

Proceso No 14699

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL

Aprobado acta No. 056

Bogotá, D. C., veinte de mayo del año dos mil tres.

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado WILLIAM PÁEZ PATIÑO contra la sentencia dictada por el Tribunal superior del distrito judicial de Bogotá mediante la cual lo condenó por el delito de violación del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades.

Hechos y actuación procesal.-

1.- Aquellos, ocurridos en Bogotá, fueron declarados por el juzgador de la manera siguiente:

“Se desprende de autos que el 20 de Diciembre de 1994 se suscribió entre los representantes legales del Hospital de La Samaritana y la Industria Colombiana de Gases S.A. ‘Cryogas’, el contrato No. 80, a cuyo tenor esta empresa se obligaba a suministrar e instalar dentro de un término de sesenta días los elementos necesarios para la red de oxígeno del centro hospitalario, por un valor total de \$22’851.500.00 (fls. 121/22 c.c. 1).

“Al procesado William Páez Patiño se le censura que, antes de que culminara trabajos la empresa contratista, en su calidad de Coordinador del Área de Arquitectura y Mantenimiento del Hospital estableciera contacto con ‘Cryogas’ y conviniera verbalmente con ésta la confección de unas regatas (orificios para incrustar tubos), su cierre y pintura, indispensables para la red de gas, ante la aparente incapacidad de dicha empresa para entregar este específico trabajo.

“Es decir, es a esto a lo que a través del proceso se ha denominado ‘subcontratación’: Páez Patiño recibió de la empresa ‘Cryogas’ la suma de doscientos mil pesos para hacer tal trabajo; a su turno él, motu proprio, verbalmente contactó a los señores Segundo Rosas Cruz, Carlos Eduardo Herrera y Benjamín Ricardo Cendales, empleados del hospital, subalternos suyos, para la elaboración de las regatas en horas no laborables; a cada uno pagó de a mil quinientos pesos por cada una de ellas. El primero hizo 13 regatas, el segundo 8 y el tercero 10.

“La obra fue finalmente entregada en junio de 1995, pero en virtud del inusual comportamiento de Páez Patiño, la dirección del Hospital informó a la Contraloría de Cundinamarca, la cual inició investigación y aunque concluyó que ‘con relación a la ejecución del Contrato No. 080 de 1994 no existe responsabilidad fiscal, por cuanto...el suministro e instalación de la tubería de cobre tipo K, técnicamente cumple con lo pactado en el objeto del referido contrato’, sí juzgó pertinente enviar copia del expediente a la Fiscalía General de la Nación, génesis de esta actuación (fls. 229 a 223 c.o. 1)” (resalto original).

2.- Abierta la investigación por la Fiscalía ciento noventa y cinco delegada de la Unidad tercera de delitos contra la administración pública y administración de justicia (fl. 247), vinculó mediante indagatoria a WILLIAM PÁEZ PATIÑO (fl. 262 y ss.) a quien definió

su situación jurídica con medida de aseguramiento de conminación (fls. 2 y ss.-2).

Con posterioridad a la clausura parcial del ciclo instructivo (fl. 12-2), el seis de mayo de mil novecientos noventa y siete se calificó el mérito probatorio del sumario profiriendo resolución de acusación en contra del procesado por el delito de violación del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades, al tiempo que modificó la medida de aseguramiento de caución por la de detención preventiva y le concedió la libertad provisional (fls. 17 y ss.-2), mediante determinación que adquirió ejecutoria en esa instancia al no haber sido objeto de impugnación.

3.- El conocimiento del juicio fue asumido por el Juzgado cuarenta penal del circuito (fl. 3 cno. 3), donde después de llevarse a cabo la vista pública (fls. 21 y ss.-3), el treinta y uno de octubre de mil novecientos noventa y siete, se puso fin a la instancia condenando al procesado WILLIAM PÁEZ PATIÑO a las penas principales de cuatro (4) años de prisión y multa en cuantía de veinte (20) salarios mínimos legales mensuales, y las accesorias de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas y la pérdida del empleo público u oficial, entre otras determinaciones (fls. 27A y ss.-3), mediante sentencia que el dos de marzo de mil novecientos noventa y ocho el Tribunal superior confirmó íntegramente (fls. 3 y ss. cno. Trib.), al conocer en segunda instancia de la apelación promovida por el defensor.

4.- En oportunidad este mismo sujeto procesal interpuso recurso extraordinario de casación (fls. 18), el cual fue concedido por el ad quem (fls. 21) y dentro del término legal presentó el correspondiente escrito sustentatorio (fls. 26 y ss.) declarándosele ajustado a las prescripciones legales por la Sala (fl. 3 cno. Corte).

La demanda.-

Con apoyo en la causal primera de casación, un cargo postula el demandante contra el fallo

del Tribunal, en el que lo acusa de ser violatorio por vía directa de normas de derecho sustancial por interpretación errónea.

CAUSAL PRIMERA. (Violación directa de la ley).

Único cargo. (Errada interpretación del artículo 144 del C. P. de 1980).

Sostiene al efecto que la sentencia proferida en contra de su asistido es enfática en declarar que realizó el tipo de violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades porque intervino en la fase post-contractual, enmarcando así la conducta en la referida definición típica.

Por lo anterior considera que corresponde analizar si a la luz del precepto contenido en el artículo 144 del Código penal aplicado al caso, resulta viable sancionar a las personas que no intervienen en el trámite, aprobación o celebración de un contrato con violación del régimen legal de inhabilidades o incompatibilidades, pero sí lo hacen en la fase de ejecución contractual.

El precepto en comento se refiere a la tramitación, esto es, la intervención en los trámites previos, que van desde la propuesta que hace el contratista o el llamamiento que la administración hace para que los interesados en contratar presenten sus ofertas, hasta que ha concluido la licitación. En esta fase preparatoria, si bien aún no hay contrato, sí puede generar expectativas en el funcionario que incurre en delito si se interesa en él.

Las fases siguientes en el trámite contractual, dice, son la aprobación y la celebración, acto éste que culmina con la firma del contrato.

Ello indica, en su opinión, que la mencionada disposición en modo alguno sanciona la intervención del funcionario con violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, en los actos posteriores a la firma del contrato, sino en los

preparatorios, de aprobación y celebración.

En el caso en estudio, sostiene, el procesado WILLIAM PÁEZ PATIÑO no participó en ninguna de las mencionadas fases de la contratación, sino con posterioridad a ellas cuando el contrato se encontraba en la fase de ejecución. “Entonces el Tribunal superior le dio un alcance diferente en su aplicación a la norma, pues debía sancionar (sic) es si mi procurado hubiese participado en los trámites del contrato 080 de 1994 hasta su celebración y que culminó con su firma el 30 de noviembre de 1994, en donde no participó el señor Páez. Es ahí donde el Tribunal cometió el error al aplicar una norma por extensión que no tiene ese alcance y menos aplicar una jurisprudencia del Consejo de Estado que nada tiene que ver con el proceso penal”.

Con fundamento en lo expuesto solicita de la Corte casar la sentencia materia de impugnación y absolver al procesado WILLIAM PÁEZ PATIÑO de los cargos que le fueran formulados (fls. 26 y ss. cno. Trib.).

Concepto del Agente del Ministerio Público.-

El Procurador tercero delegado en lo penal, comienza por reproducir la declaración que de los hechos hizo el juzgador de alzada, los cuales, en criterio del Tribunal, fueron acertadamente subsumidos en el tipo penal de violación del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades, “...porque es indiscutible que el procesado, al establecer contacto en los términos mencionados con la firma ‘Cryogas S.A.’ y comprometerse a confeccionar las regatas, hecho finalmente cumplido, intervino en la tramitación contractual, cuando ya ésta cursaba su etapa final, valiéndose de un tercero para hacerlo”.

De este modo, considera, el sentenciador de segunda instancia entiende que el procesado intervino en la fase poscontractual del convenio 080 de 1994, actividad que le estaba prohibida toda vez que “...no era él el indicado para realizar esos trabajos, porque su

demostrada calidad de funcionario de la entidad contratante lo vedaba...”.

La incorrección del Tribunal resulta notoria, pues reconoció que Páez Patiño no intervino en la tramitación, aprobación, ni en la celebración del contrato No. 080 de 1994, sino que lo hizo exclusivamente en la ejecución del mismo, a lo cual, sin embargo, denominó tramitación, sin establecer cuál fue la conducta realmente desarrollada por el acusado y desconociendo que éste celebró el convenio con la sociedad Cryogás S.A y no con el Hospital de La Samaritana.

No obstante, dicha Corporación consideró al procesado incurso en violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, al entender quizás, que la realización de las regatas contratadas a cuenta y riesgo de Cryogás, formaban parte de la tramitación del contrato, confundiendo así la ejecución con la tramitación, y que el procesado contrató con el Hospital, cuando desde la relación de los hechos la sentencia declara que Páez Patiño acordó con la mencionada sociedad la realización de los trabajos “ante la aparente incapacidad de dicha empresa para entregar este específico trabajo”.

Como se precisó por el demandante, PÁEZ PATIÑO participó exclusivamente en la ejecución material de algunas obras civiles que se habían previsto en el contrato No. 080 de 1994, pero tal intervención se produjo por fuera del proceso de trámite, aprobación y celebración del referido convenio, ante un evento que no había sido contemplado por él y como mecanismo para permitir a la empresa contratista la terminación de los trabajos, situación en la cual creó una nueva relación contractual con una empresa privada, no con la institución pública que había celebrado el convenio inicial con Cryogas.

Esta conducta, en opinión del Ministerio público, no se enmarca en la descripción del tipo penal aplicado por el tribunal, porque la norma es taxativa al determinar como punible la intervención del servidor público en la tramitación, aprobación o

celebración del contrato. Recuerda, además, que el artículo 144 del Código penal de 1980, es una norma que precisa consultar el régimen de inhabilidades e incompatibilidades descrito en el artículo 8º de la ley 80 de 1993 para establecer completamente la conducta punible, frente a lo cual tampoco el acusado cometió ilícito, toda vez que la incriminación se hace al servidor público que estando inhabilitado para participar en licitaciones o concursos, o para celebrar contratos con entidades estatales, participa o interviene en su tramitación o perfeccionamiento.

La relación contractual que surgió para el arquitecto William Páez Patiño se estableció con la firma Cryogas, y como se demostró probatoriamente, ante la imposibilidad de la empresa privada para culminar la obra convenida. El empleado de Cryogas fue quien solicitó al arquitecto que le sugiriera un personal que adelantara los trabajos ya contratados y en ejecución, y éste sugirió algunos empleados del hospital, a quienes consultó si podían hacerlo en horas no laborales, por lo que éstos acordaron hacerlo y de cuya remuneración se ocupó Cryogás, como lo informó la empresa en oficio a folio 289 del primer cuaderno.

Dos entonces, son las razones por las que la conducta del procesado resulta atípica, y en tal virtud asiste razón al libelista al impugnar la sentencia por violación directa del artículo 144 del Código penal de 1980 por interpretación errónea: de una parte la situación que refiere la demanda de la actividad del arquitecto en un período de ejecución del contrato que no recoge el texto legal, y de otra, que tampoco describe la actividad del procesado, quien no contrató en su calidad de servidor público con entidad estatal, directamente ni por interpuesta persona. Su único interés fue permitir la conclusión de una obra ya en su adecuación para el servicio, como fue la apertura de regatas y pañetes que se hacían necesarias para el normal funcionamiento de la red de oxígeno instalada en el centro asistencial.

La conducta del procesado eventualmente podría hacerse sancionable a nivel del

derecho disciplinario y no del penal, en primer lugar, porque en garantía del principio de transparencia que rige la contratación estatal, no ha debido interesarse por ello e ignorar la importancia que significaba la adecuada prestación del servicio de oxígeno a las diferentes salas del hospital, como es corriente en la administración pública, y en segundo término, porque la norma aplicada no la prevé como infracción.

Con fundamento en lo anterior, sugiere a la Corte casar la sentencia materia de impugnación y absolver al procesado William Páez Patiño por el delito de violación al régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades (fls. 5 y ss. cno. Corte).

SE CONSIDERA:

En relación con el único cargo contenido en la demanda que el defensor del procesado WILLIAM PÁEZ PATIÑO presenta, es de reiterarse lo repetidamente dicho por la doctrina de la Corte, en el sentido de que la violación directa de la ley sustancial puede llegar a presentarse por falta de aplicación, aplicación indebida, o interpretación errónea de un determinado precepto, acogiendo de esta manera el criterio de clasificación trimembre de los sentidos de la violación, que reconoce total autonomía al último de ellos.

Dentro de esta categorización, ha sido entendido que la falta de aplicación de normas de derecho sustancial se presenta cuando el juzgador deja de aplicar al caso la disposición que lo rige; la aplicación indebida tiene lugar cuando aduce una norma equivocada; y, la interpretación errónea consiste en el desacierto en que incurre el fallador cuando habiendo seleccionado adecuadamente la norma que regula el caso sometido a su consideración, decide aplicarla, sólo que con un entendimiento equivocado, sea rebasando, menguando o desfigurando su contenido o alcance.

De esta manera resulta claro que la diferencia de las dos primeras hipótesis de error con la última, radica en que mientras en la falta de aplicación y la aplicación indebida

subyace un error en la selección del precepto, en la interpretación errónea el error es sólo de hermenéutica, pues se parte del supuesto de que la norma aplicada es la correcta, sólo que con un entendimiento que no es el que jurídicamente le corresponde, llevando con ello a hacerla producir por exceso o defecto consecuencias distintas.

Para efectos de precisar el concepto de la violación, resulta intrascendente la motivación que pudo haber llevado al juzgador a la transgresión de la disposición sustancial; lo que realmente cuenta es la decisión que adopte en relación con ella. En este orden de ideas, si la norma es aplicada debiendo no serlo o inaplicada debiendo serlo, habrá llanamente aplicación indebida o falta de aplicación, según cada caso, independientemente de que al error se haya llegado porque el juzgador se equivoca sobre su existencia, validez, o alcance.

En síntesis, si una determinada norma de derecho sustancial ha sido incorrectamente seleccionada, y este error ha sido determinado por equivocaciones del Juez en la auscultación de su alcance, habrá aplicación indebida o falta de aplicación, pero no errónea interpretación del precepto, puesto que para la estructuración de este último sentido de la violación se requiere que la norma haya sido y deba ser aplicada (cfr. cas. agosto 25/98. Rad. 9993. M.P. Arboleda Ripoll).

El cargo, acorde con las motivaciones del fallo, está llamado a prosperar, pues es evidente que el casacionista no discute la declaración de los hechos ni la ponderación de medios de convicción allegados al informativo, como tampoco la calificación jurídica de la conducta como violación del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades definida por el artículo 144 del Decreto 100 de 1980, modificado por el artículo 57 de la ley 80 de 1993, sino sólo la interpretación que de este precepto hizo el juzgador a quien acusa de haber desbordado su contenido y alcance.

El ad quem, consideró “acertado tipificar la conducta como violación del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades, porque es indiscutible que el procesado, al establecer contacto en los términos mencionados con la firma ‘Cryogas S.A.’ y comprometerse a confeccionar las regatas, hecho finalmente cumplido, intervino en la tramitación contractual, cuando ya ésta cursaba su etapa final, valiéndose de un tercero para hacerlo”.

En este sentido, el juzgador de alzada no sólo entendió que el procesado intervino indebidamente en la fase de ejecución del contrato celebrado con la entidad oficial -lo que no podía hacer dada su condición de servidor público-, sino que consideró que esta intervención en la mencionada etapa de la contratación se halla incluida dentro de la hipótesis de “tramitación” contractual protegida por el ordenamiento penal.

Así fundamentó el Tribunal la decisión materia de recurso extraordinario:

“Es cierto, como lo dice el a- quo, que el concepto ‘tramitación’ para efectos penales es de amplia cobertura, en el entendido que comprende no apenas los pasos previos a la contratación (licitación, concurso), la propia suscripción del convenio, sino también su ejecución, terminación y liquidación, etapa en la cual están incluidos 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.

“No puede además olvidarse que el tipo penal en comento pretende tutelar el bien jurídico de la Administración Pública en el doble aspecto de su correcto funcionamiento y el mantenimiento de su prestigio de neutralidad y eficacia entre los administrados, vetando el que un funcionario público aparezca en un contrato administrativo u operación legal de igual índole con un doble e incompatible papel: actuando como funcionario

con la obligación de defender los intereses de la Administración y, a la vez, interviniendo como particular con intereses privados encontrados con los públicos y que, obviamente no puede menos de pretender prevalezcan sobre estos últimos”.

El yerro del tribunal, entonces, es doble (o mejor triple, como más adelante se verá), pues tras afirmar en la declaración de los hechos que el procesado “antes de que culminara trabajos la empresa contratista, en su calidad de Coordinador del Área de Arquitectura y Mantenimiento del Hospital estableciera contacto con ‘Cryogas’ y conviniera verbalmente con ésta la confección de unas regatas (orificios para incrustar tubos), su cierre y pintura, indispensables para la red de gas, ante la aparente incapacidad de dicha empresa para entregar este específico trabajo”, consideró erradamente, de una parte, que contrató con el Hospital La Samaritana “valiéndose de un tercero para hacerlo”, cuando es lo cierto que el convenio verbal fue con la sociedad contratista y no con la entidad contratante, y de otra, que equivocadamente extendió el concepto de “tramitación” del contrato al ámbito propio de la “ejecución” sin tomar en cuenta que en esta fase no opera la violación del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades.

En tal sentido asiste razón a la Delegada cuando prohija la tesis del libelista y sostiene que “esta conducta no se enmarca en la descripción del tipo penal aplicado por el Tribunal, porque la norma es taxativa al determinar como punible la intervención del servidor público en la tramitación, aprobación o celebración del contrato. Recuérdese, además, que el artículo 144 del Código Penal es una norma que precisa consultar el régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades que describe la ley 80 de 1993 en su artículo 8º para establecer completamente la conducta punible, frente a lo cual tampoco el acusado cometió ilícito, toda vez que la incriminación se hace al servidor público que estando inhabilitado para participar en licitaciones o concursos, o para celebrar contratos

con entidades estatales, participa o intervine en su tramitación o perfeccionamiento” (subraya original).

Al efecto merece destacarse que la postura del Tribunal en torno al tema, da al traste con importantes desarrollos legales, jurisprudenciales y doctrinarios sobre las manifestaciones de voluntad de la administración pública, las formas en que ésta opera, las fases que comprende, y, en especial, lo relativo a los contratos administrativos, que en últimas han dado lugar al surgimiento y evolución de lo que en derecho administrativo se conoce como Teoría sobre el contrato estatal.

Estos importantes avances, que han permitido una diferenciación entre el contrato de derecho privado -cuyo nacimiento a la vida jurídica por regla general consiste en el sólo acuerdo de voluntades-, y el contrato administrativo -por regla general solemne para cuyo perfeccionamiento requiere del cumplimiento de ciertos principios, trámites y formalidades especialmente previstas, sin las cuales deviene ilícito-, han dado lugar a distinguir las diferentes etapas en que en su trámite, celebración, ejecución y liquidación opera la manifestación de voluntad estatal, y las formas en que ésta se produce.

Así entonces, el legislador tiene establecido, con carácter progresivo, requisitos de existencia, validez y eficacia de cada una de las fases previa, concomitante y posterior, que componen la contratación estatal, referidas al trámite, celebración, y liquidación del contrato, y en esa misma medida ha indicado el ámbito de protección que a través de la conminación de una pena, amerita la transgresión en cada una de ellas.

No puede resultar desconocido que el principio de legalidad o de reserva -como límite al ejercicio del poder punitivo del Estado- tiene fundamentación política en la constitución del modelo de aquél como social y democrático de derecho, se halla íntimamente vinculado

con la teoría de la tridivisión de poderes, y se asienta en la prerrogativa exclusiva del parlamento para, a través de la ley, expedir códigos y establecer limitaciones a la libertad mediante la determinación abstracta de conductas punibles y la correspondiente restricción a los derechos por medio del preestablecimiento de la pena.

Parejo a este principio, se halla el de sometimiento estricto del juez al imperio de la ley, quien sólo está facultado para calificar como delito aquellos comportamientos que aparecen formalmente definidos como tales por el ordenamiento penal sustantivo, de manera escrita, estricta, cierta y previa, es decir, determinados de manera clara, precisa y con anterioridad al hecho en el estatuto punitivo.

Si bien el tipo penal contenido en el artículo 144 del Decreto 100 de 1980, con las modificaciones introducidas por el artículo 57 de la ley 80 de 1993, y los artículos 18 y 32 de la ley 190 de 1995, y hoy en día por el artículo 408 del Nuevo código penal (ley 599 de 2000), podría catalogarse como de aquellos denominados doctrinariamente tipos penales en blanco, en cuanto para consolidar su contenido material es necesario remitirse a otros ordenamientos, especialmente pertenecientes al ámbito del derecho administrativo, ello no significa que el juez no se halle atado al principio de reserva y, con él, en la imposibilidad jurídica de llenar los vacíos que ésta presente, siéndole vedado, por tanto, establecer como penalmente relevante cualquier hipótesis que no se halle perfectamente determinada e identificada como delito.

Así entonces, bajo el entendido de que la contratación estatal corresponde a la idea de proceso complejo que involucra la necesaria realización de etapas previas, concomitantes y posteriores a la celebración del negocio jurídico, el ordenamiento penal no solamente remite a otras disposiciones normativas que permiten establecer con precisión su alcance, sino que además, señala las etapas del trámite contractual que ameritan protección a fin de sancionar especiales comportamientos desconocedores del interés general, o que constituyen atentados a la legalidad contractual del estado, o

afectaciones del patrimonio público, sin perjuicio de que conductas no comprendidas en los tipos especiales configuren otro tipo de delitos contra la administración como peculado, concusión, cohecho, o una figura delictiva distinta, como falsedad, por ejemplo.

De la lectura de los artículos 144 a 146 del Decreto 100 de 1980 (arts. 408 a 410 del Nuevo código penal), sin dificultad se observa la determinación de las etapas del proceso contractual en que en cada caso el correspondiente tipo encuentra realización:

Así, el artículo 144, establece que “el servidor público que en ejercicio de sus funciones intervenga en la tramitación, aprobación o celebración de un contrato con violación del régimen legal de inhabilidades o incompatibilidades incurrirá...”

El artículo 145, preceptúa que “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, incurrirá...”

Y el artículo 146 establece que “El servidor público que por razón del ejercicio de sus funciones y con el propósito de obtener un provecho ilícito para sí, para un contratista o para un tercero, tramite contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos, incurrirá...”

Mientras la violación del régimen legal y constitucional de inhabilidades e incompatibilidades se manifiesta durante las fases de tramitación, aprobación o celebración del contrato, no así de la ejecución y liquidación que son posteriores a aquellas, el interés indebido en la contratación se predica no sólo de todas las fases previas y concomitantes del contrato, esto es de su formación y celebración, sino también de aquellas actuaciones administrativas posteriores que implican la ejecución del mismo, y que se realizan por medio de las denominadas operaciones administrativas a

través de las cuales se persigue ejecutar la voluntad de la administración plasmada en el contrato, en orden a buscar su efectivo cumplimiento y la satisfacción del interés general, y particular de la entidad contratante.

Y el tipo de contrato sin cumplimiento de requisitos legales esenciales, por su parte, encuentra realización cuando se tramita, celebra, o liquida inobservando el cumplimiento de los requisitos legales esenciales, sin que el legislador hubiere previsto para la configuración de este delito lo relativo a los requisitos legales esenciales para la ejecución del contrato, pues de la celebración del contrato hace un salto a la fase de liquidación, y deja la materia propia de la ejecución a la descripción del delito de interés indebido en la contratación, o a cualquier otro delito que pueda tipificarse durante ella, por ejemplo falsedad, concusión, cohecho, peculado, etc..

Y es que en la fase de ejecución del contrato, el servidor público puede interesarse en que, por vía de ejemplo, la entidad o persona contratista vincule como operarios o consultores a determinadas personas, o se adquieran determinados bienes con alguna empresa en particular, o se beneficie a la entidad contratista mediante la no declaración de caducidad del contrato a pesar de su incumplimiento, o se deje de aplicar alguna otra sanción contractual o legalmente prevista, o se permita entregar los bienes o servicios en cantidad o calidad inferior a la contratada, o en plazos o en lugar distintos de los pactados.

No se trata, pues, de un olvido del legislador de incluir en el tipo de violación del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades la intervención indebida del servidor público en la fases de ejecución y liquidación, pues acorde con la previsión establecida en el artículo 8 de la ley 80 de 1993, las inhabilidades e incompatibilidades no sólo son taxativas, sino que se predican de la participación “en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales”, no de la etapa de ejecución, pues en ella, la voluntad de la administración plasmada en el

contrato administrativo se manifiesta, como se ha dejado expuesto, a través de las denominadas operaciones administrativas que corresponden a un fenómeno posterior a su existencia y perfeccionamiento y con el que se busca materializar el consentimiento expresado en aquél, es decir, hacerlo operante desde el punto de vista de su eficacia.

En tal medida, durante la fase de ejecución del contrato no solo existen obligaciones para la entidad contratante, sino prerrogativas que le permiten exigir del contratista el cumplimiento de lo convenido en los términos acordados, que se realice dentro de los plazos pactados, en el lugar estipulado, la continuación en la ejecución de lo convenido, el derecho de dirigir y de controlar su ejecución, así como la potestad de modificar unilateralmente los términos pactados para ajustarlos a las reales necesidades de la administración, pudiendo incluso rescindir el contrato o aplicar las sanciones legal o contractualmente previstas para el caso de incumplimiento.

