

# Celebración indebida de contratos: Régimen de inhabilidades e incompatibilidades (Art. 144 C.P.)\*

Miguel Bula Barreneche, Javier Cantillo Vargas, Juan Fernando García, Carmen Sofía Llinás García, Mónica Padilla Bravo, Margarita Quintero Pineda, Elia Turbay Fernández, Ana María Verano Puche

## Introducción

La celebración indebida de contratos es un tema muy común en nuestros días, por lo tanto merece un estudio especial, teniendo en cuenta las normas especiales al respecto establecidas por el legislador.

En nuestro caso particular, nos ocuparemos del régimen de inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado, tomando como referencia el análisis estructural del tipo, su clasificación y las modificaciones a que ha sido sometido.

## 1. Reseña histórica

Haciendo referencia quizás a uno de los capítulos más controvertidos del Código Penal, «De la celebración indebida de contratos», que corresponde al Capítulo IV de la parte especial del código, tenemos que al ser redactado, muchos de los integrantes de la comisión, como el Dr. Cárdenas, sos-

tuvieron que la contratación indebida no lesiona la Administración Pública, sino que la consideraban como una simple falta de elegancia impune desde el punto de vista penal. Sin embargo, más adelante algunos tratadistas y legisladores pretendieron darle tipicidad, pero no llegaron a ninguna conclusión, debido a que la contratación indebida ha sido uno de los grandes males de la República.

En conclusión, el legislador del 36 terminó estableciendo una figura típica de contratación indebida por aquellas personas que desempeñen cargos públicos, cuando abusando de su poder violentan toda ritualidad fiscal y administrativa, para adjudicar un contrato en beneficio de terceros que no lo merecían. Este tipo penal recibió el nombre de «Negociaciones Incompatibles con el empleo público», distinguiéndolo del hecho de auto-adjudicarse un contrato, caso que recibió otra denominación. A pesar de todo lo anterior, dicha redacción recibió innumerables críticas, siendo quizás la más severa de todas la del Dr. Bernal Pinzón, quien dictaminó lo siguiente: *«Este tipo ha quedado estructurado sobre el simple hecho de contratarse sin los formalismos fiscales propios de toda con-*

---

\* Trabajo presentado por los estudiantes de octavo semestre de derecho al profesor Luis Felipe Velázquez Lyons, en la asignatura de Derecho Penal Especial.

*tratación estatal, cuando el delito auténtico, aunque mal ubicado en el capítulo Del Cohecho, era concertarse con terceros para defraudar al Estado». Para reforzar citó el art. 400 del Código Penal español, el cual al parecer fue el que le dio origen al nuestro.*

Ahí no terminan las discusiones sobre el tema. En 1974, en el anteproyecto de dicho año, se le cambió la denominación por «Negociaciones incompatibles y enriquecimiento ilícito». Luego, en 1976, se revisó nuevamente lo relativo a este capítulo, y se llegó a la conclusión de que el Derecho Penal no podría ser indiferente con la actividad del empleado oficial que incumple fundamentales deberes en detrimento del interés colectivo. El Derecho Penal debe ubicar dentro del elenco de conductas delictivas los comportamientos del empleado que al actuar en celebración de contratos viola esas pautas mínimas pero esenciales, lesionando, o por lo menos poniendo en peligro, intereses pecuniaros del Estado, principalmente el prestigio, la eficacia y el buen nombre de la Administración.

De lo anterior podemos concluir la importancia y relevancia que ha tenido el tema de la Celebración de Contratos con la Administración Pública, cuya más reciente innovación la constituye las reformas introducidas al respecto por la Ley 80/93, más conocida como «Ley de Contratación Administrativa», cuyas disposiciones más importantes analizaremos en este trabajo.

## 2. Estructura del tipo penal

### ARTICULO 144 C.P. *Violación del Ré-*

*gimen Legal de inhabilidades e incompatibilidades. El empleado oficial que en ejercicio de sus funciones intervenga en la tramitación, aprobación o celebración de un contrato con violación al régimen legal de inhabilidades o incompatibilidades, incurrirá en arresto de uno (1) a cinco (5) años, en multa hasta de cinco millones de pesos e interdicción de derechos y funciones públicas de dos (2) a siete (7) años.*

## 2.1. Sujetos

### 2.1.1. *Sujeto activo*

El empleado oficial que en ejercicio de sus funciones intervenga en la tramitación, celebración o aprobación de un contrato. En virtud de lo anterior, es un sujeto activo cualificado jurídicamente, monosubjetivo, persona natural, mayor de edad, que de no reunir tal característica se considera inimputable y se le aplicarían medidas de seguridad.

El sujeto activo tendría, en este caso, una doble calificación: en primer lugar, es un empleado oficial, en los términos en que lo contempla el artículo 63 del C.P., y en segundo lugar, tiene dentro de su competencia la función de intervenir en la aprobación, tramitación y celebración del contrato objeto de la infracción.

El particular, a su vez, puede ser partícipe del hecho punible si conoce de la inhabilidad o incompatibilidad en la que recae el empleado oficial.

### 2.1.2. *Sujeto pasivo*

Es el Estado, como persona jurídica, titular de la administración, de los

valores que de ella deben predicarse y del interés jurídico tutelado por la ley, el encargado de velar por el correcto desarrollo de su actividad, prestigio, moralidad, imparcialidad y eficacia de la contratación administrativa.

