

**TIPICIDAD EN EL DELITO DE CELEBRACIÓN DE CONTRATOS SIN EL LLENO
DE REQUISITOS LEGALES ESENCIALES EN LA FASE DE LIQUIDACIÓN EN EL
RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN EXCEPTUADO DE LAS EMPRESAS DE
SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS**

ANDRES FELIPE TRUJILLO FLOREZ

**ENSAYO PARA OPTAR AL TÍTULO DE MAESTRÍA EN DERECHO
CONCENTRACION EN DERECHO PUBLICO**

DIRECTOR

CLAUDIA LORENA ESCANDON LOZANO

**UNIVERSIDAD ICESI
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS
SANTIAGO DE CALI (COLOMBIA)
10 DE DICIEMBRE DE 2024**

Tabla de contenido

Introducción	3
1. Problema Jurídico	4
2. Objetivo general:	4
3. Objetivos específicos:	4
4. Metodología:	5
5. Justificación y aporte para el trabajo.	5
CAPÍTULOS	6
1. Naturaleza de los Actos de las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios.	6
2. Fases de los Procesos Contractuales en las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios.	9
3. Conductas en el Trámite de Liquidación de Contratos celebrados por las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios que podrían tipificar alguna responsabilidad penal.	16
Conclusiones	20
Bibliografía	22

Introducción

En Colombia las empresas que administran recursos públicos tienen un régimen general de contratación contenido en la Ley 80 de 1993 y sus modificaciones denominado Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (En adelante EGCAP) y una serie de regímenes exceptuados que aplican normas especiales o de derecho privado como es el caso de las empresas de servicios públicos domiciliarios.

Los contratos que celebran las entidades sujetas al EGCAP se denominan según la jurisprudencia del Consejo de Estado como Contratos Estatales y los que se celebran bajo regímenes exceptuados, dentro de las cuales se encuentran por disposición legal, las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios, se denominan Contratos Estatales Especiales.

Estas últimas entidades, se encuentran sujetas a un régimen exceptuado del EGCAP debido a su carácter estratégico y su impacto en el bienestar de la población y sus usuarios conforme a los mandatos constitucionales de los artículos 333, 365 y 367 de la Constitución y su desarrollo legal especial consagrado en la Ley 142 de 1994.

En el proceso de liquidación de los contratos estatales especiales que celebran estas empresas de servicios públicos (En adelante ESP), pueden surgir situaciones en las que se cometan irregularidades que conlleven a responsabilidades de distinta naturaleza. Sin embargo, no hay claridad en la legislación actual sobre cómo tratar este tipo de casos, especialmente en cuanto a la determinación de la responsabilidad penal por la celebración de contratos sin el lleno de requisitos legales esenciales en la fase de la liquidación en las empresas de servicios públicos domiciliarios.

Además, la complejidad de los contratos y la diversidad de actores involucrados (funcionarios públicos, contratistas, subcontratistas, etc.) complican la atribución de responsabilidades.

1. Problema Jurídico

¿Cuáles son las circunstancias en las que se podría configurar responsabilidad penal en la liquidación de contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios que pertenecen al régimen de contratación exceptuado?

2. Objetivo general:

Identificar cuáles son las circunstancias en las que se podría configurar responsabilidad penal en la liquidación de contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios.

3. Objetivos específicos:

- Describir las fases contractuales y la naturaleza de los actos que comprende la gestión contractual en las empresas de servicios públicos domiciliarios a la luz de los principios aplicables y de la jurisprudencia de unificación del Consejo de Estado en Colombia.
- Caracterizar la etapa de la liquidación de los contratos estatales especiales y en particular de los celebrados en las empresas de servicios públicos domiciliarios a la luz de las exigencias establecidas en el marco legal aplicable.
- Identificar y analizar los principales retos para determinar la atribución de responsabilidad penal en la liquidación de empresas de servicios públicos.

4. Metodología:

La metodología empleada es la cualitativa, específicamente, la revisión de jurisprudencia de las sentencias tanto de la Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, así como de la postura sobre la naturaleza de las actuaciones de las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios en Colombia, junto con la revisión de las sentencias de unificación de la Sección Tercera del Consejo de Estado como de artículos, noticias y publicaciones relacionadas con el tema principal.

5. Justificación y aporte para el trabajo.

Las líneas jurisprudenciales de la Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado pueden constituir precedentes en cada una de las respectivas jurisdicciones y efectos vinculantes como las de unificación permiten tener claridad frente al proceder de los actos en materia contractual que materializan las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios atendiendo el principio de seguridad jurídica, máxime la excepción del régimen que rige a este tipo de empresas.

Bajo esta perspectiva, este trabajo tiene efectos prácticos para los servidores que desarrollan funciones en las áreas tanto jurídicas como contractuales de las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios quienes en muchos casos realizan interpretaciones subjetivas sobre las fases que estructuran los procesos contractuales y las implicaciones de omisión o extralimitaciones de actuaciones frente al trámite de liquidación de los contratos celebrados por este tipo de empresas.

CAPÍTULOS

1. Naturaleza de los Actos de las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios.

En nuestro País, las entidades de régimen especial son aquellas que, por su naturaleza y función, no están plenamente sometidas al régimen del derecho administrativo general, sino que tienen un marco normativo particular que puede presentar mixtura de elementos de derecho público y privado.

La naturaleza de los actos de estas entidades varía según el régimen jurídico que las rige, y pueden clasificarse en:

1. Actos administrativos: Son aquellos que dictan en ejercicio de funciones públicas y están sometidos al control de la jurisdicción contencioso-administrativa. Ejemplo: actos de regulación, decisiones disciplinarias, o resoluciones que afectan a terceros.
2. Actos de gestión privada: Algunas de estas entidades pueden expedir actos que, aunque no son administrativos, tienen efectos jurídicos. Ejemplo: contratos regidos por el derecho privado o decisiones internas de carácter laboral.
3. Actos mixtos: Son aquellos que pueden combinar elementos de derecho público y privado. Por ejemplo, los contratos que, aunque se rijan por el derecho privado, involucran recursos públicos y están sometidos a ciertos principios de la contratación estatal.

En el marco de entidades con régimen especial encontramos las empresas de servicios públicos domiciliarios (ESP), que, aunque tienen una naturaleza privada en

muchos aspectos, expiden actos administrativos cuando ejercen funciones públicas, como la imposición de multas o la suspensión del servicio¹.

Ahora bien, referente a los actos de naturaleza precontractual para la adquisición de bienes y servicios que adelantan las empresas de servicios públicos domiciliarios (ESP), estos no pueden entenderse como actos administrativos y se deben regir por la normatividad civil y comercial tal como se señala en la Sentencia de Unificación del Consejo de Estado, Sección Tercera del 3 de septiembre del 2020 dentro del proceso de Controversias Contractuales con radicación No. 25000-23-26-000-2009-00131-01 (42003), en la cual se indicó lo siguiente:

“Salvo las excepciones expresamente establecidas en la ley vigente, los actos precontractuales de los prestadores de servicios públicos domiciliarios no son actos administrativos y se rigen por la normatividad civil y comercial, así como, de resultar aplicables, por los principios que orientan la función administrativa.”

Sobre este mismo tópico, en reiterada jurisprudencia el Consejo de Estado, Sección Tercera, en Sentencia de Unificación del 9 de mayo de 2024 proferida dentro del proceso de Controversias Contractuales con Radicación No.76001233100020060332003, ha indicado lo siguiente:

“...(i) Salvo las excepciones legales, los actos jurídicos adoptados por los prestadores de servicios públicos domiciliarios con motivo de su actividad contractual, no son actos administrativos y se rigen por la normatividad civil y comercial, así como por las reglas atinentes a su régimen especial, (...) (ii) En los asuntos pendientes de solución bajo los que se hubiere solicitado la nulidad de tales actos por considerarlos actos administrativos, no podrá declararse la inepta demanda ni los jueces pueden inhibirse