Debido a ello, dada la característica material que ostenta la fase de ejecución contractual, por ende de las operaciones administrativas a través de las cuales se realiza, termina siendo un contrasentido aplicar en dicha etapa un régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto para las fases previas y de celebración de contratos con el evidente riesgo de incurrir en la utilización excesiva de elementos normativos que en la práctica conducirían a dejar en manos del juez la determinación del alcance del tipo penal.

De ahí que no resulte acertado el criterio expuesto en el fallo materia de impugnación, en el sentido de que todo lo que tenga que ver con la contratación administrativa constituye “trámite”, pues, se asegura sin mayor análisis, que “el concepto ‘tramitación’ para efectos penales es de amplia cobertura, en el entendido que comprende no apenas los pasos previos a la contratación (licitación, concurso), la propia suscripción del convenio, sino también su ejecución, terminación y liquidación”, lo cual no se compadece siquiera con la etimología del término, entendido por la Real Academia como “cada uno de los

estados y diligencias que hay que recorrer en un negocio hasta su conclusión” -que en materia jurídica se tiene entendido corresponde a los pasos que la administración debe seguir hasta la fase de “celebración” del compromiso contractual-, ni con las expresiones utilizadas por el estatuto punitivo para definir las conductas que ameritan protección penal, coincidentes con las fases que la contratación estatal ostenta.

Si la pretensión del parlamento hubiera sido conferir el carácter de “trámite” a todo el proceso contractual desde el nacimiento de la necesidad que amerita satisfacción, hasta su liquidación, la definición comportamental del delito no habría sido la contenida en el artículo 146 del decreto 100 de 1980, sino otra distinta. Habría dispuesto, por ejemplo, “el servidor público que por razón del ejercicio de sus funciones, tramite contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales incurrirá en ...”, sin incluir el aparte siguiente relativo a que “o lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos”.

Del mismo modo, habría sido suficiente, de acuerdo a la tesis del Tribunal que, en relación con el tipo de violación del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades, sancionara con pena al “servidor público que en ejercicio de sus funciones intervenga en la tramitación de un contrato con violación del régimen constitucional o legal de inhabilidades o incompatibilidades”, sin agregar las fases de “aprobación o celebración”.

Tampoco, en relación con el tipo de interés ilícito en la celebración de contratos, habría incluido el legislador la expresión “u operación en que deba intervenir por razón de su cargo”, pues, de acuerdo con la tesis del juzgador de alzada, sobraría la distinción entre contrato y operación administrativa, siendo suficiente con sancionar al servidor público que se interese en provecho propio o de un tercero en la tramitación de cualquier contrato.

Esta manera de razonar del Juzgador contraría la voluntad de la ley, conduce a admitir que aún en la postrera fase de liquidación del contrato el servidor público encargado de ella está obligado a verificar nuevamente si en las etapas previas y concomitantes a la celebración del contrato se cumplió por ejemplo con el principio de planeación, y lo autorizaría incluso para cuestionar la legalidad de la convocatoria a contratar, la licitación o el concurso, el contrato mismo y las obligaciones adquiridas por las partes contratantes, con menoscabo de la presunción de legalidad que ampara los actos de la administración, y suplantar de tal modo la función del órgano jurisdicente de resolver las controversias que entre las partes se susciten. Es decir, un caos en materia contractual conllevando incluso la parálisis de la administración, todo lo cual repugna a la seguridad jurídica establecida de antaño a partir del principio según el cual el contrato es ley para las partes mientras éstas no lo rescindan o se declare la nulidad por el órgano competente.

Por ello resulta un despropósito sostener, como se plasmó en las consideraciones del fallo, que “es acertado tipificar la conducta como violación del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades, porque es indiscutible que el procesado, al establecer contacto en los términos mencionados con la firma ‘Cryogas S.A.’ y comprometerse a confeccionar las regatas, hecho finalmente cumplido, intervino en la tramitación contractual, cuando ya ésta cursaba su etapa final, valiéndose de un tercero para hacerlo”.

En los anotados términos, la prosperidad de la censura se ofrece manifiesta, lo que amerita que la Corte case la sentencia recurrida, absuelva al procesado WILLIAM PÁEZ PATIÑO por atipicidad de la conducta en relación con el delito de violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades por cuya realización ha sido acusado, y adopte las demás decisiones inherentes a esta determinación.

Es de aclarar, finalmente, que la conducta realizada por el procesado WILLIAM PÁEZ

PATÍÑO, podría corresponder a la definición típica contenida en el artículo 145 del Código penal de 1980 denominada “interés ilícito en la celebración de contratos”, hoy en día en el artículo 409 como “interés indebido”, como igualmente, aunque de modo implícito, se sostuvo por el Tribunal al declarar que “lo esencial es que el funcionario tomó interés en aquello que por constituir materia propia de su cargo no podía ser codiciado para sus apetencias lucrativas, y antes bien, lo obligaba a un total apartamiento, tratanto (sic) de impedir el abuso o el prevalimiento. En este evento la actividad del sujeto activo se desdobló actuando como funcionario de la entidad contratante y recibiendo como particular el beneficio. En otras palabras, existió contradicción de intereses y lealtades, socavando así la integridad y rectitud de la gestión pública”.

“Es preciso también acotar que el interés del funcionario radicó en el logro de un beneficio, lucro o cualquier otra forma de compensación privada, patentizándose así el prevalimiento o aprovechamiento de la función pública, puesta torticeramente al servicio de un planteamiento egoísta e interesado”.

No obstante la errada calificación de la conducta impartida por la Fiscalía, el Juzgado de primera instancia y el Tribunal, dicho desacierto no podría verse corregido en sede extraordinaria, toda vez que, de todas maneras, el comportamiento imputado se ubicaría dentro del género “de la celebración indebida de contratos” por el que se formuló la acusación y se profirió la sentencia, circunstancias bajo las cuales la Corte no podría modificar el fallo sin desbordar el marco propio de la demanda y el principio de limitación que rige su actuación, menos aún si al amparo de la causal primera no se ha denunciado la aplicación indebida del precepto que define el tipo de violación del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades y la consecuente falta de aplicación del relativo al interés ilícito en la celebración de contratos, como para que procediera un tal pronunciamiento.

Tampoco aparecería viable el ejercicio de la oficiosidad establecida por el artículo 216

del Código de procedimiento penal, pues éste sólo resulta procedente en tratándose de la causal tercera cuando se presentan vicios de estructura o de garantía, sin que el juzgador pueda decretar nulidades por razones de mérito, como tal ha sido el criterio de la Sala, recientemente reiterado en la sentencia del 13 de febrero de 2003 dentro del trámite de casación radicado con el número 13733 con ponencia de quien aquí cumple igual cometido:

“Las consideraciones que a continuación realiza la Sala, es pertinente aclarar, se llevan a cabo desde la perspectiva de la ley procesal vigente para cuando se juzgó el asunto en las instancias ordinarias del proceso, sin perjuicio de advertir que ulteriores desarrollos legales (ley 600 de 2000) y jurisprudenciales prevén durante el juicio la posibilidad de variación de la calificación jurídica de la conducta dada en la acusación, que en todo caso no puede trascender la audiencia ni desconocer el principio de consonancia entre acusación, o su variación, y el fallo.

“La jurisprudencia de esta Corte ha dejado sentado que si se concibe el debido proceso como el conjunto de garantías constitucionales establecidas a favor de los asociados y que limitan la actividad del órgano jurisdicente, en cuyo concepto se incluye el derecho a que se respeten las formas propias de cada juicio, es de entenderse que el desconocimiento de las distintas etapas que disciplinan el rito, así como de los principios que la constitución y la ley han definido como rectores de la actividad judicial, da lugar a viciar de ineficacia lo así actuado y la consecuente corrección mediante el remedio extremo de la nulidad.

“El artículo 250 superior no sólo establece la separación funcional entre fiscal y juez para atribuir a la Fiscalía General de la Nación la función de investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores ante los juzgados y tribunales competentes, sino que también en dicha regla se sienta el principio básico de división entre acusación y juzgamiento atribuidas a uno y otro órgano de manera consecuente pero independiente.

“Así entonces, si la facultad de calificar las investigaciones realizadas (salvo los casos de fuero constitucional previstos por el artículo 235-3 de la Carta Política) es privativa de la Fiscalía General de la Nación, resulta claro que cuando dicho órgano decide formular acusación y esta determinación adquiere ejecutoria, es porque con ella se ha culminado la etapa procesal de la instrucción dando inicio a la fase de juzgamiento durante la cual la acusación se convierte en ley del proceso y por lo mismo adquiere carácter vinculante, delimita la competencia, fija el marco fáctico y jurídico en que se ha de desarrollar el juicio, y condiciona el proferimiento del fallo con que se ponga fin al debate.

“Si bien la facultad de calificar el sumario radicada en la fiscalía, no puede ser arbitraria en cuanto por tratarse de una autoridad pública el cumplimiento de sus funciones ha de estar estrechamente vinculado al principio de legalidad, debiendo, por tanto, sujetarse a la prueba recaudada y a la ley preexistente, de modo que si se distancia ostensiblemente de las reglas de la lógica y la comprensión jurídica del caso, y con ocasión de dicho error incursiona en títulos o capítulos del ordenamiento penal sustantivo que tutelan bienes jurídicos completamente ajenos a los de la realidad procesal, en dichos eventos se impone por el juzgador decretar la nulidad por error en la calificación jurídica de la conducta materia de investigación, pues en tales condiciones el juez enfrentaría la imposibilidad de proveer fallo de mérito.

“No obstante que la actividad del fiscal se halla subordinada a la legalidad de sus actuaciones procesales, también el control judicial sobre ellas se encuentra condicionado al respecto por el marco de valoración en que aquél desarrolla su función investigadora y calificadora, “así el controlador judicial piense en una calificación que supone más acertada, pues no se trata de que el juez se erija en superior funcional del fiscal, sino que simultáneamente se pretende evitar un quebrantamiento a los principios del acto legal, separación funcional, preclusión del calificadorio e imparcialidad de los funcionarios judiciales” como en tal sentido ha sido establecido por la jurisprudencia de la

Corte (Cfr. Sentencia de casación. Feb. 24/00. M.P. Gómez Gallego. Rad. 10.809).