A su vez, puede resultar del hecho punible sujetos perjudicados, ya sea el Estado o la administración en sus bienes o también algunos bienes de los particulares.

## 2.2. Objeto

### 2.2.1. Objeto jurídico

Se protegen de manera específica bienes jurídicos radicados en cabeza del Estado, como son la moralidad de los procedimientos de la contratación administrativa y el patrimonio estatal, que pueden verse amenazados o lesionados por la conducta del sujeto agente. Al mismo tiempo se protege la adecuada prestación de los servicios públicos que el Estado suele atender mediante su contratación con los particulares.

### 2.2.2. Objeto material

Es fenomenológico porque el contrato administrativo tramitado de acuerdo con violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, no en su aspecto material sino como fenómeno jurídico, es un acuerdo de voluntades de contenido obligacional, ya que hay contratos que a pesar de tener la calidad de administrativo no requieren la formalidad de la escritura.

Jurisprudencial y doctrinalmente se ha considerado que hay contrato administrativo con la propuesta y con-

secuente adjudicación de la misma, pues con estos dos elementos se puede determinar perfectamente el contenido del acuerdo de voluntades. Esto lleva a pensar que en realidad el objeto material de esta infracción lo constituye el proceso de contratación administrativa adelantado con el reseñado vicio legal.

## 2.3. Conducta

### 2.3.1 Verbo rector

**Intervenir:** *Tomar parte de un asunto, dirigir, limitar o suspender por parte de una autoridad el libre ejercicio de actividades o funciones.*

### 2.3.2 Tipificación de las conductas

- Intervenir en la tramitación.
- Intervenir en la aprobación.
- Intervenir en la celebración de un contrato con violación del régimen legal de inhabilidades o incompatibilidades.

La violación de ese régimen es la conducta. Esta consiste en incumplir lo dispuesto legalmente sobre ese aspecto; consiste en desconocer, inobservar o quebrantar dicho régimen.

Para comprender mejor cada una de las conductas descritas, analizaremos todas las etapas, dejando sentado que la norma es amplia al utilizar la expresión «tramitación», que sin duda comprende a los funcionarios del Estado que participen en cualquiera de las etapas contractuales.

a. *Fase precontractual o de formación del contrato.* Centrándose ésta en los siguientes trámites:

- Resolución motivada de apertura (licitación o concurso de méritos, según el caso). O la solicitud de cotización, si de contratación directa se trata.

- Elaboración y distribución de las bases del concurso o de los pliegos de condición.

- Invitación o avisos de prensa.
- Actos de apertura y cierre.
- Evaluación de propuestas.
- Adjudicación o selección del contratista.

#### **b. Fase contractual**

- Suscripción del contrato.
- Trámite de legalización y perfeccionamiento del mismo.

**c. Fase de ejecución, terminación y liquidación.** Incluyendo en ésta pago de anticipos, pagos periódicos, suscripción, etc.

#### **2.3.3. Consumación de las conductas**

En el momento de la violación del régimen se consuma la conducta, independientemente de que la administración sufra o no un perjuicio patrimonial. La participación del empleado oficial en cualquiera de las etapas con violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades legales generará la tipicidad del hecho.

#### **2.3.4. Ingredientes especiales del tipo**

##### **2.3.4.1. Ingrediente normativo**

Para la adecuación típica del hecho es necesario acudir a la normatividad del derecho administrativo, que define cuáles son los contratos estatales, según la nueva denominación legal

contemplada en la ley 80 de 1993, y todos los procesos que éstos implican, así como el régimen aplicable de inhabilidades e incompatibilidades.

Además, el tipo penal presenta un elemento importante para que se pueda inferir la adecuación típica de una conducta en el sentido que estamos estudiando, y es que el empleado oficial al *intervenir* en las diferentes etapas del contrato debe hacerlo «en ejercicio de sus funciones».

##### **2.3.4.2. Ingrediente subjetivo**

No existe ingrediente subjetivo, puesto que es irrelevante para el Derecho Penal la finalidad propuesta por el agente en la realización de la conducta.

#### **2.4. Antijuridicidad**

El presupuesto actual de la norma es evitar que los empleados públicos, abusando de sus funciones, realicen contratos, los tramiten o aprueben a pesar de estar imposibilitados legalmente para hacerlo, lo cual origina el desprestigio de la administración, producido por la violación de dicho régimen. Es ése entonces el interés que la conducta típica lesiona.

Empero, la mera lesión o exposición a ese interés no es suficiente para afirmar la antijuridicidad necesaria para la configuración del delito; debe ser sin justa causa la conducta típica. Para que ello sea así debe darse el incumplimiento del deber legal o ejercicio ilegítimo de un derecho o cargo público. Si el sujeto activo obra por alguna de las causales contenidas en el artículo 29 del Código Penal, habrá

justificación del hecho.

## 2.5. Culpabilidad

Dolosa, por tanto el sujeto no sólo debe tener la capacidad para comprender la ilicitud de su conducta y de autodeterminarse, sino también debe saber que interviene en la tramitación, aprobación o celebración de un contrato estando inhabilitado o incurso en causal de incompatibilidad; pero si obra bajo alguna de las causales de inculpabilidad del artículo 40 del estatuto penal, dicha conducta carecerá de culpabilidad.

## 2.6. Punibilidad

La pena establecida en el artículo 144 del Código Penal se centra en arresto de uno (1) a cinco (5) años, en multa hasta de cinco millones de pesos e interdicción de derechos y funciones públicas de dos (2) a siete (7) años. Dichas sanciones fueron modificadas por el Estatuto de Contratación Administrativa (L.80/93), que consagra en su artículo 57 lo siguiente: «*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 en multa de veinte (20) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales*», de lo que se deduce, de acuerdo con el método de interpretación cronológico, que la norma posterior (L.80/93) prevalece sobre la anterior (art. 144 C.P.).

## 2.7. Tentativa

No cabe, debido a que el trámite de una contratación con el Estado consta de diversas etapas, y en cualquier momento en que el empleado oficial

intervenga las agota.

## 2.8. Concurso

El concurso con otros delitos es frecuente, ya que en la práctica va acompañado de cohecho y de falsedad documental.

## 3. Clasificación del tipo

Este es un tipo:

- *Según su estructura:*
  - básico
  - compuesto
  - en blanco
  
- *Según el sujeto activo:*
  - monosubjetivo
  - cualificado o determinado
  
- *Según el bien jurídico tutelado:*
  - pluriofensivo o complejo
  - de lesión
  
- *Según su contenido:*
  - de acción
  - de mera conducta
  - de conducta instantánea

## 4. Régimen de inhabilidades

Teniendo en cuenta que la capacidad para contratar se adquiere con la mayoría de edad, la inhabilidad se refiere a aquellos inconvenientes o características de un individuo que teniendo la capacidad, no puede contratar con la administración pública. Un ejemplo puede ser aquella persona que siendo mayor de edad fue condenada penalmente, y como pena accesoria se le impuso la interdicción de derechos y funciones públicas.

#### **4.1 . Inhabilidades de carácter constitucional**

**Art. 183-** Los congresistas perderán su investidura por:

1. «Violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades». De lo anterior se concluye que la Constitución de 1991 ha establecido una serie de limitaciones en materia contractual para los congresistas, quienes de manera general no pueden contratar con ninguna de las dependencias del Gobierno Nacional, departamental o municipal. Creemos nosotros que el fin perseguido por los constituyentes al establecer estas inhabilidades fue el de evitar que un cargo legislativo sea aprovechado para obtener beneficios en un contrato, por medio de presiones o promesas, hechas a un funcionario.

Así mismo, la Constitución prohíbe a quienes hayan sido contratistas con el Gobierno en su propio interés o en el de un tercero, ser elegidos congresistas dentro de los seis meses posteriores a la celebración del contrato.

#### **4.2. Inhabilidades de carácter legal**

La ley 80 de 1993, conocida como «Ley de contratación administrativa», estableció en su artículo octavo una serie de inhabilidades para contratar con el Estado, las cuales serán analizadas de manera breve a continuación:

##### **Artículo 8º, ley 80 de 1993**

**Numeral 1º.-** Son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales:

a. «Las personas que se hallan

*inhabilitadas para contratar por la Constitución y las leyes».* Esta remisión a la Constitución y la ley se hace debido a que es facultad del legislativo y del constituyente determinar las restricciones a las libertades para contratar con el Estado.

Entre las inhabilidades establecidas por la ley encontramos las que cobijan a los congresistas, diputados y concejales, por medio de la ley 11 de 1973. Dichas inhabilidades son generales para los congresistas, es decir, se aplican en todo el territorio nacional; mientras que para los diputados y concejales sólo se aplican en el respectivo departamento o municipio al cual pertenecen. Estas inhabilidades terminan cuando el congresista, diputado o concejal concluye el periodo para el cual fue elegido. Si, en cambio, renuncia a su cargo cesa la inhabilidad, a menos que dicha renuncia se produjere con más de un año de anticipación a la culminación del periodo. En este caso, la inhabilidad se prolonga por un año. La mencionada ley plantea como sanción principal, cuando se contrata con una de estas personas inhábiles, la nulidad absoluta del contrato celebrado, así como de los actos posteriores basados en él. Esta nulidad debe ser declarada por el juez luego de que cualquier persona intente la acción.

De acuerdo con la ley 11 de 1973, la persona que haya ocupado cualquier cargo público queda inhabilitada para intervenir en negocios de los que haya conocido o adelantado en su cargo durante el desempeño de sus funciones y por razón del mismo. En estos negocios no podrán intervenir por ningún motivo y en ningún tiempo, lo

que indica que esta inhabilidad es permanente y se sanciona también con nulidad absoluta.

b. «*Quienes participaron en las licitaciones o concursos o celebraron los contratos de que trata el literal anterior, estando inhabilitados*». La ley determina que una causal de inhabilidad no dada a conocer, y contratar aun a sabiendas de su existencia, se convierte en causal de inhabilidad para el futuro, es decir, para licitaciones posteriores; además de la responsabilidad penal por falso juramento. Esta inhabilidad se extiende por cinco años.

c. «*Quienes dieran lugar a la declaratoria de caducidad*». La «caducidad» es una facultad que tiene el Estado para dar por terminado un contrato cuando se presenta un incumplimiento por parte del contratista. Se diferencia de la «terminación unilateral» en que ésta se da por causas ajenas al contrato, como la muerte del contratista, por ejemplo, o por razones propias de la administración, como una situación de orden público. La caducidad, en cambio, es una sanción que aplica la administración contra el contratista cuando no cumple lo prometido, cuando cumple mal lo convenido o cuando se retarda en la ejecución del contrato.

Tenemos, entonces, que cuando a un contratista se le declara la caducidad por la administración, queda inhabilitado para contratar nuevamente durante cinco años, contados a partir del día de la ejecutoria del acto que declaró la caducidad.

d. «*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*». Las penas impuestas a los delincuentes buscan su recuperación, es decir, que no vuelvan a cometer el delito.

Existen dos clases de penas: Las principales y las accesorias. Las *principales* son las consideradas adecuadas para castigar el delito y rehabilitar al delincuente. Las *accesorias* van unidas a las principales, y buscan que el delincuente no realice ciertos actos mientras está cumpliendo la pena principal.

Esto significa que la causal de inhabilidad es una sanción además de la pena principal, que consiste en que la persona no puede contratar con el Estado en razón del delito cometido, ya que faltó a la honestidad en ejercicio de funciones públicas o actividades relacionadas con la administración. Esta inhabilidad se extiende por cinco años, a partir de la sentencia que impuso la pena, o la resolución que decretó la destitución.

e. «*Quienes sin justa causa se abstengan de suscribir el contrato estatal adjudicado*». Es una causal reciente en la legislación colombiana, porque anteriormente si el contratista no suscribía el contrato estatal adjudicado, se hacía efectiva la póliza de seriedad. Este sistema traía mucha pérdida de tiempo y trabajo para la administración, por lo que el legislador decidió cambiarlo e inhabilitar al contratista durante cinco años, si no probaba una causal de justificación para la no suscripción del contrato adjudicado. Los cinco años cuentan a partir del plazo para la firma del contrato.

f. «*Los servidores públicos*». Dentro de la denominación de «servidores públicos» están incluidas todas aquellas personas que trabajen en una entidad oficial de cualquier nivel. Esta inhabilidad es tajante, no existe ninguna excepción para servidor público alguno, y se extiende por el tiempo que el servidor esté en el cargo, a menos que una ley especial establezca que se debe esperar cierto tiempo, después de haber ocupado el cargo, para contratar.

g. «*Quienes sean cónyuges o compañeros permanentes y quienes se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad o afinidad con cualquier persona que formalmente haya presentado propuesta para una misma licitación o concurso*». Esta inhabilidad fue establecida por la ley 80 de 1993 para evitar que dos o más personas de una misma familia liciten en un mismo contrato, de tal manera que si a uno no le es adjudicado, los otros sí tengan posibilidad.

La inhabilidad mencionada sólo se extiende a cónyuges, suegros, hijos, padres, nietos y abuelos; por lo que pensamos que no está completa, ya que se quedaron por fuera los padres adoptantes e hijos adoptivos, lo mismo que tíos y primos, quienes también se consideran familiares cercanos.

h. «*Las sociedades distintas de las anónimas abiertas, en las cuales el representante legal o cualquiera de los socios tenga parentesco en segundo 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 mis-*

*ma licitación o concurso*». Esta causal de inhabilidad tiene mucha relación con la anterior, y se refiere a personas que participen en sociedades colectivas, en comandita, limitadas o anónimas cuyas acciones no estén inscritas en la bolsa. El fin perseguido con esta causal es el mismo del anterior, y al igual que aquél, se le critica que se quedó corta en la inclusión de los familiares inhabilitados.

i. «*Los socios de sociedades de personas a las cuales se haya declarado la caducidad, así como las sociedades de personas de las que aquéllos forman parte con posterioridad a dicha declaratoria*». Esta causal de inhabilidad es muy drástica en bien de la moralización de la Administración, puesto que no sólo inhabilita a la sociedad de personas como persona jurídica, sino a todos sus socios miembros.

Además, para evitar la trampa a la ley, que consistía en que los socios inhábiles conformaban una sociedad distinta para contratar con el Estado, dicha causal inhabilita también a las sociedades creadas por personas inhabilitadas. La inhabilidad tiene una duración de cinco años a partir de la declaratoria de caducidad.

## 5. Régimen de incompatibilidades

En el lenguaje jurídico esta palabra significa tacha o impedimento para ejercer una función determinada o para ejercer dos o más cargos a la vez, o impedimento para celebrar un contrato con una entidad estatal.

En relación con el ejercicio de una función o cargo público, es tanto como la tacha que surge de la Constitución

o de la ley y que le inhibe para desempeñar simultáneamente otra función o cargo oficial. En virtud de lo anterior, esta incompatibilidad nace del cargo mismo o de la función que desempeña; quien ostente el título o realice la función está en incapacidad legal o constitucional para ejercer otra función u otro cargo. En todo caso, la violación de dicho régimen implica abuso de poder por parte del funcionario público.

### **5.1. Incompatibilidades de carácter constitucional**

La Constitución Política sienta como criterio general que cuando una persona ha sido designada o elegida para desempeñar unas funciones públicas no puede ejercer otras que sean contrarias a la investidura obtenida, y ordena al legislador desarrollar las causales de incompatibilidad, tal y como claramente se observa en los artículos 253, 293 y 303 del texto en mención. A su vez, tal como lo consagra el artículo 127 C.N., los servidores públicos no pueden celebrar por sí, ni por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales.