¹ Sobre los actos jurídicos previos a los contratos como actos empresariales al igual que los expedidos en fase de ejecución y liquidación de los contratos, existen precedentes importantes aplicables a entidades públicas de régimen exceptuado en donde el Consejo de Estado ha esclarecido la naturaleza jurídica de tales actos. Ver en las siguientes sentencias de unificación del Consejo de Estado: Tema: Naturaleza Jurídica de los Actos Precontractuales en Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección 3ª. septiembre 3 de 2020 Rad I. 42003 C.P. Alberto Montaña Plata y Tema: Régimen de los Actos Jurídicos Contractuales en empresas de SSPP en Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección 3a. Sala Plena. 9 de mayo de 2024. Rad I. 53.962. C.P. José Roberto Sáchica Méndez.

de emitir una decisión de fondo. En garantía del derecho de acceso a la administración de justicia...”.

En lo atinente a la liquidación de contratos, en las empresas de servicios públicos domiciliarios puede implicar tanto actos administrativos como actos de derecho privado, dependiendo de la naturaleza del contrato y la normativa aplicable, tal como se ha establecido en el artículo 31 de la Ley 142 de 1994.

Teniendo en cuenta la norma antes enunciada, es necesario contar con la autorización regulatoria para incluir cláusulas exorbitantes en especial en aquellos contratos de obra que redunden en la prestación ininterrumpida de los servicios públicos domiciliarios en materia de acueducto y alcantarillado; lo que conlleva a que las controversias de índole contractual que se presenten en vía de ejecución puedan ser dirimidas por la jurisdicción contenciosa administrativa, lo cual también está contemplado en el Artículo 1.4.3.2 de la resolución CRA 943 del 29 de abril de 2021

Conforme a lo anterior, y frente a la ejecución de los contratos suscritos por las empresas de servicios públicos domiciliarios para la adquisición de bienes y servicios se pueden encontrar los siguientes:

- **Actos Administrativos:** La gestión contractual en las empresas de servicios públicos domiciliarios implica actos administrativos que deben cumplir con los principios de transparencia, eficiencia y economía. Estos actos son regulados por la Ley 142 de 1994 y otras normativas aplicables.
- **Actos de Control y Supervisión:** Se realizan actos de control para garantizar que el contratista cumpla con las condiciones del contrato. Esto incluye auditorías y revisiones periódicas.
- **Actos de Modificación:** En caso de que surjan cambios en las condiciones del contrato, se pueden realizar modificaciones, siempre que estén justificadas y se sigan los procedimientos legales establecidos.

- Actos de Terminación: Pueden ser actos de terminación por mutuo acuerdo, por incumplimiento, o por causas legales. Es importante documentar adecuadamente estas decisiones.
- Actos de Liquidación: Incluyen la elaboración de informes finales, la verificación de cuentas y la resolución de saldos pendientes, siendo necesario que en los estatutos internos de contratación de la respectiva empresa de servicios públicos domiciliarios se establezca y se determine cuándo y cómo proceden los tramites de liquidación de los contratos y en que eventos no es necesario acudir a esta figura, **para que se pueda interpretar de forma objetiva cuando se pueden configurar conductas que puedan atentar contra nuestro ordenamiento penal al momento de tramitarse la respectiva liquidación del correspondiente contrato.** (negrillas para resaltar)

Sumado a lo anterior, es necesario que exista una aceptación entre las partes para adelantar el respectivo tramite de liquidación, tal como se señala también en la Sentencia de Unificación del 9 de mayo de 2024 proferida dentro del proceso de Controversias Contractuales con Radicación No.76001233100020060332003 en los siguientes términos

“Valga decir que en estos casos, como la liquidación es fruto de las estipulaciones acordadas por las partes, éstas se comprometen a intentar concertar el balance del negocio jurídico como protagonistas de lo acontecido en el itinerario contractual, se trata de una obligación en que el papel central se mantiene en la autonomía de la voluntad y en el principio de libertad negocial, a partir del cual, son ellas quienes en ese momento definen si se logra o no un arqueo concertado y el alcance del mismo”

2. Fases de los Procesos Contractuales en las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios.

Antes de entrar en la descripción de las fases enunciadas, es menester recalcar que en materia de entidades cobijadas bajo el manto del derecho privado o de aquellas con régimen exceptuado no existe un marco legislativo como tampoco un marco normativo y procedimental sobre cómo se deben gestionar los procesos contractuales

en este tipo de entidades, se pueden acudir a guías promovidas por el Estado, tal como acontece con la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, la cual funge como un ente rector que impulsa políticas públicas y herramientas encaminadas a la orientación y articulación relacionados con los procesos de compras y contratación pública.

Bajo este entendido, encontramos herramientas como la “GUIA PARA LAS ENTIDADES ESTATALES CON RÉGIMEN ESPECIAL DE CONTRATACIÓN” en la cual se definen los criterios mínimos que deben tener en consideración este tipo de entidades y para el tema que nos ocupa, las empresas de servicios públicos domiciliarios, al momento de estructurar sus manuales de contratación; veamos:

“Las Entidades Estatales de régimen especial están facultadas para aplicar en su actividad contractual unas reglas distintas, contenidas en la norma que crea el régimen especial y en su manual de contratación. Colombia Compra Eficiente definió en los Lineamientos Generales para la Expedición de Manuales de Contratación el contenido mínimo de los manuales, los cuales deben contener, entre otros elementos, lo siguiente:

- a) Una descripción detallada de los procedimientos para seleccionar a los contratistas.*
- b) Los plazos de cada una de las etapas de los procedimientos*
- c) Los criterios de evaluación y desempate.*
- d) El contenido que deben tener las propuestas.*
- e) Los Procedimientos para la aplicación de las restricciones de la Ley 996 de 2005*
- f) Todos los demás aspectos que garanticen el cumplimiento de los objetivos del Sistema de Compra Pública en todas las etapas del Proceso de Contratación, con base en su autonomía.*

Colombia Compra Eficiente recomienda que los Procesos de Contratación de las Entidades Estatales de régimen especial tengan las mismas etapas de las demás Entidades Estatales, es decir, que tenga una etapa en la que planeen las compra que van a realizar, otra en la que se lleve a cabo la selección del contratista, otra correspondiente a la suscripción y legalización del contrato y por último una etapa que corresponda a la ejecución y terminación del Proceso de Contratación.”

Con sujeción a lo antes descrito, las empresas de servicios públicos domiciliarios deben establecer tanto en sus estatutos internos de contratación como en sus procedimientos para desarrollarlos, las siguientes fases:

1. Fase de Planeación y Preparación

En esta etapa se identifican las necesidades que servirán de base para estructurar los respectivos objetos de los contratos que se requieren gestionar para la adquisición de bienes y servicios que por lo general apuntan a garantizar la prestación interrumpida de los servicios públicos domiciliarios en beneficio de sus usuarios, siendo necesario que las empresas de servicios públicos domiciliarios en razón de su régimen aplicable, cuenten con su propio Manual de Contratación en el cual se contemplen de manera clara los lineamientos que se deben acoger en los trámites precontractuales, contractuales y postcontractuales, es decir, definir las fases correspondientes a este tipo de gestiones de índole contractual, que permita, de ser necesario interpretar dicha identificación de necesidades requiriéndose de lo siguiente:

- Estudios Previos: Análisis técnicos, económicos y jurídicos para determinar los términos del contrato.
- Especificaciones Técnicas: Documento que establece los requerimientos específicos de índole técnico del servicio o bien.

Los actos que se generan en esta fase son de carácter preparatorio y precontractual, y son de suma importancia ya que deberán ser valorados en la gestión del respectivo proceso contractual y en las decisiones que allí se adopten.

2. Fase de Selección del Contratista

En esta fase se elige al contratista mediante los procesos de selección que ha determinado la empresa de servicios públicos a través del respectivo estatuto interno

de contratación con sujeción al régimen especial que le cubre; siendo necesario adelantar las siguientes actuaciones:

- **Apertura del Proceso de Selección:** Acto que inicia formalmente el proceso y establece sus reglas.
- **Evaluación de Propuestas y Adjudicación:** Valoración de las propuestas y selección del contratista que mejor cumple con los requisitos establecidos en las respectivas condiciones de contratación.
- **Acta de Adjudicación:** Decisión que designa al contratista seleccionado.

Los actos que se producen en esta fase son de carácter decisorio, generan un compromiso de la empresa de servicios públicos y, una vez finalizada la etapa de selección, dan lugar a la firma del contrato.

3. Fase de Ejecución del Contrato

En esta fase se entiende que el contrato ya ha sido celebrado, por ende, el contratista debe cumplir con las obligaciones pactadas. Es necesario que se designe la respectiva supervisión con el fin de asegurar que se cumplan los términos acordados para la ejecución del respectivo objeto contractual; siendo necesario adelantar las siguientes actuaciones:

- **Supervisión y Control:** Es necesaria para la vigilancia estricta de la ejecución del contrato y de las obligaciones pactadas entre las partes, como también para que se adopten las medidas correctivas pertinentes para la idónea ejecución del respectivo objeto contractual.
- **Modificaciones Contractuales:** Estas se pueden materializar para modificar plazos, precios o condiciones, si así se requiere y se justifica, por ejemplo, a través de la figura de *Otrosí*, el cual debe contener la voluntad implícita de las partes para suscribirlo. Es necesario precisar que las modificaciones que se surtan no podrán modificar el objeto contractual.

- Suspensión o Terminación Anticipada: Actos administrativos que, por razones justificadas, suspenden o terminan el contrato antes de lo previsto.
- Naturaleza de los Actos: Actos administrativos de ejecución, que implementan las decisiones y acuerdos del contrato, y pueden incluir actos de control, modificación o terminación, según lo dispuesto por la ley y el contrato.

4. Fase de Liquidación del Contrato

En esta etapa se realiza el cierre formal del contrato, asegurándose de que todas las obligaciones fueron cumplidas. La liquidación permite definir los saldos financieros pendientes y resolver diferencias que hayan surgido durante la ejecución, siendo necesario adelantar lo siguiente:

- Acta de Liquidación: Documento que recoge toda la trazabilidad integral del contrato lo cual debe estar debidamente soportado con los documentos que permitan verificar y validar los acuerdos entre la entidad y el contratista sobre el cumplimiento de sus obligaciones, como también todas las observaciones o salvedades a que pretendan consignar alguna o las dos partes inmersas en el contrato.
- Cierre de Cuentas y/o Cierre del Contrato: En caso de que las partes no lleguen a un acuerdo para liquidar de forma bilateral o este trámite no se materialice en los plazos determinados sea en el contrato o en los respectivos estatutos internos de la empresa de servicios públicos, la parte contratante podrá realizar el cierre de cuentas y/o cierre del contrato siempre y cuando esta actuación este contemplada en los lineamientos determinados para ello lo cual deberá ser informado al contratista.

Las actuaciones antes enunciadas son de naturaleza declarativa, que cierran formalmente el ciclo contractual, estableciendo el cumplimiento final de obligaciones, balances y resolución de controversias.

1. Naturaleza y Objetivo de la Liquidación

- **Objetivo:** La liquidación tiene como finalidad cerrar el contrato de manera formal, dejando en claro que todas las obligaciones contractuales se cumplieron o, en caso contrario, establecer las responsabilidades y derechos pendientes.

2. Contenido del Acto de Liquidación

- **Balance Financiero Final:** Incluye el registro de pagos efectuados, multas aplicadas, y cualquier saldo pendiente. Si quedan obligaciones de pago, estas deben estar claramente definidas en el acto de liquidación.
- **Relación de Bienes o Servicios Entregados:** Detalla todos los bienes, servicios, u obras recibidas a satisfacción y los pendientes de entrega.
- **Resolución de Diferencias y Conflictos:** La liquidación es el momento para resolver cualquier controversia que haya surgido durante la ejecución del contrato, de ser posible. Se define si alguna parte tiene derecho a indemnización o si existen obligaciones adicionales que se deban cumplir.
- **Exoneración de Responsabilidades:** Si ambas partes están satisfechas con el cumplimiento del contrato, el acto de liquidación exime de responsabilidades adicionales. Esto deja en claro que no quedan obligaciones contractuales pendientes entre las partes.

3. Procedimiento de Liquidación

- **Inicio del Proceso:** Al finalizar el plazo contractual, o antes si así se acuerda, la entidad inicia la fase de liquidación.
- **Revisión de Obligaciones:** Se verifica el cumplimiento de todas las obligaciones pactadas, tanto del contratista como de la empresa de servicios públicos.

- **Negociación de Aspectos Pendientes:** En caso de desacuerdos, las partes pueden negociar y resolver los aspectos financieros o técnicos no satisfechos.

- **Firma del Acta de Liquidación:** Si se llega a un acuerdo, se firma el acta. Si no, la entidad puede proceder a la liquidación unilateral, notificando formalmente al contratista y dejando constancia de los incumplimientos o aspectos no acordados.

4. Implicaciones Legales y Responsabilidad

- **Implicaciones Financieras:** La liquidación es importante para el cierre financiero del contrato, estableciendo los saldos finales y responsabilidades de pago.

- **Posible Responsabilidad Penal y Disciplinaria:** Si se identifica que hubo omisiones o manejos indebidos en la liquidación que causaron un perjuicio a la entidad o al contratista, pueden derivarse investigaciones de tipo disciplinario, fiscal o penal, especialmente para los funcionarios responsables de la gestión del contrato.

- **Garantías y Plazos Postcontractuales:** En algunos contratos, el acto de liquidación puede incluir información detallada sobre garantías allegadas al contrato en la respectiva fase contractual como lo son las de calidad, plazos de garantía o responsabilidad postcontractual en caso de defectos o incumplimientos detectados después de la finalización del contrato.

5. Plazos de Liquidación

- **Ordinario:** El plazo para liquidar el contrato depende del tipo y duración del mismo. Por norma general, la ley establece plazos específicos para contratos estatales, y en el régimen especial de servicios públicos domiciliarios suele estar regulado por los estatutos internos de la empresa.

- **Prórrogas:** Si la complejidad del contrato lo requiere, la entidad puede solicitar prórrogas del plazo de liquidación, siempre y cuando se justifique y se permita en los estatutos internos de la empresa, para lo cual debe mediar la voluntad de las partes.

3. Conductas en el Trámite de Liquidación de Contratos celebrados por las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios que podrían tipificar alguna responsabilidad penal.

Las conductas que pueden tener implicaciones penales durante la fase de liquidación contractual suelen estar relacionadas con actuaciones indebidas, que pueden ser materializadas por quienes intervienen en este trámite, lo cual podrían constituir conductas típicas y antijurídicas como la Celebración indebida de contratos sin el cumplimiento de los requisitos legales. Si los funcionarios públicos facultados legalmente, como también los respectivos contratistas, llevan a cabo la liquidación del contrato sin sujetarse a las exigencias requeridas en los estatutos internos de la empresa de servicios públicos para su materialización, o sin apego a los principios de la función pública, podría estar incurriendo en conductas tipificadas en nuestro ordenamiento penal.

Este tema, fue debidamente abordado en la Sentencia No. SP712-2017 proferida el 25 de enero de 2017 por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal, con ponencia de la Magistrada Patricia Salazar Cuellar, en la cual se realizó el siguiente pronunciamiento:

“...No obstante, se enfatiza en la sentencia, la interventora, por una parte, “dio certeza” sobre la ejecución del contrato, la premiación y la asistencia de más de 250 personas al evento, pese a que el convenio se realizó para involucrar a 450 participantes; por otra, afirmó que las actividades fueron planeadas y contaron con la organización y logística del caso, sin haber verificado la documentación supuestamente aportada por el contratista. De ahí que, en criterio del Tribunal, al suscribir el acta de liquidación del contrato el 2 de julio de 2003, AURA MARÍA VALDERRAMA realizó un aporte fundamental para que el convenio se liquidara sin cumplimiento de los requisitos legales. Pues, resalta, el acta indica, sin ser cierto, que “se verificó que el contratista cumplió el objeto contractual dentro del plazo pactado y de manera satisfactoria para INDERVALLE...”

(...)

“...Bien se ve, entonces, que el acatamiento de los principios rectores de esta faceta de la función pública constituye un requisito esencial aplicable, sin excepción, a todos los contratos estatales (CSJ SP 25 sept. 2013, rad. 35.344), al margen de que se encuentren regulados por la Ley 80 de 1993 o que estén reglamentados por algún régimen especial (CSJ SP 30 ene. 2008, rad. 28.434) ...”

Con fundamento a lo citado y antes de realizar una inmersión en las conductas que pueden ser objeto de reproche en nuestro ordenamiento penal, considero ponderado tener en cuenta los siguientes aspectos:

1. Identificación de los Sujetos Responsables

La responsabilidad penal en la liquidación de contratos puede involucrar a varios sujetos, incluyendo:

- **Funcionarios Públicos de la Empresa de Servicios Públicos:** Esto incluye a los gerentes, supervisores y responsables del proceso de liquidación, quienes son los encargados de verificar el cumplimiento de las obligaciones del contrato. Si estos funcionarios facilitan o participan en irregularidades, pueden ser investigados por su rol en la liquidación.
- **Contratistas:** El contratista puede ser responsable penalmente si, en complicidad con funcionarios, manipula o falsifica la información para obtener beneficios indebidos o defraudar a la entidad pública.
- **Terceros Involucrados:** En casos de cohecho o soborno, podrían estar implicados intermediarios o personas externas que participen en la simulación de documentos o faciliten la comisión de delitos.

2. Pruebas y Evidencia Necesaria

Para la determinación de la responsabilidad penal en la liquidación de contratos, se requiere recolectar evidencia que demuestre la comisión del delito y la participación de los sujetos involucrados. Las principales pruebas incluyen:

- **Documentación Contractual y de Liquidación:** Es esencial revisar las actas de liquidación, registros de pagos, informes de cumplimiento y cualquier modificación realizada al contrato. Esto ayuda a detectar irregularidades, como pagos duplicados, sobrecostos o cambios injustificados en las obligaciones.

3. Responsabilidad Penal de Acuerdo con el Régimen Especial de Servicios Públicos

Las empresas de servicios públicos en nuestro país operan bajo un régimen especial de contratación, que les confiere cierta autonomía en la gestión de sus contratos, pese a lo anterior este régimen no exime a los funcionarios de la responsabilidad penal. Para determinar responsabilidad penal bajo esta premisa, es necesario lo siguiente:

- Verificar si el régimen especial fue utilizado como excusa para justificar prácticas indebidas durante la liquidación.
- Evaluar si se respetaron los principios de transparencia, economía y responsabilidad que rigen la contratación pública y si hubo incumplimiento deliberado de las exigencias establecidas en los estatutos internos de la empresa en lo atinente al trámite de liquidación del contrato.

4. Otras conductas típicas y antijurídicas que pueden presentarse en el trámite de la liquidación del contrato:

- **Peculado por apropiación:** Se da cuando un funcionario público o gestor de un contrato se apropia de recursos del contrato. En la liquidación, puede manifestarse si un funcionario o contratista simula pagos o rendiciones de cuentas para apropiarse de recursos propios del respectivo contrato.

- **Prevaricato (Por acción u omisión):** Ocurre si, durante la liquidación, un funcionario emite u omite actos contrarios a la ley de manera consciente con el fin de favorecer indebidamente a una de las partes.
- **Falsedad en documento público y/o privado:** En la fase de liquidación, podría ocurrir si se alteran documentos financieros o técnicos para justificar el cumplimiento de obligaciones no realizadas o para ocultar indebidos manejos de los recursos apropiados al respectivo contrato.
- **Cohecho:** Puede darse si un funcionario de la empresa de servicios públicos exige o acepta sobornos para realizar la liquidación en términos favorables para el contratista, aun cuando no se hayan cumplido todas las obligaciones pactadas en el respectivo contrato.
- **Enriquecimiento ilícito:** Si un funcionario o contratista se beneficia injustificadamente de los recursos asignados al contrato durante su liquidación podría estar incurriendo en enriquecimiento ilícito.

Conclusiones

Considero que, frente al propósito principal de este trabajo, que si es posible establecer la celebración indebida de contratos sin el lleno de los requisitos esenciales como también otro tipo de conductas determinadas en nuestro ordenamiento penal que he traído a colación, pero es imperativo afrontar retos para determinar la atribución de responsabilidad penal en la liquidación de contratos de Empresas de Servicios Públicos como también y siendo lo más importante, para su prevención.

Para determinar y prevenir la responsabilidad penal en la liquidación de contratos, es importante que las empresas de servicios públicos domiciliarios implementen controles internos y auditorías que identifiquen irregularidades. Además, deben fomentar una cultura de transparencia y ética en la administración de contratos.

Un análisis de riesgo frente a este asunto puede incluir:

- Identificación de los puntos críticos en el proceso de liquidación donde podrían ocurrir irregularidades.
- Capacitación de los funcionarios en temas de responsabilidad penal y ética en la contratación pública.
- Implementación de canales de denuncia interna para reportar irregularidades en la gestión contractual.

Teniendo en cuenta lo antes enunciado, para la determinación de responsabilidad penal en la liquidación de contratos en empresas de servicios públicos domiciliarios en Colombia depende de una serie de factores, incluyendo la conducta dolosa, la naturaleza del perjuicio causado y la prueba de irregularidades en el proceso de liquidación, lo cual puede preverse o establecerse a través de auditorías, documentación detallada y controles internos, esto con la finalidad de que las este tipo de empresas cuya funcionalidad y operación están regidas bajo el amparo del régimen especial, puedan mitigar el riesgo de incurrir en delitos y promover

actuaciones transparentes y responsables en todas las fases de sus respectivos procesos de contratación, incluyendo el trámite de liquidación.

Bibliografía

- Corte Constitucional, 1997, Sentencia C-066, Bogotá D.C. 11 de febrero.
- Consejo de Estado - Sección Tercera, 2013, Sentencia, Expediente No.25.681, Bogotá D.C. 9 de septiembre.
- Consejo de Estado – Sección Tercera, 2017, Sentencia, Expediente No.57.934, Bogotá D.C. 19 de julio.
- Consejo de Estado – Sección Tercera, 2021, Sentencia, Radicación No.05001233200020000374501 (50289), Bogotá D.C. 9 de julio.
- Consejo de Estado – Sección Tercera, 2020, Sentencia, Radicación No. 25000-23-26-000-2009-00131-01 (42003), Bogotá D.C. 03 de septiembre.
- Consejo de Estado – Sección Tercera, 2024, Sentencia de Unificación, Radicación No.76001233100020060332003, Bogotá D.C. 9 de mayo.
- Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Penal, 2017, Sentencia, Expediente No. SP712-2017, Bogotá D.C. 25 de enero.
- Nemén Vargas, A. (2021) Vicisitudes de la Liquidación del Contrato Estatal. Revista de la Agencia Nacional de Contratación Pública “COLOMBIA CONTRATA”, 28-54. Noviembre.
- Guía para las Entidades Estatales con Régimen Especial de Contratación de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, Bogotá D.C. (no especifica fecha de publicación.)
- Noticia sobre los Elementos que Tipifican el Contrato sin Cumplimiento de Requisitos Legales. 2022. Página web Legis Ámbito Jurídico. <https://www.ambitojuridico.com>

- Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito (UNODC) y Fiscalía General de la Nación (FGN), 2018, Principales Tipologías de Corrupción en Colombia, Tomo 3, Celebración Indebida de Contratos.