“Ha precisado igualmente la Sala que si la nulidad es la sanción que establece la ley para las actuaciones violatorias de las formas propias de cada juicio, en principio al juzgador le está vedado decretar nulidades por razones de mérito pudiendo hacerlo sólo por vicios en la regularidad del procedimiento, es decir, por irregularidades cometidas en los actos de composición del proceso, que, por tener aptitud desquiciatoria de la constitución del rito, desvirtúan en el acto procesal su eficacia para cumplir el fin a que están destinados.

“En lo relativo a la nulidad de la resolución acusatoria por atentados al debido proceso, la doctrina de esta Corte tiene por sentado que un tal remedio sólo resulta justificado por la presencia de vicios que impedirían al juzgador proveer de fondo y dictar fallo de mérito, de manera que si el fiscal exhibe la motivación básica, fundada en una apreciación racional de las pruebas que obran en el proceso y en una argumentación jurídica propia de su facultad de interpretación, no constituye motivo de ineficacia de lo actuado el hecho de que el calificador por antonomasia en ese momento haya descartado una circunstancia de agravación, o reconocido la atenuante por ira o intenso dolor, o admitido la complicidad como título de participación – en lugar de la autoría que piensa el juez-, o determinado la culpa o la preterintención, en vez del dolo, como componentes del aspecto subjetivo del tipo, por el sólo prurito de que el juez razona más elevadamente o de manera diferente a como lo hizo el funcionario calificador.

“Acorde con el entendimiento de la normativa procesal por la que se rigió el presente asunto, la jurisprudencia asimismo ha precisado que las discrepancias que se susciten entre juzgador y fiscal, no obstaculizan la decisión de fondo, a menos que la alternativa calificatoria propuesta por el juez comporte un cambio en la competencia y haya lugar a promover la respectiva colisión negativa, “pues, en otras circunstancias,

sería un desbordamiento de su poder que acudiera a una especiosa nulidad por falta al debido proceso, con el fin de imponer arbitrariamente la calificación que él concibe. Cosa distinta ocurre si en la pieza acusatoria falta la motivación sobre el hecho constitutivo del gravamen o la degradación, o la misma es ambigua o contradictoria, o el funcionario imagina soportes empíricos o racionales que no existen o que lógicamente no pueden inferirse dentro del proceso (absurdo), pues en tal caso la sentencia no puede dictarse porque carecería del apoyo acusatorio necesario para su congruencia” (Cfr. sentencia de casación. Feb. 4 de 1999. M.P. Gómez Gallego. Rad. 10.918).

“Entonces si bien es posible que después de haberse calificado el proceso durante el juicio el director de la causa encuentre que el fiscal se apartó ostensiblemente de las reglas de lógica y comprensión que rigen el proceso de calificación jurídica del comportamiento que encontró acreditado, por trascender el título o capítulo correspondiente del estatuto punitivo, o porque en razón de dicho error de selección daría lugar a una competencia diferente, ora porque la providencia calificatoria carece absolutamente de motivación sobre un elemento del delito o la responsabilidad del acusado, o en relación con una específica circunstancia de agravación, o la misma es ambigua o contradictoria, o se fundamenta en supuestos fácticos o racionales inexistentes, y en tal medida la acusación no podría ser fundamento legal y razonable para proferir fallo de mérito, la nulidad se erige como la única vía plausible de solución (Cfr. cas. mayo 16/02. M.P. Arboleda Ripoll. Rad. 11923)”.

Acorde entonces con la prosperidad del único cargo formulado en la demanda, se casará la sentencia materia de impugnación, no sin antes advertir, en torno al tema de la eventual responsabilidad disciplinaria del procesado a que alude la Procuraduría en su concepto, que dada la época de realización de la conducta (1995) hasta la actualidad, resulta evidente que ha transcurrido un término superior a cinco (5) años lo que indica

que la acción disciplinaria se encontraría prescrita y tornaría inoficioso disponer la compulsación de copias para que se adelante la respectiva averiguación.

En mérito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION PENAL, oído el concepto del Procurador tercero delegado en lo penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO. CASAR la sentencia impugnada.

SEGUNDO. ABSOLVER al procesado WILLIAM PÁEZ PATIÑO del delito de violación del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades por cuya realización fuera acusado en el presente asunto.

TERCERO. DEVOLVER al señor Páez Patiño la caución prestada cuando se le concedió la libertad provisional (fls. 26 y ss. cno. 2), y levantar la restricción para salir del país (fls. 8 y ss.-2) y demás compromisos adquiridos con ocasión de la definición de la situación jurídica y la calificación del mérito del sumario, a lo cual se procederá por el juzgado de primera instancia.

Contra esta decisión no proceden recursos. Devuélvase al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL HERMAN GALÁN CASTELLANOS

CARLOS A. GÁLVEZ ARGOTE

JORGE A. GÓMEZ GALLEGO

Aclaración de voto

Aclaración de voto

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

ALVARO O. PÉREZ PINZÓN

Comisión de servicio

Aclaración de voto

MARINA PULIDO DE BARÓN

JORGE L. QUINTERO MILANÉS

Aclaración de voto

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria