

# VIOLACIÓN DEL RÉGIMEN LEGAL DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES

*Hernando A. Hernández Quintero<sup>1</sup>*

A no dudarlo, el flagelo de la corrupción se constituye en nuestra época en un problema de orden internacional, con repercusión en la ética pública, la economía de los estados, la competitividad empresarial, la actividad política, el ánimo de los ciudadanos y, en general, en todos los ámbitos de la sociedad, circunstancia que justifica ampliamente que la academia se dedique a su estudio y análisis, pues como bien lo advirtiera el reverendo padre Gerardo Arango Puerta, S. J., Rector de la Pontificia Universidad Javeriana, “el deber de la universidad es alzar la voz contra estos abusos, con valor, no importa a quien se moleste, si se obra con la verdad y la recta conciencia”<sup>2</sup>.

De acuerdo con un informe de la Contraloría General de la República, la corrupción creció en el primer semestre de 1995 en un novecientos por ciento, encontrándose faltantes en sus investigaciones fiscales que superan los \$20.569.3 millones. En el año de 1996, la Fiscalía General de la Nación abrió por el delito de peculado 796 procesos y vinculó a 1.060 empleados públicos a los mismos. En total, en el mismo período, se iniciaron 1.652 investigaciones que involucran a 2.089 servidores del Estado, por haber cometido presuntos delitos contra la administración pública, contemplados en el Estatuto Anticorrupción.

- 
1. Profesor en la Especialización en Ciencias Penales y Criminológicas, Universidad Externado de Colombia, Decano Facultad de Ciencias Jurídicas de la Corporación Universitaria de Ibagué.
  2. Gerardo Arango Puerta. *La corrupción y sus efectos sobre el desarrollo y el Estado de derecho*. Talleres de divulgación e implementación. Contra la corrupción. Bogotá, D. C., Fundación Cultural Javeriana de Artes Gráficas, 1999.

En Colombia los estragos de la corrupción son evidentes. Según lo comentado por Planeación Nacional, el 13 de junio de 1999, la corrupción le puede costar al país más de 1.32 billones de pesos cada año (Diario *El Tiempo*, junio 13 de 1999, p. 4-A). Para la Contraloría General de la Nación, esta cifra se eleva actualmente a 4.5 billones de pesos al año (Diario *El Espectador*, 11 de agosto de 2000, p. 3-B). El doctor Alfonso Gómez Méndez, Fiscal General de la Nación, afirmó el 12 de julio de 1999, que “la Unidad Especializada de Delitos contra la Administración Pública investiga en la actualidad defraudaciones al Estado por una cuantía de \$1.789.603.494.505 (Diario *El Espectador*, 13 de julio de 1999, p. 8-A).

El 12 de septiembre de 1999 el diario *El Espectador* revela que en un estudio elaborado por la Pontificia Universidad Javeriana, y presentado a la Fiscalía General de la Nación, se concluyó que “por el solo delito de peculado por apropiación le han ‘tumbado’ al Estado entre 3.5 y 4.5 billones de pesos y que en un año se está perdiendo el 3% del total del presupuesto de la nación”. En el mismo informe se da cuenta que por el punible de peculado existen 6.805 expedientes, y se adelantan 2.633 procesos contra alcaldes y exmandatarios (Diario *El Espectador*, 12 de septiembre de 1999, p. 8-A).

El 23 de diciembre de 1999, el Diario *El Nuevo Día* de Ibagué, comenta que la Procuraduría General de la Nación, investiga 106 casos de reconocida gravedad, por actuaciones delictuales contra la administración pública, los cuales generaron una pérdida al Estado por un billón 400 mil millones de pesos (Diario *El Nuevo Día*, 23 de diciembre de 1999, p. 2-A).

De otra parte, la Comisión de la Verdad, integrada por el Presidente de la República, para establecer los responsables de los ilícitos que afectaron la banca en el país, concluyó que la pérdida en el sector financiero por los desaguizados en este sector de la economía, ascendió a 7.2 billones de pesos y anunció que la Procuraduría, la Fiscalía y la Contraloría, adelantan 1.200 procesos contra banqueros, empresarios y sindicalistas (Diario *El Espectador*, 8 de febrero de 2000, p. 1-B).

Los desafueros comentados en precedencia han conducido a que, conforme a las estadísticas de Transparencia Internacional, Colombia ocupe en corrupción el deshonroso puesto 50 entre 52 países. Como lo advierte el doctor Armando Montenegro, presidente de ANIF, “estamos en medalla de bronce en corrupción”<sup>3</sup>.

Con todo, hacemos nuestra la aseveración del actual presidente de la Honorable Corte Suprema de Justicia, doctor Nilson Pinilla Pinilla, según la cual “no es que hoy en día haya más corrupción en Colombia. Es que hoy en día se está descubriendo y se está sancionando la corrupción”<sup>4</sup>. De ello da cuenta el proceso 8000, por el cual fueron a

---

3. Armando Montenegro. *Impacto económico de la corrupción*. Talleres de divulgación contra la corrupción. Cit., p. 78.

la cárcel varios representantes de la clase política hasta entonces considerados intocables, al igual que son investigados algunos parlamentarios por malos manejos en la administración de los recursos del Congreso.

Pues bien, una de las formas tradicionales como se birla el dinero del Estado lo constituye el favoritismo en la contratación estatal, violando el régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades, quebrantando así el principio del interés general, la transparencia y selección objetividad que deben estar presentes en dichas operaciones estatales. Por ello, afirma con razón el doctor Gustavo Bell Lemus, Vicepresidente de la República: "...existe la idea, generalizada entre la ciudadanía, que cualquiera que llegue a ocupar un cargo de mando por elección popular tiene compromisos políticos ineludibles que necesariamente se traducirán en un manejo de los recursos públicos, que si bien no necesariamente será ilícito si redundarán beneficios de aquéllos que lo apoyaron en su elección"<sup>5</sup>.

Resulta entonces propicia esta ocasión para analizar el tipo penal de la violación del Régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades que consagra el artículo 144 del estatuto de penas, en el capítulo IV "De la celebración indebida de contratos", ubicado en el Título III, "Delitos contra la Administración Pública".

## I. ANTECEDENTES DE LA FIGURA

Como lo advierten acertadamente los profesores Augusto J. Ibáñez y Gerardo Barbosa, en su trabajo "El sistema penal y la contratación estatal", "los tipos penales referidos a la contratación administrativa sólo vienen a aparecer en un modelo de Estado intervencionista". Por ello, a partir de la reforma constitucional de 1936 y el Código Penal de dicho año, se inicia en Colombia el estudio de estos punibles.

En el Código Penal de 1936, como lo sostiene el profesor Alfonso Gómez Méndez, "no existía un capítulo relativo al régimen de la contratación administrativa, por cuanto en la época de su expedición eran ciertamente pocos los contratos que celebraba el Estado y relativamente pequeña su cuantía"<sup>6</sup>. Advierte también el destacado jurista que en el Código Penal de 1936, se ubicaron dos disposiciones que en alguna manera podía aplicarse a la contratación administrativa, el artículo 162 que describía el llamado cohecho por fraude y el 167, relacionado con las negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas.

---

4. Nilson Pinilla Pinilla. *Corrupción y administración de justicia en Colombia*. Talleres de divulgación contra la corrupción. *Cit.*, p. 225.

5. Gustavo Bell Lemus. Talleres de divulgación contra la corrupción. *Cit.*, p. 19.

6. Alfonso Gómez Méndez. *Delitos contra la administración pública*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia, 2000, pp. 179 y ss.

### **1.1. La violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades en el Código Penal de 1980**

Es verdad conocida que el Código Penal de 1980, es el resultado del estudio de varias comisiones integradas por reconocidos juristas que durante un buen período dedicaron su esfuerzo e inteligencia a dicho propósito. A continuación reseñamos el itinerario seguido por la disposición en análisis.

#### *1.1.1. Anteproyecto de 1974*

En la comisión redactora del Anteproyecto de 1974 se propuso la creación de tres tipos penales que afectan la contratación estatal. Así, en el Título III “Delitos contra la Administración Pública”, en el capítulo III, se encuentran en el artículo 166, el “Cohecho por fraude”, que sanciona “el funcionario o empleado público o el trabajador oficial, que al intervenir por razón de su cargo en la celebración de algún contrato o licitación, o en la liquidación de bienes públicos, se concertare con cualquier interesado para obtener determinado resultado; o usare de cualquier maniobra o artificio conducente a ese fin, incurrirá en prisión de dos a ocho años”.

En el Capítulo IV del título precitado: “De las negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas y del enriquecimiento ilícito”, encontramos en el artículo 169 la celebración indebida de contratos, en los siguientes términos:

“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.

En el artículo 170 del Anteproyecto aparece “las negociaciones incompatibles”, con la siguiente redacción:

“El funcionario o empleado público o el trabajador oficial 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, incurrirá en prisión de uno a tres años y en multa de quinientos a veinte mil pesos.

Esta disposición se aplicará a los peritos, árbitros o administradores particulares, respecto de los bienes en cuya tasación; partición o adjudicación intervengan y a los tutores, curadores o albaceas respecto a los pertenecientes a sus pupilos o sucesiones”.

### 1.1.2. *Proyecto de 1976*

El proyecto de Código Penal de 1976, dedicó un capítulo a la celebración indebida de contratos y consagró los siguientes punibles en esta materia.

Artículo 171: Violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades; artículo 172: Concertación fraudulenta; artículo 173: Interés ilícito en la celebración de contratos; artículo 174: Aprobación o celebración indebida de contratos; artículo 175: Pactar precios superiores a los permitidos en un contrato de arrendamiento o enajenación de inmuebles; artículo 176: Adquisición de objeto inadecuado, obsoleto, inservible, innecesario o suntuario.

El doctor Antonio Vicente Arenas, criticó las normas propuestas por considerar que “esta farragosa enunciación desentona en un Código Penal. No negamos que esos y seguramente otros comportamientos similares deben calificarse como delictuosos. Lo criticable es la falta de técnica, la profusión de disposiciones que pueden y deben compendiarse en una de las llamadas normas en blanco”<sup>7</sup>.

### 1.1.3. *Proyecto de 1978*

En la comisión redactora de 1978, en el capítulo de la celebración indebida de contratos, se reiteraron las conductas consagradas en el proyecto de 1976, así: Artículo 175: Violación al régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades; artículo 176: Concierto para defraudar al Estado; artículo 177: Interés indebido en la celebración de contrato; artículo 178: Celebración de contratos sin cumplimiento de requisitos legales; artículo 179: defraudación por enajenación o arrendamiento de bienes; artículo 180: Despilfarro administrativo.

### 1.1.4. *Comisión revisora de 1979*

En la Comisión Revisora del proyecto de Código Penal, integrada en 1979, la violación al Régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades, se ubicó en el artículo 164, en los siguientes términos.

“El empleado oficial 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 en arresto de uno a cinco años, interdicción de derechos y funciones públicas de dos a siete años y multa hasta de cinco millones de pesos”.

---

7. Antonio Vicente Arenas. *Comentarios al nuevo Código Penal. Parte Especial*. T. II. Bogotá, Edit. Temis, 1981, pp. 69 y ss.

Así mismo, desapareció el artículo 176: “Concierto para defraudar al Estado”, al igual que los artículos 179 a 180, “Defraudación por enajenación o arrendamiento y despilfarro administrativo y se corroboraron el interés indebido en la celebración de contratos (art. 165); y la Celebración de contratos sin el cumplimiento de requisitos legales (art. 166)<sup>8</sup>.

#### 1.1.5. *Violación del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades en el Decreto 100 de 1980*

El Decreto 100 de 1980, que contiene el Código Penal en vigencia, consagró la figura en estudio en los siguientes términos:

“El empleado oficial que en ejercicio de sus funciones intervenga en la tramitación, aprobación o celebración de un contrato con violación del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades, incurrirá en arresto de uno a cinco años, en multa de hasta cinco millones de pesos e interdicción de derechos y funciones públicas de dos a siete años.

La inicial redacción fue modificada en cuanto a su punibilidad, por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, contenido en la Ley 80 de 1993. El artículo 57 de esta normatividad precisó:

“El servidor público que realice alguna de las conductas tipificadas en los artículos 144, 145 y 146 del Código Penal, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años y multa de veinte (20) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales”.

De esta forma, manteniendo su prístina redacción, se amplió la pena de arresto de 1 a 5 años, de 4 a 12 años y la multa que podía alcanzar hasta 5 millones de pesos se cambió de 20 a 150 salarios mínimos legales mensuales.

A su turno, la Ley 190 de 1995, conocida como el Estatuto Anticorrupción, redujo, inexplicablemente, la amenaza de sanción desde el punto de vista de la multa, toda vez que en su artículo 32, precisó que: “Para los delitos contra la administración pública no contemplados en esta ley que tengan penas de multa, ésta será siempre entre diez (10) y cincuenta salarios (50) mínimos legales mensuales vigentes, de acuerdo con la dosificación que haga el juez”.

De esta forma, la redacción actual del artículo 144 del Código Penal, que castiga la violación del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades es del siguiente tenor:

---

8. Luis Carlos Giraldo Marín y Gustavo Gómez Velásquez. *Actas del nuevo Código Penal. Parte Especial*. Bogotá, Talleres Gama, 1981, p. 305.

“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 e incompatibilidades, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años y en multa de diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales”.

## II. ANÁLISIS DOGMÁTICO

### 2.1. Sujeto activo

Como es sabido, el artículo 63 del Código Penal en vigencia, estipuló que “para todos los efectos de la ley penal, son empleados oficiales los funcionarios y empleados públicos, los trabajadores oficiales, los miembros de las corporaciones públicas o de las fuerzas armadas, y toda otra persona que ejerza cualquier función pública, así sea de modo transitorio, o estuviere encargada de un servicio público”.

Esta disposición fue modificada por el artículo 18 del Estatuto Anticorrupción (Ley 190 de 1995), en los siguientes términos:

“Servidores públicos. Para todos los efectos de la ley penal, son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Para los mismos efectos se considerarán servidores públicos, los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República, los integrantes de la Comisión Nacional Ciudadana para la lucha contra la corrupción y las personas que administren los recursos de que trata el artículo 338 de la Constitución Política.

Parágrafo: la expresión “empleado oficial” se sustituye por la expresión “servidor público”, siempre que aquella sea utilizada en el Código Penal o en el Código de Procedimiento Penal”.

De esta forma, el sujeto activo del punible en estudio es calificado, pues lo constituye el servidor público, en los términos consagrados en la norma transcrita en precedencia que, en ejercicio de sus funciones, intervengan en la tramitación, aprobación o celebración de un contrato con violación del régimen legal de inhabilidades o incompatibilidades.

Como lo advierte el profesor Alfonso Gómez Méndez, incurre en el punible en análisis “no solamente quien firma el contrato respectivo, sino todos los demás funcionarios que de una u otra forma intervienen en el proceso de ‘tramitación del contrato’”<sup>9</sup>.

---

9. Gómez Méndez. *Delitos contra la Administración Pública*. Cit., p. 183.

Pueden incurrir en el delito, por tanto, entre otros, los directores administrativos y funcionarios de las entidades públicas, los jefes de oficinas jurídicas, y los asesores que emitan un concepto dentro del proceso de contratación.

Así mismo, incurre en este punible, a título de autor, el contratista, interventor, consultor y asesor, toda vez que la Ley 80 de 1993, en su artículo 56, los consideró como particulares que ejercen funciones públicas.

Para mayor precisión transcribimos a continuación la norma precitada, así:

“De la responsabilidad penal de los particulares que intervienen en la contratación estatal. 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 esa materia señala la ley para los servidores públicos”.

## **2.2. Sujeto pasivo**

El sujeto pasivo en este hecho punible es el Estado, en su calidad de titular del bien jurídico protegido en la norma, que lo constituye la administración pública.

## **2.3. Objeto jurídico**

En el punible en estudio el interés que el Estado busca proteger, lo constituye la “...absoluta transparencia en el acto de contratar por parte de los servidores públicos, la imparcialidad, equidad y el buen nombre de la administración”<sup>10</sup>.

## **2.4. Objeto material**

Si entendemos con el profesor Alfonso Reyes Echandía el objeto material como “aquello sobre lo cual se concreta la vulneración del interés jurídico que el legislador pretende tutelar en cada tipo y hacia el cual se orienta la conducta del agente”, en el presente tipo penal, lo constituye el contrato estatal.

## **2.5. Conducta**

Intervenir en la tramitación, aprobación o celebración de un contrato con violación del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades, configura la conducta que el legislador pretende sancionar con este hecho punible. El verbo rector es intervenir que, de acuerdo con el *Diccionario de la Real Academia de la Lengua* significa: “Tomar parte en un asunto”.

---

10. Corte Suprema de Justicia, Auto del 11 de marzo de 1997. M. P. Nilson Pinilla Pinilla.



De esta forma, sin razón conocida, quien interviene en la etapa de ejecución o liquidación de un contrato con violación del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades, no vulnera la ley penal, pues el legislador no incluyó estas etapas como susceptibles de violación de los regímenes a los que se refiere esta norma. La omisión comentada genera dificultades para el castigo de algunas conductas desviadas que pueden advertirse en la etapa de ejecución o liquidación del contrato, pues como lo señala el profesor Jaime Orlando Santofimio, "...puede ser muy común que el señor interventor que tiene funciones directamente relacionadas con la ejecución del contrato, que se termina torciendo durante la ejecución del contrato, haciendo reconocimientos que no se corresponden con la realidad, con el fin de favorecer al señor contratista"<sup>11</sup>.

La tramitación, como lo precisa el doctor Alfonso Gómez Méndez, "es la etapa principal y de mayor duración. La celebración es la firma misma del contrato por quien tiene la facultad legal para ello".

Se trata de un tipo penal de los denominados de mera conducta, en el que el legislador no reclama destrucción o el menoscabo del bien jurídico tutelado, sino que la sola realización de la conducta de suyo perfecciona el punible. Sobre el punto concreto precisó la Honorable Corte Suprema de Justicia, en decisión del 11 de marzo de 1997, con ponencia del magistrado, doctor Nilson Pinilla Pinilla:

"La tradicional división de los tipos penales, ampliamente difundida y desarrollada por la doctrina general al punto de constituirse en fundamental noción de derecho penal, no requiere en sí de nuevos desarrollos jurisprudenciales en el punto específico; y no es misterio que conforme a esa doctrina dominante, el tipo penal descrito en el artículo 144 del Código Penal como violación del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades, es delito de mera conducta que consiste en intervenir en la tramitación, aprobación o celebración de un contrato con violación de dicho régimen legal.

En otras palabras, el delito se consuma con la sola gestión del servidor público a pesar de la inhabilidad o incompatibilidad por él conocida, sin necesidad de que la administración sufra menoscabo patrimonial ni que el funcionario obtenga rendimientos específicos, caso en el cual la conducta podría conllevar otra configuración diferente".

Así mismo, estamos en este evento frente a un tipo penal en blanco, toda vez que su descripción no es suficiente para comprender en ella lo que el legislador quiere sancionar y, por el contrario, nos remite a las normas que describen las causales de

---

11. Jaime Orlando Santofimio. *Elementos administrativos de los delitos contractuales*. Intervención en Coruniversitaria en las primeras jornadas de actualización en derecho. Ibagué, 1999.

inhabilidad e incompatibilidad para contratar, las cuales se encuentran, fundamentalmente, en el Estatuto General de Contratación Pública (Ley 80 de 1993). Desde luego, al referirse al régimen legal, éste puede variar en cualquier momento por la creación de nuevas normas o la modificación de las existentes.

Los conceptos de inhabilidad e incompatibilidad, a los cuales el legislador ha dado el mismo alcance al ubicarlos en una sola norma, se encuentran reseñados en el artículo 8 de la Ley 80 de 1993 y son definidos en la exposición de motivos del Estatuto General de Contratación Pública, en los siguientes términos.

“Se denominan inhabilidades e incompatibilidades, las que recogen una relación de circunstancias vinculadas con la persona misma del contratista y cuya presencia impide la celebración del contrato, so pena de verse afectado de nulidad, sin perjuicio de las sanciones administrativas y penales a que haya lugar.

Como se indicó, el proyecto de ley, siguiendo los lineamientos del Decreto 222 de 1983, divide estas circunstancias en aquellas que dan lugar a la inhabilidad para contratar y las que originan incompatibilidad. Las primeras se refieren a circunstancias de alguna manera imputables al contratista que impiden la celebración de cualquier tipo de contrato estatal por un tiempo determinado. Las relativas a la incompatibilidad se predicen respecto de la celebración de un contrato circunscrito a una determinada entidad y por un tiempo igualmente señalado en razón a las vinculaciones de orden laboral, vínculos de parentesco y vínculos de afecto o interés. Conviene destacar cómo el proyecto circunscribe la incompatibilidad respecto de los servidores públicos a quienes desempeñan funciones en los niveles directivos, asesor y ejecutivo, excluyendo, por tanto, la incompatibilidad respecto de quienes ocuparon un cargo en un nivel ocupacional distinto a los mencionados. Se justifica la disposición debido a la total carencia de facultad decisoria de estos últimos servidores”<sup>12</sup>.

Por ello, como lo señala el doctor Juan Ángel Palacio, citado por el profesor Alfonso Gómez Méndez: “No cabe alguna duda de que existe una apreciación equivocada en la unificación de los conceptos, y más concretamente respecto a la incompatibilidad. La incompatibilidad mira la simultaneidad de actividades para evitar la existencia de intereses contrapuestos en el titular de la función. Mientras desempeña el cargo o la función no puede participar en la contratación. Como dice Manuel María Díez: “la incompatibilidad, como es muy lógico suponer, está justificada por razones de buen servicio, dedicación total a las funciones públicas, imposibilidad material de ejercer éstas simultáneamente con otras actividades, obligación de asegurar la independencia de los funcionarios y de no permitir su intervención en asuntos en que puedan tener interés o respecto de personas con las cuales pudiera estar vinculadas... evidentemente,

---

12. Jaime Betancur Cuartas. *Estatuto general de la contratación pública*. Bogotá. Biblioteca Jurídica Dike, 1998, pp. 143 y ss.

entonces la inhabilitación se distingue fundamentalmente de la incompatibilidad, ya que no se trata de la prohibición de acumular cargos públicos con otros de la misma naturaleza o privados, sino simplemente de no tener interés personal en la decisión de asuntos que le están encomendados.

De esta forma, como lo advierte el profesor Alfonso Gómez Méndez, la incompatibilidad hace referencia al funcionario y a la imposibilidad de obrar como servidor público imparcial y respetuoso de los cánones morales de la administración pública, con el debido aislamiento de los intereses personales, familiares, económicos, etc., esto es, libre de la contraposición entre los intereses y fines declarados constitucional y legalmente y los pertenecientes a su órbita particular. Por el contrario, la inhabilitación está relacionada con circunstancias que comprometen la independencia del funcionario en el ejercicio de sus funciones, impidiéndole obrar por afectar la capacidad”<sup>13</sup>.

Sobre el tema ha señalado la Corte Constitucional:

“Las incompatibilidades legales tienen como función primordial preservar la probidad del servidor público en el desempeño de su cargo, al impedirle ejercer simultáneamente actividades o empleos que eventualmente puedan llegar a entorpecer el desarrollo y buena marcha de la gestión pública”<sup>14</sup>.

En cuanto a la vigencia de las inhabilidades e incompatibilidades, la Corte Constitucional ha precisado que:

“Las incompatibilidades se tienen en razón del cargo que se desempeña, esto es, con motivo y por causa de una condición diferente a la de cualquier persona y a partir de las especiales responsabilidades que se asumen”.

La alta corporación agrega que es indispensable, por seguridad jurídica, que la persona tenga exacto y previo conocimiento acerca de aquello que es incompatible con la dignidad que ostenta, así como también tiene derecho a saber el momento preciso en que le es exigible la observancia de las pertinentes normas y el tiempo durante el cual se extiende su aplicación.

### 2.5.1. *Elementos normativos*

Para la adecuación típica del hecho, es preciso acudir a las normas constitucionales y legales que consagran las inhabilidades e incompatibilidades para celebrar contratos con la administración pública, las cuales se erigen en elementos normativos del tipo penal en estudio. Para ello, nos referimos fundamentalmente a las consagradas en el Estatuto de Contratación Pública (Ley 80 de 1993, arts. 8º y 9º), así:

---

13. Gómez Méndez. *Op. Cit.*, p. 187.

14. Corte Constitucional. Sentencia C-426 de 1996, 12 de septiembre, M. P. Hernando Herrera Vergara.

### 2.5.1.1. Primera causal. Las personas que se hallen inhabilitadas por la Constitución y las leyes.

Ante todo es preciso señalar que, por tratarse de normas restrictivas de libertades, sólo son aplicables aquellas establecidas por la Constitución y la ley y en ningún caso las creadas por entidades administrativas como las gobernaciones, asambleas, alcaldías, concejos municipales, entre otros.

Si bien la Ley 80 de 1993, en sus artículos 8, 9 y 10, ha recogido en forma por demás amplia las inhabilidades y las incompatibilidades, al igual que las excepciones a las mismas, no puede desconocerse que son aplicables en el presente tipo penal, aquellas de carácter constitucional como la preceptuada en el artículo 180 de la Carta Política, que prohíbe a los congresistas celebrar contratos con las entidades públicas, al igual que las de orden especial que están contenidas en otros estatutos, con alcance legal.

Nos referimos así al Decreto autónomo 777 de 1992, que regula los contratos que las entidades públicas celebren con las entidades privadas sin ánimo de lucro, la Ley 142 de 1994, que establece un régimen especial en materia de servicios públicos: el consagrado en la propia Ley 80 de 1993, en su artículo 35, que prevé una inhabilidad especial en materia de concesiones para la prestación de servicio de radio difusión sonora; la contenida en su artículo 58 numeral 6, que inhabilita la persona jurídica cuando se ha dictado una medida de aseguramiento contra su representante legal, producto de acciones u omisiones que se le imputen por su comportamiento contractual, pues aquella quedará inhabilitada para proponer y celebrar contratos con las entidades estatales por todo el término de duración de la medida de aseguramiento. De ser condenado dicho representante legal, la persona jurídica quedará inhabilitada para proponer y celebrar contratos por diez años con las entidades estatales. La misma sanción se aplicará a la persona jurídica declarada civilmente responsable por razón de hechos u omisiones que se le imputen en relación con su actuación contractual.

De otra parte, aparece la inhabilidad que la Ley 190 de 1995 (Estatuto Anticorrupción), consagró en su artículo 5º, inciso 2º para el particular que aporte información falsa para posesionarse o celebrar un contrato con la administración, quien no podrá ejercer funciones públicas por tres años.

A las inhabilidades e incompatibilidades mencionadas en precedencia, pueden sumarse las citadas por el profesor Alfonso Gómez Méndez, en su obra “Delitos contra la Administración Pública”, así:

“...Artículo 28 de Decreto 3130 de 1968 (incompatibilidades de los miembros de las juntas y de los gerentes y directores); artículo 15 del Decreto 128 de 1976 (inhabilidades en entidades descentralizadas); artículo 1º del Decreto-Ley 3074 de 1968, modificatorio del artículo 9º del Decreto 2400 de 1968 (incompatibilidades para servidores públicos); artículo 29 del Decreto 1421 de 1993 (incompatibilidades de los concejales); artículo

146 del Decreto 1421 de 1993 (limitaciones para particular en procesos contractuales); artículo 4º del Decreto 679 de 1994 (personas inhabilitadas por razón de la presentación de otras ofertas); artículo 19 de la Ley 53 de 1990 (inhabilidad de los parientes para efectos de la contratación a nivel municipal); Ley 136 de 1994 (inhabilidades e incompatibilidades en el ordenamiento municipal para el nombramiento o elección en cargos del cónyuge o compañera permanente); artículo 3º de la Ley 177 de 1994; artículos 45.3 y 96 de la Ley 136 de 1994 (prohibición de los concejales de contratar con el respectivo municipio o distrito y con las entidades descentralizadas, así como con entidades privadas que administren fondos o tributos del municipio); entre otros”<sup>15</sup>.

2.5.1.2. Segunda causal. Quienes participaron en las licitaciones o concursos o celebraron los contratos de que trata el literal anterior estando inhabilitados.

Esta causal de inhabilidad especial, que afecta a un contratista y que le impide celebrar contratos con la administración, se convierte, por voluntad del legislador, en general. La misma se extiende por un período de cinco años y trae como novedad, frente al estatuto de contratación anterior (Decreto-Ley 222 de 1983), que se amplía la prohibición por la participación en procesos licitatorios.

2.5.1.3. Tercera causal. Quienes dieran lugar a la declaratoria de caducidad.

La caducidad ha sido consagrada en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, en los siguientes términos:

“La caducidad es la estipulación en virtud de la cual si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado le dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre”.

Esta causal, que se extiende por cinco años es, como lo señala acertadamente el doctor Carlos Alberto Atehortúa Ríos: “De carácter sancionatorio adicional y se impone a aquellos contratistas que por su incumplimiento obligan a la administración a declarar la caducidad de un contrato”<sup>16</sup>.

2.5.1.4. Cuarta causal. Quienes en sentencia judicial hayan sido condenados a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas y quienes hayan sido sancionados disciplinariamente con destitución.

---

15. Gómez Méndez. *Op. Cit.*, p. 206.

16. Carlos Alberto Atehortúa Ríos. *Inhabilidades, control y responsabilidad en la contratación*. Biblioteca Jurídica Dike, 1995, p. 92.

Contiene esta causal de carácter sancionatorio, dos hipótesis: la primera relacionada con la decisión judicial que pone fin a un proceso penal con la sentencia condenatoria del procesado y que impone como pena accesoria la interdicción de derechos y funciones públicas, la cual es regulada en el numeral 3 del artículo 42 del actual estatuto de penas y que priva al condenado de la facultad de elegir y ser elegido, así como del ejercicio de cualquier derecho político, función pública u oficial y dignidades que confieren las entidades oficiales.

La segunda hipótesis guarda relación con la destitución del funcionario como consecuencia de una sanción disciplinaria. El régimen legal en materia de destitución puede encontrarse en la Ley 13 de 1984, su Decreto Reglamentario 482 de 1985 y en la Ley 136 de 1994, entendiéndose de funcionarios de orden municipal.

Debe advertirse que, a diferencia de otras penas accesorias, que, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 55 del Código Penal, se aplican de hecho mientras dura la pena privativa de la libertad concurrente con ella, la imposibilidad de celebrar contratos por cinco años, se cuenta a partir de la ejecutoria de la sentencia que impone la pena, y de la fecha de la providencia ejecutoriada que profiera el nominador, dando cumplimiento a la determinación administrativa que impone la sanción.

2.5.1.5. Quinta causal. Quienes sin justa causa se abstengan de suscribir el contrato estatal adjudicado.

Esta causal es nueva en el Estatuto General de Contratación. En el pasado a quien no suscribía el contrato adjudicado se le hacía efectiva la póliza de seriedad de la propuesta, la cual constituía al presentarse a la licitación o concurso. De esta forma, si el contratista perdía el interés en el contrato o las condiciones no le resultaban propicias, se abstenía de firmar el contrato y cubría su incumplimiento con la póliza correspondiente.

Compartimos con el tratadista Omar Franco Gutiérrez, la aseveración de que: “La fuerza mayor o el caso fortuito, serían causal exculpatoria para el contratista. Un terremoto, una inundación, una avalancha que diera lugar a que el contratista haya perdido unas maquinarias y elementos para ejecutar el contrato. El apresamiento o secuestro que haya sufrido el contratista o las determinaciones de la autoridad que hayan dado lugar a que los bienes del contratista sean expropiados por motivos de utilidad pública, podrían ser causales justas para que el contratista no firme el contrato<sup>17</sup>.”

Lo que se quiere sancionar aquí es la falta de seriedad del contratista que, sin existir una justa causa, se abstiene de suscribir el contrato respectivo, generando ingentes perjuicios a la administración pública y al desarrollo de su gestión.

---

17. Franco Gutiérrez. *La contratación administrativa. Cit.*, pp. 76 y ss.

#### 2.5.1.6. Sexta causal. Los servidores públicos.

La propia Ley 80 de 1993, en su artículo 2º numeral 2, ubicó como servidores públicos a:

- a) Las personas naturales que prestan sus servicios dependientes a los organismos y entidades de que trata este artículo, con excepción de las asociaciones y fundaciones de participación mixta en las cuales dicha denominación se predicará exclusivamente de sus representantes legales y de los funcionarios de los niveles directivos, asesor o ejecutivo o sus equivalentes en quienes se delegue la celebración de contratos en representación de aquellos.
- b) Los miembros de las corporaciones públicas que tengan capacidad para celebrar contratos en representación de éstos”.

2.5.1.7. Séptima causal. 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 para una misma licitación o concurso.

Persigue esta inhabilidad impedir que personas ligadas por parentesco participen con varias opciones en una licitación. Es una inhabilidad especial que sólo afecta a los ciudadanos vinculados por el parentesco.

En segundo grado de consanguinidad respecto de una persona se encuentran sus padres, sus abuelos, sus hijos, sus nietos y sus hermanos y en segundo de afinidad los padres, abuelos, hijos, nietos y hermanos del cónyuge. Quiere decir lo anterior que no se estipuló esta inhabilidad para los hijos adoptivos o los padres adoptantes.

Por lo anotado en precedencia, es acertada la apreciación del profesor Omar Franco Gutiérrez, según la cual: “Esta causal de inhabilidad, ya que se estableció, ha debido consagrarse completa, es decir que abarcara a todos esos parientes con los cuales se tiene relaciones familiares más o menos estrechas y con los cuales hay posibilidad de interesarlos para que participen en una licitación ‘para que quede en casa’; como podrán ser los tíos y los primos (tercero y cuarto grado de consanguinidad).

Y si a lo anterior se agrega que no se incluyeron en la inhabilidad los padres adoptantes y los hijos adoptivos, la inhabilidad queda aún más corta e incompleta y creemos que en muy poco va a evitar que se incurra en el acto que no quiere la ley, pues si no se puede con unos parientes, ahí quedarían los otros”<sup>18</sup>.

---

18. *Ibidem*, p. 81.

2.5.1.8. Octava causal. Las sociedades distintas de las anónimas abiertas, en las cuales el representante legal o cualquiera de sus 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 formalmente haya presentado propuesta, para una misma licitación o concurso

Esta inhabilidad viene a complementar la estipulada en el numeral anterior y se refiere a las sociedades diferentes a las anónimas abiertas. El Decreto 679 de 1994, en su artículo 5º exige para la existencia de estas sociedades que tengan más de trescientos accionistas, que ninguna persona sea titular de más del treinta por ciento de las acciones en circulación y que las acciones estén inscritas en una bolsa de valores.

Así, la inhabilidad afecta a las sociedades anónimas ordinarias, las colectivas, las de responsabilidad limitada y las comanditas simples y por acciones. De esta forma, como la advierte el doctor Carlos Alberto Atehortúa. “Estas sociedades están inhabilitadas para contratar cuando su representante legal o cualquiera de los socios de las mismas tiene parentesco en segundo grado de consanguinidad, o de afinidad, con el representante legal, o cualquiera de los socios de una sociedad que formalmente haya presentado propuesta para la misma licitación concurso”.

Lo que pretende la ley con esta causal es evitar que una persona participe en una licitación como persona natural y además con las sociedades de que forma parte o la sociedad de sus familiares más cercanos.

2.5.1.9. Novena causal. Los socios de sociedades de personas a las cuales se haya declarado la caducidad, así como las sociedades de personas de las que aquéllos formen parte con posterioridad a dicha declaratoria

Esta causal complementa la tercera, toda vez que extiende los efectos de la declaratoria de caducidad a los socios de las sociedades colectivas, de responsabilidad limitada y en comandita simple, al inhabilitarlos para celebrar contratos como personas naturales. Así mismo, impide que las nuevas sociedades, constituidas por ellos en calidad de socios, participen en contratos con el Estado pues estarían inhabilitadas estas sociedades para tal fin. Con esta inhabilidad que tiene una duración de cinco años “cerró definitivamente la ley la puerta falsa que muchos utilizaban para burlar la ley cuando una sociedad o sus socios eran sancionados. Sencillamente creaban una sociedad cuando la sanción recaía sobre personas, y contrataban por intermedio de la sociedad creada. O más simplemente, si la sancionada era la sociedad, a ellos no les pasaba nada y bastaba con crear una sociedad nueva y seguían en las mismas”<sup>19</sup>.

---

19. *Ibidem*, p. 86.



### 2.5.2. *Inhabilidades e incompatibilidades especiales*

En el numeral 2 del artículo 8º de la Ley 80 de 1993, aparecen cinco casos de inhabilidad e incompatibilidad para participar en licitaciones o concursos, o celebrar contratos estatales, que se califican como especiales por referirse a la “entidad respectiva”. Ellas son:

2.5.2.1. Primera. Quienes fueren miembros de la junta o Consejo Directivo, o servidores públicos de la entidad contratante

Esta incompatibilidad sólo comprende a quienes desempeñaron funciones en los niveles directivo, asesor o ejecutivo y se extiende por el término de un (1) año, contado a partir de la fecha del retiro. Esta causal de inhabilidad subsiste durante el término de un año y alcanza, en primera instancia, a quienes fueron miembros de las juntas o consejos directivos de la entidad contratante, independientemente si fueron principales o suplentes y si actuaron o no en dichas dignidades.

También cubre esta inhabilidad a los servidores públicos con alto rango, los cuales han sido precisados en los Decretos 1042 de 1978, 590 de 1993 y 861 de 2000, que la Ley 80 reduce a los del nivel directivo, asesor o ejecutivo.

Conforme al artículo 2º del Decreto 861 de 2000, el nivel directivo “comprende los empleos a los cuales corresponden funciones de dirección general, de formulación de políticas institucionales y de adopción de planes, programas y proyectos”.

El nivel asesor, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 3º del Decreto mencionado en precedencia: “agrupa los empleos cuyas funciones consisten en asistir, aconsejar y asesorar directamente a los empleados públicos del nivel directivo”.

El nivel ejecutivo, según las voces del artículo 4º del Decreto 861 de 2000, “comprende los empleos cuyas funciones consisten en la dirección, coordinación, supervisión y control de las unidades o áreas internas encargadas de ejecutar y desarrollar las políticas, planes, programas y proyectos de las entidades”.

Es natural que mientras los funcionarios ejercen el cargo no pueden contratar por estar cubiertos por la incompatibilidad general establecida en la ley. Retirados del cargo, se aplica por el período de un año, la inhabilidad que acabamos de analizar.

2.5.2.2. Segunda causal especial. Las personas que tengan vínculos de parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil con los servidores públicos de los niveles directivo, asesor, ejecutivo o con los miembros de la junta o Consejo Directivo, o con las personas que ejerzan el control interno o fiscal de la entidad contratante.

Se procura con esta causal evitar que los parientes cercanos a los directivos de la entidad oficial se aprovechen de esta privilegiada posición para contratar con la administración o eludir el debido control en la ejecución de la relación contractual.

2.5.2.3. Tercera causal especial. El cónyuge, compañero o compañera permanente del servidor público en los niveles directivo, asesor, ejecutivo, o de un miembro de la junta o Consejo Directivo, o de quien ejerza función de control fiscal.

Se trata de una repetición de la inhabilidad e incompatibilidad consagrada en el numeral anterior, pero la amplía a los parientes, al cónyuge o compañero permanente de las personas allí mencionadas. Son cónyuges las personas unidas por matrimonio reconocido legalmente y se entiende por compañeros permanentes los vinculados por unión libre permanente y continua.

2.5.2.4. Cuarta causal especial. Las corporaciones, asociaciones, fundaciones y las sociedades anónimas que no tengan el carácter de abiertas, así como las de responsabilidad limitada y las demás sociedades de personas en las que el servidor público, en los niveles directivo, asesor o ejecutivo, o el miembro de la junta o Consejo Directivo, o el cónyuge, compañero o compañera permanente, o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, afinidad o civil de cualquiera de ellos, tenga participación o desempeñe cargos de dirección.

Procura esta causal impedir que las sociedades en las que tiene participación el funcionario público, con ánimo de lucro o sin él, celebre contratos con la entidad estatal, quebrantando los principios de transparencia y objetividad que debe presidir la contratación estatal. Se excepciona las sociedades anónimas que tengan la condición de abiertas.

2.5.2.5. Quinta causal especial. Los miembros de las juntas o consejos directivos. Esta incompatibilidad sólo se predica respecto de la entidad a la cual prestan sus servicios y de los del sector administrativo al que la misma esté adscrita o vinculada.

Como es reconocido, los miembros de las juntas directivas de las entidades descentralizadas, por el sólo hecho de ser miembros de esos organismos, no adquieren la calidad de servidores públicos, lo cual les habilita para celebrar contratos con la administración. Por ello, ha querido excepcionar la ley esta facultad cuando el contrato se celebre con la entidad a la que prestan sus servicios y los del sector administrativo, a la que se encuentra adscrita, por ejemplo, un ministerio o un departamento administrativo.

### 2.5.3. *Inhabilidades e incompatibilidades sobrevinientes*

Es factible que una persona en la que no concurra ninguna de las causales de inhabilidad e incompatibilidad analizadas, realice trámites contractuales o de concurso ante una

entidad del Estado y durante dicho proceso aparezca una causal de inhabilidad o incompatibilidad de las que hemos hecho referencia.

En este evento, la propia ley de contratación (Ley 80 de 1993), en su artículo 9º, propone tres situaciones, con su solución, así:

- a) Cuando la inhabilidad o la incompatibilidad sobrevenga en un proponente dentro de la etapa de licitación o concurso, esto es, antes de la firma del contrato.
- b) Cuando la inhabilidad o la incompatibilidad sobreviniere en un concursante después de la firma del contrato que le fue adjudicado.
- c) Cuando la inhabilidad o la incompatibilidad sobreviene en uno de los miembros de un consorcio o de una unión temporal.

En el primer evento el licitante debe renunciar a seguir participando en la licitación una vez conozca su inhabilidad o incompatibilidad y efectuar tal manifestación a la entidad contratante. Estimamos que de no hacerlo el afectado, podría provenir la información de cualquier persona, desde luego presentando la prueba pertinente.

Compartimos el criterio del doctor Omar Franco Gutiérrez, según el cual: “Si el licitante no informa y la entidad comprueba por su parte la existencia de una inhabilidad o incompatibilidad sobreviniente para el licitante, lo puede excluir del concurso, aunque no haya manifestado nada, pues cuando al licitante le sobreviene un inconveniente de esta clase ‘se entenderá que renuncia a la participación en el proceso de selección y a los derechos surgidos del mismo’ (art. 9º, inc. 2º)”<sup>20</sup>.

Ahora bien, en la segunda hipótesis, esto es, cuando la inhabilidad o incompatibilidad sobreviene después de la firma del contrato que le fue adjudicado, la propia ley suministra la solución, pues permite al contratista ceder el contrato a otras personas, desde luego, con el visto bueno de la entidad contratante.

La honorable Corte Constitucional ha decidido que en este evento no existe la obligación de indemnizar al contratante, pues “los eventuales daños que pueda sufrir no son consecuencia de una decisión o actuación antijurídicas provenientes de la administración, sino del hecho sobreviniente que consiste en la imprevista presencia de las causas de inhabilidad o incompatibilidad. Así, pues, no se configuran los presupuestos contemplados en el artículo 90 de la Constitución, a cuyo tenor el ‘Estado’ responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”. (Sentencia C-221 de 1996. Exp. D-1063. M. P.: José Gregorio Hernández Galindo).

---

20. *Ibidem*, p. 92.

Ahora bien, si el contrato es de aquellos que sólo puede ser ejecutado por el contratista, tal como la realización de una obra de arte, la ley determina que el contratista “renunciará a su ejecución”.

Finalmente, una tercera posibilidad se presenta cuando la inhabilidad o incompatibilidad sobreviene en uno de los miembros de un consorcio o de una unión temporal. En este evento, el afectado cederá su participación a un tercero, desde luego, con la autorización escrita de la entidad contratante. Los consorcios y uniones temporales se encuentran definidos en el artículo 7º del Estatuto General de Contratación. Como lo afirma el tratadista Omar Franco Gutiérrez, “debe quedar claro que el cesionario y nuevo miembro del consorcio o de la unión, debe ser un tercero, es decir una persona ajena al consorcio o unión, pues de acuerdo con la ley ‘en ningún caso podrá haber cesión del contrato entre quienes integran el consorcio o unión temporal’”<sup>21</sup>.

#### 2.5.4. *Excepción a las inhabilidades e incompatibilidades*

El artículo 10 de la Ley 80 de 1993, preceptúa:

“No quedan cobijados por las inhabilidades e incompatibilidades de que tratan los artículos anteriores, las personas que contratan por obligación legal o lo hagan para usar los bienes o servicios que las entidades a que se refiere el presente estatuto ofrezcan al público en condiciones comunes a quienes los soliciten, ni las personas jurídicas sin ánimo de lucro cuyos representantes legales hagan parte de las juntas o consejos directivos en virtud de su cargo o por mandato legal o estatutario, ni quienes celebren contratos en desarrollo de lo previsto en el artículo 60 de la Constitución Política”.

Como lo anota con acierto el profesor Alfonso Gómez Méndez, “un ejemplo de quienes deben contratar por obligación legal podría ser el caso de las personas que tienen que adquirir bonos de guerra porque una ley los obliga a ello, o cuando el Estado necesita un inmueble para realizar una obra pública y celebra contrato de compraventa”<sup>22</sup>.

En cuanto a quienes contraten para usar los bienes y servicios que se ofrece por las entidades al público, podemos prohiar el ejemplo citado por el doctrinante Omar Franco Gutiérrez, del “funcionario oficial, incluyendo los de Telecom. Podrán contratar con esta empresa la instalación de una línea telefónica en su casa, en las mismas condiciones de cualquier particular y no habrá inhabilidad de dicho funcionario para contratar con su propia entidad, pues están actuando en condiciones comunes e iguales para quienes soliciten este servicio”<sup>23</sup>.

---

21. *Ibidem*, p. 94.

22. Gómez Méndez. *Op. Cit.*, p. 198.

23. Franco Gutiérrez. *Op. Cit.*, p. 95.

Por último, se consagra que las inhabilidades estudiadas no cobijan a los funcionarios de una empresa con participación estatal, cuando tales funcionarios, en uso de la facultad que le confiere el artículo 60 de la Constitución Política, pretende adquirir las acciones que el Estado tiene en tal empresa, acciones que, desde luego, la empresa ha ofrecido a sus trabajadores o a las organizaciones solidarias de dichos trabajadores, tales como las cooperativas.

## **2.6. Culpabilidad**

Para culminar el estudio del tipo penal consagrado en el artículo 144 del Código Penal en vigencia, señalamos que este delito admite únicamente la modalidad dolosa. Significa lo anterior que el ciudadano conoce la inhabilidad o incompatibilidad y, haciendo caso omiso de tal conocimiento, interviene en la celebración, aprobación o tramitación del contrato.

### **III. LA VIOLACIÓN DEL RÉGIMEN LEGAL DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL**

La Ley 599 de julio 24 de 2000, tipifica en su artículo 408, en el Título XV, “Delitos contra la Administración Pública”, en el capítulo IV, “De la celebración indebida de contratos”, el punible de “Violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades”, en los siguientes términos:

“El servidor público que en ejercicio de sus funciones intervenga en la tramitación, aprobación o celebración de un contrato con violación al régimen legal o a lo dispuesto en normas constitucionales, sobre inhabilidades e incompatibilidades, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a doce (12) años.

Puede considerarse que la norma en vigencia no sufrió mayores modificaciones. Así, se incluye el término “o lo dispuesto en normas constitucionales”, con el fin de abarcar un marco mayor de las inhabilidades, advirtiéndose que no existía duda sobre la incursión en la conducta punible cuando la inhabilidad o incompatibilidad se estipulara en la Constitución Política, en virtud de la aplicación del bloque de legalidad.

De otra parte, se aumenta el máximo de salarios a que puede ser condenado el responsable, hasta una cantidad de doscientos salarios mínimos legales, con lo que se supera el absurdo cambio que en tal punibilidad efectuó la Ley 190 de 1995, por la incoherencia que es corriente en la elaboración de nuestros estatutos.

Finalmente, se adiciona la inhabilidad del condenado para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a doce (12) años.

**BIBLIOGRAFÍA**

- Atehortúa Ríos, Carlos Alberto. *Inhabilidades, control y responsabilidad en la contratación estatal*. Medellín, Biblioteca Jurídica Dike, 1995.
- Betancur Cuartas, Jaime. *Estatuto general de la contratación pública*. 9ª ed. Medellín, Biblioteca Jurídica Dike, 1998.
- Franco Gutiérrez, Omar. *La contratación administrativa*. 4ª ed. Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2000.
- Gómez Méndez, Alfonso. *Delitos contra la Administración Pública*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.
- Molina Arrubla, Carlos Mario. *Delitos contra la Administración Pública*. Bogotá, Edit. Leyer, 2000.
- Pabón Parra, Pedro Alfonso. *Delitos contra la Administración Pública*. Bogotá, Edit. ABC Ltda., 1997.
- Pino Ricci, Jorge. *Régimen de contratación estatal*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997.
- Solano Sierra, Jairo Enrique. *Contratación administrativa*. Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1997.