

EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL

LA CELEBRACIÓN INDEBIDA DE CONTRATOS

Dr. Pedro Alfonso Pabón Parra

TEMA I. NEGOCIACIONES INCOMPATIBLES CON EL EJERCICIO DE LAS FUNCIONES PÚBLICAS.

“La razón de este dispositivo penal radica en la necesidad, por parte del Estado, de mantener la función administrativa dentro de los 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”

.....

“A.1. Una Corporación Financiera como la que ideó y logró plasmar el doctor ..., cuando cumplía funciones de gobernador del Departamento de ..., no es institución que pueda caracterizarse de obra filantrópica. Está impregnada, por el contrario, de esencia mercantilista y especulativa. Para comprender la verdad de este elemental y básico enunciado basta advertir el contenido de los artículos 2^a (naturaleza) y 5^a (objeto) de la mencionada Escritura número ..., por medio de la cual se protocolizaron los estatutos de tal entidad -Fls 559 y ss.- Hoy en día, y los ejemplos abundan, es uno de los negocios comerciales más florecientes y de más rápidos rendimientos económicos. Tan buena empresa suele resultar que, ante el ansia generalizada de constituir instituciones de esta índole, la legislación y la gestión político económica del Gobierno han tenido que intervenir para controlar su proliferación y mantener esas estructuras en sus justas y debidas proporciones de número y finalidad.

“A.2. No puede creerse, y esto coincide con la demostración precedente, que el doctor ... iba a comprometerse como Gobernador particular (para usar su artificiosa expresión), ni a conducir a otras entidades oficiales (como ...), semioficiales (como Federación) o de beneficios comunitarios (Caja, ..., ..), ni a inducir a particulares, a un negocio ruinoso y sin perspectivas de lucro. Menos que personas tan avisadas se dejasen conducir a una empresa sin resonancia comercial, carente de rendimientos patrimoniales. Se entiende que, por su diseño y gran aliento

económico, debían recibirse desde un principio apreciables ventajas y avizorar fundadamente un amplio horizonte de éxito. Pero como si estas comprobaciones fuesen poca cosa, hay un hecho de valor y significación innegables. lo constituye la inversión, por cuantía de diez millones, setecientos treinta y cinco mil quinientos pesos, que por intermedio de “Inversiones y Representaciones ...”, cumplió el doctor ..., no obstante la complicada situación que ofrecía la administración y rendimientos la Corporación Financiera de

“A.3. El aporte de Gobernador-particular ..., así su monto inicial no ofrezca un volumen significativo, en comparación con otros, se tiene que estimar como importante, pues su vinculación le permitía futuras ampliaciones de participación (lo que a la postre tuvo ocurrencia), le otorgaba una categoría especial en su manejo como fundador, que subsistiría luego de retirarse de la posición oficial que le había permitido ese logro, y, en fin, los beneficios materiales no podían mirarse como anodinos, dado el monto de los aportes. Debe recordarse que el capital autorizado ascendía a \$160.000.000 y que, por su condición de socio, pudo recibir la cesión de acciones por valor de \$10.737.500 (Fl. 24 C.).

“B.1. De ahí que el concepto fiscal perciba estas repercusiones y las destaque anotando que “el manejo de una suma tan importante representa poder y la capacidad de favorecer ciertos intereses, que fue lo que a la postre, al parecer, condujo a que la Superintendencia tomara la dirección de la entidad recientemente creada” (Fl. 620). Y en párrafos atrás (Fl. 619), aludió a los confesados propósitos de “brindarle a su departamento un instrumento de crédito para velar por el progreso y desarrollo de aquella sección del país”, y a los no menos evidentes según la investigación realizada, “de buscar ventajas o beneficios de carácter particular”, motivación que califica de “mezquino interés”.

“B.2. Pero lo que importa a los fines de la figura penal que subsume esta conducta, no es la cuantía del aporte ni el significado económico de la participación, considerados en el momento de su constitución o apreciados en sus enfoques futuros, sino su indebida existencia. De no ser estos así, no habría lógica de estimar legítima la actuación del Gobernador ..., por su disminuida entidad (que no lo era tanto), y juzgarla punible si hubiera ascendido su contribución a porcentajes cien, quinientas o mil veces mayores. Lo que ocurre es que las cuotas superiores tienen el mérito de revelar más enfáticamente la veracidad, o el “interés mezquino” a que alude el colaborador fiscal, y resaltar en grado más intenso la reprochabilidad de la conducta, como aconteció al ser el inexplicable beneficiario de las acciones poseídas por entidades cooperativas influidas o manejadas por la familia ..., venciéndose los esfuerzos del Departamento de -...- por acrecentar su participación para defender su valiosos aportes y preservar la estructura y finalidad originales de la Corporación.

“C.1. Una de las explicaciones con las cuales el sindicato trata de eludir su grave compromiso penal, consiste en que solo se procuró resguardar la figuración del Departamento de, en la junta Directiva de la Corporación, mediante la actuación del Gobernador (Fl. 259). De haber sido eso cierto, la cuestionada participación no debió cumplirse con dinero particular del Gobernador ... ni efectuarse con invocación de atributos personales, imposibles de separar de la función pública ejercida cuando realizó lo conducente para formar la Corporación, pero que sólo subsistieron, al dejar esa posición oficial, en su propio y privado provecho, como realmente sucedió. Si algo denuncia esta situación es que, para la puesta en marcha de la idea, para concretar los aportes de otras entidades oficiales, semioficiales o comunitarias, el doctor ... actuaba, como se verá adelante, en su rampante y efectivo papel de gobernador, pero para usufructuar la operación intervenía en el rol de particular, dicotomía imposible de admitir.

“C.2. Como en el proceso de insiste en la idea de ser necesaria, conforme a las normas sobre bancos, la suscripción de acciones por parte de particulares, para tener así derecho a escaños en la Junta directiva de la Corporación, conviene observar con el Procurador Delegado, que “en primer lugar ninguna disposición obliga al funcionario público a ser miembro de la junta directiva, menos aún en un caso como el presente en donde el Departamento no era accionista de la Corporación, pues las acciones compradas con dineros públicos pertenecían a un Instituto descentralizado que tenía su propio representante legal. En segundo lugar la Superintendencia Bancaria ha conceptuado que las anteriores disposiciones no son aplicables cuando se trata de funcionarios públicos cuando actúan en representación de entidades oficiales”. (Fl. 621).

“C.3. La argumentación deviene en concepto aparente o contradictorio. En efecto, se afirma que únicamente se pretendía asegurar que el Departamento tuviere participación en la Junta Directiva de la Corporación Financiera, pero a la postre nada se logró porque quien se mostró tan previsivo, o sea el Gobernador x, fue sustituido por el particular x, el mismo que tiempo después, por esa privilegiada incorporación, logró evitar que las acciones suscritas a nombre del sector cooperativo no pasasen a sino a él, para utilidad suya.

“C.4. La representación inicial de, que era lo que interesaba desde el punto de vista oficial, podía constituirse directamente y mantenerse en este plano esa representación, sobrando confundir al Gobernador x, que como tal no persistiría en la Junta Directiva, y el particular x, que en definitiva, recibió los beneficios. La ulterior intervención, en esa Junta, del Gobernador z, no se cumplió a expensas de las 100 acciones personales de, sino como efecto de distinta causa. Otro fue el título invocado para este cometido.

“C.5. La explicación resulta extravagante, forzada y artificiosa tanto por lo visto como por la circunstancia de advertir que la Federación Nacional de ... pudo actuar a nombre propio y para ella, exclusivamente, sin que su gerente el señor ... o su representante el señor ..., acudieran a la suscripción particular de acciones.

“C.6. Además, cuando una disposición obliga bajo sanción penal y otra es simplemente facultativa u opcional, no hay duda alguna en la prevalencia de la primera, ya que en la segunda hay posibilidad de abstención, sin que emerjan consecuencias. El inculpado, se repite, pretende legitimar su actuación aludiendo a que debía suscribir acciones a título personal para poder integrar la junta Directiva de esa Corporación. Ya se ha dicho que otro organismo podía asumir esa representación oficial (...), máxime si se tiene en cuenta que este organismo de carácter departamental era el que aportaba la mayor cuota. Admitiéndose en gracia de discusión la excusa comentada, obliga decir que si la ley penal consideraba (y considera) como delictuosa esa doble y simultánea intervención (oficial y privada), la conducta asumible estaba dentro de una de estas hipótesis: abstenerse de organizar la Corporación o dejar que otros integrasen la Junta Directiva, o contentarse con la calificada y suficiente participación de ... Pero nunca intervenir con interés personal, siendo que se involucraba en forma grave la actuación oficial y se ejercía presión y poder decisorio para vincular a otras entidades.

.....

“Del delito por el cual debe responder el procesado

“A no dudar se trata del descrito en el artículo 167 del Código Penal derogado, que tiene como *nomen iuris* de las “negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas”. Allí se fija como sanción una multa de ciento a tres mil pesos e interdicción perpetua de derechos y funciones públicas, la cual ha sido sustituida en el nuevo Código, y por eso la ultraactiva aplicación de la citada norma, por prisión de seis meses a tres años, multa de un mil a quinientos mil pesos e interdicción de derechos y funciones públicas de uno a cinco años, según reza el artículo 145, denominado incompletamente “interés ilícito en la celebración de contrato”, que, como su texto lo indica, también comprende la realización de “operación” en la cual el funcionario público interviene o ha intervenido por razón de su cargo. El articulado, en la actual legislación, se comprende bajo el rótulo, no muy feliz, de celebración indebida de contratos.

“La mudanza que se ha operado en la institución, no refluye más allá de lo indicado en el párrafo precedente. La incriminación, por lo que respecta a la conducta del enjuiciable, se mantiene idéntica y con la misma estructura y finalidad.

“Conviene advertir, aunque la glosa constituye lugar común, que la razón de ser de este dispositivo penal radica en la necesidad, por parte del Estado, de mantener la función administrativa dentro de los 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 el 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 mas posible, en estas circunstancias es que se produzca lo que los autores llaman un “desdoblamiento de la personalidad de 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 esta importantísima gestión.

“Conviene recordar, para obtener un mejor entendimiento del asunto cuestionado, que resulta criterio equivocado requerir como elemento típico de la conducta analizada, el que exista una norma legal que prohíba, con toda precisión, al funcionario la actividad realizada. El error aparece evidente ya que el sistema administrativo opera en forma muy diferente y lo mismo ocurre con la legislación penal. Lo primero porque la pretensión sería la contraria, o sea, exigir la norma legal que permitiera en forma expresa, al empleado público, comportarse en la forma como lo hizo, esto es propender por su provecho propio y dejar de lado esta regla: “Los intereses de la administración pública son administrativos, económicos y morales. La incompatibilidad puede resultar también de la incoherencia de diversos cargos, de la prohibición de acumulación de ellos, y de la posible pero inadmisibles subordinación del interés público al del funcionario, cuando esos intereses no son, por regla general, paralelos o coincidentes”.

“Lo segundo porque el antiguo código penal, que es el llamado a regir la conducta del doctor ..., no atendía a esta orientación, se desentendía él de las la regulaciones administrativas (impedimentos, inhabilidades, incompatibilidades), porque así éstas no se dieran, la norma penal tenía una construcción completa, ya que solo miraba a que en la celebración de un contrato o en la ejecución de una operación, en la cual el funcionario público actuase “por razón de su cargo”, éste se “interesase” de manera directa o indirecta. 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 en 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.

“El “interés” así traduzca éste un aprovechamiento económico, puede permitir un beneficio para la administración o para terceros. No se correlacionan, para nada, utilidad y daño. Son dos aspectos indiferentes y ajenos al problema de la negociación incompatible, que persigue mantener la función en lo que debe ser: separar el instrumento u órgano del Estado, de la apetencia o “interés” particular. Además, la naturaleza de este delito es ser formal y no de resultado. De ahí que Soler enseñe: “la prohibición se funda en la idea de prevención genérica de los daños que con mucho mas frecuencia se derivarían si se adoptara el criterio opuesto”, vale repetir, dejar que los funcionarios públicos, simultáneamente con la realización de sus actividades oficiales atiendan o satisfagan sus “intereses” privados.

“Tampoco dice nada a la figura comentada que la acción se cumpla a la luz del día, sin encubrimientos o confabulaciones, aunque suele ocurrir lo contrario y de ahí que las legislaciones hagan casuismo sobre esa base, aludiendo a un comportamiento directo, por interpuesta persona (hombre aparente o de paja) o mediante acto simulado. Si concurrieran factores como el fraude, la retribución, la extralimitación de funciones, la decisión contraria a la ley, el constreñimiento, se daría delito bien distinto, tales como la estafa, cohecho, abuso de autoridad, prevaricato, concusión, etc.

“Por último, dentro de este orden de ideas, la doctrina enfatiza en que no se requiere “plena potestad para decidir individualmente el negocio como funcionario: basta que concurra a formar la determinación sustancial o a fijar la legalidad de la operación” o, en otros términos, no se exige que la decisión esté librada únicamente a la voluntad o atribuciones del funcionario comprometido.

“En el caso *sub examine* debe mirarse, principalmente, la intervención oficial de procesado (como Gobernador) en la creación de la corporación Financiera de ... , y, su evidente “interés” personal en esa gestión, que culminó positivamente en esos dos sentidos. conviene reiterar esa demostración fáctica:

“1ª Una de las actividades primordiales para dar curso a esta Corporación, era lograr que interviniese con una considerable participación. El sindicato, como Gobernador del Departamento, que le constituía en presidente de la Junta Directiva de, intervino como tal (sin ser necesario que él solo tomase la decisión) para obtener de parte de este establecimiento público, un aporte de treinta millones de pesos.

“2ª Como Gobernador actuó en esa fase decisiva y en las no menos trascendentales realizadas ante la Superintendencia Bancaria, Federación de Cafeteros y Cooperativas. Y lo hizo, para materializar una orden de la Asamblea Departamental, en el sentido de colmar la necesidad contar la región con una Corporación Financiera.

“3ª Dentro de ese proceso de formación, de organización, de creación, hizo un aporte individual, que representa, a no dudarlo, un interés personal, el cual se trató de disfrazar a última hora con explicaciones contradictorias e inocuas, y

“4ª Ese aporte personal, que le dio la categoría de socio-fundador le permitió posteriormente obtener una participación de 1.000.000 de acciones. Cómo interpreta de bien esta última actuación, el siguiente concepto de Soler, que se refiere a una legislación idéntica a la nuestra: “Los tratos celebrados una vez concluida la función, no constituyen negociación, si no ha habido resoluciones anteriores que ya eran interesadas; pero entonces el delito se habría cometido, según se ha dicho, durante el ejercicio de la función, y la ulterior intervención ostensible no sería mas que una prueba de ello.

“No debe olvidarse que también se considera punible, a título de negociación incompatible o celebración de contrato u operación indebidos. la que aparece con posterioridad a la actuación oficial, una vez terminada ésta, pero que se efectuó con el propósito de aprovecharse personalmente al finalizar la gestión pública comprometida en ese acto.” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 8 de junio de 1982, M.P. Dr. Gustavo Gómez Velásquez)

COMENTARIOS

En el Código de 1936 no se incluyó la contratación administrativa en cuanto objeto de protección especial dentro del bien jurídico de la administración pública. Los únicos antecedentes normativos incluidos dentro de este cuerpo normativo los trae el artículo 162 que describe la conducta denominada "cohecho por concertación, textualmente decía el mencionado precepto: " El funcionario o empleado público que al intervenir por razón de su cargo en la celebración de algún contrato o licitación pública, en la liquidación de efectos o haberes públicos,

o en el suministro de los mismos, se concertare con los interesados o especuladores para obtener determinado resultado, o usare de cualquier maniobra o artificio conducente a ese fin, incurrirá en prisión de uno a ocho años".

De otra parte en el capítulo especial denominado "negociaciones incompatibles con las funciones públicas" se describía el siguiente comportamiento:

"El funcionario o empleado público o el que transitoriamente desempeña funciones públicas, que directa o indirectamente se interese en cualquier clase de contrato u operación en que daba intervenir por razón de su cargo, incurrirá en interdicción perpetua de derechos y funciones y en multa de cien a tres mil pesos".

En el Anteproyecto de 1974, sin que se organizara un capítulo especial para el tema, se consagró por primera vez la celebración indebida de contratos dentro del capítulo nominado como "negociaciones incompatibles con el ejercicio de las funciones públicas", describiéndolo de la siguiente manera: "El funcionario o empleado público o el trabajador oficial, que, en ejercicio de sus funciones celebre contrato con su consocio en sociedad distinta de la anónima, o con pariente suyo dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, incurrirá en prisión de uno a tres años y multa de un mil a cincuenta mil pesos".

"Se impondrá la misma pena cuando el agente realiza la conducta descrita en el inciso anterior con un consocio o con un familiar de quien lo designó o intervino en su designación"

El proyecto de 1976 organiza un capítulo especial para la celebración indebida de contratos con describiendo en los artículos 171 a 176 cinco modalidades específicas: la concertación fraudulenta, el interés ilícito en el trámite o celebración, la aprobación o celebración indebida, el sobreprecio en los contratos de arrendamiento y enajenación de inmuebles y la adquisición de objeto inadecuado, obsoleto, de mala calidad o innecesario.

El Código de 1980 tipifica las siguientes infracciones: Violación del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades (art. 144 C.P.), interés ilícito en la celebración de contratos (art. 145 C.P.) y inobservancia de los requisitos legales para la celebración de contratos (art. 146 C.P.). Genéricamente se determinan como acciones típicas el incumplimiento por parte de un servidor público de las disposiciones del ordenamiento jurídico extrapenal, que previenen los motivos que lo inhabilitan para intervenir en la tramitación, aprobación o celebración de un contrato administrativo; lo mismo que la inobservancia de las prohibiciones de carácter ético y moral para celebración de contratos con el Estado. También se comprende la conducta del funcionario que tome interés personal en los contratos,

en los cuales por razón de sus funciones debe intervenir; o que los tramite, celebre o liquide sin el lleno de los requisitos legales.

El Proyecto de 1998 y el Código de 2000 conservaron los rasgos fundamentales de este género delictual, aclarando que en relación con la celebración de contratos con violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades esta pueden naturalmente tener como fuente la ley o las disposiciones constitucionales. En relación con el tipo penal especialmente analizado en la anterior providencia correspondiente al artículo 145 (C.P. de 1980), acertadamente se modificó su denominación por la de “interés indebido en la celebración de contratos”, pues en los eventos tipificados el contrato u operación pueden bien no tener reproche en relación con su licitud, pero existe en el servidor una parcialidad respecto de sus resultados, que violentan los fines del ejercicio de sus competencias y actividad.

El verbo determinador utilizado por la figura que se comenta es de naturaleza simple: interesarse, que lleva en su propio significado la finalidad de obtener un resultado favorable o una determinada utilidad, para el agente o un tercero. Esta conducta se concreta en el manifiesto querer del agente, en que se produzca un determinado evento respecto del objeto material de la infracción. Por la actitud del agente, la necesaria imparcialidad e independencia de los funcionarios en los trámites que les corresponden, se ha quebrantado. Tal parcialidad o interés pueden presentarse o manifestarse en cualquiera de las etapas del proceso contractual o de la tramitación del respectivo contrato u operación, fases que reseñamos a propósito del artículo anterior a cuyo texto nos remitimos.

El agente debe proponer como finalidad específica, reportar beneficio para si o para un tercero. Este elemento determina a su vez la necesaria ilicitud de la actitud adoptada por el sujeto activo. "El interés que en el contrato u operación pone el funcionario es siempre ilícito, pero no porque trate de obtener una ganancia fraudulenta, desmedida, perjudicial para la administración pública, ni siquiera 'proporcionada al interés del capital' sino porque es contraria a la ética y a sus específicos deberes de imparcialidad actuar en su mismo acto como parte y contraparte en nombre del Estado y como representante de sus propios intereses. Y esa intrínseca ilicitud no la destruye ni siquiera la consideración de que la administración pública resulte más favorecida con la indebida intervención privada del funcionario que sin ella, como en el caso de que ésta haga suministros, como proveedor, más baratos que los ofrecidos por otros, para citar el ejemplo de SOLER".(PACHECO OSORIO, Pedro, Derecho Penal Especial, cit. en GÓMEZ MÉNDEZ, Alfonso, Delitos contra la Administración Pública, en Derecho Penal Especial, Universidad Externado de Colombia, 1988, p. 96).

TEMA II. CELEBRACIÓN INDEBIDA DE CONTRATOS. VIOLACIÓN AL RÉGIMEN DE INCOMPATIBILIDAD

"El señor ..., imputa al Senador de la República ..., la comisión de un delito de celebración indebida de contratos, por haber realizado una transacción, por interpuesta persona, con el municipio de Cucuta. Esta sindicación encuentra pleno acomodo típico en el artículo 144 del estatuto punitivo, que penaliza por violaciones al régimen de inhabilidades e incompatibilidades a todo empleado oficial que, en ejercicio de sus funciones, intervenga en la tramitación, aprobación o celebración de un contrato, vedado a él por ministerio de la ley. Y como más adelante lo consigna la Sala, el Dr. ..., contribuyó a la ejecución del ilícito dentro del ámbito interno de la accesoriadad. No está demás anotar que los tipos de participación tienen cabida en la estructura de esta acción disvaliosa al lado de los tipos de autoría.

"En el momento de cumplirse el convenio referido se encontraba vigente la Constitución de 1886, que prescribía en su artículo 110, la prohibición para los Congresistas, desde el momento de su elección hasta el instante en que perdieran su investidura, de realizar, por sí o por interpuesta persona, todo tipo de contrato con la administración pública, a cualquier nivel.

"De otra parte, como la Corte lo dijo en pretérita oportunidad, la incompatibilidad de los miembros del Congreso Nacional para participar en una contratación administrativa por interpuesta persona

"...no solo alude a que no se pueda efectuar a través de un apoderado, pues la expresión es tan genérica que incluye cualquier forma de intervención de quien ha sido elegido en la rama legislativa. Por lo tanto, la incompatibilidad que se comenta, surge cuando tras el contratante se encuentran los intereses del congresista....

"Ahora bien, el intermediario para la contratación no necesariamente ha de ser una persona natural, también puede serlo una persona jurídica, la cual, evidentemente, como lo afirma el inculpado, es una persona ficticia distinta de los naturales, lo que se descarta que actúe en esta condición. Y de hecho siempre lo hace, pues no puede desconocerse que el contrato sociedad tiene como finalidad el beneficio de sus socios... " (Auto noviembre 19 de 1992, M:P: Dr Saavedra Rojas).

"Lo anterior significa que al suscribirse el contrato de publicidad entre la administración del municipio de y el "Diario de la ...", de propiedad del senador, se violó el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, que no solo encuentra respaldo en la Carta Fundamental, sino también en el Decreto 222 de 1983, artículo

10-1. Se colige, entonces, que la conducta endilgada a halla su adecuación en el artículo 144 del C.P., al coadyuvar de manera eficaz en la realización del comportamiento típico.

"Sin embargo, se observa que el mencionado precepto sanciona al empleado oficial que realice la susomentada acción en ejercicio de sus funciones, y aunque el implicado ostenta tal calidad, es verdad meridiana que no intervino en la celebración del referido convenio publicitario, a virtud de su condición de Senador de la República, pues no estaba dentro del rol de labores realizar tal pacto, correspondiéndole la tarea de alcalde

"Su condición de autor material del punible, por consiguiente, queda descartada -ya que fue el alcalde el que realizó el acto ejecutivo del tipo del injusto correspondiente-, no así su ajenidad al hecho delictuoso, pues la ley penaliza igualmente a quienes contribuyen a la realización del delito. Su participación a título de cómplices es, pues, evidente. En este evento, los autos muestran claramente que el senador participó del contrato de publicidad al involucrar su patrimonio, por intermedio de una sociedad, para llevar a cabo la contratación administrativa a que se ha venido aludiendo.

"En lo que se refiere a las tesis del defensor sobre el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, al cual, según su parecer, ha de darse una interpretación exegética que sólo consulte su tenor literal, la Sala sienta su discrepancia. Sabido es que tal régimen fue impuesto por el legislador para que la administración pública fuera un ejemplo de transparencia y pulcritud.

"Con ello se busco evitar que el poder del funcionario otorgado transitoriamente por el Estado, no le sirviera para su propio beneficio o el de terceros, sino para el bien común. Así las cosas, se les prohibió cualquier tipo de intervención en los negocios del Estado, salvo lo referente a las propias funciones con intereses por completo ajenos a los suyos.

"No existe la necesidad de acudir a complicados razonamientos para concluir que si un funcionario público es el dueño de una sociedad comercial y ésta contrata con el Estado, los beneficios percibidos no se diluyen en ella misma sino que pasan a engrosar su patrimonio, hecho que desconoce la prohibición normativa, pues lo que se quiere evitar, esto es, el incremento del peculio particular, se realizó de todas maneras a costa de las arcas oficiales. (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, enero 20 de 1993, Magistrado Ponente: Dr Jorge Enrique Valencia M.)

COMENTARIOS

El delito de violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades remite al ordenamiento extrapenal que define y enuncia las causales de inhabilidad e incompatibilidad, que pueden ser de orden constitucional o legal. En materia de contratación administrativa y en el orden legal este régimen está regulado por los arts. 8, 9 y de la ley 80 de 1993.

La inhabilidad es impedimento o falta de aptitud para la realización de un acto jurídico. La incompatibilidades la prohibición en la que incurre un sujeto, en razón del cargo que desempeña, las funciones que ejerce o la investidura que posee, para que pueda realizar determinados actos jurídicos. Se anota que en este tipo el agente realiza la conducta en un proceso de contratación en el que se viola el régimen de inhabilidades e incompatibilidades sea por el funcionario o por el contratista.

Las inhabilidades e incompatibilidades tienen su fuente en la Constitución Política y es atribución del legislador determinar su régimen; para efectos de la actividad contractual del Estado fueron establecidas en los artículos 80. y siguientes de la ley 80 de 1993. La presencia de causales de inhabilidad o incompatibilidad generan la nulidad del contrato sin perjuicio de las sanciones y efectos administrativos, penales y disciplinarios.

El artículo 80. de la referida ley en su numeral 10. determina los sujetos inhábiles para participar en licitaciones o concursos o para celebrar contratos o vincularse contractualmente con la administración pública, haciendo referencia a las causales que se incorporan en la constitución o en leyes diferentes o especiales; además enumera los siguientes: quienes hayan participado en licitaciones, concursos o hayan celebrado contratos estando inhabilitados, quienes hayan dado lugar a la declaratoria de caducidad, quienes hayan sido condenados a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, quienes hayan sido sancionados disciplinariamente con destitución, quienes sin justa causa se hayan abstenido de suscribir contrato estatal adjudicado, quienes ostenten la calidad de servidores públicos, quienes sean cónyuges o compañeros permanentes y quienes se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con cualquier otra persona que formalmente haya presentado propuesta en una misma licitación o concurso; las sociedades que no sean anónimas abiertas el las que el representante legal o cualquiera de los socios tenga parentesco en segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el representante legal o con cualquiera de los socios de una sociedad que haya presentado propuesta para una misma licitación o concurso; los socios de sociedades de personas a las cuales se haya declarado la caducidad, así como las sociedades de personas de las que aquellos formen parte con posterioridad a dicha declaratoria.

El numeral 2o del precitado artículo establece incompatibilidades e inhabilidades al determinar que no podrán participar en licitación o concurso ni celebrar contratos con el ente estatal respectivo quienes hayan ejercido funciones en los niveles directivo, asesor o ejecutivo; lo mismo que el cónyuge, compañero o compañera permanente y los sujetos con parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil con los servidores públicos y con un miembro de la junta o concejo directivo, o de quien ejerza funciones de control interno o fiscal en la entidad estatal contratante y las entidades en la que los referidos servidores públicos o su cónyuge, compañero o compañera permanente o los parientes en los grados determinados en la ley, tengan participación o desempeñen cargos de dirección o manejo. Igualmente los miembros de juntas o consejos directivos respecto de la entidad pública donde prestan sus servicios y del sector administrativo al que la misma está adscrita o vinculada.

Las incompatibilidades en esta materia son de origen constitucional en virtud de las cuales no pueden celebrar contratos por sí o por interpuesta persona, con las entidades estatales o ante las personas que administren tributos; esta incompatibilidad tiene vigencia durante el periodo constitucional respectivo.

TEMA III. VIOLACIÓN AL RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES

"No existe norma alguna que haga incompatible la suscripción de un contrato de producción de televisión por parte de una empresa de la cual un miembro de una corporación de elección popular sea socio. La incompatibilidad solo afecta al congresista, pero no a las sociedades de la cual éste sea asociado. Distinta es la situación, cuando por cualquiera de las circunstancias antes señaladas o por otras semejantes sea posible determinar que no es la persona jurídica la que contrata para ella, sino el inhabilitado que lo hace para sí, por intermedio de aquella. En este evento es claro que sí se viola el artículo 144 Código Penal, como que el ente jurídico se ha utilizado de pantalla.

"El aquí denunciado, para la época de los hechos y a la luz de lo dispuesto por el artículo 63 del C.P., tenía la calidad de empleado oficial, pues que se desempeñaba como Representante a la Cámara. En la actualidad es Senador (fls. 164) y por ello la competencia para su investigación y juzgamiento corresponde a esta Corporación, por mandato expreso de los artículos 186 y 253.3 de la Constitución Nacional, y 68.6 del Código de Procedimiento Penal.

"De los términos del artículo 144, se desprende con toda claridad que se trata de una ley penal o tipo penal en blanco, porque para determinar el contenido de su

precepto es necesario acudir a otras normas legales, precisamente, en este caso, a aquellas que definen el régimen de inhabilidades e incompatibilidades.

"De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 10 del Decreto 222 de 1983, "además de las prohibiciones consagradas en otras normas no podrán celebrar contratos con las entidades a que se refiere este estatuto (entre ellas las empresas industriales y comerciales del Estado, aclara la Sala), por sí o por interpuesta persona:

"El cargo que dentro de estas diligencias se hace al Senador yy, se ha hecho consistir en que una sociedad, la denominada xx, de la cual era accionista otra persona jurídica de la que a su vez eran socios el doctor yy y su familia, suscribió con tt (sociedades regida por las normas que regulan las empresas industriales y comerciales del Estado) el contrato de producción N° x (fls. 61 y ss.), el 29 de mayo de 1991, fecha para la cual el doctor yy era Representante a la Cámara (tenía esta calidad desde el 20 de julio de 1990), con presunta violación del régimen de incompatibilidades.

"Lo primero que advierte la Corte, es que el denunciado en ningún momento contrató directamente con tt, pues el contrato en mención aparece suscrito por los representantes legales de las firmas contratantes w y w.

"También está claro para la Corte que tampoco es posible sostener, ya que no hay elemento alguno de convicción que permita afirmarlo, que el congresista denunciado se valió de un tercero, en este caso ww, para por intermedio de ella suscribir el contrato de producción N°, pues todo indica que en realidad éste contrato fue real y no simulado, y que en consecuencia ésta última sociedad fue en verdad la contratante.

"En estas circunstancias, no es posible afirmar que el Senador yy violó el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, porque como ya se vio, él nunca contrató directamente, ni tampoco se valió de un tercero para hacerlo en forma abierta o simulada (lo que configuraría la hipótesis de la "interpuesta persona" de que habla la norma), toda vez que como ya se expuso, en verdad quien contrató fue la empresa w (que es una persona jurídica distinta de los socios), y no yy a través de ella.

"Así las cosas, para la Corte resulta atípica la conducta, porque no existe norma alguna que haga incompatible la suscripción de un contrato de producción de televisión por parte de una empresa de la cual un miembro de una corporación de elección popular sea socio. La incompatibilidad sólo afecta al congresista, pero no a las sociedades de la cual ésta sea asociado. Distinta es la situación, cuando por cualquiera de las circunstancias antes señaladas o por otras semejantes, que en este caso no se dan, posible determinar que no es la persona jurídica la que contrata

para ella, sino el inhabilitado que lo hace para sí, por intermedio de aquélla. En este evento es claro que sí se viola el artículo 144 del Código Penal, como que el ente jurídico se ha utilizado de pantalla.

“Cuando el legislador ha querido que la inhabilidad o incompatibilidad no sólo afecte a la persona natural, sino que se extienda también a las personas jurídicas de las que el inhabilitado sea socio, así lo ha tenido que disponer expresamente, ante el principio jurídico de que la persona jurídica es un ente distinto de "los socios individualmente considerados" (arts. 2079 del C.C. y 98 del C. de Comercio). De esta manera procedió, por ejemplo, en el ya citado Decreto 222 de 1983, al disponer en el numeral 4º del artículo 9º, que también están inhabilitados para contratar "las sociedades en que el cónyuge, compañero o compañera permanente, pariente de los empleados oficiales o miembros de la junta o consejo directivo de la entidad contratante, tengan conjunta o separadamente, más del 50% del capital social o desempeñen cargos de dirección". Ya antes este mismo artículo había inhabilitado para contratar, en su propio nombre y así fuera por interpuesta persona, a estos mismos sujetos, de donde se desprende, de manera inequívoca, que cuando el legislador prohíbe contratar al inhabilitado por sí o por interpuesta persona, no está extendiendo la inhabilidad a las personas jurídicas en que los inhabilitados tengan interés social, sino refiriéndose a una hipótesis muy diferente, cual es la contratación por intermedio de otro, que puede ser una persona natural o jurídica, que abiertamente contrate con el inhabilitado (hipótesis poco sólida) o que oculte el convenio a través de una simulación, que es el supuesto más frecuente.

"Bien sabido es que no resulta posible al juzgador extender el contenido de los tipos penales por razones de conveniencia o analogía, pues ello es tarea de competencia exclusiva del legislador. De ahí que una de las normas del Código Penal colombiano disponga que "la ley penal definirá el hecho punible de manera inequívoca"(art. 30.) (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, Octubre 14 de 1993 Magistrado Ponente: Guillermo Duque Ruiz.)

COMENTARIOS

El tipo que se comenta se perfecciona con la simple realización de la intervención del agente en la tramitación de un contrato estatal en las condiciones descritas por la norma, sin que se exija, en el proceso de adecuación típica, la producción de determinados eventos o resultados, tales como su aprovechamiento indebido, el lucro para el contratista, etc. El evento o resultado excluido en este tipo penal es entendido en sentido naturalístico o real. Así, para efectos tipológicos no se exige, la producción de consecuencias jurídicas o materiales concretas respecto de los sujetos intervinientes en el proceso contractual o respecto del contrato mismo. Al mismo tiempo, según el alcance cronológico de la conducta, con la materialización

de la intervención del agente en el procedimiento de contratación dentro de las condiciones señaladas por la norma, se produce la perfección y agotamiento del tipo, sin interesar -para efectos de tipicidad- la naturaleza de la misma, basta que sea reflejo de su competencia funcional.

El sujeto activo ha de ser un servidor público que dentro de su competencia funcional deba intervenir en la tramitación, aprobación y celebración del contrato objeto material de la infracción, si la acción la realiza un servidor sin tener la competencia funcional mencionada no se tipifica la presente infracción sino un abuso de autoridad consagrada en el artículo 162 C.P.

El tipo está regido por el verbo intervenir; la violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades no es realizada por el agente ni provocada por él -para efectos típicos- ; dicha deficiencia legal es una característica del objeto material -contrato estatal-, que se presenta de manera objetiva, en forma anterior o concomitante con la intervención del agente. La norma incrimina la simple tolerancia frente a la violación legal que se menciona, llegando a comprender la simple inadvertencia del agente respecto de la misma.

Esta conducta se concreta en la participación del agente en cualquiera de las fases que presenta el proceso de contratación administrativa, la norma es amplia al utilizar la expresión "tramitación" que sin duda comprende a los funcionarios que participen en cualquiera de las etapas contractuales, que sinópticamente podemos describir así: fase precontractual o de formación del contrato; fase contractual que comprende la suscripción del contrato y los trámites de legalización y perfeccionamiento del mismo, previstos en el artículo 41 de la ley 80 de 1993, los tramites de legalización comprenden el pago de los impuestos causados por el mismo, el registro presupuestal y la aprobación de garantías regulada en los artículos 19 y 25 No 9 Idem y fase de ejecución, terminación y liquidación, etapa en la que se incluyen el pago de anticipos y pagos periódicos, el ejercicio de la interventoría, la suscripción de contratos accesorios o adicionales, las revisiones de precios, ajustes y reajustes, la imposición de multas al contratista, las suspensiones y reinicios del contrato, la declaratoria de caducidad y la terminación y liquidación del contrato; la terminación del contrato comprenderá las hipótesis de extinción normal o anormal del mismo; la liquidación del contrato es el procedimiento por medio del cual una vez terminado este, las partes verifican el cumplimiento de sus obligaciones recíprocas y establecen si se encuentran o no a paz y salvo en relación con los conceptos derivados de la ejecución del mismo.

La participación del servidor público en cualquiera de los trámites o actos reseñados a título meramente enunciativo, con violación del régimen de

inhabilidad o incompatibilidad constitucional o legal, generará la tipicidad del hecho según disposición analizada.

La prohibición defiende de manera específica bienes jurídicos radicados en cabeza del Estado como son la moralidad de los procedimientos de contratación administrativa y el patrimonio estatal que puede verse amenazado o lesionado por la conducta del agente; al mismo tiempo se protege la adecuada prestación de los servicios públicos que el Estado suele atender mediante su contratación con particulares y en forma específica el cumplimiento de los fines de la contratación estatal que de acuerdo con el artículo 3° de la ley 80 de 1993 son: "el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines. Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones".

TEMA IV. VIOLACIÓN AL RÉGIMEN LEGAL DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES (Salvamento de Voto)

"Qué mas podía decir la ley, en esto de inhabilidad y de incompatibilidades, que prohibido la contratación "por sí o por interpuesta persona"?. Allí está compendiado todo lo que se pueda ejecutar de manera directa e indirecta y en esta última modalidad, la de más usanza, cabe tanto la utilización de otra persona natural o de otra persona jurídica, o acaso cuando la ley manda, con ese evidente propósito de cubrir todo lo que en el terreno multifacético de la actividad comercial, que no se puede hacer "por interpuesta persona" estará refiriéndose únicamente a personas naturales ?. Si la ley no ha distinguido y no quería ni podía distinguir, so pena de dejar la norma carente de significado, alcance, potencia y realidad social, le será dado al intérprete restringir, sesgar, anular el precepto? No sucederá, en esto, que el infierno somos nosotros mismos ?.

"Antes se presumía sabio al legislador y en esto radicaba el germen de fecundidad, acierto, justicia y constante actualización de la ley. Ahora no solo se le niega este atributo sino que se le caracteriza como ingenuo, idiota o tontarrón. Y esto se afirma porque sabiéndose que los más decisivos contratos públicos, en razón de su cuantía, riesgos, responsabilidades, no se pueden concebir ni celebrar ni ejecutar con personas naturales sino con sociedades, la legislación, por obra de la cuantificación de mayoría, invierte la lógica y piensa que esta esfera económica solo se cubre con personas naturales y hay que dejar y se dejado de lado las sociedades, máxime tratándose de aspectos de ética contractual, del manifiesto y necesario

propósito de evitar la corrupción administrativa, de cerrarle el paso al tráfico de influencias, de utilizar la alcurnia política como instrumento de ventaja sobre los demás ciudadanos, etc..

"Precisamente porque los grandes negociados se han venido cumpliendo por intermedio de sociedades, surgió para el legislador el compromiso de conjurar este medio ilícito de intervención, imponiéndose un cambio de inteligencia de sus preceptos al punto de no desligar de la sociedad al socio que también aparecía en el rol de congresista, de funcionario o empleado público, de miembro de junta, de consejo, de comisión, etc.. subsumiéndose la participación del ente societario dentro del esquema que se quiso cobijar en el concepto de interpuesta persona;

"Aquí conviene aclarar de una vez el artificioso argumento de la mención de las personas jurídicas en el art. 9, numeral 3 del D. 222/83, que la Mayoría lo entiende como que solo para esta hipótesis juega esta posibilidad. Lo cual es cierto, porque al respecto juega otra consideración: que el fenómeno de la persona jurídica no es ajeno puesto que está citado específicamente en un pasaje del decreto, desvirtuándose así aquello de que persona natural y persona jurídica son dos entidades que no pueden confundirse. En otras palabras, un sistema que alcance en esta forma a la persona jurídica, porque la particulariza, impone por nortee interpretativo, en este campo, la inclusión constante de la persona jurídica integrada con personas naturales sobre las cuales pesa una inhabilidad o una incompatibilidad, más si se han utilizado expresiones omnipotentes, omnicomprendivas, omniscientes, y este es el valor que ostenta lo de "interpuesta persona". Su referencia, pues, tiene el valor de enseñarle al interprete que pueda y debe llegar a esta concepción, sin arrendamientos, y de ahí que la singularidad del vocablo equivalga a reiteración, ampliación o, si se quiere, a dilucidación de dudas para evento en el cual podía introducirse alguna vacilación por obra de la mudanza de la condición del funcionario o empleado interviniente. Obvio que se quiere a todo trance alcanzar con el fenómeno represivo a la persona jurídica utilizada, sea ésta antigua, reciente, con mucho o poca preeminencia, creada ex-profeso o ajena a esta situación. La visión a este respecto es totalmente diversa a la ensayada por la Mayoría, sin que pueda darse razón de conveniencia, intención, fines, etc., que juegue de manera distinta en las hipótesis consideradas por la norma; por el contrario, las necesidades y objetivos se mantienen y constituye una injusticia diferenciar el tratamiento sancionatorio para hacerlo servir a unos casos y excluirlo en otros tratando, de manera más benigna los de mayor gravedad, situación irritante y contradictoria en esta esfera que pretende el mantenimiento de la igualdad de opciones y, en síntesis, de la intransigente pureza de la moral y corrección en los negocios o actos públicos.

"La providencia, como argumento de valía anota que el denunciado yy "en ningún momento contrató directamente él con t, pues el contrato en mención aparece suscrito por los representantes legales de las firmas contratantes: wt y ww. Evidente que, por la primera, no podía serlo y por la segunda, tampoco, porque para eso tenía su representante legal. Pero es que la ley no está sancionando solamente la actitud descarada o desvergonzada de hacerlo directamente. Por eso se dice, para cuando hay esta falta de elemental pudor moral, que directamente pero también se agrega lo de interpuesta persona, locución que cubre todo lo que alguien (ser natural o ente jurídico) haga por esa otra persona inhabilitada o con el gravamen de una incompatibilidad. O será que la división de las personas (la sociedad es distinta de las naturales) llega a tanto que lo que fuera ganancia o perjuicio no reflúa obligadamente en yy como persona natural? O se pensará que las sociedades se constituyen para que los beneficios no vayan a parar a las personas naturales o las sociedades que las integran? O se querrá decir que por esta forma de contratación no se sabía de la inhabilidad del Representante a la Cámara? Pues si esto es así, la investigación debió ofrecer oportunidades para comprobarlo o controvertirlo y es aspecto que no se debió festinar y dar por resuelto sin esclarecimiento mínimo. Dudamos, y mucho, que el representante legal de w, ignórase, en Barranquilla, cómo estaba conformada w.w., y más todavía que desconociese, en la región atlanticense que yy, era Representante de Cámara, más si en la cláusula 24 se tenía que verificar si había inhabilidad o incompatibilidad, real o posible. Claro que dentro de la línea de argumentación de la Mayoría, es factible excluir esta conjetura, sospecha o deducción, pues si ha tomado al legislador como poco previsor, como desconocedor de la realidad que trata de conjurar (no dejar libre la acción a las sociedades) bien está que el Representante yy no apareciese como tal ni para los de w.w. ni para los de x.x

"El proveído encuentra otro decisivo factor de convencimiento en que "todo indica que en realidad éste contrato fue real y no simulado y que en consecuencia esta última sociedad fue en verdad la contratante":

"La pobreza del razonamiento llama a turbación. Empezando porque esta sui generis dialéctica llevaría a cohonestar los contratos directos del incriminado por ser reales. La falacia del aserto radica en que se pretende hacer creer que solo los contratos simulados (no reales) son los que atraen la prohibición y en consecuencia la represión. El testaferrato es una de las variedades de la contratación y por sus características suele ser la que constituye por sí un indicio magnífico de responsabilidad. Si se logra descubrir que quien aparecía contratando (persona natural o jurídica) apenas era un medio para evadir el control pero que ninguna participación o vinculación tenía en el negocio, a fortiori la responsabilidad se muestra de bulto; pero el que la persona natural escogida lleve parte en beneficios y hasta en los riesgos y que otro tanto ocurra con la persona jurídica, cuando este es

el medio empleado no merma ni hace desaparecer igual consecuencia de sancionabilidad. Óigase lo que dicen los autores al respecto, para que se advierta cuán de espaldas a la realidad está la mayoría en la infortunada interpretación que ha hecho de estos textos legales: "La intervención interesada puede ser directa O por persona interpuesta O por acto disimulado". -Eusebio Gómez-: "no es necesario que la operación se efectúe directamente, antes al contrario, la ley se refiere al acto simulado Y a la persona interpuesta". - Soler-; "la intención fraudulenta no es requerida" - González Roura-; en igual sentido Maggiori, Manzini. Y, adviértase, que esto se comenta de legislaciones que señalan el ingrediente del personal interés: qué no decir de la nuestra que lo ha dejado por fuera y centra la figura en la preservación de inhabilidades e incompatibilidades?

"No compartimos, ni por pienso, lo de que la inhabilidad e incompatibilidad solo afecta a la persona natural, cuando contrata como tal, pero no cuando lo hace por estar inserto en una sociedad. Y nos alejamos de tan perjudicial valoración. así conozcamos un pronunciamiento del Consejo de Estado, del que también fervorosamente disintimos (Abril 23/93: "... en cambio aún de ser el demandado accionista de la sociedad contratista con la entidad pública, aunque se gestione o celebre el contrato dentro del término ya indicado -art. 179-3 C. Política- tampoco se da la causal de inhabilidad comentada, por la clara y bien precisa distinción que nuestra legislación hace de la sociedad y sus asociados -art. 98 inc. 2o Co del Co ...").

"No logramos entender cómo el art.9-3 atraiga comentarios como el de ser "completamente razonable la anterior disposición, en cuanto prohíbe a las sociedades en que tienen parte los empleados oficiales que hacen parte de la entidad contratante o de sus órganos de dirección. Permitirles a tales sociedades ser contratistas sería darle vía libre a los empleados oficiales para que contrataran prácticamente consigo mismos", pero, a la vez se encuentre legítimo, ceñido a la ética administrativa y acorde con la sociedad en la cual figuran uno, dos o tres congresistas, contratar, mediante el representante legal, con el Estado. Con el estilo razonador de la providencia, tampoco estaría mal que el congresista llegue a disponer, intervenir, decidir, etc., en la celebración de un contrato con la sociedad de la cual hace parte, por razón de ser ésta un ente distinto a esa individualidad del congresista, o por haber aquélla actuado a través de un representante legal, y no se tratase de negociación simulada sino real.-

"Tampoco entendemos que, para estos fines, la sociedad diabólica, reprimible, etc., sea aquella en que el inhabilitado o con incompatibilidad, tenga "preeminencia tal que permitiera afirmar que denominaba la empresa o que prácticamente era el dueño de la misma". En este punto también desacierta, lamentablemente la Mayoría, pues olvida que el ingreso de esta clase de personajes por su propia y

ambiciosa iniciativa o por el llamado interesado que otros le hagan, no siempre corresponde a un apoderamiento total o significativo del ente societario. Su aporte, cualquiera que éste sea, ya denota importancia y trascendencia porque el solo hecho de constituirlo revela un ingrediente comercial y lucrativista ya que es de "creer que ninguno descuide sus intereses. Ni que haciendo contratos para ganar deje de ganar todo lo posible" -Eusebio Gómez- o que es el inicio de una actividad que se mostrará en el futuro más fortalecida. Pero además, el principio quebrantado ("el normal funcionamiento y el prestigio de la administración pública en sentido lato, en lo que atañe al deber del desinterés personal de la gestión de las funciones públicas, ya que conviene asegurar la cosa pública contra la especulación de los oficiales públicos que los haga poner interés en los actos de su oficio, independientemente del daño que su actitud produzca o no" -Omar Franco Gutierrez; "la ley no contempla la posibilidad de un daño económico para la administración pública, sino el peligro determinado por el interés particular para el recto ejercicio de las funciones públicas" -Manzini-) es el mismo cuando se tiene dominio de la empresa, que cuando, siendo socio, carece de esta preponderancia. Lo que ocurre es que en la primera hipótesis es mas grotesca o vulgar la conducta e irrita más, pero la segunda, así no exhiba esta característica, debe atraer igual republicana y democrática censura. La experiencia también enseña, aun para el menos malicioso o suspicaz, que la figuración societaria de personajes tales, no se hace desinteresada, gratuita o caprichosamente, sino por las conexiones políticas que suelen tener dentro de la administración, dones de poder fácilmente accionables, sin dejar visibles rastros (a no ser los contratos) y porque aquellos saben o reciben información sobre las sociedades en las cuales el impedido tiene beneficio e interés. Por eso los demás contratistas les temen y no encuentran medios igualitarios para enfrenarlos, y, por eso mismo, la legislación tiene que ofrecer controles severos, amplios y eficaces para evitar esta descarada o sutil maquinación del contratista.

"Cuando la ley aguza su eficacia determinando la prohibición de una contratación, realícese ésta en forma directa o por "interpuesta persona", solo está exigiendo que alguien interesado y que no podía serlo, ejecute el acto de manera directa o valiéndose de otro. A la norma no puede imponérsele, en campo tan delicado en el cual la nobleza e idoneidad del precepto esta precisamente en no desviar ni recortar su vuelo, otras exigencias como aludir al daño, al monto de la contratación, o si lo realizó o no una persona natural o una jurídica o si se hizo por representante legal o no, o si fue con licitación o sin ella, si fue real o simulado, si tenia demasiada o regular injerencia en la sociedad, si era persona muy notoria o conocida o si apenas lo sabia (obviamente que tenía que saberlo) el representante legal, porque una de las características de la representación es conocer a quien se representa para evaluar ante quién se responde, qué puede hacerse, qué esta prohibido, etc. Por eso Manzini, que escribió para época en la cual el fenómeno societario se mostraba

incipiente y no existían la serie de maniobras que hoy pululan y se refinan, dijo: "La alusión a la persona interpuesta, evidentemente, tiene la única finalidad de quitar toda duda acerca de la punibilidad del oficial público que utilice ese subterfugio, eventual, y totalmente innecesario para la configuración del delito"; y Eusebio Gómez, con igual ambiente histórico anotó: "La intervención interesada puede ser directa o por persona interpuesta o Acto Simulado" denotando así que simular no equivale a persona interpuesta sino que son situaciones diferenciables, tanto que, en el caso estudiado, puede decirse que el contrato no fue simulado pero sí celebrado por persona interpuesta, así la manera directa evidencie de manera más ostensible la ilicitud.-

"Pues bien, la diferencia que puede darse entre las personas naturales y las personas jurídicas que aquellas conforman, no está nunca referida para evadir requisitos de constitución ni menos para sustraerse a prohibiciones legales de contratación. Está para otros fines, v. gr. responsabilidades civiles, aspectos fiscales, etc.... pero nunca puede tenerse como la panacea de la purificación de vicios, prohibiciones y vedas. Qué tal esa argumentación en el caso de tres congresistas que, como personas naturales, no se les permite contratar con el Estado, pero si se unen en sociedad o se toman una ya constituida, entonces pueden hacerlo porque como la persona natural es distinta de la sociedad, pues todo lo que en ese campo pueda decirse de los congresistas no se les puede decir como socios y como sociedad. Esto sería abrir paso a la más rampante inmoralidad, mediante el procedimiento de tomar el rábano por las hojas, o mejor, el Código por las hojas, que ninguna organización democrática toleraría y que, de darse, estimularía una relación social capaz de sacar de sus fueros a los implicados y exigir correctivos severos e inmediatos. Tal como está la valoración de la mayoría de la Sala, se puede repetir el llamado de la revolución de octubre y su internacional (proletarios de todo el mundo, unidos) pero variando el slogan a "Congresistas de todos los colores, asociados" y a contratar con el Estado. Creemos que en este espinoso campo de la contratación, la inhabilidad y la incompatibilidad se proyectan inevitablemente de la persona natural a la jurídica. La ley, cierto, no puede prohibir que personas inhábiles o con incompatibilidad para ciertas actividades (v. gr. sector público) formen parte de sociedades, porque no puede decirse que la sociedad va a emplearse en ese campo vedado sino en zonas particulares en que si puede hacerlo. El socio podría decirle a la ley y al juez, que cómo sabe que va a dedicarse a esa gestión prohibida, cuando hay tantos campos de acción societaria legítima y libre de trabas? Por eso es lícita la participación en sociedades. Pero lo que no puede (o no podía antes de este auto que censuramos acremente) es utilizar la sociedad constituida para contratar con el Estado o con entidades que caen dentro de la inhabilidad o la incompatibilidad, porque esto, moral, social, política y jurídicamente merece repudio y sanción, al menos en el sistema jurídico-político

que nos rige y con los perfiles de sanidad social o administrativa que se persiguen y para lo cual se dan instrumentos eficaces de preservación.

"Creemos, sensatamente, que esta doctrina es un rudo golpe a la eficacia inherente a las inhabilidades e incompatibilidades. La norma aparece como desdentada a golpes de jurisprudencia. La decisión de la cual nos apartamos, y conste que lo del representante de ayer y senador de hoy, señor zz, es asunto económicamente de secundaria monta pero grave, gravísimo, por las repercusiones doctrinarias que podemos de resalto, alerta, en toque a somatén, para reformar de inmediato la legislación vigente. Y el apremio señalado es mayor cuando se mira la redacción vigente del próximo Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Proyecto de la ley 205/92 Cámara, y, #149/92 Senado, arts. 8 y 9, actualmente con objeciones presidenciales en su trámite de sanción, D. Oficial Agosto 12/93), que si bien mejora y avanza en algunos aspectos, en lo de las sociedades y personas interpuestas predio fuerza y claridad. Por ahora, repetimos, el precepto legal puede calificarse con la frase bíblica de "espantapájaros ocioso". (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, Octubre 14 de 1993 Salvamento de Voto: Drs.. Jorge Carreño Luengas, Gustavo Gómez Velázquez y Jorge Enrique Valencia Martínez.)

TEMA V. INOBSERVANCIA DE REQUISITOS PARA LA CELBRACIÓN DE CONTRATOS

"El artículo 146 del Código Penal que se encuentra dentro del Capítulo que trata de la celebración indebida de contratos y que es la norma dentro de la cual, en principio, podría ubicarse la conducta atribuida al Dr zz.

"En materia de contratación, se han establecido una serie de exigencias que deben cumplir tanto la administración, cuando actúa como contratante, como los particulares cuando obran como contratistas ante ella.

"En tal sentido, y dado que por esta actividad se manejan fondos públicos en busca de interés general, la Administración solo puede hacer lo que por ley le está permitido, al estar su actividad totalmente reglada. Pero, en definitiva, la realización de un contrato administrativo, como cualquier otro, trae como consecuencia que las partes se obliguen a cumplir lo que pacten, mediando para ello una contraprestación.

"Ahora bien, para la época en que se celebraron los contratos, el régimen de contratación vigente era el Decreto-ley 150 de 1976, el cual, en su artículo 68 clasifico en tres grupos el contrato de obra pública, encontrándose entre ellos el de ejecución de obras. Luego, al entrar en vigencia el decreto 222 de 1983, a través de

su artículo 81, especificó algunos factores que sirven para identificar este tipo de contratos como son la construcción, el montaje, la instalación, el mejoramiento, la adición, la conservación, el mantenimiento y la restauración de bienes inmuebles.

"Adicional a lo anterior, la doctrina ha explicado que dentro de este tipo de contratos existe la modalidad de contrato por precio unitario, dentro del cual existe la obligación de ejecutar obras no previstas, lo que el autor Pedro José Bautista Moler en su obra El Contrato de Obra Publica explica así:

"Salvo que en los pliegos de la licitación, en el contrato o en cualquier otro documento que forme parte de él se disponga otra cosa, no corresponde al contratista asumir los costos de ítem no incluidos en el contrato; aunque sí está obligado a ejecutarlos: el precio será acordado por las partes o por el Juez del contrato, pero la Administración tiene, como ya se dijo, la facultad para exigir su ejecución. Debe aclararse que cuando se habla de ítem no incluidos en el contrato, no significa en ningún caso obras que estén por fuera del objeto del contrato, por que en este evento nuestra legislación positiva prohíbe la modificación del objeto contratado, inclusive en los casos de celebración de contratos adicionales".

"Explica el citado autor que el fundamento para ello, consiste en que cuando el Estado contrata la ejecución de un objeto que beneficia a la colectividad, este interés reclama su culminación total sin dilación. Ante ello, lo lógico es que la Administración posea las herramientas necesarias para garantizar su completa y oportuna ejecución, y ese mecanismo no es otro que la atribución de la Administración para exigir al contratista la ejecución de obras no especificadas en el contrato pero comprendidas en su objeto.

"Lo anterior, para significar que respecto a las cláusulas contractuales pactadas entre la E.E.B. y los contratistas, en los contratos 3554 y 3561 se tenían previstas las obras extras adicionales.

"De lo anteriormente transcrito, claro resulta concluir que tanto legal como contractualmente era perfectamente viable la elaboración de "obras extras", las que, valga la pena reiterar, se pactaron en el contrato siempre y cuando hicieran parte de la obra contratada y que los trabajos ordenados fueran necesarios para ejecutarla o para protegerla.

"Al respecto, las cláusulas Décima segunda y Décima tercera del contrato hacen alusión a las obligaciones que adquiere "La Empresa" con el contratista así como lo referente a obras provisionales, con base en la cuales, no cabe duda que el Dr. zz no desconoció la normatividad contractual, pues las cláusulas que hacen parte de los contratos 3561 y 3554, lo autorizaban a actuar como lo hizo y por lo tanto no surge

la adecuación al tipo de celebración de contratos sin el cumplimiento de los requisitos legales. (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal Marzo 10 de 1995 Magistrado ponente: Dr Carlos E. Mejía Escobar.)

COMENTARIOS

El tipo contenido en el artículo 146 del Código de 1980 es mera conducta, se perfecciona con la ejecución de la acción "tramitar" descrita en la norma, sin que se exija, en el proceso de adecuación típica, la producción de determinados eventos o resultados; por ejemplo no es necesario que el provecho ilícito perseguido se alcance, que el contrato se ejecute de forma inadecuada, que se generen sobrepagos, etc. El evento o resultado excluido en este tipo penal puede consistir en fenómenos de orden naturalístico o jurídico.

Intrínsecamente la realización del hecho conlleva no solo amenaza sino efectiva vulneración al bien jurídico protegido -administración pública- en su especificación de acatamiento a los principios de legalidad que deben imperar en la contratación estatal, así como la probidad y rectitud de los servidores encargados de la misma.

El sujeto activo ha de ser servidor público que dentro de su competencia funcional deba intervenir en el contrato u operación objeto material de la infracción, si la acción la realiza un servidor sin tener la competencia funcional mencionada no se tipifica la presente infracción sino un abuso de autoridad consagrada en el artículo 162 C.P.

La conducta está regida por las acciones de tramitar, celebrar o liquidar. Tramitar es expresión amplia que significa adelantar total o parcialmente las etapas integrantes del proceso de contratación administrativa, entre las cuales se pueden citar como ejemplo: trámite de selección del contratista, la evaluación de propuestas o cotizaciones, la adjudicación, suscripción y liquidación del contrato. El verbo tramitar comprende sin duda las fases de celebración y liquidación; no obstante el legislador las ha mencionado expresamente en la norma, aclarando que se incrimina la conducta del funcionario que al realizar alguno de esos dos actos, no verifique el cabal cumplimiento de los requisitos legales esenciales del contrato.

La celebración hace referencia al momento de expresión del consentimiento por parte de los contratantes en la forma establecida por el ordenamiento, que perfecciona el acuerdo de voluntades y deslinda la fase precontractual de las fases de ejecución y terminación. Este fenómeno no siempre coincide con el de la suscripción, pues como ya se observó, hay contratos administrativos que no

requieren constancia escrita, además, se ha afirmado que en hipótesis de licitación o concurso de méritos el acuerdo de voluntades se perfecciona con los actos válidos de propuesta y adjudicación, en esta hipótesis la celebración del contrato por parte de la entidad, se llevaría a cabo por medio de la resolución de adjudicación, momento en el que el funcionario debe verificar el lleno de los requisitos legales esenciales a que alude la norma.

La liquidación de un contrato es la diligencia realizada por contratante, contratista e interventor y que tiene por finalidades constatar la ejecución de las prestaciones a cargo del contratista, poner de presente las observaciones que se consideren pertinentes respecto de la ejecución y desarrollo del contrato, hacer el ajuste y corte de cuentas del contrato, realizar el recibo definitivo de las obras o suministros contratados y determinar las obligaciones pendientes a cargo de cada una de las partes.

Normalmente el acto de liquidación se realiza una vez han finalizado el contrato por el cumplimiento de su objeto y está prevista para los de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás, que lo requieran (Ley 80 de 1993, art. 60). También se debe proceder a la liquidación en forma anticipada dentro de los cuatro meses siguientes a la expedición del acto administrativo que ordena la terminación (Id.).

El agente debe realizar la conducta con la específica finalidad de obtener provecho ilícito para sí, para él contratista o para un tercero el cual puede ser de contenido económico, social, político, etc. De no presentarse este elemento la conducta no se adecuará al presente tipo, será irrelevante o -de ser posible- se incriminará como prevaricato por acción (art. 149 C.P.) o abuso de autoridad (art. 152 C.P.).

El fenómeno sobre el cual recae la acción típica es el contrato administrativo, respecto del cual son válidas las explicaciones dadas a propósito de los artículos anteriores.

Se exige que la conducta sea realizada con inobservancia o sin el cumplimiento de los requisitos legales esenciales del respectivo contrato, lo cual exige valoración frente a la legislación administrativa.

Se entiende por "requisitos esenciales" las exigencias de orden legal para la validez y existencia de un contrato administrativo; para los efectos del presente tipo no se comprenden las simples irregularidades subsanables, puramente accidentales que no comprometen el ser del contrato sino tan solo su forma. Sin el lleno de los requisitos esenciales, el acto no nace a la vida jurídica o nace con vicios que lo hacen nulo o anulable.

Igualmente se han emitido valiosos conceptos doctrinales que nos sirven para fijar el alcance del elemento típico "requisitos legales esenciales": "en concepción global, la omisión de requisitos y la ocurrencia de anomalías contractuales afectan independientemente el acto o negocio jurídico, presentándose las nulidades que pueden ser relativas o absolutas.

"De acuerdo con el nuevo estatuto contractual, se señala taxativamente las causales de nulidad absoluta y permite la aplicación de la consagradas en el derecho común. Es decir, se refiere a la inobservancia de los elementos esenciales del contrato y de otros mandos legales, determinando las que le son peculiares y acogiendo las civiles y comerciales que se establecen en los respectivos Códigos. Al respecto. Las causales enumeradas en el artículo 44 no son las únicas, porque el precepto permite los demás "casos en el derecho común". Esto es, las causales de nulidad deben estudiarse conforme a las disposiciones del nuevo estatuto contractual y de acuerdo al derecho privado, como en lo que respecta al consentimiento y sus vicios, etc., que se rigen por los postulados del derecho civil y comercial (arts. 1502 y ss., 1741 y ss.)". El artículo 44 de la ley 80 de 1993 enuncia las causas de nulidad del contrato".

La ley o el reglamento regulan el proceso de contratación administrativa disponiendo procedimientos, requisitos y formalidades que deben cumplir tanto la administración contratante como el particular contratista; citamos como ejemplos los siguientes requisitos legales cuyo incumplimiento, en las condiciones señaladas por la norma, genera la presente infracción: competencia del funcionario para contratar, autorizaciones para que el funcionario pueda contratar, sujeción a las apropiaciones y disponibilidades presupuestales, cumplimiento de los sistemas previstos por la ley para la selección del contratista, cláusulas obligatorias, esenciales y naturales del contrato, procedimiento para su ejecución y liquidación.

Finalmente para la tipicidad de la acción es necesario verificar la competencia funcional del agente, ya que la conducta se debe realizar "en razón del ejercicio de sus funciones".

El complemento subjetivo utilizado "provecho de obtener un provecho ilícito" elimina como justificación el cumplimiento de un deber legal, la orden legítima de autoridad competente, el legítimo ejercicio de un derecho o cargo público, ya que la acción realizada en dichas circunstancias se opone a la exigencia típica del mencionado complemento. Por la misma razón consideramos que ni siquiera es posible la estructuración de la justificante de estado de necesidad.

El dolo -esencial en este delito- se manifiesta en el conocimiento exigido al sujeto activo sobre la inobservancia, en el trámite del contrato objeto material de la infracción, de los requisitos legales esenciales, o la no verificación sobre el cumplimiento de los mismos; con tal entendimiento el agente interviene libre y voluntariamente en los procedimientos reseñados por la norma.

TEMA VI. INTERÉS ILÍCITO EN LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS

“1.- NULIDAD.

“Dada la petición de anulación, elevada por el defensor del procesado A.A., entrará la Sala a resolverla en primer término porque, de prosperar, no existiría fundamento para emitir la sentencia correspondiente.

“Sin embargo, además de la extemporaneidad de esta petición, basta leer las motivaciones determinantes de la declaratoria de nulidad parcial, en lo atinente a la ausencia de fuero de B.B., para concluir que la situación del doctor A.A. se mantiene sin modificación en ese sentido, al resultarle indiferente el cambio de competencia funcional para el otro acusado, que en nada altera la adecuación típica de la conducta señalada por la Fiscalía al formular la acusación.

“Debe recordarse que el auto que dentro de la vista pública declaró la nulidad parcial atendió la situación de B.B., quien además de no desempeñar ya el cargo de Ministro, la conducta imputada carecía, para él, de relación con las funciones propias de su anterior empleo, por lo cual había perdido el fuero constitucional que permitía su juzgamiento por la Corte. Aún cuando se presente el fenómeno de la coparticipación, la situación para quien fungió en la cartera de Comunicaciones y actuó en razón de ese cargo es distinta.

“Expresó la Sala en la audiencia: "Porque era la importante condición de Ministro, pero no la intervención ‘por razón de su cargo o de sus funciones’, descrita en el artículo 145 del Código Penal, lo que fortalecía la posibilidad de ser escuchado en forma condescendiente por su entonces colega. El hecho de que, como cualquier extraneus influyente, pudiera incidir como determinador del interés ilícito, no puede confundirse con un desempeño funcional o un cargo, ajenos a la mediación que circunstancialmente se haya realizado...". De esta manera, no se estaba desconociendo su condición de alto servidor público, pero se precisó que esa mediación no se hallaba relacionada con sus funciones, ni con el ejercicio del cargo, lo que claramente sí ocurre en lo atinente a A. A., sobre quien, si la Sala hubiera hallado base para lo que ahora se le solicita, habría procedido en consecuencia, desde entonces.

“Además, en la acusación no se consideraron como punibles los comentarios y recomendaciones de innumerables conocidos y amigos, que también actuaban como particulares, porque éstos, que se sepa, no influyeron en el procesado para que se interesara en las adjudicaciones solicitadas, como igualmente ocurrió con la recomendación del mismo B.B. respecto de su amiga L. M.. Lo estructurado fue la transmisión de las preocupaciones de Mario Alfonso Escobar, que trascendieron en la voluntad del procesado A.A. y le hicieron asumir, para una decisión que le correspondía tomar en el desempeño del servicio público que se hallaba a su cargo, interés en efectuar la adjudicación a favor del mencionado M.M.

“En consecuencia, la petición del abogado defensor carece de oportunidad y de fundamento jurídico atendible, por lo cual no se anulará lo actuado a partir de la acusación y, por lo mismo, cumplirá la Sala con su obligación de proferir sentencia.

“2.- INTERÉS ILICITO EN LA CELEBRACION DE CONTRATOS.

“2.1.- En la acusación se atribuyó a A.A., haber incurrido en la conducta denominada interés ilícito en la celebración de contratos (artículo 145 del Código Penal), materializada en la resolución N° 3536, expedida el 24 de julio de 1997 en su condición de Ministro de Comunicaciones, por cuanto otorgó a M. M., licencia para prestar el servicio de radiodifusión sonora en gestión indirecta, comercial, de cubrimiento zonal o local en frecuencia modulada -F. M.-, en Cali, con violación de los principios de transparencia y selección objetiva, por determinación de B.B., entonces Ministro de Minas y Energía.

“El artículo 145 del Código Penal, modificado por el 57 de la ley 80 de 1993 y el 32 de la ley 190 de 1995, señala que incurre en el delito de interés ilícito en la celebración de contratos, "El servidor público que se interese en provecho propio o de un tercero, en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo o de sus funciones”.

“Tal conducta fue analizada suficientemente por esta corporación, en providencia de fecha 8 de junio de 1982, M. P. Gustavo Gómez Velásquez (G. J. N° 2408, ps. 287 y Ss.):

"... 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...

“Conviene recordar, para obtener un mejor entendimiento del asunto cuestionado, que resulta criterio equivocado requerir como elemento típico de la conducta

analizada, que exista una norma legal que prohíba, con toda precisión, al funcionario la actividad realizada. El error aparece evidente ya que el sistema administrativo opera en forma muy diferente y lo mismo ocurre con la regulación penal. Lo primero porque la pretensión sería la contraria, o sea, exigir la norma legal que permitiera en forma expresa, al empleado público, comportarse en la forma como lo hizo, esto es propender por su provecho propio, y dejar de lado esta regla: 'Los intereses de la administración pública son administrativos, económicos y morales. La incompatibilidad puede resultar también de la incoherencia de diversos cargos, de la prohibición de acumulación de ellos, y de la posible pero inadmisibles subordinación del interés público al del funcionario, cuando esos intereses no son, por regla general, paralelos o coincidentes'.

“... 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.

... ..

“... persigue mantener la función en lo que debe ser: separar el instrumento u órgano del Estado, de la apetencia o 'interés' particular. Además la naturaleza de este delito es ser formal y no de resultado. De ahí que Soler enseñe: 'la prohibición se funda en la idea de prevención genérica de los daños que con mucha más frecuencia se derivarían si se adoptara el criterio opuesto', vale repetir, dejar que los funcionarios públicos, simultáneamente con la realización de sus actividades oficiales, atiendan y satisfagan sus 'intereses privados'.”

“En el caso examinado, las actuaciones atinentes a la licitación 001 de 1997, que culminaron con la resolución N° 3536 de 1997 dictada por A.A., en su condición de Ministro de Comunicaciones, cargo para el cual fue designado por el Presidente de la República mediante decreto 1452 del 15 de agosto de 1996, del cual tomó posesión el 20 del mismo mes (fs. 52 y 53 cd. 1 Fisc.), eran esenciales para la celebración de contratos de naturaleza administrativa en los términos consagrados por el estatuto general de contratación de la administración pública (ley 80 de 1993), razón por la cual con la expedición del referido acto administrativo (resolución 3536/97), se realizó la “operación” determinante del momento consumativo de la acción precontractual prevista de manera alternativa por el artículo 145 del Código Penal.

“2.2.- El procesado A.A. y su defensor han sostenido hasta el final, que la conducta atribuida es atípica, por cuanto la Fiscalía acogió para ello la definición gramatical de "interés", que resulta más gravosa, al hacerla consistir en la "inclinación más o menos vehemente del ánimo hacia un objeto, persona, narración, etc." (f. 204 cd. 5 Fisc.), y no la que se refiere a su contenido de "provecho, utilidad, ganancia".

“En contra de ese criterio, se observa que en el Acta N° 82 de la Comisión Redactora de 1974 de lo que vino a convertirse en el decreto 100 de 1980, se analizó el ahora artículo 145, estimándose adicionado el 167 del anterior estatuto, pues tal precepto únicamente contemplaba la ilicitud para "El funcionario o empleado público... que directa o indirectamente se interese en provecho propio en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo", y la disposición actual abarca "provecho propio o de un tercero", así mismo sin hacer referencia a que sea de carácter económico. De tal manera, el interés previsto por esta norma tampoco tiene que contener una significación pecuniaria, ni el provecho en sí debe ser ilícito, sino que esa ilicitud se circunscribe al interés.

“Se reitera así lo analizado por esta Sala en sentencia de fecha 27 de septiembre del año en curso, radicación 14.170, con ponencia de quien ahora cumple igual función:

“El interés previsto por ese precepto tampoco ha de ser, necesariamente, pecuniario, sino simplemente consistir en mostrar una inclinación de ánimo hacia una persona o entidad, con desconocimiento de los principios de transparencia y selección objetiva, en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo o sus funciones.”

“2.3.- También han insistido el procesado y su defensor, que el interés que lo acompañó para la adjudicación de una de las frecuencias radiales en Cali a M. M., no fue otro que el de escoger al mejor porque obtuvo el más alto puntaje, sin que hubieran incidido los comentarios de B.B., pretendiendo así controvertir la acusación de la Fiscalía en lo concerniente a que ese interés, en cuanto había trascendido el carácter general que debe gobernar los actos de los servidores públicos cuando de contratación estatal se trata, es ilícito en la medida en que se quebranta la imparcialidad e independencia del funcionario.

“No obstante tales aseveraciones y su énfasis paulatino de haber utilizado once criterios para la selección de M. M. como adjudicatario de una de las emisoras en la ciudad de Cali, tal postura se vino desdibujando, inclusive frente al cuadro

elaborado por el propio A.A. dentro de este proceso para tratar de justificar sus exculpaciones, como se expone a continuación.

“En efecto, en su indagatoria (fs. 93 y Ss. cd. 3 Fisc.), A. A. refiere los pormenores de la convocatoria al proceso de licitación 001 de 1997, en cuyo desarrollo participó en reuniones con muchos de los aspirantes a la concesión de frecuencias moduladas para las diferentes ciudades del país. Relaciona un gran número, aduciendo que no fueron determinantes para la adjudicación, pero no incluye a M: M., con quien asegura no haber conversado personalmente.

“Sobre la expedición de la resolución N° 3536 de fecha 24 de julio de 1997, manifiesta que la escogencia de los 81 proponentes allí relacionados la hizo atendiendo al cuadro de calificaciones definitivas que “puso a mi consideración el Comité de Licitaciones de Radiodifusión Sonora Comercial el día 10 de julio, a través del acta número 24. Antes de ese día no participé de manera directa en este proceso” (f. 96 ib.).

“Aduce que cuando todo estaba previsto para adjudicar en audiencia pública, señalada para el 11 de julio de 1997, tal como se hizo la convocatoria a los casi 700 proponentes según carta suscrita por la doctora, Secretaria General del Ministerio, el proceso licitatorio 001 de 1997 hubo de ser declarado desierto, según recomendaciones del citado Comité de Licitaciones, basadas en los conceptos de la Procuraduría General de la Nación, recibido formalmente el día anterior; de la Secretaría General de la Presidencia de la República; de un abogado asesor contratado para tal efecto y otro presentado por unos de los proponentes, secuencia que narra así (f. 98 ib.):

“Sin embargo, para sorpresa mía el día 9 de julio -dos días antes de la celebración de la audiencia pública- llegó a mi Despacho el concepto de la Procuraduría General de la Nación en el que me sugería declarar desierta la licitación y además desconocer -según la Procuraduría por subjetivos- dos de los cuatro criterios establecidos en los pliegos para desempatar, como son el de la programación y el de la balota.”

“Agrega que ante tal situación, como surgían dos alternativas en caso de acatar el concepto de la Procuraduría: la contratación directa o volver a abrir licitación, optó por pedirle al aludido Comité, que le recomendara si era conveniente acoger ese concepto; incluso, se asesoró del abogado administrativista, de la Jefe de la Oficina Jurídica de la Presidencia de la República y de un concepto aportado por

unos licitantes, emitido por el doctor, ex Procurador General de la Nación, corroborando la opinión del Ministerio Público.

“Así mismo afirma que en acta del 10 de julio de 1997, el Comité recomendó acoger el concepto de la Procuraduría y, por ende, declarar desierta la licitación, anexándole para tal efecto “los resultados finales de la evaluación de las propuestas presentadas para la licitación pública número 001 del 97” (f. 98 ib.), en cuanto no poderse adjudicar 19 de las 100 emisoras porque no habían alcanzado el puntaje para clasificar, por lo cual estaban eliminadas, es decir, que sólo podría adjudicar 81, y también le sugirió "contratar directamente con base en los estudios definitivos efectuados a las propuestas presentadas a la licitación 001 del 97" (f. 99 ib.).

“Por lo anterior, señaló A.A. en tal diligencia, que para la adjudicación de las 81 emisoras de frecuencia modulada, mediante resolución 3536 del 24 de julio de 1997, tuvo rigurosamente en cuenta los resultados finales de las evaluaciones del Comité y asignó las 44 emisoras que no aparecían empatadas en el cuadro, a quienes ostentaban los mayores puntajes.

“Para la adjudicación de las 37 emisoras empatadas, aplicó "los dos primeros criterios de desempate que evalúa el Comité en ese cuadro y que deja vigentes la Procuraduría, es decir, los de mayor área de cubrimiento y los de fortaleza financiera. Los otros dos criterios de desempate establecidos en los pliegos -el de la programación y el de la balota-, no los pude aplicar porque la Procuraduría General de la Nación conceptuó que eran subjetivos” (f. 100 ib.), y por ello los sustituyó "por dos criterios adicionales objetivos: la democratización y los antecedentes judiciales de cada uno de los proponentes"(f. 101 ib.).

“Con relación a los motivos determinantes para que en lo relativo a la ciudad de Cali, de las diez propuestas empatadas con cien puntos seleccionara a M.M. y a la sociedad "Suministros y Montajes de Ltda." representada por L. A., adujo que cumplieron no sólo con estos criterios de desempate, sino con "todo lo concerniente al debido proceso y a la ley 80 que en el proceso licitatorio y en la contratación directa está establecido” (f. 102 ib.).

“Interrogado sobre si a partir del momento en que se conocieron los puntajes correspondientes a los aspirantes por la ciudad de Cali, el entonces Ministro de Minas y Energía, B.B., le había hecho comentario, referencia o alusión a algunas de las propuestas, respondió que le había tratado la de M. M., uno de los licitantes para Cali, pero adujo que tanto el contenido de esas conversaciones, como las que sostuvo con los candidatos referidos atrás, "no incidió para nada, en la selección de esa propuesta específica en Cali" (f. 103 ib.).

“En similares términos se expresó B.B. en diligencia de indagatoria (fs. 142 y Ss. cd. 3 Fisc.), cuando afirmó que los comentarios que le hiciera a su homólogo de Comunicaciones, A.A., respecto de las preocupaciones de su paisano y amigo M.M. sobre la pretendida emisora de Cali, para nada “podían coaccionar o influenciar a quienes deberían en últimas tomar las decisiones”, por lo que no entiende cómo puede afirmarse que hubiere determinado o influenciado de alguna manera.

“Añadió que en algunas de las conversaciones que sostuvieron en reuniones formales e informales, como en Consejos de Ministros y en el Conpes, en donde se habló respecto del proceso de licitación de las emisoras, él tenía claro que éste se haría finalmente en una audiencia pública, en donde en caso de empate entre quienes obtuvieran los máximos puntajes, la adjudicación se definiría “por varios criterios, creo que eran cuatro, de desempate, en el que finalmente se aplicaría la balota” (f. 144 ib.).

“Admite haber enterado a A.A. de las inquietudes manifestadas por algunos de los proponentes, tales como M.M. y L.M., preocupados por saber cómo iban a definirse los desempates, si existiesen, como también si podría ayudarle a su hermano B.V. con el fin de que se le permitiera presentar los exámenes para obtener un puesto en el sector de comunicaciones en Cali.

“La aceptación de A.A. y de B.B. respecto a sus charlas sobre la amistad de éste con M.M. y la preocupación en torno a que su aspiración fuese eliminada al sometérsela a “balota”, según pautas señaladas por el Comité de Licitaciones, aunada a la interpolación de expectativas entre los Ministros, en distintas reuniones de las cuales dan fe testimonial L.L., Secretaria Ejecutiva del Ministerio de Comunicaciones (fs. 54 y Ss. cd. 1 Fisc.) y F.F., Secretaria Ejecutiva del Ministerio de Minas y Energía (fs. 61 y Ss. ib.), corroboradas con las anotaciones en sus agendas recogidas por la Fiscalía en inspecciones judiciales (fs. 54 y 61 ib.), llevan a concluir la realidad de las recomendaciones, con miras a que la pretensión de M.M. no fuese eliminada.

“Esto, sin desconocer la existencia de las otras conversaciones con los proponentes, a que alude A.A., cuya demostración y propósitos no son motivo de este proceso pero contribuyen a fortalecer las inferencias lógicas sobre las distintas reuniones en que aparece referenciado M.M., puesto que, entre otras, en la agenda de B.B., la anotación “envíele esta nota a A.A.. Urgente”, se refiere a que “el ministro B.B. estaba tratando de conseguirle un puesto a su hermano B. V. en TELECOM de Cali”, según el dicho de Fabiola Gómez (f. 66 ib.).

“2.4.- Efectuando un paréntesis sobre la exposición que se desarrolla, debe reiterar la Sala en este momento que en nada aprecia el contenido de la

grabación ilícitamente efectuada, sobre una presunta charla telefónica entre los referidos A.A. y B.B., que es nula de pleno derecho, por expreso mandato del inciso final del artículo 29 de la Constitución Política de Colombia. Esa práctica delictuosa de interceptar las comunicaciones privadas, sin previa autorización escrita de autoridad judicial competente, debe ser expresamente censurada y rechazada, como flagrantemente violatoria del derecho fundamental a la intimidad de todos los seres humanos.

“Luego de la notable divulgación que tuvo esa eventual charla, se realizaron las pertinentes averiguaciones, éstas sí lícitas e imperativas, sobre la realidad de la perturbación en la objetividad, transparencia, imparcialidad, igualdad, equilibrio y selección neutral, cuya rigurosa observancia rige para la celebración de todo contrato u operación estatal.

“2.5.- En las respectivas diligencias judiciales, llevadas a cabo con el pleno cumplimiento de las garantías procesales, los dos ex Ministros han tratado de demeritar la trascendencia de las charlas que sí reconocen haber efectuado, pero sin detallar los aspectos que podrían comprometerles, en especial sobre las recomendaciones y "transmisión de inquietudes o preocupaciones", como las califica B.B. .

“Así, sostiene el defensor de A.A., que a éste se "imputa como delictuoso un fenómeno del fuero natural interno, de la voluntad humana, sin ser contrario el derecho (sic) dado que todo lo actuado se considera por la acusación como legal salvo el aspecto psicológico mencionado, que de otra parte tampoco es antijurídico" (f. 355 cd. 1 Corte). **Se justificaría entonces que el provecho individual avasalle el bien común, malsana costumbre que no por la probabilidad de que pueda encontrarse lamentablemente arraigada en el manejo de los asuntos del Estado, deja de ser merecedora del reproche moral, social y jurídico, incluyendo la represión penal por hallarse tipificada como conducta punible,** en el artículo 145 del Código actual.

“Está visto que el delito de interés ilícito en la celebración de contratos, que el legislador quiso sancionar muy severamente, requiere para su estructuración que el funcionario se incline hacia el provecho propio o de un tercero. Como hechos indicadores de esa inclinación en beneficio ajeno y para determinar la trascendencia de las recomendaciones de un Ministro sobre el otro, ante la renuencia a detallar el contenido de las conversaciones personales y telefónicas, constatará la Sala la credibilidad de la cabal aplicación de los once criterios que dice haber tenido en cuenta el Ministro A.A. para la adjudicación de la emisora a M.M., de manera que se pueda inferir si aquellas conversaciones influyeron o no en la

decisión, así como la verosimilitud del grado de amistad o compromiso que pudo dar origen a la intercesión del Ministro B.B. ante su colega.

“M.M., en testimonio rendido ante la Oficina de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación (fs. 64 y Ss. cd. 2 Fisc.), destaca su amplia trayectoria y experiencia en la radio, por su trabajo en R. C. N. durante más de 16 años, su vinculación a los diarios El País y Occidente y la asesoría al semanario El Balón en Cali.

“Respecto a su propuesta identificada bajo el número 318, dentro de los cuadros del Comité de Licitaciones, en la 001 de 1997, donde fue favorecido por resolución 3536 del 24 de julio de dicho año, afirma que su contenido solamente se conoció después de que su apoderada, quien adelantó todas las gestiones, la presentara ante el Ministerio de Comunicaciones; ignora que entre los Ministros de Comunicaciones y de Minas y Energía, para esa época, se hubiese tratado el tema de su propuesta. Respecto del contenido de las expresiones de B.B. en comunicado de prensa alusivo al proceso de adjudicación de emisoras para Cali, sostuvo que se trataba de comentarios genéricos e informales a favor de periodistas ampliamente conocidos en esa ciudad.

“A diferencia de lo aceptado por A.A. y B.B., respecto a las charlas que mantuvieron en torno a esa propuesta, al igual que sobre las reuniones, llamadas y comunicaciones, tal como consta en las agendas del ex Ministro de Minas, M.M. asegura desconocer en absoluto lo que aquéllos hablaron en pro de su solicitud y pretende que solamente conoció el resultado porque su apoderada le informó cuando salió la resolución, de lo cual se enteró a través de los medios de comunicación, postura que no demerita su amistad con B.B. y la consecuente transmisión de las “preocupaciones” a A.A., para que la propuesta no resultara eliminada.

“Tal como lo analizaron la Fiscal comisionada ante esta corporación y la Procuradora Cuarta Delegada en lo Penal en sus intervenciones, no se puede desconocer que existía notoria amistad entre el Ministro B.B. y M.M.. Aquél, a partir de su primera versión, manifestó que desde la infancia han practicado deportes juntos y Escobar, profesional de la radio, se interesó mucho por la carrera política de B.B., hasta el punto que en una oportunidad recogió firmas para lanzar su nombre a la Gobernación del Valle; visitó Japón con la selección de fútbol colombiana cuando él ocupaba un cargo diplomático en ese país, y desde allí hizo lo propio a favor de un cuñado, quien posteriormente fue Gobernador de su Departamento.

“Se viene apreciando, de tal manera, que no resultan verosímiles, en estos aspectos, las manifestaciones procesales de los otrora Ministros; aunque B.B. aduce que no se puede considerar a M.M. como su amigo cercano, la existencia de sus reuniones con A.A., admitida a medias por ellos, se precisa con las anotaciones en la agenda del entonces Ministro de Minas y Energía, donde se alude a “MAO-J.M. TURBAY-RVA EL NOGAL PARIS”, que según F.F. corresponden a su letra y a que su jefe le había dado instrucciones de pedir un reservado en el Club El Nogal, para reunirse con M.M. (“....”) y J. T., a quienes ella concretó telefónicamente (f. 67 cd. 1 Fisc.). También para el 24 de junio de 1997, aclara que B.B. le había advertido que si llamaba M. M. le dijera que se comunicara con A.A. y, cuando M.M. telefoneó, “le di el mensaje de llamar al Ministro de Comunicaciones, no sé si lo hizo” (f. 70 ib.).

“Por lo tanto, tampoco resulta creíble la posición adoptada por M.M. en su testimonio, tratando de mostrarse ajeno a cualquier intervención de su amigo B.B. en su favor, ante el Ministro de Comunicaciones, pues además de haber sido un hecho admitido por aquél, resulta bastante diciente que al regreso del Ministro de Minas al país, en agosto de 1997, luego de someterse a una delicada intervención quirúrgica, se hubieran reunido en el Club El Nogal el 13 de dicho mes, según obra en anotación de ese establecimiento.

“Además, al revisar las aseveraciones de A.A. sobre la presunta aplicación de diversos criterios adicionales, no es clara como él lo plantea, ni siquiera en el cuadro anexado en el resumen de sus alegatos en la audiencia pública, lo cual lleva a inferir precisamente lo contrario, es decir, que desconoció los criterios objetivos de adjudicación entre los diez licitantes para Cali que se hallaban empatados, interesado como estaba en favorecer la propuesta de M.M., por influencia de su homólogo de Minas y Energía, según se viene precisando.

“Los once criterios finalmente relacionados en el cuadro aportado en la audiencia pública, página 2 de sus alegatos, los hizo consistir en: 1) Mayor puntaje. 2) Mayor área técnica. 3) Mayor respaldo financiero. 4) No antecedentes judiciales. 5) Art. 35 ley 80/93, democratización. 6) No tener concesiones en Cali, ni en el Valle del Cauca. 7) No tener participación accionaria en empresas radiales de Cali. 8) Ser periodista radial. 9) Trayectoria como periodista en empresas radiales. 10) Experiencia como periodista radial. 11) Clasificada para adjudicar en la anterior licitación, declarada desierta.

“Sin embargo, antes de analizar la validez y observancia de tales criterios, debe advertir la Corte que no tiene sentido considerar los cinco primeros, dado que hasta allí, como obra en el cuadro, los 10 proponentes para Cali iban empatados con el máximo puntaje.

“En desarrollo del argumento de haber aplicado imparcialmente esos once criterios, A.A. comienza por atribuir a miembros del Comité de Licitaciones la redacción de la resolución 3536 expedida el 24 de julio de 1997, y su elaboración a las doctoras, Secretaria General del Ministerio y, Jefe de la Oficina Jurídica, mediante la cual otorgó, entre otras, la concesión radial a M.M., que ellas aceptan, pero no puede pasar la Sala por alto, que además son enfáticas en señalar, junto con los demás integrantes de ese Comité, que la selección de los adjudicatarios la hizo personalmente dicho Ministro.

“También, con el ánimo de demeritar la acusación y demostrar que la concesión a M.M. se hizo por ser el mejor de los 10 proponentes para la ciudad de Cali, que inicialmente estaban empatados, a quien no podía desestimar sin desatender las recomendaciones del Comité de Licitaciones y los principios de transparencia y de selección objetiva, el aquí procesado entregó el cuadro general de calificaciones de la licitación 001 de 1995 abierta por su antecesor, el Ministro, para 180 emisoras y advirtió que en la hoja 17 (f. 32 anexo 19), la propuesta presentada entonces por M.M., aparecía como apta para ser contratada directamente, lo que ratifica parcialmente la certificación del Jefe de la Oficina Jurídica del Ministerio de Comunicaciones,, de fecha 4 de febrero de 1998, que encontró hábil a dicho oferente para la ciudad de Cali, con puntaje de 76.82, de lo cual resalta que si él hubiera tenido interés para adjudicarle al señor M.M., sería consecuente obrando desde esa ocasión, cuando se declaró desierta la licitación de 1995.

“Sin embargo, ese mismo cuadro (fs. 31 y 32 anexo 19) se encarga de desvirtuar tal aseveración del procesado, y de paso lo por él aportado dentro del recurso de reposición contra la resolución acusatoria (f. 293 cd. 5 Fisc.) y en la audiencia, puesto que no es cierto, como lo adujo a lo largo del proceso, que si hubiera querido vulnerar los principios de transparencia y objetividad, habría podido adjudicarle a M.M. desde la declaratoria de deserción de la licitación 001 de 1995, en diciembre de 1996, al obtener el más alto puntaje de quienes se volvieron a presentar en la 001 de 1997, ni que ese cuadro lo tuviera desde la primera declaratoria de desierta y, por ello, lo pudo tomar en consideración para la adjudicación directa.

“Llega la Corte a tal conclusión, porque al revisarlo se observa que de los licitantes empatados en la segunda oportunidad, habían clasificado en la anterior:, con la propuesta distinguida con el N° 5, con "078.90" puntos, y, con el N° 672 -no ... como afirmó la Fiscalía-, con "076.42", mientras M.M., con el N° 164 obtuvo "076.62", que si bien superó la calificación de, fue inferior a la de

“A pesar de tal evidencia, en el acomodaticio cuadro presentado por A.A. a la Fiscalía, se desconoció esa clasificación ay a, restándoles un punto en el criterio 11), lo que habría colocado, al menos a la primera, en situación de

superioridad sobre la sociedad "Sistemas Suministros y Ltda", a la que finalmente se le adjudicó una de esas frecuencias

“Aunque tal concesión no es materia de debate dentro de este proceso, se detecta una situación irregular frente a la licitante, pues en cuanto a, no se puede considerar afectado con la selección, porque en últimas, según se observa en la multicitada resolución 3536, le fue adjudicada una frecuencia radial en el municipio de Florida, del mismo Departamento; de todas maneras, esa comparación conduce a desvirtuar la manifestación del procesado de tener a la mano, en el momento de escoger a M.M., el cuadro de la anterior licitación.

“Además, la falta de acceso a dicho listado fue corroborada con los testimonios de los integrantes del Comité de Licitaciones y la Secretaria General del Ministerio; ella y la Jefe de la Oficina Jurídica declararon lo concerniente a que A.A. seleccionó a los adjudicatarios en los casos de empate, testimonios dignos de credibilidad porque, habiendo laborado bajo su mando en el Ministerio de Comunicaciones, no se observa ánimo vindicativo o de perjudicarlo, sino de exponer lo que les consta, así:

“2.5.a.-) Dentro de la inspección judicial practicada en el Ministerio de Comunicaciones, se recibió declaración a, Jefe de la Oficina Jurídica de ese Ministerio, quien refiere en detalle todos los pasos, interferencias y parámetros que incidieron para que mediante resolución 3355 del 10 de julio de 1997 se declarara desierta la licitación 001 de 1997, hasta el 24 de julio siguiente, fecha de expedición de la resolución 3536, mediante la cual se dispuso la contratación directa de las 81 emisoras en frecuencia modulada.

“Afirma que la escogencia se hizo teniendo en cuenta los estudios y evaluaciones realizados en dicha licitación, tal como se plasmó en el artículo 3° de esa resolución y que el comité de radiodifusión sonora, con fecha 10 de julio de 1997, recomendó declararla desierta, con base en el concepto emitido por el Procurador. Añade:

"... en dicho comité reposa el cuadro consolidado del estudio definitivo de la licitación, posteriormente y no me acuerdo la fecha del comité creo que fue el 24 de julio de 1997, se recomienda la adjudicación directa con base en los estudios finales efectuados a las ofertas adjudicación directa que también estuvo avalada por un concepto solicitado a la secretaria jurídica de la presidencia de la República y de un asesor externo el Dr. contratado para el efecto.” (fs. 85 y Ss. cd. 1 Fisc.).

“Fueron allegados en esa misma diligencia, copia del concepto del abogado, contrato de prestación de servicios, actas 014 a 025 del Comité de Licitaciones, informe de la visita de la Procuraduría de 24 de junio de 1997, resultados

preliminares de evaluación, acta de cierre licitación 01/97, adendas 1 a 8, evaluación jurídica, técnica y financiera de las propuestas presentadas por M.M., Sistemas Suministros y Ltda., Oiga, Mire, Veá y Uniceb, copia de la resolución de apertura de la licitación 01 de 1995, pliegos de licitaciones, concepto de la Procuraduría General, resolución que declaró desierta la licitación, informe del 28 agosto de 1997 rendido por los coordinadores de los grupos evaluadores de la licitación 01 de 1997 y comunicación del 26 de agosto de 1997 del Procurador General de la Nación, solicitando suspender la firma de los contratos (fs. 89 y 90 ib.).

“Posteriormente, la Jefe de la Oficina Jurídica, en ampliación de testimonio (fs. 126 y Ss. ib.), reitera haber colaborado en la redacción de la resolución 3536 de 1997, pero advierte que la selección de los escogidos la hizo el Ministro del ramo.

“Explica que la inconsistencia entre el encabezado del acta correspondiente a la sesión del 24 de julio de 1997, plasmando la hora “17:00”, mientras que en el texto de la misma se alude a “8:00”, con terminación “9:00”, según la parte final del acta, se debe a que ella tomaba los encabezados de actas anteriores y no se percató de ese lapsus, pero lo cierto es que se suscribió en horas de la mañana (f. 129 ib.).

“2.5.b.-) Testimonio de, Secretaria General del Ministerio de Comunicaciones e integrante del Comité de Licitaciones, quien relata las actuaciones del Ministerio en el proceso licitatorio mencionado, el desequilibrio que se presentaba frente a la admisión de nuevos proponentes por medio de acciones de tutela, a quienes inicialmente no les habían sido aceptadas sus propuestas por extemporáneas, motivo por el cual la Procuraduría solicitó que se declarara desierta, quedando el Ministro A.A. sin opción distinta a abrir nueva licitación o contratar directamente.

“Por ello, se solicitó concepto a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República y al Dr., quienes coincidieron en recomendar la aplicación del artículo 12 del decreto 855 de 1994 y por parte de unos oferentes se envió la opinión del doctor (f. 119 ib.). El Comité de Licitaciones, una vez analizados los conceptos, recomendó al Ministro A.A. la contratación directa, haciendo uso del antedicho artículo 12.

“Pero destaca que “En el acta de recomendación se hizo énfasis en que el señor Ministro contratara teniendo en cuenta los estudios realizados a las propuestas incorporadas, inclusive las observaciones presentadas por los oferentes” (f. 120 ib.); indica además, que se le sugirió la contratación directa para aquellos casos en donde hubiera un sólo ganador, pero se le dejó en libertad en caso de empate, para que él tomara la decisión correspondiente, después de haber considerado los criterios técnico y financiero recomendados por el comité.

“Sostiene que así procedió el Ministro, indicando en el listado al seleccionado, "no recuerdo la verdad si con resaltador o con un asterisco al frente del proponente" (f. 124 ib.), para que procediera a sacar la resolución para su firma, de inmediato, lo cual ella hizo, sin que A.A. hubiera pedido información adicional sobre los empatados, "salvo, el listado sobre antecedentes judiciales de los proponentes enviados por el DAS, que es un documento confidencial que reposa en mis archivos" (f. 128 ib.).

“En la ampliación fue enfática al señalar, contrario a lo expresado por el ingeniero A.A., que desde el momento en que el Comité de Licitaciones finiquitó la evaluación de las propuestas, éstas fueron introducidas en urnas instaladas en el Museo Postal, segundo piso del edificio Murillo Toro, y “Las llaves de los candados de las urnas estaban bajo mi custodia en la caja fuerte que reposaba en la Secretaría General” (f. 222 cd. 4 Fisc.).

“Indica que después de la fecha en que se declaró desierta la licitación 001 de 1997, el Ministro A.A. nunca pidió “que se le suministrara algún listado que registrara los proponentes clasificados en la licitación declarada desierta en diciembre de 1996” (f. 223 ib.); destaca que no tuvo conocimiento de la existencia de los denominados “criterios adicionales” que él afirma haber utilizado para dirimir los empates, por lo cual no se citaron en los considerandos de la resolución 3536. "Los únicos criterios son los que aparecen en el acta 024, los que le pasamos, el criterio de desempate técnico y el financiero” (f. 224 ib.).

“2.5.c.-), Viceministro de Comunicaciones, quien para la época de la licitación 001 de 1997 presidía el Comité de Licitaciones, relató que en repetidas ocasiones conversó con el Ministro A.A. temas referidos a la misma, por ejemplo, que era necesario solicitar unos conceptos sobre la posibilidad de contratar directamente, encareciéndole que se estudiara ese tema con profundidad, y nunca le pidió que mirara alguna propuesta en especial, porque permanecían en la Secretaría General, donde se coordinaba todo ese tema. Agrega:

“Que yo sepa el Ministro A.A. no tuvo acceso a las propuestas... No me comentó los criterios que él iba a utilizar para las ciudades donde había empate... Nosotros estuvimos trabajando sobre el contenido de la resolución, sus considerandos y demás temas, eso me acuerdo perfectamente, hasta aproximadamente una o dos de la mañana del día en que se tomó la decisión, del día en que sacamos la recomendación y el Ministro después sacó la Resolución. Esa noche se decidió que definitivamente la recomendación que se le iba a hacer al Ministro era contratar

directamente, porque el Comité consideraba que el proceso se había adelantado bien y había unas calificaciones objetivas que ya estaban ahí." (f. 168 cd. 4 Fisc.).

“Aclara que desde el momento en que asumió como Ministro de Comunicaciones, en reemplazo de A.A., hasta el 5 de agosto de 1998, no se había firmado el contrato con M.M., porque cuando se efectuaba el análisis jurídico sobre la conveniencia legal de firmarlo o no, se recibió concepto de un abogado externo recomendando esperar a que se definieran las investigaciones penal y disciplinaria, en lo que estuvo de acuerdo la Oficina Jurídica del Ministerio. "La investigación hecha por nosotros ha encontrado que los documentos y las calificaciones de esa propuesta son correctos, pero no se firmó por las razones antes anotadas..." (f. 169 ib.).

“2.5.d.-) (fs. 25 y Ss. cd. 3 Fisc.), Director de Telecomunicaciones y Servicios Postales del Ministerio de Comunicaciones, y (f. 31 ib.), integrantes del Comité de Licitaciones, quienes tuvieron a cargo la parte técnica y financiera, en su orden, coinciden en afirmar que en el proceso de selección y elaboración de los cuadros finales de los puntajes, no se presentó interferencia, recomendación o injerencia del doctor A.A., ni de ninguna otra persona.

“2.5.e.-) El testimonio de (fs. 155 y Ss. cd. 4 Fisc.), asesor del Ministro, corrobora que éste desconocía muchos de los elementos de los que dice utilizó para la escogencia de M.M.. Afirma que después del retiro de A.A., él lo llamó a su oficina y le pidió, si era posible, expedir constancia sobre la composición accionaria y de las juntas directivas de tres empresas que habían concursado para Cali dentro de la licitación 001, "a lo cual pues yo le manifesté que eso era factible, pues debido a que es información que reposa en documentos públicos... procedí a buscar esos expedientes y hacer la certificación" (fs. 157 y 158 ib.).

“2.5.f.-) Así mismo,, técnico en telecomunicaciones, quien durante la licitación 001 de 1997 prestaba apoyo a, a pesar de no recordar si después de la evaluación definitiva de las propuestas por el Comité de Licitaciones y la declaratoria de deserción se sacaron algunas de tales propuestas, precisa que todo permaneció bajo el cuidado y responsabilidad de la Secretaria General del Ministerio (f. 163 ib.).

“2.5.g.-), Asesor de Secretaría General, afirma que antes del 4 de febrero de 1998 (fs. 164 y Ss. ib.), nunca se le pidió la verificación de aquel listado, ni llegó a suministrarla.

“Volviendo a las consideraciones que venían desarrollándose antes de la precedente relación testimonial, que demerita la pretendida aplicación del criterio 11, se tiene que conocidos los fundamentos de la imputación, en ampliación de indagatoria (fs.

89 y Ss. ib.), A.A. procuró demostrar su ausencia de interés en la concesión a M.M., aduciendo haber observado los principios de transparencia y de selección objetiva, aunque la ley lo facultaba para decidir libremente sin violar norma alguna, por lo cual adjudicó 44 frecuencias a quienes ocupaban el primer lugar y, en el caso de las 37 emisoras restantes, definió el desempate, primero por el cubrimiento del área técnica y el respaldo financiero.

“Como el empate persistiera entre M.M. y los ocho proponentes excluidos, recurrió a otros dos mecanismos, tales como verificar la ausencia de antecedentes judiciales y que cumplieran con el artículo 35 de la ley 80 de 1993, que impide adjudicarle a quien ya tuviera asignación en F. M. en ese municipio, pero aún después de esos cinco criterios, el empate se mantenía.

“No obstante, según los considerandos de la resolución 3536, esos argumentos no resultan válidos en cuanto a la libertad absoluta que M.M. aduce haber tenido para adjudicar ante la deserción de la licitación, porque tal como se consignó en el numeral 3° de dichos considerandos, la selección de los contratistas para la adjudicación directa "se hizo sobre la base de los ofrecimientos recibidos con destino a la licitación N° 001 de 1997 y teniendo en cuenta los estudios y evaluaciones que para el efecto se realizaron dentro de dicha licitación, lo mismo que las comparaciones, cotejos, estudios y deducciones pertinentes" (f. 36 anexo 15-3).

“Precisamente, en la adenda 7 de la licitación, como en forma acertada lo destacó la Fiscalía, al ser planteados por un licitante los criterios relacionados con la experiencia radial, como instrumento para garantizar la selección objetiva, se concluyó que no era posible dejar participar, con exclusividad, “a los actuales prestatarios del servicio de radiodifusión sonora, quienes serían los únicos con posibilidad de acreditar experiencia”, luego mal podía el Ministro contrariar esos parámetros, variando las reglas de juego inconsultamente.

“En ese orden de ideas, tampoco es provechoso a las tesis de la defensa el testimonio de ..., rendido en la audiencia pública (fs. 115 y Ss. cd. 2 Corte), sobre el encargo recibido del Ministro A.A. en vísperas del 11 de julio de 1997, ante la sugerencia de la Procuraduría de declarar desierta la licitación y la consecuente posibilidad de adjudicar directamente, para que subrayara entre los empatados a quienes fuesen periodistas reconocidos, mecanismo subjetivo que mal puede tomarse como criterio serio de cualificación, que además había sido excluido expresamente de la licitación 001/97, adenda 7, por vulnerar el principio de igualdad entre los concursantes.

“Por lo tanto, la mención de los criterios "ser periodista radial", "trayectoria como periodista en empresas radiales" y "experiencia como periodista radial", que en el fondo se reducen al mismo aspecto, pero que ha tratado de mostrar pluralmente el ingeniero A.A. dentro de este proceso y a los medios de comunicación, para disimular la ventaja otorgada a M.M., a petición de su colega de Gabinete, contraría los parámetros de los considerandos de la resolución 3536.

“Aunque, a diferencia de la tesis de la señora Procuradora, no sea exacto que con el simple examen del mayor respaldo financiero se hubiera podido dirimir el empate presentado entre los 10 licitantes por una emisora de Cali que obtuvieron el mayor puntaje, dado que al ser calificadas sus propuestas obtuvieron el máximo factible, no sólo en el total (100) sino en el criterio técnico y acerca del respaldo financiero, tampoco encuentra la Corte razón para insistir en la aplicación del criterio democrático previsto por el artículo 35 de la ley 80 de 1993, que no arrojó diferenciación, ni en la ausencia de antecedentes judiciales, por carecer los 10 de registro desfavorable.

“Del contenido de la motivación de la resolución 3536 de 24 de julio de 1997, se colige que para la selección transparente y objetiva de las propuestas para Cali, han debido tenerse en cuenta, “los estudios y evaluaciones que para el efecto se realizaron dentro de dicha licitación, lo mismo que las comparaciones, cotejos, estudios y deducciones” a que alude en el artículo 3º, que no fueron otros que los señalados en los 18 puntos de las consideraciones, donde se advierte la constante referencia a las disposiciones contenidas en la ley 80 de 1993 y su decreto reglamentario 855 de 1994.

“Esos considerandos no daban lugar a especulación alguna para contrariar las bases de la licitación, expresándose en el 13 “Que la evaluación llevada a cabo dentro de la licitación declarada desierta, las observaciones presentadas al respecto por los distintos proponentes y la resolución por el Ministerio de dichas observaciones, constituyen un sólido fundamento para una decisión sobre selección como la que se encuentra pendiente” (f. 30 anexo 15-3), mientras el 15 indica “Que, todos los elementos de juicio con que el Ministerio cuenta en esta oportunidad, recaudados a través del proceso licitatorio, posibilitan y garantizan la selección objetiva que para estos casos exige la ley” (f. 30 anexo 15-3).

“2.6.- Al haberse inclinado el Ministro A.A. a favor de M.M., basado en criterios que expresamente habían sido descartados en el proceso licitatorio, además de repetir los referentes a la calidad de periodista radial, sin comunicárselo a las abogadas encargadas de la elaboración de la resolución 3536 de 1997, se infiere que no se trató de olvido o confusión de su parte; así lo corroboran los considerandos de tal resolución y los testimonios de la Secretaria General y de quienes estuvieron a

cargo del aludido Comité y no conocieron por razón de sus funciones o fuera de ellas, esos supuestos criterios adicionales.

“Por consiguiente, al no haber logrado el doctor A.A. justificar la aplicación, desde varios puntos de vista, de parámetros descartados en una de las adendas, se infiere una flagrante omisión del deber de selección objetiva, que desvirtúa las explicaciones vertidas en sus diferentes relatos, tomadas por la defensa como supuestos de hecho para tratar de demostrar, sin éxito, que las recomendaciones e injerencias de B.B. no influyeron en A.A. para la selección de Escobar Izquierdo, en los términos referidos por la Fiscalía al formularle los cargos.

“Todo lo anterior y la ya mencionada ilegalidad de la grabación del telefonema entre los ministros, que transcribió la revista "Semana", diluye la trascendencia del comunicado expedido por B.B. en agosto de 1997, admitiendo haber sostenido esa conversación en el mes de julio de ese año, el día 21, antes de la adjudicación, escrito mediante el cual, además, pidió excusas al país por el error cometido.

“Se precisa que las resoluciones por las cuales se declaró desierta la licitación 001 de 1997 y se dispuso la adjudicación por contratación directa no fueron, en sí mismas, motivo de reproche en la acusación, radicado en la transgresión de la transparencia y escogencia objetiva que debieron regirla respecto a la adjudicación a M.M., pues "la prueba revela que tal contratación fue libre, en la que quien tuvo la responsabilidad de hacerla, actuó movido por intereses personales, particulares, con desvío real por influjo de esa personal motivación derivada, sin duda alguna, de la recomendación (consejo, asociación) eficaz que a favor de M.M. le hizo el entonces Ministro de Minas y Energía, doctor B.B. ” (fs. 219 y 220 cd. 5 Fiscalía).

“2.7.- De otra parte, tampoco resulta veraz la aseveración del ingeniero A.A., sobre que a pesar de haberse reunido con B.B. el 10 de junio de 1997 en el Club El Nogal, no trataron el tema de M.M., argumentando que para esa fecha no se conocían los resultados finales de la licitación; por el contrario, tal como obra en el proceso, las evaluaciones pertinentes se habían consolidado desde el 23 de mayo de dicho año.

“Así mismo, mediante acta 021 de tal fecha, el Comité de Licitaciones ordenó colocar a disposición de los oferentes esas calificaciones y estudios jurídicos técnicos y financieros realizados a las propuestas entre el 26 y el 30 de mayo del aludido año (fs. 73 y Ss. anexo 15-1), es decir, desde esa época ya se conocían los empates de los licitantes para la ciudad de Cali, y de acuerdo con los términos de la licitación y sus adendas, de haber seguido su curso normal se habría utilizado la balota, que era precisamente el comentado motivo de preocupación e inquietud de M.M., porque para ese momento ya se sabía que no había obtenido el más alto puntaje en su propuesta.

“2.8.- La selección de la propuesta de M.M. significa que A.A., en su condición de Ministro de Comunicaciones, transgredió el principio de transparencia y el deber de selección objetiva, previstos por los artículos 24 y 29 de la ley 80 de 1993, en consonancia con los artículos 1º y 12 del decreto reglamentario 855 de 1994, con lo que se evidencia su actuar antijurídico, propiciatorio de la exclusión infundada de ocho proponentes que se encontraban en posición equiparable, pero no fueron objeto de valoración y confrontación para escoger en igualdad de condiciones.

“De todo lo anterior, colige la Sala que el hecho inductor de la decisión adoptada en tal sentido en la resolución 3536 de julio 24 de 1997, fue la especial amistad del proponente M.M. con el Ministro de Minas y Energía, B.B., así como la correlación institucional hacia el Ministro de Comunicaciones, A.A., puesto que si éste no tenía nexo cercano con M.M., fue la “transmisión de inquietudes” lo que le hizo interesarse indebidamente en tal operación.

“Precisamente, ese interés tiene carácter ilícito en la medida en que con dicha inclinación indebida se estaban afectando, entre otros, los principios de igualdad, moralidad e imparcialidad de los administradores públicos, en provecho del tercero, M.M. (art. 145 C. P.), a quien se dio prelación subjetiva sobre sus iguales, en desmedro de la imagen de la administración pública y de la credibilidad de la colectividad en los procesos licitatorios, que el Ministro de Comunicaciones estaba obligado a preservar.

“2.9.- Con relación a la culpabilidad, el actuar doloso requiere voluntad de favorecer al proponente, consciente quien así actúa que con esa decisión vulnera, sin que obre causal alguna de inculpabilidad, el bien jurídico de la administración pública, desequilibrando la expectativa de terceros, legítimamente interesados en contratar con la administración estatal, para el caso a cargo de A.A. por razón de sus funciones, como servidor público que debía someter sus procedimientos y la determinación a los principios consagrados por la ley 80 de 1993 y su decreto reglamentario 855 de 1994, que no ignoraba, pues aparecían expresamente referidos en los considerandos de la resolución 3536 del 24 de julio de 1997.

“2.10.- De todo lo anterior, surge la certeza requerida por el artículo 247 del estatuto procesal penal para condenar al entonces Ministro de Comunicaciones A.A., porque de manera consciente y voluntaria, en labor propia de su cargo, se interesó indebidamente en provecho de M.M., mostrando parcialidad en vez de rectitud y contrariando el deber de selección objetiva que siempre debe acompañar a la contratación estatal.

“Esta conducta se subsume así en la previsión estatuida por el artículo 145 del Código Penal, modificado por el 57 de la ley 80 de 1993 y el 32 de la ley 190 de 1995, dando lugar a la decisión que le corresponde emitir a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia dentro de su competencia en única instancia, según las ya expresadas previsiones de la Constitución Política - artículo 235, numeral 4° y parágrafo - y del Código de Procedimiento Penal - 68, numeral 6° -. (Corte Suprema de Justicia **Sala de Casación Penal, Proceso N° 15273, M.P. Dr. Nilson E. Pinilla Pinilla**, aprobado Acta N°182, 25-10-00)

COMENTARIOS

El bien jurídico tutelado en el tipo analizado por la presente providencia es la contratación administrativa para efectos jurídico-penales y en cuanto especificación de tal bien es el derecho del los órganos estatales a vigilar que la intervención de los servidores públicos en los contratos no esté influenciada por intereses personales, que se erigen en fuente de corrupción. Se protege pues el respeto por los fines de la actividad contractual de las entidades públicas, que se ven desviados o entorpecidos con la realización de la conducta descrita en este tipo.

Definición normativa del contrato estatal. De acuerdo con el artículo 32 de la ley 80m de 1993, son contratos estatales, "todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad." Así el contrato estatal es un acto jurídico en el cual por vía normativa se establecen los requisitos generales y especiales para que la expresión voluntaria de las partes produzca plenos efectos jurídicos.

La responsabilidad en la contratación estatal. El nuevo estatuto de contratación estatal pretende otorgar a los sujetos que intervienen en esa actividad, un marco general de los principios esenciales de la misma y paralelamente un campo de acción amplio y flexible para que aborden de manera eficaz el cumplimiento de los fines estatales que se les ha confiado. La mencionada autonomía y agilidad debe recíprocamente generar un régimen de responsabilidades estricto; el cual comprende la conducta del servidor en relación con hechos inherentes a la celebración misma del contrato. Se regula la responsabilidad de la entidades públicas (artículo 44), la responsabilidad del servidor público, consultor, interventor, asesor y particular (artículos 45 y 48). De esta forma se ha determinado normativamente las conductas del servidor público o de los demás sujetos que intervienen en la contratación, son susceptibles de generar responsabilidad, civil, penal o disciplinaria.

Una norma de gran importancia introdujo el Estatuto de contratación estatal en su artículo 56 al hacer extensivo el régimen penal de los servidores públicos a los restantes sujetos que intervienen en procedimiento contractual. Dice textualmente el mencionado precepto: "Para efectos penales, el contratista, el interventor, el consultor y el asesor se consideran particulares que cumplen funciones públicas en todo lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebren con las entidades estatales y, por tanto, estarán sujetos a la responsabilidad que en esta materia señala la ley para los servidores públicos."

El interés ilícito en la celebración de contratos es tipo de lesión y de conducta instantánea; lo primero en cuanto intrínsecamente la realización del hecho conlleva no solo amenaza sino efectivo daño o lesión al bien jurídico protegido - administración pública- en su especificación de la moralidad, imparcialidad, objetividad y honestidad que debe presidir la actividad contractual del Estado. Lo segundo porque según el alcance cronológico de la conducta, con la materialización del interés indebido del agente, se producirá la perfección y agotamiento del tipo, sin interesar, en proceso de adecuación típica, el tiempo en el que dure la dicha circunstancia, así la suspensión de la acción o de su resultado no surte efectos en orden al perfeccionamiento de la infracción.

El sujeto activo ha de ser un servidor público que dentro de su competencia funcional deba intervenir en la tramitación, aprobación y celebración del contrato objeto material de la infracción, si la acción la realiza un servidor sin tener la competencia funcional mencionada no se tipifica la presente infracción sino un abuso de autoridad consagrada en el artículo 162 C.P. El sujeto pasivo es el Estado como sujeto de derechos personificado jurídicamente es el titular del bien jurídico protegido. No se comprenden posibilidades de sujetos pasivos secundarios dada la naturaleza mono-ofensiva del tipo. Por actividad contractual parcializada o no objetiva pueden verse afectadas regiones o comunidades específicas, pero las mismas por no tener subjetividad jurídica no adoptan la calidad de sujetos pasivos ni aún secundarios; en algunas eventualidades de acción pública podrían considerarse víctimas o perjudicados.

Por ser de mera conducta el tipo se perfecciona en el momento en que surge el interés ilícito, que compromete la parcialidad del funcionario; no obstante se aclara que tal interés debe tener manifestaciones objetivas y externas, pues es imposible incriminar pensamientos y deseos que tan solo queden en la órbita subjetiva del agente. Como tipo de conducta instantánea no admite la forma tentada.

El interés particular en provecho propio o de un tercero puede estar justificado por estrictos cumplimientos de deberes legales, ejercicio legítimo del cargo o de un derecho o por acatamiento de orden formal del superior jerárquico. También se puede configurar excepcionalmente el estado de necesidad en caso de conflicto de intereses que obligue a la realización de la acción, para proteger o salvar un derecho propio o ajeno, equivalente o de superior jerarquía al bien jurídico tutelado por este tipo penal.

Es delito exclusivamente doloso. El elemento culpabilidad se concretará en el conocimiento que el servidor debe tener de su competencia funcional para intervenir en el trámite de un contrato u operación, de la presencia de interés particular en el mismo, ya sea en provecho suyo o de un tercero; la voluntad se observará en el querer desplegar inequívocamente, la fase ejecutiva del comportamiento con el mencionado conocimiento.