- *Incompatibilidades de gobernadores, concejales y diputados*

A este respecto la Constitución consagra en los artículos 293, 303 y 312 que la ley se encargará de determinar las incompatibilidades de todos aquellos servidores públicos que sean elegidos popularmente en la entidades territoriales.

- *Incompatibilidades de congresistas*

Los congresistas no pueden, en materia contractual, según lo establecido en los artículos 180, 181 y 183:

- Gestionar en nombre propio o ajeno asuntos ante las entidades públicas o ante las personas que administren tributos; ser apoderados ante las mismas; celebrar con ellas, por sí o por interpuesta persona, contrato alguno, pudiendo la ley establecer excepciones.

- Celebrar contratos o realizar gestiones con personas naturales o jurídicas de derecho privado que administren, manejen o inviertan fondos públicos, o sean contratistas del Estado, o reciban donaciones de éste, exceptuando la adquisición de bienes y servicios que se ofrecen a las personas en igualdad de condiciones.

Los congresistas pierden su investidura por encontrarse incursos dentro de las causales consagradas en el régimen de inhabilidades e incompatibilidades o de conflicto de interés a que se refiere el artículo 182 de la Constitución Política.

### **5.2. Incompatibilidades de carácter legal**

#### **5.2.1. Ley 5ª de 1992**

Mediante esta ley se expidió el Reglamento del Congreso, que regula, en sus arts. 281 a 285, lo relacionado con las incompatibilidades de los congresistas, señalando aquellos actos que no pueden realizar o ejecutar durante el período de ejercicio de la función, reiterando, a su vez, las prohibiciones

descritas para ellos en el art. 180 C.N. y consagra las excepciones a las incompatibilidades para los congresistas que, como lo establece el numeral 13 del art. 283 de la mencionada ley, no es restrictivo, ya que en él se expresa: «Las demás que establezca la ley»; los arts. 284 y 285 reiteran que las incompatibilidades regirán durante el período constitucional para el cual fue elegido el congresista.

### 5.2.2. Ley 80 de 1993 (Art. 8º, Núm. 2º)

No podrán participar en licitaciones o concursos ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva:

a. «*Quienes fueron miembros de la junta o consejo directivo o servidores públicos de la entidad contratante*». Esta incompatibilidad se extiende por el término de un año, contado a partir de la fecha del retiro, y comprende sólo a quienes desempeñaron funciones en los niveles directivos, asesor o ejecutivo.

Dentro de esta causal quedan encuadradas dos tipos de personas: 1. Quienes fueron miembros de la junta o consejo directivo de la entidad contratante. 2. Servidores públicos de alto rango que presten servicios en la misma entidad.

El D.1042/78 es el que se encarga de establecer quiénes son servidores públicos de alto rango a nivel nacional. A nivel departamental y municipal dicha competencia la tienen las entidades territoriales, en virtud de lo establecido por los D.1333 y 1222 de 1986.

b. «*Las personas que tengan víncu-*

*los de parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil con los servidores públicos de los niveles directivos, 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*». Esta incompatibilidad existe mientras el pariente permanezca vinculado a la entidad en las calidades anotadas.

El fin de esta causal es evitar que los pariente más cercanos de los funcionarios que desempeñen cargos de dirección se valgan de esta coyuntura para celebrar contratos con las entidades públicas. Los parientes comprendidos son los siguientes:

1. *Consanguíneos*. Se extiende hasta el segundo grado de consanguinidad; es decir, cobija a los hijos, nietos, padres y abuelos del funcionario.

2. *Afinidad*. Quedan cobijados los cuñados del funcionario.

3. *Civil*. Abarca tanto al adoptante como al adoptado.

c. «*El cónyuge o compañero permanente del servidor público en los niveles directivo, asesor, ejecutivo o de un miembro de la junta o consejo directivo, o de quien ejerza funciones de control interno o de control fiscal*». Subsiste esta incompatibilidad mientras el cónyuge o compañero permanezca vinculado a la entidad en las calidades anotadas.

d. «*Las corporaciones, asociaciones, fundaciones, y las sociedades anónimas que no tengan carácter de abiertas, así como las sociedades de responsabilidad limitada y las demás sociedades de perso-*

nas en las que el servidor público en los niveles directivo, asesor o ejecutivo, o el miembro de la junta o consejo directivo, el cónyuge, compañero(a) permanente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, afinidad o civil de cualquiera de ellos, tenga participación o desempeñe cargos de dirección o de manejo». Permanece la incompatibilidad mientras cualquiera de los sujetos anteriormente mencionados tenga participación o desempeño en cargos de dirección o manejo en la sociedad.

La finalidad de esta causal es impedir que los funcionarios públicos celebren contratos con entidades privadas en las que ellos mismos o sus parientes tengan participación u ocupen cargo de dirección o manejo.

e. «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 las del sector administrativo al que la misma esté adscrita o vinculada». Dicha incompatibilidad existe hasta por un año después de la fecha de retiro.

Esta causal es importante debido a que los miembros de las juntas directivas de las entidades descentralizadas por el solo hecho de ser miembros de dichas entidades no adquieren la calidad de servidores públicos. Por lo tanto, ellos podrían celebrar todo tipo de contrato con la administración si esta causal no existiese. La prohibición debe entenderse en relación con el ministerio, secretaría o departamento administrativo y demás entidades adscritas o vinculadas al respectivo sector.

Cuando por disposición legal o

estatutaria el servidor público, en los niveles referidos, debe desempeñar en las corporaciones, asociaciones, fundaciones y sociedades (de las mencionadas en el literal d.- del ordinal segundo del artículo citado) cargos de dirección o manejo, no se le aplicará dicha incompatibilidad.

## 6. Inhabilidades e incompatibilidades sobrevinientes

El art.9 (L.80/93) establece unas inhabilidades e incompatibilidades sobrevinientes, lo cual se basa en la hipótesis de que una persona realiza gestiones ante el Estado con el fin de efectuar un contrato, pero puede ocurrir que durante el trámite sobrevenga una de las siguientes causales:

a. Si la inhabilidad o incompatibilidad se presenta en uno de los proponentes en la etapa de licitación antes de firmarse el contrato, la persona sobre la cual recae debe renunciar a la licitación una vez reconozca la existencia de ella. En caso contrario, la entidad la puede excluir del concurso, aunque la persona no haya comunicado nada.

b. En caso de que la inhabilidad o incompatibilidad sobrevenga después de la firma del contrato, el contratista debe ceder el contrato, previa autorización escrita de la autoridad contratante. Si tal cesión fuese imposible, debido a que el contrato no se pueda llevar a cabo sino por determinada persona, la ley autorizará al contratista a renunciar e iniciará los trámites para una nueva adjudicación.

c. Cuando la inhabilidad o incom-

patibilidad sobreviniente recaiga sobre alguno de los miembros del consorcio o de una unión temporal, ésta deberá ceder su participación a un tercero, previa autorización de la entidad contratante. Debe ser siempre un tercero; no puede hacerse la cesión entre los miembros del consorcio o unión temporal.

## **7. Consecuencias jurídicas de la celebración de contratos contrariando el régimen de prohibiciones legales y constitucionales**

### **7.1. Nulidad de los contratos estatales**

Según el art. 44 del Estatuto de Contratación Administrativa, los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común, es decir, el objeto ilícito, la causa ilícita, la omisión de requisitos y formalidades, incapacidades del contratista o de particulares, y además enumera causales específicas de nulidad absoluta.

Cabe destacar que apartarse de los fines que orientan la contratación estatal configura causal de nulidad absoluta, en cuanto implica desviación de poder.

A diferencia de lo que ocurre en el derecho común, la ley otorga derecho de acción, con miras a la declaratoria de la nulidad absoluta, a cualquier persona, en aplicación del principio constitucional de intervención y vigilancia de la comunidad en la gestión administrativa.

### **7.2. La celebración del contrato por contratista inhabilitado genera inhabilidad para celebrar otros contratos con la administración**

Corresponde precisamente a la segunda causal de inhabilidad prevista en la ley 80/93, y se extiende por un término de cinco años, contados a partir de la fecha de participación en la licitación o concurso o de la celebración del contrato. A través de esta vía es posible que una inhabilidad especial se convierta en general, pues si una persona que estaba inhabilitada en forma especial incurre en ella, su inhabilidad se convierte en general, en los términos aquí anotados.

### **7.3. Para el funcionario público que celebre contratos o que los tramite contra expresa prohibición legal, puede generar incurrir en causal de destitución**

Esta conducta está expresamente prevista como causal de destitución para los funcionarios que incurren en ella. Pero en este caso es necesario precisar que para imponer la sanción de destitución no bastará que se deje claro desde el punto de vista contractual que se ha incurrido en la conducta tipificada, o que se declare la terminación del contrato. Se requiere en todo caso que además se adelante el proceso disciplinario correspondiente.

#### **7.4 . Resposanbilidades de carácter penal, patrimonial y fiscal contra el funcionario según grado de culpabilidad, antijuridicidad y los perjuicios de carácter patrimonial causados a la entidad estatal**

La responsabilidad penal aparece claramente tipificada en el artículo 144 del Código Penal, la cual trataremos más adelante.

La responsabilidad patrimonial sólo podrá deducirse en aquellos casos en los cuales el funcionario actúe en forma dolosa o gravemente culposa. Según la Corte Suprema de Justicia, para saber si una persona ha incurrido en culpa deberá seguirse un criterio objetivo o abstracto, ya que no es posible determinar la culpa según el estado de cada persona.

#### **7.5. Para los congresistas ocasiona la pérdida de la investidura**

Así lo dispone el numeral 1 del artículo 183, C.N. Le corresponde al Consejo de Estado proferirla a solicitud de la directiva de la respectiva Cámara o de cualquier ciudadano.

En verdad, no se estableció el mandato imperativo. Simplemente una sanción disciplinaria a los congresistas por incumplimiento de sus deberes y funciones constitucionales, siendo su efecto definitivo la pérdida del derecho a ser elegido.

### **8. Responsabilidad contractual en la función pública**

*El desarrollo de las actuaciones contractuales de las entidades estatales debe darse*

*en arreglo a los principios de transparencia, economía y de responsabilidad...* (art. 23, L. 80/93).

Si bien la actuación contractual administrativa debe estar sujeta a dichos principios propios de tal tipo de actuación (art. 3, C.C.A.), quiso la ley insistir y reiterar en la aplicación de los mismos, y en consagrar expresamente normas que los definen.

*El Principio de Transparencia* (art.24, C.C.A.) busca preservar la seguridad, la corrección y la honestidad que debe guiar la conducta de las personas implicadas en la actuación contractual.

Con el *Principio de Economía* se trata de procurar, a dichos sujetos, un campo de acción tan amplio y flexible como lo requiere el cumplimiento de los cometidos estatales que, directa o indirectamente, se les ha encomendado. Esa mayor autonomía y agilidad de la actuación de los sujetos que intervienen en la contratación exige, correlativamente, un régimen de responsabilidad adecuado a esas finalidades. Esto es debido a que con el *Principio de Responsabilidad* se busca que dichos sujetos asuman, con todas sus consecuencias, el correcto ejercicio de las funciones que se les asignan. Se trata de una especie de equilibrio entre autonomía y responsabilidad.

#### **8.1 . Responsabilidad civil estatal**

El Estatuto de Contratación contempla expresamente tanto la responsabilidad de las Entidades Públicas (art.44) como la que se atribuye al servidor público (art.45), particulares (art.48) y a los consorcios (art.49). Además, no restringe la fuente de la responsabili-

dad: «*situaciones irregulares vinculadas a la celebración del contrato*», puesto que la extiende a: «*los hechos u omisiones que se producen en desarrollo de la actuación contractual*». Es decir, que el ámbito de responsabilidad se amplía tanto por razón de los sujetos como de sus fuentes, manteniendo, respecto de todas las personas diferentes de la Entidad Pública, el criterio de la culpa grave o dolo como elemento esencial de su configuración. De allí que diversas conductas del servidor público o de los demás sujetos que intervienen en la contratación son susceptibles de generar responsabilidad civil, penal o disciplinaria.

Es en este momento cuando surge la importancia de hacer la distinción entre la responsabilidad de la administración (art.50) y la responsabilidad del funcionario (art.51), las cuales se fundamentan en principios jurídicos diferentes.

La administración responde patrimonialmente por el daño que por falta o falla del servicio o en quebrantamiento del principio de igualdad de las cargas públicas ocasiona a una persona natural o jurídica. La deducción de responsabilidad patrimonial de la administración no implica necesariamente la responsabilidad patrimonial del funcionario. Es normal oír hablar de la responsabilidad extracontractual del Estado. Por el contrario, el funcionario, en estos casos, sólo debe responder frente a la administración o a terceros por sus actos producidos por culpa grave o dolo.

## **8.2. Responsabilidades del funcionario**

Las modalidades de responsabilidad del funcionario son: política, por la gestión administrativa; penal, disciplinaria ordinaria, fiscal, por la expedición de actos y/o la participación en hechos de la administración.

Procedemos a explicar aquellas que, a nuestra consideración, son las más relevantes para este trabajo:

### **8.2.1. La Responsabilidad Política**

En oposición a la Constitución de 1886, que expresaba una modalidad de democracia representativa, de soberanía nacional y de «irresponsabilidad» política de los elegidos frente a los electores, la Constitución del 91 estableció principios diferentes, como son: la democracia de participación, la soberanía popular, el sufragio como derecho y deber, la revocatoria del mandato, la moción de censura y, en fin, instituciones que posibilitan el control político de los actos del Gobierno, fundamentalmente. Se diferencia del control de legalidad sobre los actos y los controles personales sobre los funcionarios.

### **8.2.2. La Responsabilidad Disciplinaria Ordinaria**

Se concreta este tipo de responsabilidad en la conducta que deben observar los funcionarios al interior de la administración, la cual debe ser acorde con los principios orientadores de la función pública, así como la moralidad y la responsabilidad.

De estas conductas disciplinarias

se ocupan estatutos y leyes que regulan lo atinente a la administración.

La falta disciplinaria lesiona la disciplina administrativa, perjudica el orden jerárquico y el buen crédito y la eficacia de la administración, en la esfera restringida en donde se comete.

Dicha falta genera una sanción disciplinaria cuya función esencial es ser correctiva, ya que pretende mantener o preservar la disciplina dentro del organismo estatal con medidas que sólo privan o limitan al empleado infractor de sus derechos adquiridos por razón de su investidura.

### *8.2.3. La Responsabilidad Penal*

En el ejercicio de sus funciones, los servidores públicos pueden incurrir en conductas que resulten contrarias a lo establecido en el Código Penal, en cuyo caso se deduce en su contra responsabilidades de esta naturaleza. Se trata de un tipo especial de responsabilidad para el cual se establecen específicamente tipos sancionatorios, dentro de los cuales, en algunos casos, no sólo resultan vinculados los funcionarios, sino que además podrían resultar vinculados los particulares que cumplan funciones públicas o que participen directamente en la configuración de la conducta objeto del tipo sancionable.

### *8.3. Responsabilidad de los contratistas (arts.52 y 56, L. 80/93)*

Se incluyen las normas atinentes a la responsabilidad de los interventores, consultores y asesores externos (art.53), dado que ellos son contratistas

de la administración, como que se encuentran vinculados a ella en razón de la celebración del respectivo contrato de consultoría o de prestación de servicios.

Dada la finalidad que se persigue en la celebración de los contratos estatales, el carácter de colaboradores que en ella tienen los contratistas y la función social que cumplen, la ley establece un drástico régimen de responsabilidad con respecto a éstos, que abarca el campo de la responsabilidad civil, penal y el establecimiento de incapacidades particulares como consecuencia de incurrir en las primeras.

En efecto, los contratistas deben responder patrimonialmente por los perjuicios que causen a la entidad contratante con ocasión de la celebración y ejecución del contrato. Así mismo, deben responder penalmente cuando incurran en algunas de las conductas tipificadas como delito por el Código Penal. A este respecto debe tenerse en cuenta que los contratistas, según la ley, en la celebración y ejecución de los contratos estatales cumplen funciones públicas y, por tanto, su responsabilidad penal se regula por las normas aplicables a los funcionarios públicos.

Además de la responsabilidad patrimonial y penal que establece la ley con relación a los contratistas, como consecuencia de la respectiva declaratoria, quedan incursos en causal de inhabilidad, la cual se extiende a las personas jurídicas contratistas cuando ésta se deduce frente a su representante legal.

## 9. Conclusiones

De acuerdo con el tema en estudio, **Celebración indebida de contratos**, y con referencia al artículo 144 del Código Penal, en concordancia con el régimen legal y constitucional de inhabilidades e incompatibilidades a las cuales hicimos remisión por tratarse de un tipo en blanco, las conclusiones al respecto se centran en una serie de modificaciones al Código Penal originadas por la expedición de la nueva ley de contratación administrativa (L.80/93).

Tal es el caso de la pena, la cual es modificada por el artículo 57 en tres aspectos fundamentales:

a. Es unificada para los tres delitos (144, 145, y 146), modificando dicho artículo la dosimetría penal de los hechos y omisiones tipificadas en estos artículos, haciéndola más gravosa.

b. En el caso concreto del 144, la pena de arresto es cambiada por la de prisión.

c. Se independiza la interdicción de derechos y funciones públicas en el artículo 58, numeral 3° de la citada ley, evitando su libre valoración por el juez, ya que se estableció su duración por diez años, contados a partir de la sentencia.

A su vez, los arts. 53 y 56 amplían los sujetos agentes a los particulares contratistas y todos aquellos que de manera transitoria desempeñen una función pública respecto de la actuación contractual administrativa, siendo considerados como servidores públicos para efectos de la responsabili-

dad penal. Por otro lado, el artículo 55 hace referencia a los términos de prescripción de la acción civil, disciplinaria y penal, la cual establece que dicha prescripción es de veinte años, consagrando así un término lo suficientemente amplio para garantizar la efectividad de la responsabilidad, excluyendo la posibilidad de la aplicación de la prescripción general consagrada en el Código Penal. Teniendo en cuenta el carácter especial de la ley 80, atinente a la celebración indebida de contratos, el capítulo de la ley penal relacionado con nuestro tema debe sujetarse a dicha prescripción en todos sus aspectos.

Por lo tanto, consideramos que el art. 144 del Código Penal, por ser un tipo en blanco, ha sido modificado fundamentalmente por la Ley 80/93, por ser ésta la que ha erigido las causales de inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado, además de haber modificado los demás aspectos que tratamos ampliamente a lo largo de este trabajo, como fue lo atinente al sujeto activo, prescripción y punibilidad.

A nuestro parecer, y como última apreciación, podemos decir que existe, en el caso planteado, lo que la doctrina llama «paratipo penal», dado que al consagrar, la ley administrativa en mención, sanciones que modifican las contenidas en el art. 144 del Código Penal, se constituye en algo parecido a un tipo que se encuentra por fuera de la legislación penal.

## Bibliografía

ARENAS, Antonio. *Compendio de*

*Derecho Penal*. Bogotá, Temis, 1982, p. 151.

ATEHORTUA RIOS, Carlos A. *Inhabilidades, Control y Responsabilidad en la Contratación Estatal*. 12ª ed. Medellín, Diké, 1995.

BETANCUR CUARTAS, Jaime. *Nuevo Estatuto General de la Contratación Administrativa*. Medellín, Diké, 1993.

FERREIRA DELGADO, Francisco. *Delitos Contra la Administración Pública*. 2ª ed. Bogotá, Temis, 1985.

FRANCO GUTIERREZ, Omar. *La Contratación Administrativa: Ley 80 de 1993*. 2ª ed. Santafé de Bogotá, Abogados Librería, 1994.

GUERRERO, Myriam. *Estatuto de*

*la Contratación Administrativa: Ley 80 de 1993*. Santafé de Bogotá, Temis, 1994.

LAMPREA, Pedro Antonio. *Contratos Administrativos: Tratado Teórico-Práctico*. Santafé de Bogotá, Fondo de Cultura Jurídica.

PABON PARRA, Pedro Alfonso. *Manual de Derecho Penal*. Santafé de Bogotá, Doctrina y Ley, 1994.

PARRA GUTIERREZ, William René. *Los Contratos Estatales*. Santafé de Bogotá, Ediciones Jurídicas, 1994.

CÓDIGOCONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. LEGIS.

CÓDIGO PENAL. LEGIS.

CONSTITUCIÓN NACIONAL. LEGIS.