad decretada por la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal de Ibagué, a partir del cierre de investigación, por no haberse resuelto la situación jurídica de los indagados.

Pero subsanadas las irregularidades advertidas por la Fiscalía de segunda instancia, nuevamente se dispuso el cierre y se calificó el mérito de la investigación el 12 de septiembre de 2011, con resolución de acusación en contra de LUIS EDUARDO ESQUIVEL ARIAS y LUIS HENRY VARÓN OCHOA, decisión que apelada por los defensores fue confirmada el 20 de enero del 2012.

En firme la acusación, el juicio se realizó con plena sujeción a las normas procesales y sustanciales, culminando con la sentencia de primera instancia en la que el fallador retomó, haciendo propios, algunos argumentos plasmados en la acusación del año 2007 que resultó cobijada por la nulidad, proceder que considera el demandante, se constituye en un yerro de estructura en razón a que el fallo *«de primera instancia, como el de segunda instancia, fundamentan su decisión en una serie de razonamientos, motivaciones y valoraciones inexistentes dentro del proceso.»*

Realmente el reproche del recurrente se encamina a atacar, no una irregularidad de trámite, sino los fundamentos de la sentencia que concluyó con la declaratoria de responsabilidad penal de LUIS EDUARDO ESQUIVEL ARIAS, en los delitos de interés indebido en la celebración de contratos y contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

Pero su argumentación se torna incomprensible cuando aduce que la sentencia se fundó en '*valoraciones inexistentes*', pues realmente ellas están contenidas en el fallo, por lo que existen materialmente, independientemente de que se compartan o no por ese sujeto procesal.

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

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

Pero además, advierte la Sala que no es correcto afirmar que la motivación de la sentencia, en punto de la responsabilidad del procesado ESQUIVEL ARIAS, se redujo «*a una copia de una pieza nula de la actuación con más de seis años de antigüedad para el momento de la decisión*», pues los argumentos de las instancias giraron en torno a las pruebas recaudadas, las cuales no se vieron comprometidas con la declaratoria de nulidad del calificatorio proferido en el año 2007.

En ese orden, no se advierte la presencia de irregularidad alguna en los argumentos presentados por el *A quo* en la sentencia de primera instancia, menos, se vislumbra de qué manera esas consideraciones desvertebran la

estructura del proceso penal, como para que se inscriba en una afectación al debido proceso o de las formas propias del juicio.

Ahora, si lo que pretende el recurrente, como parece ser, es debatir acerca del alcance dado a las pruebas valoradas o el desconocimiento de ellas, tales aspectos escapan al ámbito de las nulidades.

Conforme con lo anterior, el cargo no tiene vocación de prosperidad.

Tercer cargo (subsidiario): violación directa de la ley por falta de aplicación de una norma

Indica el demandante que el Tribunal incurrió en violación directa de los artículos 9 y 11 del Código Penal, toda vez que en ningún aparte de la sentencia se analizó si la conducta desplegada por LUIS EDUARDO ESQUIVEL ARIAS lesionó el bien jurídico tutelado de la Administración Pública; por tanto, ante la ausencia de antijuridicidad, la conducta no es punible.

Aunque claramente el recurrente cuestiona la situación fáctica, evidenciándose defectos de lógica en el planteamiento del cargo, la Sala lo responderá debido a que una vez admitida la demanda a ello se obliga.

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

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

Así, al pronunciarse sobre la demanda de constitucionalidad del artículo 409 del Código Penal, relativo al delito de *Interés indebido en la celebración de contratos*, la Corte Constitucional en sentencia C-128 de 2003, señaló:

*En efecto, si la actuación del servidor público llamado a intervenir en razón de su cargo o sus funciones en un contrato estatal está determinada por un interés ajeno al interés general que de acuerdo con la Constitución, la ley o los reglamentos es el que debe perseguir dicho servidor en ese caso concreto, en nada incide para la vulneración del bien jurídico el respeto del régimen de inhabilidades o incompatibilidades o el cumplimiento de los requisitos legales esenciales aludidos, pues la desviación de la actuación del servidor en esas condiciones está desvirtuando la imagen de la administración pública, la transparencia y la imparcialidad en la celebración de los contratos y en fin la moralidad pública.*

De esta manera se comprende que el ámbito de protección penal del bien jurídico de la administración pública, reviste una dimensión constitucional trazada por los fines relacionados con la sana contratación estatal, los que se encuentran definidos en el artículo 209 de la Constitución Política que, en lo pertinente, dispone:

*La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad...*

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

Es por lo anterior que la Sala ha precisado en anteriores oportunidades frente a estos delitos, que la administración pública es lesionada cuando el servidor no actúa con sujeción absoluta y franca a tales principios que se hallan implícitos en todos los tipos penales vinculados con la contratación estatal, generando la sensación o certeza de deslealtad, improbidad y ausencia de transparencia dentro de los coasociados, acotándose que:

*De allí que tiene absoluta vigencia frente a la Carta Política de 1991, el análisis que la Corte hizo sobre el delito de interés ilícito en la celebración de contratos en la sentencia de junio 8 de 1982, con ponencia del Magistrado Gustavo Gómez Velásquez, sobre cuyos aspectos principales se destaca lo siguiente:*

*... la razón de ser de este dispositivo penal radica en la necesidad, por parte del Estado, de mantener la función administrativa dentro de*

*moldes de corrección básica, atendida de manera fiel, sin que el interés particular del funcionario llegue a opacar la rectitud que debe implicar ese ejercicio, pues lo lógico es pensar en un desvío real por influjo de esa motivación, o en la fundada creencia, en la opinión pública o en los destinatarios de sus efectos, que se ha procedido indignamente por obra de ese apremio. Lo más posible, en estas circunstancias es que se produzca lo que los autores llaman un "desdoblamiento de la personalidad del funcionario", quien actuará dentro de la esfera oficial, con exigencias propias al servidor público, pero orientado por logros personales. Se busca, pues, preservar la ética administrativa apoyo obligado de esa importantísima gestión.*

*... Ese interés personal, de provecho particular, traduce la conducta censurable, ya que el Código Penal la recoge, por sí, como actividad incompatible con la función pública. El Código Penal vigente, en parte (artículo 145), corresponde a este mismo régimen, el cual cambia en el artículo 144, que exige como elemento típico el quebranto de una incompatibilidad o de una inhabilidad. En otros términos debe advertirse que cuando se olvida una de estas prohibiciones, el delito se da aunque el funcionario sea ajeno a conveniencias personales. Y, al contrario, si se 'interesa' de modo particular cuando ejercita una atribución pública, así no ofenda el reglamento de inhabilidades o incompatibilidades, incurre en el hecho punible comentado.*

*Es más, si el interés particular deviene a favor de la administración (v. gr. el contrato celebrado, con atención personal, se presenta como fructuoso para la administración, o de mayor rendimiento para ésta), el delito se ha consumado, porque en esta modalidad no se demanda la existencia de un interés de perjuicio, pues no se busca sancionar negocios "prohibidos" sino disconformes con el ejercicio de la función pública.<sup>[25]</sup>*

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

Así se ha pronunciado la Corte:

*Los principios rectores son el alma de los bienes jurídicos que involucran y por ende son parte del tipo; su consideración como tales garantiza y delimita el principio de antijuridicidad material. Así, por ejemplo, la selección objetiva es un bien jurídico en sí mismo, y es un requisito esencial de los contratos de la administración pública, pues propende por la participación democrática en condiciones de lealtad e igualdad, por la moralidad y la transparencia de la función pública<sup>[26]</sup>.*

El delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales* (artículo 410 del Código Penal) se ofrece como un tipo penal de mera conducta, que consiste en tramitar, celebrar o liquidar contratos sin sujeción a los requisitos legales esenciales por lo que no exige un perjuicio económico. Lo reprochable es la voluntad de hacer prevalecer el interés particular del servidor público que interviene sobre el general de la comunidad en el proceso de contratación, contraviniendo los principios y fines que rigen la administración pública<sup>[27]</sup>.

De igual manera, el tipo penal demanda el ejercicio de complementariedad que se deriva de acudir a las disposiciones que se ocupan de desarrollar los principios inherentes a la contratación pública, esto es, la igualdad, moralidad, eficacia, planeación, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad, responsabilidad, transparencia y selección objetiva, contemplados, como ya se ha visto, en la Carta fundamental, en la Ley 80 de 1993 y en la Ley 643 de 2001, tratándose de mandatos "*improrrogables, imperativos, innegociables e inderogables*"<sup>[28]</sup>.

En consecuencia, la protección del bien jurídico de la Administración Pública busca mantener los postulados que orientan la función administrativa y amparar los pilares fundamentales de la contratación estatal a fin de que sus distintas etapas de celebración y liquidación se realicen con transparencia, economía, responsabilidad, publicidad, igualdad y selección objetiva.

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

Así las cosas, en relación con el cargo presentado en la demanda, como lo hace notar la Procuradora, olvida el recurrente, que la descripción típica contenida en los artículos 409 (*interés indebido en la celebración de contratos*) y 410 (*contrato sin cumplimiento de requisitos legales*) del Código Penal, no requieren para su estructuración de vulneración económica al bien jurídico tutelado, pues la Administración Pública, como bien protegido por el legislador, se afecta de diversas maneras.

Así, la ausencia de afectación al patrimonio público, no revierte en la antijuridicidad de la conducta desplegada por LUIS EDUARDO ESQUIVEL ARIAS, por cuanto, solo con el interés indebido para que SEAPTO S.A. continuara explotando el juego de chance en el Tolima, y la pretermisión de los requisitos para la celebración del contrato de adición, se lesionó la Administración Pública al desatenderse los principios generales de la contratación estatal de transparencia y selección objetiva, tal como lo reseñó el Tribunal:

*En suma, la conducta de los procesados deviene antijurídica por haber desatendido el trámite legal de la contratación estatal, específicamente la ley especial que regula el monopolio rentístico (Ley 643 de 2001) así como los preceptos que consagran los principios de transparencia, selección objetiva y responsabilidad, contenidos en el estatuto contractual de la administración pública, los cuales les imponía el deber de verificar el cumplimiento de los requisitos legales del contrato adicional que suscribieron.*

Consecuentemente, se desestimarán las censuras y no casará el fallo impugnado.

En virtud de lo expuesto, la **SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

### **RESUELVE:**

**NO CASAR** la sentencia impugnada.

Contra esta decisión no procede recurso alguno y queda ejecutoriada en la fecha de su suscripción.

Notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria