

**GÉNESIS DEL RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES EN  
LA CONTRATACIÓN ESTATAL Y SU EVOLUCIÓN: ¿NECESIDAD JURÍDICA  
O RESPUESTA POPULISTA?**

**MARÍA ALEJANDRA ESTUPIÑAN FORERO**

**Trabajo de grado para optar por el título de Magíster en Derecho Administrativo**

**Director:**

**Gonzalo Suárez Beltrán**

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA**

**FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS**

**BOGOTÁ D.C.**

**2021**

## TABLA DE CONTENIDO

<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>5</b>
<b>CAPÍTULO 1 .....</b>	<b>10</b>
EVOLUCIÓN NORMATIVA DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL EN COLOMBIA FRENTE A LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES .....	10
<b>CAPÍTULO 2 .....</b>	<b>24</b>
RÉGIMEN ACTUAL DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES Y TENDENCIA HACIA UN MODELO SANCIONADOR .....	24
I. Taxatividad y aplicación restrictiva de las inhabilidades e incompatibilidades .....	25
II. Sanciones derivadas en inhabilidad previstas en la ley 1474 de 2011 .....	27
III. Proyecto de ley por medio del cual se adoptan medidas en materia penal y administrativa en contra de la corrupción .....	32
<b>CAPÍTULO 3 .....</b>	<b>36</b>
INFLUJO DEL DERECHO PENAL EN EL RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES: NEOPUNITIVISMO.....	36
I. Celebración indebida de contratos por la violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades .....	39
II. Consecuencias jurídicas de la celebración de contratos contraviniendo el régimen de prohibiciones legales y constitucionales .....	42
III. Tendencia al neopunitivismo .....	46

IV. Impacto del neopunitivismo en el régimen de inhabilidades e incompatibilidades .	49
<b>CAPÍTULO 4</b> .....	<b>56</b>
POSTURA DE LAS ALTAS CORTES SOBRE LA NATURALEZA Y FINALIDAD DE LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES .....	56
I. Alcance y razón de ser de las principales inhabilidades e incompatibilidades .....	60
<b>CONCLUSIONES</b> .....	<b>69</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	<b>72</b>

**Dedicatoria**

*Al Dr. Juan Manuel Sabogal (Q.E.P.D) a quien recuerdo con agradecimiento y admiración, pues fruto de su cátedra surgió la inspiración para elegir el tema de este trabajo y quien aceptó dirigirme en la elaboración del mismo en un principio.*

## INTRODUCCIÓN

Dentro de los fines y funciones de Colombia como Estado Social de Derecho, según la Constitución Política, se encuentra el asegurar y preservar el interés general como principio rector y orientador de la función administrativa (Const. 1991, Art. 1), el cual enmarca en sustancial medida la actividad contractual del Estado colombiano. Si bien el inciso final del artículo 150 de la Constitución Política de 1991 prevé, como competencia del Congreso de la República, la de expedir el estatuto general de contratación de la administración pública, disposición constitucional que dio lugar a la promulgación de la Ley 80 de 1993, hoy Estatuto General vigente, es importante adentrarse en el origen mismo del sistema jurídico de la contratación estatal en Colombia, desde disposiciones normativas tales como, el Decreto 150 de 1976, *“por el cual se dictan normas para la celebración de contratos por parte de la Nación y sus entidades descentralizadas”*, y el Decreto 222 de 1983, *“por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones”*, con el objetivo de esclarecer la naturaleza misma del régimen de inhabilidades e incompatibilidades en la contratación estatal y su propósito original dentro del sistema.

Acorde con el espíritu de la ley establecido en la Exposición de Motivos de la Ley 80 de 1993, las inhabilidades e incompatibilidades fueron concebidas como mecanismos para garantizar la objetividad e imparcialidad en los trámites precontractuales o contractuales; por su parte, con base en las disposiciones normativas anteriores - Decreto 150 de 1976 y Decreto 222 de 1983 -, se concebía un régimen de inhabilidades general con el mínimo de exigencias posibles para acceder a contratar con la administración, limitando por ejemplo, a aquellas personas que hubiesen sido causantes de declaratorias de caducidad en contratos previamente

suscritos, sumado a quienes hubiesen contratado estando inhabilitados para ello; y como particularidad limitante a quienes no se encontraran inscritos, calificados y clasificados en los correspondientes registros cuando se requiera. Adicional a esto, se hacía nugatoria la posibilidad de contratar a quienes no estuvieran a paz y salvo con el Tesoro Nacional y todas aquellos condenados con interdicción de derechos y funciones públicas (Decreto Ley 222, 1983, Art. 8).

El propósito original de las causales de inhabilidad e incompatibilidad de la contratación estatal no era restringir la competencia per se, sino hacerla más pura. Desde la génesis del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, la finalidad fue proteger al sistema de la contratación estatal en Colombia, cuyo origen estaba basado en principios, tales como el interés público, la transparencia, objetividad e imparcialidad, la moralidad pública entre otros, para concebir hoy por hoy un régimen sancionatorio a través de un catálogo de medidas estrictas.

Tradicionalmente se reconoció cierta vinculación de las causales que generaban inhabilidades o incompatibilidades contractuales con los principios de transparencia y moralidad de la contratación pública; es claro que el objetivo de este régimen nunca fue combatir la corrupción ni sancionar las conductas de los oferentes o servidores públicos, como lo señala la reciente legislación, sino proteger un interés superior como el interés general y el servicio público (Corte Constitucional de Colombia, C-489 de 1996).

Según A. Barreto (2017) desde hace algunos años, el Congreso, en su condición de constituyente y legislador, ha otorgado características sancionatorias al régimen de inhabilidades e incompatibilidades de la contratación administrativa y lo ha catalogado como sanción o un mecanismo para prevenir y combatir la corrupción, otorgando prelación a ese

carácter por encima de aquel que lo califica de limitación a la capacidad. Esto está enmarcado en las soluciones dadas por el Estado a graves y diversos hechos de corrupción presentados en Colombia durante los últimos tiempos, que han sido denunciados por la opinión pública de tiempo atrás y exigían una respuesta estatal; así mismo, hacen parte de las instrucciones recibidas de organismos internacionales, especialmente de la OCDE, que luego de hacer un balance de las prácticas locales señaló la necesidad de implementar acciones para elevar los niveles de transparencia, y de esa manera considerar al país como un eventual miembro de esa organización. (OCDE, 2016).

Pues bien, el objetivo principal del presente trabajo se orienta a esclarecer la razón de ser de las inhabilidades e incompatibilidades de la contratación estatal desde su génesis, hasta las nuevas causales y supuestos de hecho acompañados de una sanción introducidos por el legislador, para determinar los efectos jurídicos que traen consigo y si se evidencia una transformación del derecho administrativo tendiente a un régimen sancionador.

La tendencia normativa que se evidenciará corresponde a casos puntuales que encontraron respuesta legal endureciendo sanciones, penas, restricciones, siguiendo una línea dura legislativa que busca nutrir de estas el ordenamiento legal, incluido el derecho administrativo (H. Alviar, 2016). Se modificó el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de la contratación pública, mediante la inclusión de algunas hipótesis frente a financiadores de campañas políticas, a supervisores e interventores, a empleados públicos por la llamada “puerta giratoria”<sup>1</sup>, a contratistas por incumplimientos reiterados, con reglas y fines que no se ajustan a las tradicionales.

---

1 <https://www.ambitojuridico.com/noticias/general/administrativo-y-contratacion/en-el-2014-se-acabo-el-yo-te-elijo-tu-me-eliges> “...los fenómenos de la “puerta giratoria” y el “yo te elijo, tú me eliges” desconocen el ejercicio desconcentrado

Abordado lo anterior, será posible determinar y cuestionar qué ha motivado al legislador colombiano a lo largo de la evolución normativa para establecer causales de inhabilidad e incompatibilidad en la contratación estatal e incorporar nuevas y más severas al régimen y, a su vez, analizar si se han trastocado los valores que protege el sistema.

Lo que se pretende producir es una explicación sobre la razón de ser de las inhabilidades e incompatibilidades en la contratación estatal, el motivo jurídico que indujo a los redactores de la Ley 80 de 1993 a tener una aproximación más amplia sobre el tema comparado con la normativa anterior, esto es, el Decreto 150 de 1976 y el Decreto 222 de 1983. Definido esto, se podrá plantear la transformación que ha sufrido el sistema, puntualmente en lo atinente al régimen de inhabilidades e incompatibilidades de la contratación estatal, permeado este último durante su evolución por una tendencia punitiva que deja como resultado, por ejemplo, la concepción de la celebración indebida de contratos por la violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades como tipo penal, cuyo origen mismo se encuentra en el Código Penal de 1980, dentro del grupo de delitos especiales contra la Administración Pública, basado, según A. Gómez (1987), en la necesidad de sancionar a quienes abusan de la confianza que la sociedad y el Estado deposita en los servidores públicos.

Así las cosas, el presente trabajo consiste en una investigación teórica<sup>2</sup> (C. Villabella, 2015), la cual se abordará a través del análisis de las principales normas en la materia, tales como

---

*del poder público, generan conflicto de intereses y clientelismo, afectan el principio de transparencia, ponen en tela de juicio la imparcialidad y quebrantan el derecho de acceder a los empleos públicos en condiciones de mérito, igualdad y equidad...*" (21 de octubre de 2018).

<sup>2</sup>"La investigación teórica es la que se desarrolla sobre objetos abstractos, que no se perciben sensorialmente, y cuya materia prima son datos indirectos, no tangibles; especulativos; a esos efectos, se emplean métodos del pensamiento lógico, tiene un fin cognitivo, y su propósito es la reconstrucción de núcleo teórico de la ciencia."



los Decretos 150 de 1976 y 222 de 1986, la Ley 80 de 1993, 1150 de 2007, 1474 de 2011, entre otras; la jurisprudencia y principales pronunciamientos de las altas Cortes sobre el tema de estudio; conceptos, hipótesis y teorías, a partir de la revisión y recopilación de la información necesaria y relevante para el caso, mediante el uso de métodos de síntesis, comparación, generalización y concreción, con un enfoque de investigación cualitativo, lo cual permitirá al lector identificar las principales razones que han propiciado los cambios introducidos en el régimen estudiado y las consecuencias jurídicas de los mismos.

## **CAPÍTULO 1:**

### **EVOLUCIÓN NORMATIVA DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL EN COLOMBIA FRENTE A LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES**

La contratación estatal como conjunto de normas y principios que regulan íntegramente la materia, sólo aparece a partir de los Decretos Leyes 1670 de 1975 y 150 de 1976, conformando un estatuto contractual, lo que permite afirmar que estos decretos fueron los primeros en contener el sistema evolutivo de la contratación estatal en Colombia; Del Decreto 150 de 1976, se pasa al Decreto 222 de 1983, que trata de ser un estatuto moderno de contratación, con importantes innovaciones normativas, pero que desde su expedición fue duramente cuestionado, a pesar de lo cual, durante muchos años fue el régimen que estuvo vigente en Colombia para todo lo referente a la contratación administrativa (Juan A. Palacio, 2014).

Por su parte, el Decreto Ley 150 de 1976, primer estatuto de contratación de la nación y entidades descentralizadas contenía normas que creaban inhabilidades, incompatibilidades y excepciones, en los artículos 7°, 8°, 9°, 10 y 12. En los arts. 7 y siguientes se consagró el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, debiendo resaltar que se configuraron como inhabilidades para contratar no solo aquellas situaciones que pudieran afectar la transparencia e imparcialidad en la contratación, como opera en la actualidad, sino también situaciones de forma o criterios habilitantes para la contratación (Juan C. Forero & J. Ospina, 2017).

Lo que se buscaba con la expedición del Decreto 150 de 1976 era realizar un cambio en la mentalidad jurídica del país y las prácticas realizadas por las Entidades Públicas en materia

de contratación, en virtud de lo cual, una de las novedades introducidas por la mencionada norma, fue que estableció limitaciones a la capacidad de contratar de los particulares y, tal como lo adujo la Corte Suprema de Justicia en Sentencia 759 de 1980 en la que declaró exequibles varios artículos del Decreto, la capacidad para contratar con la Administración, el régimen de incompatibilidades e inhabilidades, la responsabilidad inherente y las sanciones y nulidades consecuentes, hacen parte de las formalidades, cláusulas y demás requisitos que deben cumplirse para una válida contratación.

Inicialmente se observa un catálogo de inhabilidades e incompatibilidades “pequeño” en comparación con las regulaciones actuales, excluyendo de dicho régimen bajo el acápite de excepciones a las inhabilidades e incompatibilidades a *“las personas que contraten 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”* (Decreto Ley 150, 1976, Art. 10). Como sanción por la transgresión a este régimen se imponía (i) la terminación del contrato y su liquidación sin reconocimiento económico de ninguna naturaleza; (ii) el deber de indemnizar los perjuicios que se ocasionaran a la entidad por virtud de la terminación (responsabilidad que se predicaba no únicamente del contratista sino también del funcionario que hubiere celebrado el contrato); y (iii) la imposición de las sanciones penales a que hubiere lugar.

El primer catálogo de inhabilidades provisto por el Decreto 150 de 1976 era sustancialmente similar al régimen de inhabilidades dispuesto en el Decreto 222 de 1983 (Arts. 7, 8 y 9), el cual, únicamente apuntaba a todas aquellas personas que por la Constitución y la ley se encontraban inhabilitadas para contratar, al igual que aquellas que hubiesen sido causantes de declaratorias de caducidad en contratos previamente suscritos, sumado a quienes hubiesen

contratado estando inhabilitados para ello; y como particularidad limitante a quienes no se encontraran inscritos, calificados y clasificados en los correspondientes registros cuando así se exigiera. Adicional a esto, en ambos estatutos se hacía nugatoria la posibilidad de contratar a quienes no estuvieran a paz y salvo con el Tesoro Nacional y, como causal introducida por el Decreto 222, a todas aquellos condenados con interdicción de derechos y funciones públicas.

Sobre esta última hipótesis introducida por el Decreto 222 de 1983, cabe precisar lo siguiente: 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 (Miguel Bula et al, 1996).

Como se advierte, era un régimen de inhabilidades general con el mínimo de exigencias posibles para acceder a contratar con la administración, sin embargo, el Decreto 222 de 1983 hacía especial relevancia en la imposibilidad de contratar cuando se era parte de la junta directiva de la entidad contratante o hayan sido parte de ésta y a sus empleados por un año; a los conyugues y compañeros permanentes de los mismos, a las sociedades en las que hagan parte ampliándola a sus conyugues o compañeros permanentes, “blindando” así, o al menos teóricamente, la participación o injerencia en el proceso contractual y su posterior

adjudicación. A su turno se añade a ésta, la prohibición de contratar por parte de Senadores y Representantes a la Cámara durante su investidura y un año más, a los empleados oficiales y a los miembros de las juntas o consejos directivos.

Cabe resaltar la diferencia que se preveía en el alcance de la figura “pariente” prevista tanto en el Decreto 150 de 1976 como en el Decreto 222 de 1986, respectivamente así: *“Para los efectos previstos en el presente decreto son parientes quienes se hallen dentro **del segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o primero civil**”*. (negrilla fuera del texto original); *“Para los efectos previstos en el presente estatuto, son parientes quienes se hallen dentro **del cuarto grado de consanguinidad, segundo grado de afinidad o primero civil**”*. (negrilla fuera del texto original)

Al igual que en el Decreto 150 de 1976, el Decreto 222 estableció un sistema de información en materia de inhabilidades, pero se adicionó un deber directo en cabeza del contratista: *“En todo caso, el contratista deberá afirmar bajo gravedad de juramento que se halla incurso en las mencionadas prohibiciones. El juramento se entenderá prestado con la firma de la propuesta o del contrato, según el caso. Esta declaración deberá quedar expresa en el contrato”* (Decreto Ley 222, 1983, Art. 14).

De lo anteriormente expuesto, cabe concluir que ambos catálogos de inhabilidades eran sustancialmente similares, pese a algunas previsiones adicionales introducidas por el Decreto 222, los cuales tenían como propósito original preservar la objetividad, imparcialidad y transparencia en la contratación con la administración, pues desde la previsión de inhabilidades por razones de parentesco, por la participación societaria y en las Juntas Directivas de las entidades contratantes, por no encontrarse a paz y salvo con el Tesoro Nacional, e incluso por encontrarse limitado en el ejercicio de derechos, entre otras, se

propendía por un sistema garante de la moralidad administrativa, entendida esta como principio de la función pública, aplicable a la contratación estatal, a partir de la exigencia de una conducta transparente, recta, pulcra de los partícipes del sistema.

Ahora bien, con la promulgación de la Constitución Política de 1991, la contratación pública en Colombia ha tenido una evolución, cada vez más encaminada al cumplimiento de los postulados constitucionales que esta consagra. La Ley 80 de 1993 *“Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”*, aparece 10 años después de la vigencia del Decreto Ley 222 de 1983 posterior del también Decreto Ley 150 de 1976, primer estatuto de contratación de la nación y entidades descentralizadas.

Es menester hacer referencia a lo que adujo el proyecto de ley que cursó en su momento para la expedición del Estatuto General de la Contratación, atendiendo el mandato constitucional contenido en el inciso final del artículo 150 de la Constitución Política:

*“(…) en sus artículos 8º, 9º y 10 contiene disposiciones especiales atinentes a la capacidad para celebrar contratos estatales. 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 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 otro tipo de contrato estatal por un tiempo determinado. Las relativas a la incompatibilidad se predicen respecto a la celebración de un contrato circunscrito a una determinada entidad y por un tiempo*

*igualmente señalado en razón a vinculaciones de orden laboral, vínculos de parentesco, vínculos de afecto o de interés.*

*Conviene destacar cómo el proyecto circunscribe la incompatibilidad respecto de los servicios 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.*

*También el proyecto establece que se encuentran incursos en causal de incompatibilidad los miembros de las juntas o consejos directivos respecto de la entidad a la cual prestan sus servicios y a las del sector administrativo al que ella está adscrita o vinculada.*

*Finalmente se regula el tema de las inhabilidades e incompatibilidades sobrevinientes, con lo cual se llena el vacío legal actualmente existente.”* (subrayado fuera del texto original)  
(Exposición de Motivos, Ley 80, 1993)

Pues bien, con la inclusión de la Ley 80 de 1993 a la legislación colombiana, desaparecen las consagraciones meramente formales, se aumenta el listado de inhabilidades e incompatibilidades y se contempla la figura de las inhabilidades e incompatibilidades sobrevinientes, la cual resulta novedosa en comparación con los anteriores estatutos. la finalidad de la inhabilidad no es otra que la de preservar la pulcritud de la administración pública, garantizar que los servidores públicos sean ciudadanos de comportamiento ejemplar y evitar que sus intereses personales se involucren en el manejo de los asuntos comunitarios, comprometiendo la imparcialidad, moralidad, igualdad y eficiencia de la Administración (Corte Constitucional de Colombia, C-544 de 2005).

La Ley 80 de 1993 buscó: (a) ser una norma de principios y reglas generales aplicables a todo el aparato estatal, la cual dispuso que el derecho privado debía regir los negocios jurídicos de las Entidades Estatales, salvo las materias particularmente reguladas las cuales señalan el límite a la autonomía de la voluntad para estos negocios jurídicos, y (b) alejarse de la tendencia reguladora casuista. (Exposición de Motivos, Ley 80, 1993)

Colombia optó por la aproximación prescriptiva que establece inhabilidades e incompatibilidades para participar en el Sistema de Compra Pública. A pesar de que el significado de las dos expresiones nos lleva al concepto de impedimento, la Ley 80 de 1993 distinguió las situaciones que afectan la capacidad para participar en el Sistema de Compra Pública (inhabilidades) y las situaciones en las que puede haber un conflicto entre el interés general y el particular (incompatibilidades).

Así las cosas, en cuanto a las inhabilidades e incompatibilidades, la Ley 80 de 1993 mantiene las expresadas en la Ley 222 de 1983 y se añaden: *“Quien sin justa causa se abstenga de suscribir el contrato estatal adjudicado; quien sea conyugue, compañero permanente y quien se encuentra dentro del segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con cualquier persona que haya presentado propuesta para la misma licitación; las sociedades sin incluir las anónimas abiertas, en las cuales el representante legal o cualquiera de los socios tenga parentesco en segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el representante legal o cualquiera de los socio de una sociedad que haya presentado propuesta; los socios de sociedades de personas en las cuales se haya declarado la caducidad; las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos contra la administración pública, inhabilidad que se extiende a las sociedad en que hagan parte dichas personal en calidad de administradores,*



*representante legales, miembros de juntas directivas o socios controlantes a sus matrices y subordinadas y sucursales extranjeras con excepción de las anónimas abiertas.” (Ley 80, 1993, Art. 8).*

Sobre la causal introducida por la Ley 80 de 1993 *“Quienes sin justa causa se abstengan de suscribir el contrato estatal adjudicado”*, cabe precisar que fue una de las novedades introducidas por el Estatuto en la legislación colombiana, porque anteriormente si el contratista no suscribía el contrato estatal adjudicado, se hacía efectiva la póliza de seriedad. La dinámica anterior conllevaba consigo un desgaste para la administración, por lo que el legislador decidió cambiarlo e inhabilitar al contratista durante cinco años, si no probaba una justificación para abstenerse de suscribir el contrato adjudicado. Los cinco años cuenta a partir del plazo para la firma del contrato.

Por su parte, dentro de la denominación contemplada en el literal *f)* del artículo 8º de la Ley 80, *“Los 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.

Sobre la causal *i)* *“Los socios de sociedades de personas a las cuales se haya declarado la caducidad, así como las sociedades de personas de las que aquellos formen parte con posterioridad a dicha declaratoria”*, cabe mencionar que esta es una causal drástica en pro de la moralización de la Administración, puesto que no solo 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 (Miguel Bula et al, 1996).

Ahora bien, según A., se admite que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades genera una incapacidad especial que responde a las excepciones de la capacidad legal regulada por la legislación civil. En este sentido, las causales de inhabilidad señaladas en la Constitución o la ley constituyen limitaciones precisas y absolutas a la capacidad de contratar; su violación da lugar a la extensión de la inhabilidad por cinco años a quien incurra en ella, al rechazo de la oferta, a la posibilidad de revocar el acto de adjudicación que en principio es irrevocable (art. 9º, Ley 1150 de 2007) y a la nulidad absoluta del contrato celebrado (art. 44, Ley 80 de 1993), consecuencias de la mayor importancia para la contratación administrativa y sus sujetos.

Al ser una restricción a la capacidad legal que se otorga de forma general, su interpretación es restrictiva, y en este sentido, *“el intérprete de las disposiciones legislativas en la materia ha de ceñirse en la mayor medida posible al tenor literal y gramatical de los enunciados normativos, sin que pueda acudir prima facie a criterios interpretativos tales como la analogía, la interpretación extensiva para ampliar el alcance de las causales legalmente fijadas”*(Corte Constitucional de Colombia, T-1039 de 2006).

Por su parte, la Ley 1150 de 2007 *“Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos”*, aumenta el abanico de inhabilidades para contratar, a las personas que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos de peculado, concusión, cohecho, prevaricato en todas sus modalidades y soborno transnacional, así como sus equivalentes en otras jurisdicciones; esta inhabilidad

se extiende también a las sociedades de que sean socias tales personas, con excepción de las anónimas abiertas.

Sobre el delito de soborno transnacional como inhabilidad recogida por la Ley 1150 a partir de las modificaciones introducidas por el Estatuto Anticorrupción, cabe mencionar que, según un sector de la doctrina, este no está concebido para proteger la administración pública, sino más bien intereses económicos y comerciales:

*“Así, en la marcada y progresiva internacionalización del comercio y de la economía, el país u organismo internacional que genera corrupción a través de sus servidores públicos cuando estos se dejan sobornar, es el que pone peligro su función pública y quien padece directamente los perjuicios políticos y económicos de la conducta. Entonces, directamente con el delito de soborno transnacional no se está protegiendo la propia administración y/o el ejercicio de la función pública nacional; tampoco extensivamente se puede proteger la administración pública de una nación extranjera aunque sea la directamente perjudicada con el comportamiento de sus servidores, pues “el bien jurídico que legitime la intervención no podrá serlo la administración pública del país o del organismo internacional al que pertenezca el funcionario, cuya tutela no debe corresponder a un Estado extranjero”, como concuerdan Eduardo A. Fabián Caparrós y Carlos A. Manfroni; y así, en consecuencia, tampoco pueda considerarse que se pueda resguardar la administración pública como un bien jurídico de amparo común entre dos naciones.” (Bedoya, 2016)*

De lo anterior, se evidencia que el valor originalmente protegido mediante los catálogos de inhabilidades e incompatibilidades sustancialmente similares entre sí y orientados a propender por una contratación más “pura”, pese a ser el mismo, empieza a transmutar hacia medidas tendientes a combatir la corrupción y las consecuencias de esta, como se expondrá

en capítulos posteriores, lo cual evidencia una tendencia reactiva a generar iniciativas legislativas ante la necesidad de frenar fenómenos o situaciones que pongan en peligro el sistema.

Con lo dicho no se pretende negar las virtudes de la Ley 1150, sino evidenciar desde ya, como a pesar de los múltiples esfuerzos legislativos con el fin de reducir la corrupción en la contratación estatal, el fenómeno persiste, pues más allá de tratarse de escasas de regulación normativa, se trata de una problemática social, por la falta de principios y ética de los particulares y funcionarios públicos que anteponen sus intereses personales y los beneficios que puedan recibir sobre la conducta que su cargo o posición en la sociedad les exige.

Posteriormente, la Ley 1474 de 2011 *“Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”*, introdujo medidas que hicieran que el servidor público y particulares se incentiven a actuar de forma honesta, estableciendo a su vez una medida sancionatoria como lo es el régimen de inhabilidades con el fin de garantizar la transparencia en las diferentes entidades, así como sancionar a las personas que atenten contra la administración pública. Así pues, el Estatuto amplió el catálogo de inhabilidades como resultado de imposición de multas o incumplimientos.

Según aduce A. Barreto (2017), a partir del Estatuto Anticorrupción el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de la contratación administrativa se cataloga como un mecanismo para “prevenir y combatir la corrupción”. Esta fue una de las soluciones dadas por el Gobierno y el Congreso a graves y diversos hechos de corrupción presentados en los ámbitos local y nacional durante los últimos tiempos.

A lo largo del Estatuto se incluyen cinco hipótesis de inhabilidad, las primeras tres ubicadas en el capítulo primero de las “medidas administrativas para la lucha contra la corrupción” (1); en el capítulo segundo se habla sobre “medidas penales en la lucha contra la corrupción pública y privada” (2); las otras dos inhabilidades se mencionan en el capítulo séptimo acerca de las “disposiciones para prevenir y combatir la corrupción en la contratación pública” (3). Así las cosas la Ley 1474 de 2011 se encarga de introducir al catálogo de inhabilidades previsto en la Ley 80 de 1993 nuevas hipótesis, tales como inhabilidad para contratar de quienes incurran en delitos contra la administración pública; inhabilidad para contratar de quienes financien compañías políticas; inhabilidad para que ex empleados públicos contraten con el Estado; sanción de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas de seis (6) a doce (12) años al que obtenga una subvención, ayuda o subsidio proveniente de recursos públicos mediante engaño sobre las condiciones requeridas para su concesión o callando total o parcialmente la verdad; sanción de inhabilidad para contratar con entidades estatales por ocho (8) años al que en un proceso de licitación pública, subasta pública, selección abreviada o concurso se concertare con otro con el fin de alterar ilícitamente el procedimiento contractual; sanción de inhabilidad por el término de cinco (5) años al interventor que incumpla el deber de entregar información a la entidad contratante relacionada con el incumplimiento del contrato, con hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato; entre otras.

Por su parte, la Ley 1778 de 2016 *“por la cual se dictan normas sobre la responsabilidad de las personas jurídicas por actos de corrupción transnacional y se dictan otras disposiciones en materia de lucha contra la corrupción”*, establece sanción de inhabilidad para contratar

con el Estado colombiano por un término de hasta veinte (20) años a quienes incurran en las conductas enunciadas en el artículo 2° de esta ley: *Las personas jurídicas que por medio de uno o varios empleados, contratistas, administradores, o asociados, propios o de cualquier persona jurídica subordinada: den, ofrezcan, o prometan, **a un servidor público extranjero**, directa o indirectamente: sumas de dinero, cualquier objeto de valor pecuniario u otro beneficio o utilidad, a cambio de que el servidor público extranjero; realice, omita, o retarde, cualquier acto relacionado con el ejercicio de sus funciones y en relación con un negocio o transacción internacional.* Así mismo, introduce modificaciones a las hipótesis previstas en la Ley 1474 de 2011.

Para culminar con la exposición de las principales normas que han introducido inhabilidades e incompatibilidades para contratar con la administración, desde el origen mismo del régimen hasta el sistema de contratación actual, está la Ley 2014 de 2019 por medio de la cual se regulan las sanciones para condenados por corrupción y delitos contra la Administración pública, así como la cesión unilateral administrativa del contrato por actos de corrupción y se dictan otras disposiciones, que tiene por objeto adoptar medidas para la sanción efectiva de los delitos cometidos contra la Administración pública, la administración de justicia y que afecten el patrimonio del Estado, a través de la eliminación de beneficios penales y de la modificación del régimen de inhabilidades para contratar con el Estado cuando se demuestra la comisión de actos de corrupción.

De manera especial esta ley modifica el literal j) del numeral 1 del artículo 8° de la Ley 80 de 1993, que había sido igualmente modificado por la ley 1474 de 2011 en el sentido de eliminar el término de 20 años consagrado e incluir como inhabilitados no solo a i.) las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de

delitos contra la Administración pública, o de cualquiera de los delitos o faltas contempladas por el Estatuto anticorrupción y sus normas modificatorias o de cualquiera de las conductas delictivas contempladas por las convenciones o tratados de lucha contra la corrupción suscritos y ratificados por Colombia, sino también a ii.) las personas jurídicas que hayan sido declaradas responsables administrativamente por la conducta de soborno transnacional y iii.) las personas jurídicas sobre las cuales se haya ordenado la suspensión de la personería jurídica en los términos de ley, o cuyos representantes legales, administradores de hecho o de derecho, miembros de junta directiva o sus socios controlantes, sus matrices, subordinadas y/o las sucursales de sociedades extranjeras, hayan sido beneficiados con la aplicación de un principio de oportunidad por cualquier delito contra la Administración pública o el patrimonio del Estado.

Ahora bien, una vez esclarecida la evolución normativa en materia de inhabilidades e incompatibilidades de la contratación estatal, se puede afirmar que hoy en día existe un régimen de inhabilidades clásico enmarcado en los parámetros de la Ley de Contratación Pública y uno reciente que se aparta de los postulados clásicos y apunta a convertir la institución en otro mecanismo punitivo (H. Alviar, 2016).

Enmarcadas las principales características del régimen desde la promulgación del primer estatuto de contratación, hasta la regulación vigente, su propósito original, naturaleza y evolución, a continuación, se ahondará en el régimen de inhabilidades e incompatibilidades actual y la tendencia sancionadora por la que se ve permeado hoy por hoy.

## **CAPÍTULO 2:**

### **RÉGIMEN ACTUAL DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES Y TENDENCIA HACIA UN MODELO SANCIONADOR**

Actualmente tenemos un Sistema de Compra Pública<sup>3</sup> disperso en distintos cuerpos normativos, como resultado de los interminables esfuerzos del legislador por robustecer el sistema, blindarlo contra actos de corrupción, preservar y garantizar la moralidad administrativa y armonizarlo con los más altos estándares internacionales de contratación estatal. Lo anterior, se evidencia notoriamente en el amplio catálogo de inhabilidades e incompatibilidades, el cual, no solo se encuentra en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, sino que el operador jurídico debe remitirse a distintos cuerpos normativos contentivos de diversas hipótesis que emanan en inhabilidad para contratar con el Estado.

La dispersión normativa está atada a la tendencia reactiva colombiana a generar iniciativas legislativas que incluyen normas del Sistema de Compra Pública frente a la necesidad de atender poblaciones específicas, a los escándalos de corrupción o incluso utilizar los planes de desarrollo para solucionar temas puntuales de la compra pública (F. De Vivero, 2010). Esta dispersión normativa genera un esfuerzo adicional a cargo de los partícipes del Sistema de Compra Pública, crea ineficiencias en su funcionamiento, facilita la comisión de errores y afecta la seguridad jurídica.

---

<sup>3</sup> Es la estructura organizada para tomar decisiones de gasto público con el propósito de poner a disposición de las personas los bienes, obras y servicios a cargo de las Entidades Estatales, el cual está conformado por los actores del mercado, la regulación y los procedimientos aplicables al mercado y sus actores, las autoridades encargadas de aplicar tales regulaciones y procedimientos, los sistemas de información y las relaciones entre los actores, las autoridades y las Entidades Estatales. <https://www.colombiacompra.gov.co/ciudadanos/glosario/sistema-de-compra-publica>



## I. TAXATIVIDAD Y APLICACIÓN RESTRICTIVA DE LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES

Dada la aproximación prescriptiva de Colombia, no hay lugar a prohibiciones (inhabilidades e incompatibilidades) que no hayan sido expresamente definidas en la ley. Al respecto, la Sala Plena del Consejo de Estado en sentencia dictada el 8 de febrero de 2011, respecto del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, consideró lo siguiente:

*“Las inhabilidades e incompatibilidades, en tanto limitan la libertad y los derechos de las personas, son de origen constitucional y legal. **La tipificación de sus causas, vigencia, naturaleza y efectos es rígida y taxativa; su aplicación es restrictiva, de manera que excluye la analogía legis o iuris, excepto en lo favorable; están definidas en el tiempo, salvo aquellas de carácter constitucional** (verbi gratia arts. 179 No.1, 197 y 267 C.P.); y, además, hacen parte de un conjunto de disposiciones que integran un régimen jurídico imperativo y de orden público, razón por la cual no son disponibles ni pueden ser derogadas por acuerdo o convenio”. (Las negrillas y subrayas son de la Sala). (Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, P. 00990, 2011)*

Conforme lo anterior, las inhabilidades son restricciones fijadas por el constituyente o el legislador para limitar el derecho de acceso al ejercicio de cargos o funciones públicas, ello quiere decir, que tienen un carácter prohibitivo, y por consiguiente, estas son taxativas, es decir, están expresamente consagradas en la Constitución o en la Ley y su interpretación es restrictiva, razón por la cual no procede la aplicación analógica ni extensiva de las mismas (Departamento Administrativo de la Función Pública, C. 389551, 2019).

J. Santofimio (2000) aduce que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades que establece el ordenamiento jurídico colombiano obedece a claras directrices constitucionales tendientes a romper el principio de igualdad, limitando los derechos políticos y negociales de todas aquellas personas que, en virtud de sus especiales situaciones de carácter individual, puedan eventualmente colocar en peligro los intereses generales y el bien común, depositados en las entidades estatales. A su juicio, se trata de todo un régimen de negación de derechos o de establecimiento de prohibiciones por razones de interés público, por lo tanto, de origen y justificación institucional, que deben soportar todos aquellos que se encuentren incursos en las hipótesis que el legislador establece para estos propósitos.

De manera concreta, la existencia de inhabilidades e incompatibilidades se sustenta en el principio constitucional de que el interés público prevalece sobre el interés particular, y de que el interés general debe ser el propósito y conducta dominante para el ejercicio de la función administrativa, la cual implica el desarrollo de los conceptos de moralidad e imparcialidad; por estas razones quienes eventualmente entren en conflicto con estos postulados del ordenamiento superior deben marginarse de los procesos públicos o de la posibilidad de contratación con las entidades estatales.

Ahora bien, la Corte Constitucional en sentencia C-178 de 1996 se refirió a las causales de inhabilidad por remisión expresa del artículo 8° de la Ley 80 de 1993, como limitación a la capacidad para contratar con las entidades estatales, siendo esta una excepción a la presunción general que otorga la ley a las personas jurídicas, esto obedece como lo expresa la corte: *“falta de aptitud o carencia de una cualidad o requisito del sujeto que le resta capacidad para ocupar una posición negocial estatal.”*

Por lo anterior, las causales de inhabilidad e incompatibilidad constituyen una sanción para el acto negocial estatal por un lado y por el otro una limitación como se expresó anteriormente a la capacidad jurídica regida por la especificidad, por la taxatividad, con el propósito adicional de que todo ello represente el menor desmedro posible al derecho a la igualdad, por esto aunque el texto legal no regula el régimen mediante un criterio de consagración expresa y específica en su cuerpo normativo de todas y cada una de las situaciones de inhabilidad e incompatibilidad, el mismo remitió a las diferentes codificaciones que consagren dichas causales para completar su listado.

De la sentencia se desprende que solo las limitaciones a esa capacidad contractual pueden versar motivo de una facultad legal, o lo que es lo mismo, solo pueden ser inhabilidades o incompatibilidades las expresadas en la ley general y abstracta, puesto que no es dable a la administración en ningún caso, crear restricciones que no están establecidas en la ley, como cuando en un pliego de condiciones se establecen limitaciones que desbordan la competencia del ejecutivo.

## **II. SANCIONES DERIVADAS EN INHABILIDAD PREVISTAS EN LA LEY 1474 DE 2011**

Con base en lo que se enunció en el primer capítulo del presente trabajo, el Estatuto Anticorrupción mediante tres grupos, a saber: “*medidas administrativas para la lucha contra la corrupción*”; “*medidas penales en la lucha contra la corrupción pública y privada*”; y “*disposiciones para prevenir y combatir la corrupción en la contratación pública*”; introdujo y clasificó nuevas causales de inhabilidad cuya consecuencia directa deriva en sanciones para quienes incurran en estas.

**1) Medidas administrativas para la lucha contra la corrupción.** Tres inhabilidades y una incompatibilidad se consideran pertinentes para combatir la corrupción: la primera se daba originalmente, por veinte años, a aquellos delincuentes condenados por delitos contra la administración pública, por delitos relacionados con grupos ilegales, de lesa humanidad, narcotráfico y soborno transnacional (1.1.); la segunda se impone a aquellos que financian campañas políticas (1.2.); la tercera limita a los empleados públicos para que liciten o contraten con el Estado (1.3.); y la cuarta, que atiende a la noción de incompatibilidad, restringe a ciertos contratistas la posibilidad de ejecutar al mismo tiempo unos de los contratos “principales” que enuncia restrictivamente la norma y una interventoría en la misma entidad pública (1.4.).

**1.1. Inhabilidad por veinte años a quienes hubieren cometido ciertos delitos.** Causal declarada inexecutable por la Corte Constitucional. El artículo 1º del Estatuto consagró la primera hipótesis de inhabilidad; el nuevo texto modificó el literal j del numeral 1 del artículo 8º que había sido introducido por la Ley 1150 de 2007.

La reacción punitiva del legislador en este caso pretendió ser oportuna, pero resultó tardía e inconstitucional; se pretendió aumentar considerablemente la consecuencia de la inhabilidad de tal forma que fuera ejemplarizante: pasaría de cinco a diez años, como lo determinaba la legislación previa, a una de veinte años, demostrando severidad en la sanción. Lo que no advirtió el legislador es que desde el año 2009 la inhabilidad estaba consagrada de forma permanente en la Constitución Política. El artículo 4º del Acto Legislativo 1 de 2009 inhabilitó de forma general a quienes hayan sido condenados por varios delitos relacionados con la corrupción. Mas adelante se expondrá el propósito que tuvo la consagración de esta inhabilidad y lo que adujo la Corte Constitucional al respecto.

**1.2. Inhabilidad para financiadores de campañas políticas.** El artículo 2° del Estatuto Anticorrupción contiene otra hipótesis de inhabilidad que responde normativamente a ciertos hechos de corrupción conocidos de forma reciente. No obstante, la buena intención del gobierno nacional, la inhabilidad quedó extremadamente limitada y poco o nada operativa. La inhabilidad restringe la participación de los aportantes de una campaña política en la contratación del territorio donde su beneficiario gobierna. El artículo señalado advierte que *“las personas que hayan financiado campañas políticas a la Presidencia de la República, a las gobernaciones o a las alcaldías con aportes superiores al dos punto cinco por ciento (2,5%) de las sumas máximas a invertir por los candidatos en las campañas electorales en cada circunstancia electoral”* no podrán celebrar contratos con entidades públicas. Cifra porcentual que no es insignificante frente a los topes autorizados de campaña.

**1.3. Inhabilidad para que ex empleados públicos contraten con el Estado.** El estatuto incluye el literal f del numeral 2 del artículo 8° de la Ley 80 de 1993, que restringe la participación de los empleados públicos en la contratación estatal, dentro de los dos años siguientes a su retiro del servicio público. Sin embargo, no la limita simplemente al funcionario, sino que advierte que la inhabilidad se aplica de forma indirecta, es decir por interpuesta persona, y menciona expresamente el caso de sociedades donde de alguna forma estén vinculados.

**1.4. Contratistas de obra pública, concesión, suministro de medicamentos y de alimentos no podrán celebrar contratos de interventoría con la misma entidad pública.** El artículo 5° de la Ley 1474 de 2011 prohíbe abiertamente que ciertos contratistas, en casos particulares y limitados, ejecuten al mismo tiempo uno de los contratos “principales” que enuncia restrictivamente la norma y una interventoría en la misma entidad pública.

**2) Medidas penales en la lucha contra la corrupción pública y privada. Acuerdos restrictivos de la competencia.** En este caso la inhabilidad se toma como una consecuencia directa y concreta de la sanción penal, es decir que se modifica abiertamente la naturaleza de inhabilidad contractual para convertirse en una pena (H. Alviar, 2016).

En caso de condena por el delito de acuerdos restrictivos de la competencia en procesos de selección, la inhabilidad se extiende a ocho años contados desde la ejecutoria de aquella. No obstante, el artículo 27 no se limita a derivar efectos penales directos a la inhabilidad, sino que la utiliza como beneficio por colaboración en investigaciones por competencia desleal ante la SIC. El propio artículo señala que aquel que delate o pida clemencia en la actuación administrativa tendrá, entre otros beneficios, una “inhabilidad para contratar con entidades estatales por cinco (5) años”.

No cabe duda de la penalización de la inhabilidad en este caso, se maneja como una forma de negociación propia del derecho penal, no del administrativo. No es posible negociar una inhabilidad en el régimen de contratación estatal; el orden público que representa una inhabilidad no es susceptible de conciliación o transacción (H. Alviar, 2016).

**3) Disposiciones para prevenir y combatir la corrupción en la contratación pública.** El capítulo séptimo del Estatuto consagra dos hipótesis de inhabilidades: (3.1.) facultades y deberes de los supervisores e interventores, art. 84; y (3.2.) inhabilidad por incumplimiento reiterado, art. 90.

**3.1. Inhabilidad para supervisores e interventores de contratos estatales.** Se creó una nueva inhabilidad en caso de incumplimiento de la obligación de informar a la entidad sobre algún incumplimiento del contrato supervisado, o de la ocurrencia de hechos “que puedan constituir

actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato”.

**3.2. Inhabilidad por la imposición de multas o por declaratoria de incumplimientos reiterados.** El estatuto en materia de contratación establece unas medidas en las cuales busca imponer sanciones al contratista en el sentido de que si el contratista incumple reiteradamente lo inhabilitara por tres (3) años, si se hace acreedor a multas por más de cinco veces en la ejecución de sus contratos o a su vez haya sido objeto de dos declaratorias de incumplimiento. Ahora bien, en este punto del texto y una vez descritas las categorías introducidas por el Estatuto Anticorrupción en materia de inhabilidades e incompatibilidades, es preciso hacer hincapié en el artículo 1° de la Ley 1474 de 2011. Como se mencionó párrafos atrás, la reacción punitiva del legislador en este caso pretendió ser oportuna, pero resultó tardía e inconstitucional (Corte Constitucional de Colombia, C-630 de 2012); se pretendió aumentar considerablemente la consecuencia de la inhabilidad de tal forma que fuera ejemplarizante: pasaría de cinco o diez años, como determinaba la legislación previa, a una de veinte años, demostrando severidad en la sanción. Lo que no advirtió el legislador es que desde el año 2009 la inhabilidad estaba consagrada de forma permanente en la Constitución Política. El artículo 4° del Acto Legislativo 1 de 2009 inhabilitó de forma general a quienes hayan sido condenados por varios delitos relacionados con la corrupción.

¿Cuál sería el objetivo de consignar una inhabilidad de veinte años, si de antemano se podía inhabilitar de “por vida” al que cometiera actos de corrupción? Se trató de una equivocación legislativa, quizá el afán de la reacción punitiva les impidió observar que ya había una respuesta normativa en igual sentido desde varios años atrás. ¿acaso esta nueva norma del Estatuto sobra en el ordenamiento jurídico? (H. Alviar, 2016).

La Corte Constitucional respondió la pregunta propuesta y declaró la inexecutable del artículo 1º de la Ley 1474 de 2011 y señaló: *“Por la entidad de los bienes públicos a proteger -la moralidad e integridad públicas – y la finalidad que se persigue- la lucha contra la corrupción y el delito-, es claro la voluntad del constituyente de no admitir límites de extensión de las inhabilidades del artículo 122 superior ni admitir condiciones de rehabilitación de quien se haya hecho acreedor a ellas. En tal sentido, la jurisprudencia constitucional ha reiterado el carácter permanente de tales inhabilidades, al punto que, salvo prescripción constitucional diferente, las personas en quienes se realicen los supuestos normativos inhabilitantes en los incisos quinto y sexto del artículo 122 constitucional, sobrellevaran inhabilidad vitalicia para ser inscritos o elegidos a cargos de representación popular, para ser designados servidores públicos y para celebrar contratos con el Estado”* (Corte Constitucional de Colombia, C-630 de 2012).

### **III. PROYECTO DE LEY POR MEDIO DEL CUAL SE ADOPTAN MEDIDAS EN MATERIA PENAL Y ADMINISTRATIVA EN CONTRA DE LA CORRUPCIÓN**

Ahora bien, expuesto el régimen actual de inhabilidades e incompatibilidades, sustancialmente impactado por el Estatuto Anticorrupción, habiendo ahondado puntualmente en cada una de las hipótesis previstas por dicha norma, es oportuno hacer mención a un proyecto de ley que cursa actualmente en el Congreso de la República con una relevancia significativa para el tema que nos ocupa, pues propone una serie de medidas administrativas asociadas a las inhabilidades para contratar, dirigidas a impactar el fenómeno de la corrupción y a buscar una mayor transparencia en la contratación pública.



En relación con la contratación pública, la iniciativa propone modificar el artículo 8° de la Ley 80 de 1993, que trata sobre las inhabilidades e incompatibilidades para contratar con Estado. Se propone extender la inhabilidad para contratar con el Estado en los casos de las personas jurídicas sobre las cuales se haya ordenado la suspensión de la personería jurídica en los términos de Ley, o cuyos representantes legales, administradores de hecho o de derecho, miembros de junta directiva o sus socios controlantes, sus matrices, subordinadas y/o las sucursales de sociedades extranjeras, hayan sido beneficiados con la aplicación de un principio de oportunidad por cualquier delito contra la administración pública o el patrimonio del Estado.

Se propone además que la mencionada inhabilidad se extienda de forma permanente. En este caso, lo que se pretende es acompañar la prohibición contractual con el principio de oportunidad del proceso penal. Debe tenerse en cuenta que actualmente una persona que participó en la ejecución de delitos que atentan gravemente contra la administración pública, pero que la Fiscalía requiere su colaboración para desarticular una red de corrupción y por ello aplica del principio de oportunidad, puede seguir contratando con el Estado a través de la persona jurídica que se utilizó para atentar contra la administración y el patrimonio público, circunstancia que resulta inaceptable desde el punto de vista de la moralidad pública (Exposición de Motivos, Proyecto de Ley \_\_, 2019).

Al respecto, se destaca que la Corte Constitucional en Sentencia C-348 de 2004, Magistrado Ponente Jaime Córdoba Triviño, estableció que el legislador cuenta con un amplio margen de configuración para establecer dos tipos de inhabilidades: las que se originan en una sanción impuesta por la potestad sancionatoria del Estado y aquellas que no tienen origen en

sanción alguna, sino que responden a mecanismos legales o constitucionales para proteger principios y valores del ordenamiento jurídico colombiano.

Lo anteriormente referido, puede responder a la transformación que se ha venido evidenciando en el robustecimiento del catálogo de inhabilidades e incompatibilidades originalmente previsto y cuya naturaleza respondía a la necesidad de proteger principios e intereses superiores, sin tintes sancionatorios *per se*, como actualmente se evidencia; esto, ya que la realidad jurídico social está en constante cambio y se hacen notorias distintas necesidades estatales, como lo es desde hace aproximadamente 20 años atrás la lucha contra la corrupción, la presión social e incluso la necesidad permanente de atender las buenas prácticas definidas por organismos multilaterales como la OCDE.

La Corte ha establecido que la finalidad de las inhabilidades relacionadas con la protección de principios, derechos y valores constitucionales es: “(...) *La protección de preceptos como la lealtad empresarial, la moralidad, la imparcialidad, la eficacia, la transparencia, el interés general o el sigilo profesional, entre otros fundamentos. En este sentido, las prohibiciones e inhabilidades corresponden a modalidades diferentes de protección del interés general y no se identifican ni asimilan a las sanciones que se imponen por la comisión de delitos o de faltas administrativas. Desde este punto de vista la inhabilidad no constituye una pena ni una sanción; de lo contrario, carecerían de legitimidad límites consagrados en la propia Constitución Política. [...] En el mismo sentido las inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado no constituyen sanción penal ni administrativa para los participantes o interesados en un proceso licitatorio*” (Corte Constitucional de Colombia, C-780 de 2001). (negrilla fuera del texto original).

Así, según la exposición de motivos del Proyecto de Ley en mención, la inhabilidad que se propone en el nuevo inciso del literal j) del artículo 8° de la Ley 80 de 1993 no tiene relación con una sanción en tanto que el principio de oportunidad impide continuar con la persecución penal. De ahí que deba considerarse como una inhabilidad encaminada a la protección de la moralidad en la administración y la contratación pública y se repute legítima desde el punto de vista constitucional, como resultado del ejercicio del amplio margen de configuración del legislador en esta materia.

Para concluir la referencia que se hace en este aparte del capítulo al Proyecto de Ley que cursa en el Congreso actualmente, cabe mencionar que su exposición de motivos alude a que las inhabilidades constituyen prohibiciones o requisitos negativos que tienen el objetivo de crear condiciones de transparencia, imparcialidad, igualdad y moralidad en el desempeño de la función pública y la ejecución de los recursos públicos; de tal suerte que, lo que se pretende es que la actividad estatal obedezca a criterios objetivos y al adecuado cumplimiento de los fines del Estado.

### **CAPÍTULO 3**

#### **INFLUJO DEL DERECHO PENAL EN EL RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES: NEOPUNITIVISMO**

Para iniciar este capítulo es oportuno hacer referencia a la evolución normativa que se ha suscitado en la contratación estatal atendiendo a la realidad y contexto de cada época, situación que también ocurre en la norma penal relacionada con esta específica actividad de “contratación estatal” en donde, producto de un crecimiento exacerbado de la criminalidad, aparejado a los cada vez mayores y más estrictos controles, la adopción de mecanismos que doten de mayor eficiencia a la contratación del Estado, la garantía de los recursos públicos, entre otros; surgen nuevos delitos o -dentro de los cuales- nuevas modalidades de comportamiento que exigen mayor reproche ahora desde la perspectiva del derecho penal (Juan C. Forero & J. Ospina, 2017).

Según Forero J., la inclusión de la protección de los contratos estatales por la vía penal responde a una necesidad que se ha evidenciado en la evolución histórica, la que no solo nos ha dejado observar el marco jurídico tras la contratación del Estado, sino que además nos ha llevado a detectar algunas características que permitirán edificar al “contrato estatal” como categoría jurídica independiente y en especial como bien jurídico susceptible de protección más allá de la vía simplemente del derecho administrativo (función pública) a través de la *última ratio* en el derecho penal.

Ante el crecimiento de la actividad material del Estado con intervención preponderante en la economía y el actuar desviado ante un mal innegable en nuestra realidad como lo es la corrupción, se hace evidente un nuevo riesgo merecedor de la protección por la vía penal. Por lo anterior, es obvia la relación y el influjo del derecho penal en la contratación estatal

específicamente, pues es insuficiente el mero reproche ético social y disciplinario, ante los importantes perjuicios patrimoniales y sociales derivados de la ausencia de cumplimiento de los fines estatales y la prestación ineficiente e inadecuada de los servicios que el Estado está llamado a suministrar.

Como lo advierten los profesores Augusto J. Ibáñez y Gerardo Barbosa, los tipos penales referidos a la contratación administrativa solo 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 su momento, el legislador del 36 estableció una figura típica de contratación indebida por aquellas personas que desempeñaran cargos públicos, cuando abusando de su poder violentaran 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*”. Dicha redacción recibió innumerables críticas, ante lo cual, el mencionado tipo penal sufrió una serie de modificaciones como la de 1974 en la que se le cambió la denominación por “*Negociaciones incompatibles y enriquecimiento ilícito*”. En 1976 se revisó nuevamente lo relativo a este capítulo, y se llegó a la conclusión de que el Derecho Penal debía ubicar dentro del elenco de conductas delictivas los comportamientos del empleado que al actuar en celebración de contratos violara esas pautas mínimas pero esenciales, lesionando, o por lo menos poniendo en peligro, intereses pecuniarios del Estado, principalmente el prestigio, la eficacia y el buen nombre de la Administración. (Miguel Bula et al, 1996)

Por su parte, el Decreto Ley 100 de 1980, incluyó un capítulo denominado “*Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas*”, el cual se dividió en tres modalidades

de delitos, así: i.) violación de régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades (art. 144); ii.) interés ilícito en la celebración de contratos (art. 145); y, iii.) contrato sin cumplimiento de requisitos legales (art. 146). En el nuevo Código Penal, el Capítulo IV se denomina "*De la Celebración indebida de contratos*".

Así las cosas, el Código Penal dedica un capítulo a la denominada "*celebración indebida de contratos*" el cual se encuentra regulado dentro del título de los "*Delitos contra la administración pública*" siendo el bien jurídico tutelado con este catálogo de delitos el de la "*Administración pública*". El origen mismo de la "administración pública" como bien jurídico tutelado en Colombia tiene lugar en el Código Penal de 1936. En esta ocasión, los redactores del código se vieron en la necesidad de acuñar un término representativo de todos aquellos bienes, valores e intereses relacionados con la administración pública. Es así como acogieron los lineamientos del código penal italiano de 1930, en donde se habla de "delitos contra la administración pública", para plasmar en Colombia la "función pública" como un bien jurídico autónomo protegido desde el derecho penal (Juan C. Forero & J. Ospina, 2017). Ahora bien, según J. Forero (2017) el análisis conjunto del derecho penal y del derecho administrativo de la contratación estatal resulta esencial para determinar el alcance de la conducta penalmente relevante, toda que estamos frente a los denominados *tipos penales en blanco*. Ello supone que, en una norma penal, el supuesto de hecho (tipo penal) se encuentra parcialmente indeterminado y para desentrañar su alcance y significado debe complementarse ese vacío parcial acudiendo a una norma que se caracteriza por su dinamismo (reenvío dinámico) y que forma parte del derecho administrativo.

## **I. CELEBRACIÓN INDEBIDA DE CONTRATOS POR LA VIOLACIÓN DEL RÉGIMEN LEGAL O CONSTITUCIONAL DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES**

Con este delito se busca garantizar la aplicación estricta de un régimen de inhabilidades e incompatibilidades que a su vez propende por la transparencia en los procesos contractuales:

*“Las inhabilidades e incompatibilidades que, en desarrollo de esa facultad, consagra la ley como aplicables a los particulares que contratan con la administración, tiene por objeto asegurar que en la materia se realicen los principios de igualdad, moralidad e imparcialidad, previstos en la Constitución para la función administrativa”*(Corte Constitucional de Colombia, C-221 de 1996).

A su vez, se justifica la antijuridicidad tanto material como formal de la conducta: *“El desconocimiento de factores de inhabilidad e incompatibilidad o de procedimientos previamente establecidos para la contratación, por sí solo atenta contra los principios de igualdad, moralidad e imparcialidad que constitucionalmente informa el ejercicio de la función administrativa al servicio de los intereses generales. De ahí, aunque se presumiera el reporte de un beneficio económico coyuntural para la administración por el contratista ilegalmente seleccionado, lo cierto es que la ilegitimidad del medio ya le ha ocasionado un daño al propio aparato administrativo y a terceros, porque a la postre resultan más costosos política y económicamente los métodos basados en el tráfico de influencias y la contraposición de intereses”* (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, P. 16.837, 2001).

Originalmente en el Código Penal de 1980, en el artículo 144 se preveía el siguiente tipo penal:

**Artículo 144 C.P.: Violación del régimen 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.* (resaltado fuera del texto original)

Con la entrada en vigor de la Ley 599 de 2000, contentiva del Código Penal rigente, se preservó el transcrito tipo penal, pero de la siguiente manera:

**Artículo 408 C.P.: Violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades.** *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 o 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.* (resaltado fuera del texto original)

Señala la jurisprudencia que este es el objeto jurídico de la norma penal: “*El objeto jurídico lo configura el interés del Estado en conservar la transparencia de los funcionarios públicos en el proceso contractual, procurando erradicar la injerencia de intereses particulares ligados a la corrupción administrativa, mantener la imagen, confianza y respetabilidad de la administración pública ante la comunidad*” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, P. 24.606, 2008).

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.

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

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 la adecuación típica del hecho es necesario acudir a la normatividad del derecho administrativo, que define cuales son los contratos estatales, según la denominación legal contemplada en la Ley 80 de 1993, y todos los procesos que estos 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, y es que el servidor público al *intervenir* en las diferentes etapas del contrato debe hacerlo *en ejercicio de sus funciones*.

En su momento, el presupuesto de la norma era evitar que los empleados públicos, abusando de sus funciones, realizaran contratos, los tramitaran o aprobaran a pesar de estar imposibilitados legalmente para hacerlo, lo cual origina el desprestigio de la administración, producido por la violación de dicho régimen. Era ese entonces el interés que la conducta típica lesionaba.

Empero, la mera lesión o exposición a ese interés no era suficiente para afirmar la antijuridicidad necesaria para la configuración del delito; debía ser sin justa causa la conducta

típica. Para que ello fuera así debía darse el incumplimiento del deber legal o ejercicio ilegítimo de un derecho o cargo público.

La Ley 80 de 1993 modificó la pena establecida en el art. 144 original, en su art. 57 consagra 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”*.

## **II. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS CONTRAVINIENDO EL RÉGIMEN DE PROHIBICIONES LEGALES Y CONSTITUCIONALES**

Según el artículo 44 del Estatuto de Contratación de la Administración, 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.

Con fundamento precisamente en la segunda causal de inhabilidad prevista en la ley 80, la celebración del contrato por un contratista inhabilitado genera inhabilidad para celebrar otros contratos con la administración, la cual 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 anotados (Miguel Bula et al, 1996).

Por su parte, para el funcionario público que celebre contratos o que los tramite contra expresa prohibición legal o constitucional, puede generar incurrir en causal de destitución, pues esta conducta está expresamente prevista como tal para los funcionarios que incurran en ella. En todo caso, para imponer la sanción de destitución no bastará con haber incurrido en la conducta tipificada desde el punto de vista contractual o que se declare la terminación del contrato; se requiere en todo caso que, además, se adelante el proceso disciplinario correspondiente.

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 esa 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 solo 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 (Miguel Bula et al, 1996).

En el caso del contratista, la Corte Suprema de Justicia ha señalado:

*“Serán autores los contratistas, consultores y asesores, a quienes el artículo 56 de la Ley 80 de 1993 considera particulares en cumplimiento de funciones públicas, sujetándolos a la misma responsabilidad de los servidores públicos. Así entonces, el servidor público que al margen de sus funciones contrata hallándose inhabilitado, incurre en este delito. (...) En la descripción del tipo penal estudiado, se debe distinguir el comportamiento del servidor público que a nombre del Estado actúa como contratante, y el del servidor público que*

*directamente o por interpuesta persona obra como contratista. La acción del primero será típica siempre que en ejercicio de sus funciones intervenga en el trámite o celebración de un contrato con violación del régimen legal de inhabilidades o incompatibilidades, y la del servidor público que actúa como contratista no se subsumirá directamente en el precepto, sino mediante el artículo 56 de la Ley 80 de 1993, que lo considera obrando en ejercicio de sus funciones” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, P. 24.606, 2008).*

A través del contenido del artículo 56 de la Ley 80 de 1993, de forma reiterada la Corte Suprema de Justicia ha venido sosteniendo la posibilidad de vincular al particular que suscribe un contrato con el Estado estando incurso en causal de inhabilidad o incompatibilidad alguna, siempre que el contrato imponga la transferencia o atribución de una función pública. Al respecto, recientemente la Corte Suprema de Justicia adujo:

*“(…) En consecuencia, a partir de la vigencia de esa norma la jurisprudencia de la Sala viene sosteniendo que la persona que celebra con una entidad estatal un contrato a sabiendas de hallarse impedida, para esos efectos asume la calidad de servidor público en ejercicio de funciones y, por lo tanto, incurre en el delito de violación del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades a título de autor, con independencia de la responsabilidad que se derive para el servidor público que actúa en representación del Estado.*

*Se trata, entonces, de una extensión de responsabilidad, o lo que es lo mismo, la lectura que ha de realizarse a la voluntad que orientó al legislador, no significa que mutatis mutandi se revista al particular de la condición especialísima de servidor público, ello no es así, de lo que se trata es de privilegiar el proceso de contratación estatal por razones de orden público; de exigirle un mayor compromiso al contratista en las labores que la administración le ha*

*encomendado, en procura de alcanzar uno de los fines del Estado, que no es distinto al bienestar general, orientado siempre por los principios de moralidad, imparcialidad, transparencia, objetividad, legalidad, honradez, lealtad, economía, eficacia y eficiencia. (...)*” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, P. 20.370, 2009)

### **III. TENDENCIA AL NEOPUNITIVISMO**

El concepto legal denominado neopunitivismo es conocido doctrinalmente como la cuarta velocidad del derecho penal, que se originó en Italia, defendido por muchos, pero igualmente concebido como el innecesario, absurdo e incontenible aumento en la cantidad de conductas calificadas delictivas por la ley, que poco a poco va provocando en el derecho una distorsión. Se basa en que las penas privativas de libertad son la solución a todos los problemas que el Estado afronta. Un nuevo uso de concepto y uso del derecho mismo, que olvida lo que realmente es un derecho de “ultima ratio”, para llegar a ser la herramienta política a favor de la gestión del Estado, consideran algunos.

Este discurso neopunitivista —entendido ello como la corriente político-criminal que se caracteriza por la renovada creencia mesiánica de que el poder punitivo puede y debe llegar a todos los rincones de la vida social— enarbolado por sectores de pensamiento autoritario, y direccionado hacia determinados grupos sociales etiquetados de peligrosos, intenta justificarse en tales afirmaciones y pone en jaque a la ciencia jurídica que debe dar respuestas concretas a estos requerimientos de reformas legislativas expansivas e interpretaciones jurisdiccionales amplias de la normativa penal. (Traverssa, 2014).

Así lo sostiene Maier cuando afirma: *“La expansión del Derecho penal es el fenómeno más visible y tangible: el Derecho penal logra, cotidianamente, nuevos ámbitos de relaciones*

*para su regulación, que ya casi interesa a todas las relaciones sociales entre los seres humanos o entre ellos y el Estado.” (Maier, 2006, p. 295).*

Quien se detenga a estudiar la situación actual del ius puniendi estatal como práctica que pretende solucionar los más variados conflictos en la vida social, tocándole intervenir de la forma más enérgica frente a los casos que se suponen más graves, *“comprobará inmediatamente que vivimos un tiempo en el cual el derecho punitivo ha sido elevado a la categoría de octava maravilla del mundo”* (Pastor, 2005, p. 5). Se habría pasado así de un “derecho penal liberal”, interpretado desde una política criminal orientada al aseguramiento de los derechos individuales del acusado, a un “derecho penal liberado” de tales límites y controles que se orienta al combate de la criminalidad como cruzada contra el mal (Sánchez, 2003).

Según Maier, de la irresponsable fantasía abolicionista que surgió hace algunas décadas hemos pasado, sin prestar atención al sensato llamado del derecho penal mínimo, como si este hubiera sido en verdad el canto de sirena, a una desbordante explosión de nuevas figuras penales y a una lluvia de interpretaciones judiciales que extienden el ámbito de la responsabilidad penal más allá de lo razonable en el caso de tipos abiertos (característico: el delito imprudente, pero también los delitos dolosos de funcionarios). Hemos alcanzado el relajamiento de todos los límites y de todos los controles jurídicos a favor de la persecución y el castigo de los crímenes considerados más graves (derechos humanos, corrupción, terrorismo, drogas) y a una euforia de “lo penal” como “sanalotodo” social que no tiene precedentes (Maier, 2006).

El neopunitivismo se manifiesta en la llamada extensión del derecho penal, la cuestión central de la política criminal pensada en los últimos años porque presume el derecho penal actual o moderno, como se lo llama, es una nueva ley penal, cuyas características deben ser estudiada con el nombre neopunitivismo, el sello distintivo de este derecho penal, que incluye todas sus partes, su deshumanización, resurgimiento de fuertes y crecientes sanciones.

Como dice Díez Ripoli: *“el Estado social de derecho ha contribuido a la proliferación de reglas a través de reglamentaciones y normas que exceden el ámbito y los fundamentos de la ley, pero ofrece mejores beneficios a la sociedad intervencionista, como si fuera el pasaje de un Estado penal liberal, interpretado desde una política de sanciones para garantizar los derechos individuales de los acusados para un derecho penal que se librase de estos límites y controles y empeñase a combatir el crimen como una lucha contra el mal.”*

En el mismo sentido, señala Douglas Husak (2013), *“el derecho penal, y especialmente la criminalización, han demostrado ser una de las herramientas predilectas de los legisladores para responder a las demandas de su electorado y aumentar sus niveles de popularidad”*. Lo único que se ha podido obtener, de la conducta eufórica de los legisladores por dictar leyes que, falsamente, enfrentaran la delincuencia y actos delictivos, es una sobrecriminalización que distorsiona un verdadero derecho penal.

Gargarella (2007), crítico del populismo penal y de su producto, el neopunitivismo, apunta con mucha sensatez que ante todo, insistiría en señalar lo que debería ser obvio, es decir, que los problemas sociales no deber ser tratados a través del derecho penal, sino por medio de políticas sociales. Luego insistiría también en la idea de que las respuestas penales que conocemos, de tipo excluyente, tienden a ser ineficiente respecto de los fines que ellas mismas

se proponen (reducir el delito, inducir al delito a que no reincida), a la vez que resultan objetables para quienes parten de una mirada republicana de la sociedad, es decir, una mirada preocupada por la integración de la comunidad y la fortaleza de los vínculos sociales.

Ahora bien, establecido el concepto y alcance del neopunitivismo a partir de referencias doctrinales, las cuales coinciden en referirse a este fenómeno jurídico como aquel que pretende permear todos los escenarios posibles de la vida social, cabe afirmar también, que pareciera pretender extrapolarse a las distintas ramas del derecho a partir de la labor legislativa, lo que para muchos electores cumple con las expectativas sociales, pero para los operadores del derecho se torna en una innecesaria y excesiva función penalizadora que en la práctica resulta en limitar el ejercicio de libertades y derechos, y la difícil aplicación e incluso interpretación de las normas inmersas de vacíos y errores, cómo se verá más adelante.

#### **IV. IMPACTO DEL NEOPUNITIVISMO EN EL RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES**

Es importante señalar que dentro de los esfuerzos del gobierno colombiano estaba ser aceptado como integrante de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), mérito que alcanzó el 30 de mayo de 2018, convirtiéndose en el tercer país latinoamericano en formar parte del organismo.

Ser miembro de la OCDE representa para el gobierno colombiano una “presión” mayor por dar ejemplo en su ejercicio legislativo y de emisión de políticas públicas, cuyo objetivo principal, aunado al crecimiento de la economía, es combatir la corrupción a como dé lugar, incluso a partir de propuestas de reforma legislativa en el ámbito jurídico social donde más



se evidencia esta práctica, la contratación estatal, pues es el escenario recurrente para priorizar intereses particulares de los operadores y potenciales contratistas, contra su esencia misma y propósito principal, la satisfacción del interés general.

Los instrumentos expedidos por la OCDE buscan la transparencia en el proceso de contratación relacionado directamente con las normas y las políticas públicas que lo regulan, guiado por tres directrices básicas: trato justo e igualitario a cada uno de los interesados en ser contratistas, libre acceso al proceso a través de un portal online e intuitivo abierto a la comunidad nacional e internacional y aseguramiento de la visibilidad de los fondos públicos en cada etapa del proceso de contratación.

De esta manera, la OCDE, como un órgano que busca el desarrollo de los Estados, comprende la injerencia de la contratación pública en la economía nacional, y la necesidad de implementar políticas que eviten la fuga de capitales durante el proceso de selección a causa de la corrupción, con miras a generar un sistema eficiente y productivo.

De tiempo atrás A. Barreto (2016) sostuvo que el "neopunitivismo", o la tendencia a punir las conductas desde la mayor cantidad de expresiones jurídicas, se ofrecía como una explicación a recientes reformas como la del estatuto anticorrupción y la Ley sobre responsabilidad de las personas jurídicas por actos de corrupción transnacional (Ley 1778 de 2016); sin embargo, estas influencias van más allá de actores locales, y se encuentran en organismos internacionales como la OCDE, que marcan parámetros de reformas, como ocurre con el proyecto de reforma y el acápite de prohibiciones y conflicto de intereses liderado por la Agencia de Contratación Colombia Compra Eficiente (CCE).

La propuesta redactada en su momento por CCE (2016) con la influencia anotada, no desvirtúa la tendencia sancionatoria, sino que la continua al transcribir la mayoría de los eventos introducidos últimamente por el legislador, con un rasgo aún más significativo: su redacción a la manera de un tipo sancionatorio, hipótesis y consecuencia; así por ejemplo, el artículo 21 del proyecto impulsado por CCE contenía, entre otros: *"El contratista del contrato sobre el cual fue declarada la caducidad, por el término de cinco (5) años contados a partir de la fecha de tal declaración..."; "Los accionistas, socios, representantes legales o miembros de junta directiva de sociedades, distintas a las anónimas abiertas, de la sociedad contratista a la cual le fue declarada la caducidad, por el término de cinco (5) años, contados a partir de la fecha de tal declaración"; "las personas naturales y jurídicas, sus accionistas, socios, representantes legales o personal directivo con capacidad de representar a la sociedad, o miembros de junta directiva de sociedades, que hayan sido condenados o sancionados, en Colombia o el exterior, mediante decisión judicial o administrativa ejecutoriada, por soborno transnacional. Esta prohibición se extiende por el término de 20 años, contados desde la ejecutoria de la sentencia o acto administrativo correspondiente, y no es aplicable para los accionistas de la sociedad anónima abierta condenada o sancionada por soborno trasnacional"*.

Basta con enunciar el fortalecimiento del régimen disciplinario (Ley 734, 2002; Ley 1474, 2011; y Decreto Ley 019, 2012); el control fiscal (Ley 1474, 2011, arts. 41 a 60 y 110 a 120), que si bien tiene por objeto restaurar el patrimonio estatal, tiene claros rasgos sancionatorios que no pueden desconocerse; el fortalecimiento del esquema de vigilancia, control y sanción de las superintendencias (Ley 1340, 2009; Ley 1437, 2011; Ley 1438, 2011; Ley 1778, 2016,

entre otras); a esto se suma el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de la contratación pública, reformado por el Estatuto Anticorrupción (Ley 1474 de 2011) y posteriormente modificado por la Ley 1778 de 2016.

Bajo esta lógica sancionatoria, estas leyes introdujeron algunas nuevas hipótesis de inhabilidades e incompatibilidades como las relacionadas con personas que incurran en actos de corrupción, para quienes realicen acuerdos restrictivos de la competencia y por corrupción transnacional.

Recientemente se ha evidenciado la tendencia del constituyente y legislador de inclinarse por un modelo sancionatorio en el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de la contratación estatal, y destaca su interés por castigar a través del derecho administrativo, siguiendo una tendencia dura legislativa que busca nutrir de medidas punitivas el ordenamiento legal, como reacción al clamor social que se expresa por medios de comunicación, redes sociales y que exigen resultados eficaces del Estado, particularmente en contra de actos de corrupción.

Es indudable que esta lógica legislativa está orientada por organismos internacionales como la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), cómo quedó establecido en párrafos precedentes; situación que explica las reformas en la materia que se han aprobado recientemente y proyectos de revisión estructural al mercado de contratación pública como el presentado por la Agencia de Contratación Colombia Compra Eficiente (CCE), que sigue la misma línea al pretender modificar el régimen de inhabilidades e incompatibilidades por un modelo de prohibiciones y conflicto de intereses.

Las recientes modificaciones al régimen de inhabilidades e incompatibilidades por parte del legislador tienen un claro y fuerte contenido punitivo, que la injerencia de organismos internacionales en esta materia es fundamental para explicar las reformas y que "el proyecto" se inserta en la misma tendencia. El afán de penalizar el derecho en general o neopunitivismo se ofrece como una explicación teórica a las reformas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades; "el proyecto" se inscribe en la misma línea. (A. Barreto, 2016).

El interés por mejorar los índices de transparencia y atacar uno de los graves problemas detectados por la OCDE lleva a la implementación de medidas sancionatorias en el mayor número de escenarios posibles; el nuevo régimen propuesto de prohibiciones y conflicto de intereses se espera ayude a ese propósito.

Desde hace algunos años, el Congreso, en su condición de constituyente y legislador, ha otorgado características sancionatorias al régimen de inhabilidades e incompatibilidades de la contratación administrativa y lo ha catalogado como sanción o un mecanismo para prevenir y combatir la corrupción, otorgando prelación a ese carácter por encima de aquel que lo califica de limitación a la capacidad. Esto está enmarcado en las soluciones dadas por el Estado a graves y diversos hechos de corrupción presentados en Colombia durante los últimos tiempos, que han sido denunciados por la opinión pública de tiempo atrás y exigían una respuesta estatal; así mismo, hacen parte de las instrucciones recibidas de organismos internacionales, especialmente de la OCDE, que luego de hacer un balance de las prácticas locales señaló la necesidad de implementar acciones para elevar los niveles de transparencia, y de esa manera considerar al país como un eventual miembro de esa organización. (OCDE, 2016).

Esa tendencia normativa sigue la línea que Barreto (2016) ha planteado en otro momento y busca destacar el interés del legislador por sancionar a través del derecho administrativo, siguiendo una tendencia dura legislativa que busca nutrir de medidas punitivas el ordenamiento legal, como reacción al clamor social que se expresa por medios de comunicación, redes sociales y que exigen resultados eficaces del Estado.

La jurisprudencia reconoció cierta vinculación de las causales que generaban inhabilidades o incompatibilidades contractuales con los principios de transparencia y moralidad de la contratación pública (Corte Constitucional, C-826, 2013; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, AP-518, 2002); es claro que el objetivo principal de este régimen no fue combatir la corrupción ni sancionar las conductas de los oferentes o servidores públicos, como lo señala la reciente legislación, sino proteger un interés superior como lo es el general y el servicio público a la manera del régimen de incapacidades del derecho privado, que en su caso protege intereses individuales. Si bien vulnerar el régimen de inhabilidades e incompatibilidades conlleva una eventual investigación y sanción disciplinaria (Ley 734 de 2002, arts. 36 y ss.), para efectos de la contratación pública son restricciones de capacidad.

De forma general se aceptó que las inhabilidades son limitaciones precisas a la capacidad de los contratistas, o mecanismos para garantizar la objetividad e imparcialidad en los trámites precontractuales o contractuales. El legislador, alejándose de la estructura clásica de la Ley de Contratación Pública, incluyó algunos casos de inhabilidades con efectos diferentes de los consagrados en el régimen tradicional, que le otorgan tintes sancionatorios. Con la propuesta planteada en el "proyecto" y la denominación de prohibición, noción principalmente

relacionada en Colombia con el derecho disciplinario, reiteran el carácter punitivo de la materia y siguen la línea señalada. (A. Barreto, 2016).

La injerencia de organismos internacionales en las recientes políticas internas implementadas en materia de contratación estatal es innegable. Este fenómeno se explica por la necesidad de dar cumplimiento a un gran número de condiciones señaladas por esos actores para satisfacer el interés que ha mostrado el Ejecutivo de que Colombia pueda ingresar a ellos como miembro permanente, es el caso de la OCDE; o para desarrollar los compromisos en los casos que ya sea parte de tiempo atrás, como ocurre con la Organización de Naciones Unidas (ONU), la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), la Organización Mundial del Comercio (OMC) y el Centro Internacional de Arreglo a Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), entre los más relevantes.

Aunado a lo anterior, cabe resaltar el que papel que representa la “opinión pública” como promotora de políticas criminales y los medios de comunicación, por sí mismos, cuya participación es determinante hoy por hoy en la gestación de respuestas legislativas penales ante situaciones y fenómenos de sonada relevancia, como lo es la corrupción y se precisó en párrafos anteriores.

Así pues, la tendencia jurídica sancionatoria analizada en estas líneas, la cual como ya se expuso viene permeando el régimen de inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado, tiene cimiento en distintas situaciones, tales como el afán de dar respuesta legislativa ante comportamientos que atentan contra la administración pública; la firme creencia de la necesidad de robustecimiento del régimen en aras de proteger el interés general como pilar de la contratación estatal; la lucha contra la corrupción; y la presión política y

social enmarcada en la opinión pública y la exigencia de respuestas legislativas, así como los altos estándares y metas propuestas por organismos multilaterales en cuestión de política pública.

## CAPÍTULO 4

### **POSTURA DE LAS ALTAS CORTES SOBRE LA NATURALEZA Y FINALIDAD DE LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES**

De lo expuesto en los capítulos precedentes, es claro que la Constitución y el legislador pretenden la mayor transparencia y pulcritud en el manejo de las decisiones públicas, y, sobre todo, en el destino de los recursos públicos vinculados con la contratación, con el propósito de que estos no se trasladen a sujetos que pueden caracterizarse legalmente por estar incursos en conflicto con el interés general. Cualquier actitud complaciente con el individualismo o con los intereses personales para el manejo del Estado resulta reprochable frente al ordenamiento jurídico, en especial en materia contractual, donde el legislador ha elevado a conducta punible todas aquellas relaciones contractuales con sujetos incursos en prohibiciones en razón de sus conflictos con el interés general (Jaime O. Santofimio, 2000).

Aunado a lo anterior, el Consejo de Estado en providencia del 9 de julio de 2014 afirma que, en materia contractual la finalidad perseguida por el Ordenamiento jurídico no es otra que la de salvaguardar el interés general, dotándolo de garantías para cumplir con los principios de transparencia e imparcialidad de la función administrativa y legitimar el proceso de contratación del Estado. No obstante, el legislador incorpora conductas bajo el título genérico de inhabilidades o incompatibilidades, sin hacer distinción, como si se tratara de fenómenos similares, tal como ocurre en materia de contratación estatal, donde el artículo 8° de la Ley 80 de 1993 comprende bajo el título de inhabilidades e incompatibilidades una serie de conductas, todas ellas prohibitivas para participar en licitaciones o celebrar contratos, y con efectos similares, es decir, excluyentes de los procesos contractuales del Estado.



Al respecto, y en especial sobre el alcance de las inhabilidades, la Corte Constitucional sostuvo:

*“Las inhabilidades constituyen una limitación de la capacidad para contratar con las entidades estatales, que de modo general se reconoce a las personas naturales y jurídicas, y obedecen a la falta de aptitud o a la carencia de una cualidad, calidad o requisito del sujeto que lo incapacita para poder ser parte en una relación contractual con dichas entidades, por razones vinculadas con los altos interés públicos envueltos en las operaciones contractuales que exigen que estas se realicen con arreglo a criterios de imparcialidad, eficacia, eficiencia, moralidad y transparencia. Es por ello que se prohíbe que accedan a la contratación estatal las personas que tengan intereses contrarios a los de las entidades públicas con las cuales contrata o que carezcan de los requisitos o condiciones que puedan repercutir en el correcto, eficiente y eficaz cumplimiento del contrato (...)”* (Corte Constitucional de Colombia, C-489 de 1996)

En el mismo sentido, la Corte adujo en Sentencia C-1016 de 2012 que el régimen de inhabilidades para los contratistas obedece, además, a razones éticas, ya que con él se busca asegurar una adecuada selección que redunde en beneficio del interés público.

Por su parte, el Consejo de Estado ha explicado el alcance ideológico y político de estas prohibiciones; al respecto ha sostenido:

*“De conformidad con la filosofía inspiradora de la normativa contenida en la Ley 80 de 1993 y particularmente en lo relacionado con la razón de ser de la normativa de causales de inhabilidad e incompatibilidad para contratar, se tiene que indudablemente han sido*

*intereses públicos de carácter general los que han evidenciado la necesidad de que los procesos de selección de los contratistas que establecen vínculos para con la Administración se adelanten dentro de parámetros de transparencia, moralidad e igualdad, para todos aquellos que concurren al proceso de selección. Esta es la razón de ser de la existencia de causales específicas de inhabilidad e incompatibilidad, que buscan impedir que tanto en la etapa del proceso licitatorio o de concursos como en el acto mismo de contratación se permita la participación de aquellas personas que por su condición de cercanía, afecto o alianza filial para con quienes ostentan posiciones directivas en la Administración puedan participar en los procesos de selección, pues dicha circunstancia no resulta conveniente ni sana para la correcta ejecución de los cometidos estatales de la contratación (...)*” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, P. 10760, 1997)

Pues bien, en este punto cabe mencionar que, efectivamente, las inhabilidades e incompatibilidades son restricciones legales a la capacidad de las personas de ser contratistas del Estado en ciertos eventos. Respecto a su finalidad manifiesta la Sección Tercera del Consejo de Estado, con base en lo expresado por la Corte Constitucional, que el legislador contempló las inhabilidades e incompatibilidades atendiendo a la necesidad de salvaguardar el interés general que se encuentra protegido en la contratación administrativa, de modo que se “sacrifique lo menos posible” el derecho a la igualdad de los que pretenden contratar con el Estado (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. P. 41.339, 2011).

En providencia más reciente, el Consejo de Estado afirmó que la existencia de inhabilidades e incompatibilidades se sustenta en el principio constitucional de que el interés público

prevalece sobre el interés particular, y de que el interés general debe ser el propósito y conducta dominante para el ejercicio de la función administrativa, la cual implica el desarrollo de los conceptos de moralidad e imparcialidad (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, P. 47830, 2014).

Además, citando a la Corte Constitucional, la Corporación señala que la razón de ser de una inhabilidad tiene que estar sustentada en la protección del interés general, de lo contrario pierde su justificación constitucional como forma para restringir el principio de igualdad. Es evidente que si la restricción legal (incompatibilidad o inhabilidad) no se sustenta en ninguna necesidad de protección del interés general o ésta es irrazonable o desproporcionada, en esa misma medida pierde justificación constitucional como medio legítimo para restringir, en ese caso, el derecho a la igualdad y el reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas que resultan rechazadas del ámbito contractual del Estado.

Ahora bien, una vez establecida la naturaleza de las inhabilidades a partir de las principales providencias en la materia, es necesario afirmar que estas pueden provenir de diversas fuentes y contar con distintos objetivos, las cuales presentan dos tipologías según su procedencia jurídica y la finalidad que persiguen. El primer grupo tiene origen sancionatorio, es decir, cometida la conducta que la ley considera reprochable, el Estado impone la sanción correspondiente y adiciona una inhabilidad que impide al sancionado ejercer determinada actividad. El segundo grupo no tiene origen sancionatorio, sino que corresponde a una prohibición de tipo legal que impide a determinadas personas ejercer actividades específicas, por la oposición que pueda presentarse entre sus intereses y los comprometidos en el ejercicio de dichas actividades (Corte Constitucional de Colombia. C-1016 de 2012).

## I. ALCANCE Y RAZÓN DE SER DE LAS PRINCIPALES INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES

Ahora bien, en este punto es menester hacer alusión a la posición de las altas Cortes respecto de aquellas causales de inhabilidad e incompatibilidad que más recelo generaron una vez introducidas en el sistema mediante la Ley 80 de 1993; así por ejemplo, en cuanto a la cuarta causal *“inhabilidad de quienes en sentencia judicial hayan sido condenados a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas y de quienes hayan sido sancionados disciplinariamente con destitución”*, la Corte Constitucional se pronunció para dilucidar los conflictos de constitucionalidad que algunas personas alegaron sobre la base de una doble sanción, que limitaba la libertad de trabajo y violaba las garantías constitucionales del debido proceso. Al respecto, la Corporación adujo:

*“Las penas principales y accesorias, por infracción de las normas penales, hacen parte de un sistema normativo contenido en el Código Penal. Tal ha sido la tradición jurídica. Pero, además, las inhabilidades e incompatibilidades que, como se ha visto, obedecen a finalidades diferentes de interés público, asociadas al logro de la imparcialidad, la eficacia, la eficiencia y la moralidad en las operaciones contractuales, no pueden identificarse ni asimilarse a las penas que se imponen por la comisión de un ilícito, con los fines, entre otros, de retribuir a la sociedad el perjuicio causado por la conducta que afecta un bien jurídico o fundamental para esta. Las inhabilidades e incompatibilidades, según los criterios antes expuestos, constituyen prohibiciones que restringen la capacidad y la libertad de un contratista para acceder a la contratación, pero no consagran una modalidad adicional de sanción penal a las previstas en el código de la materia (...)”* (Corte Constitucional de Colombia, C-489 de 1996).

Respecto de la inhabilidad de “*quienes sin justa causa se abstengan de suscribir el contrato estatal adjudicado*”, el Consejo de Estado señala el alcance de esta prohibición en los siguientes términos:

*“... la abstención de firmar el contrato adjudicado puede atribuirse a una persona natural, a un grupo de personas naturales, a una persona jurídica que estaba debidamente constituida antes de la adjudicación o a un grupo de personas que en forma conjunta presentaron la propuesta acompañada de una promesa de constituir entre ellas una sociedad, para a través de esta celebrar y ejecutar el contrato en caso de serles adjudicado [...] Aducir que sería “la sociedad” no constituida la que estaría cubierta por la inhabilidad, en razón de que la norma se refiere a “quienes” no suscriban el contrato adjudicado, y fue la prometida sociedad la que no suscribió, significaría la aplicación de una inhabilidad a una persona jurídica inexistente y se burlaría el sentido de la norma. Afirmar que la inhabilidad recaerá sobre todas las personas que presentaron la propuesta en forma conjunta y no constituyeron la sociedad que debía suscribir el contrato adjudicado se ajusta más a lo dispuesto en la Ley 80 de 1993. Ahora bien, la norma de la inhabilidad señala expresamente que se aplica a quienes “sin justa causa” se abstengan de firmar el contrato adjudicado, de manera que, a contrario sensu, si uno de los integrantes del grupo proponente demuestra una causa justa para la abstención no se presenta la inhabilidad respecto de él...”*

(Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto Exp. 1172, 1999)

Sobre la inhabilidad por parentesco, matrimonio y unión permanente, establecida en el literal g) del numeral 1º del artículo 8º de la Ley 80 de 1993, la Corte Constitucional la encontró ajustada a la Constitución, ya que la norma evita que se altere la activa y honesta competencia

entre los participantes en el proceso de selección. La presencia de parientes, cónyuges u otro tipo de personas cercanas no garantiza la debida reserva que debe existir para efecto de una real selección objetiva:

*“La ley asume que por regla general el sentimiento de lealtad y de intimidad familiar se sobrepone al de competencia material entre sus miembros. La adjudicación del contrato a uno de los miembros de la familia, en todo caso, representa un provecho familiar que puede, inclusive, estimular la colusión contra el Estado y los demás participantes, así como también, antes de la apertura de la urna, llevar a la ruptura del secreto respecto de las ofertas y sus condiciones [...] El constituyente, por su parte, ha tomado en cuenta el anotado sentimiento de lealtad dentro de la familia y le ha otorgado el debido respeto como factor de cohesión de ese grupo humano, núcleo esencial de la sociedad...”*(Corte Constitucional de Colombia, C-415 de 1994)

En el mismo sentido, en relación con la inhabilidad consagrada en el literal h), la Corte Constitucional justifica su existencia así:

*“La presencia de familiares en una misma licitación o concurso, puede seriamente hacer fracasar sus objetivos básicos. La pérdida que se produce en la esfera pública es inconmensurable frente al sacrificio individual que eventualmente se verifique. La contratación estatal, según lo ordena la Constitución (Const. Pol., art. 209) y la ley (Ley 80 de 1993, arts. 24, 25 y 26), debe adelantarse de acuerdo con los principios de transparencia, igualdad, moralidad y economía. La puja entre los licitantes requiere que el sigilo y la autonomía de cada uno de ellos se mantengan. La participación de parientes en una misma licitación o concurso quebrante este supremo presupuesto negocial, en detrimento de la*

*lealtad y sana emulación entre los oferentes, lo que a su turno genera desigualdad y propicia la inmoralidad, la cual bien puede desembocar en colusión y pérdida económica para el Estado que no sabrá si objetivamente está en un momento dado seleccionando la mejor propuesta [...]*” (Corte Constitucional de Colombia, C-415 de 1994) (subrayado fuera del texto original)

Concluye la Corte que dado que los intereses de los miembros de una familia tienen una alta probabilidad de incidir negativamente en la consecución de los objetivos que el Estado se traza al abrir una licitación o concurso, vale decir, obtener las mejores condiciones y promover al máximo la igualdad de acceso de los particulares, se justifica que, en este caso, en razón del interés general, se dicte una regla que restrinja su participación.

Es importante precisar la consecuencia inmediata que se deriva de estar incurso en alguna de las causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Ley 80 de 1993, ya que el inciso del numeral 1 del artículo 8° señala que a las que se refieren los literales c), d) e i) se extenderán por un término de cinco (5) años contados a partir de la fecha de ejecutoria del acto que declaró la caducidad, o de la sentencia que impuso la pena, o del acto que dispuso la destitución; las previstas en los literales b) y e) se extenderán por el mismo término, a partir de la ocurrencia del hecho de la participación en la licitación o concurso, o de la celebración del contrato, o de la expiración del plazo para su firma.

Sin perjuicio de lo anterior, el inciso de la norma en mención debe interpretarse en el sentido de que el término de los cinco años de inhabilidad cobija a todas las causales sin excepciones; esta posición es recogida del Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, que en concepto del 20 de abril de 2006 afirmó:

*“... así las cosas, el oferente que presenta una propuesta encontrándose incurso en alguna de las causales previstas en el artículo 8º de la Ley 80 de 1993 se hace acreedor a las consecuencias que el ordenamiento prevé, una de las cuales es la inhabilidad que consagra el literal b) del numeral 1 del artículo en cita.”* (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto Exp. 1732, 2006)

Un pronunciamiento del Consejo de Estado aclara este aspecto; se trata del análisis de un caso donde se presentó y se comprobó la hipótesis del literal c) del numeral 2 del artículo 8º de la Ley 80 que señala: *“El cónyuge, compañero o compañera permanente del servidor público en los nivel 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”*. Al respecto el fallo indicó:

*“Puede observarse que cuando la norma hace referencia al término durante el cual se extienden las inhabilidades consagradas en los literales c) d) e i), expresamente se refiere al acto que declaró la caducidad, la sentencia que impuso la pena o el acto que dispuso la destitución, es decir, estos casos requieren bien de un acto o de una sentencia previa de declaratoria; también dispone la norma que aquellas a las cuales se refieren los literales b) y e) se cuentan a partir del hecho de la participación en la licitación, o de la celebración del contrato, o de la expiración del plazo para su firma, de cuyo texto se infiere que las inhabilidades consagradas en estos dos literales no requieren de una declaratoria, por cuanto basta con la ocurrencia de los supuestos de hecho contenidos en la norma para que se configure la inhabilidad a la cual aluden [...]*



*Observa la Sala que la demandada pasó por alto el hecho de que la inhabilidad por la cual el Tribunal Administrativo a quo declaró la nulidad de la adjudicación corresponde a la consagrada en el artículo 8º, ordinal 1, literal b, toda vez que la misma se originó en el hecho de haber participado en la licitación 004 de 1996 cuando se encontraba en una situación de incompatibilidad -art. 8º, ord. 2, lit. c- cuya vigencia se encuentra regulada en el citado inciso final del artículo 8º.*

*Así pues, no le asiste razón a la demandada cuando afirma, en el escrito contentivo del recurso de apelación, que la inhabilidad carecía de un término de vigencia, dado que la misma tiene estipulada una vigencia de cinco años, contados a partir del hecho de la participación en otra licitación, respecto de la cual se encontraba en situación de incompatibilidad” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, P. 16306, 2011).*

Sin importar si se trata de una causal de inhabilidad o incompatibilidad, la extensión de la sanción es la misma: cinco años. El Consejo de Estado señala: “... *respecto de la interpretación restrictiva de las inhabilidades, puede concluirse que en el caso que ahora estudia la Sala no se requería de tal declaratoria, toda vez que esta exigencia no se encuentra consagrada en la norma, basta el hecho de la participación en la licitación, encontrándose incurso en una incompatibilidad, para que la inhabilidad se configurara.*” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, P. 16306, 2011).

De lo anterior, se puede concluir entonces, que carece de relevancia la distinción entre inhabilidad e incompatibilidad al determinar sus efectos, pues en ambos casos, y según el

pronunciamiento del Consejo de Estado citado, tienen como efecto una sanción de cinco años en el régimen tradicional de la Ley 80 de 1993.

Sobre este punto es preciso hacer alusión a lo referido por el Consejo de Estado frente a la distinción entre inhabilidades e incompatibilidades, porque, sin perjuicio de que la sanción de cinco años aplique por estar incurso en alguna de estas, sí existe diferencia respecto de su noción y naturaleza, lo cual no hay que confundir:

*“La Sala observa, en primer lugar, que el listado incorpora bajo un mismo texto, hipótesis susceptibles de ser tipificadas como inhabilidades o como incompatibilidades, puesto que no se da a la tarea de diferenciar entre unas y otras, no obstante que, tal y como se ha explicado hasta el momento, las inhabilidades y las incompatibilidades tienen nociones y naturaleza diferentes. Al respecto, la jurisprudencia indica que la agrupación bajo una sola norma de tales supuestos de hecho radica en que la finalidad del régimen y sus consecuencias jurídicas son idénticas y, en tal sentido, el legislador no encontró razón para darles un trato diferencial”.* (subrayado fuera del texto original) (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, P. 2346, 2017)

Sobre el tema la Corte Constitucional ha señalado que 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 (Corte Constitucional de Colombia, C-426 de 1996)

Ahora bien, el Estatuto Anticorrupción incluyó nuevas hipótesis que no siguen la misma teoría anterior, en cuanto a los efectos se refiere; estos son: la inhabilidad de veinte años a quienes hubieren cometido ciertos delitos, declarada inexecutable por la Corte Constitucional, la relacionada con los acuerdos restrictivos de la competencia, respecto de la cual se plantea una inhabilidad de ocho años contados a partir de la decisión judicial que deje en firme la condena por el delito de acuerdos restrictivos de la competencia, no obstante, existe la posibilidad de reducir el plazo a cinco años siempre y cuando el condenado *“en su condición de delator o clemente, mediante resolución en firme obtenga exoneración total de la multa a imponer por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio”*.

En el caso de inhabilidad por la imposición de multas o por declaratoria de incumplimientos reiterados, el plazo fijado por el legislador fue de tres años, contados a partir de la inscripción de la última multa o incumplimiento en el Registro Único de Proponentes, según la información remitida por las entidades.

En este punto es importante precisar que, si bien el Constituyente permitió que el legislador definiera estrictas reglas de conducta dirigidas a garantizar la moralidad pública, bajo el parámetro de la defensa de interés general y el cumplimiento de los fines del Estado (Const. 1991, Arts. 122, 124 a 129), lo cual se ve plasmado en un régimen de inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones dirigido a impedir o limitar el ejercicio de derechos, gozando así de un amplio margen de configuración, lo cierto es que el ejercicio de esta potestad legislativa se encuentra atada a límites ciertos y determinados. Así pues, la Corte Constitucional ha indicado que el legislador al momento de establecer prohibiciones y determinar causas de inhabilidad e incompatibilidad o incluso para regular su alcance no

puede desconocer los criterios de razonabilidad y proporcionalidad (Corte Constitucional de Colombia, C-194 de 1995, C-617 de 1997, C-618 de 1997).

Con base en lo anterior cabe afirmar que, sin perjuicio del amplio margen de configuración que ostenta el legislador, está limitado por criterios de razonabilidad y proporcionalidad, lo que es cuestionable en la inclusión de aquellas inhabilidades e incompatibilidades que más allá de limitar la capacidad de contratar de los particulares, se tornan en sanciones por la configuración de determinada situación, como es el caso del artículo 90 de la Ley 1474 de 2011, con base en el cual las multas dan lugar a inhabilidades.

Estudiadas las principales providencias judiciales en materia de inhabilidades e incompatibilidades, su naturaleza, finalidad y efectos jurídicos, es dable concluir que, indistintamente se trate de la configuración de una inhabilidad o incompatibilidad, la consecuencia directa es la imposibilidad, prohibición, restricción y limitación de acceder a la contratación estatal por un determinado periodo de tiempo y, en caso de hacerlo sobrepasando las restricciones legales, incurrir en sanciones más severas, e incluso para los servidores públicos trae consigo investigaciones disciplinarias y penales dado el caso.

Finalmente, cabe recordar que las prohibiciones e inhabilidades corresponden a modalidades diferentes de protección del interés general y no se identifican ni asimilan a las sanciones que se imponen por la comisión de delitos o de faltas administrativas. Desde este punto de vista la inhabilidad no constituye una pena ni una sanción, tal como lo reiteró la Corte Constitucional en sentencia C-1016 de 2012.

## CONCLUSIONES

Agotados los capítulos que componen el presente trabajo, se puede concluir que se cumplió con el propósito principal orientado a esclarecer la razón de ser de las inhabilidades e incompatibilidades de la contratación estatal desde su génesis, hasta las nuevas causales y supuestos de hecho acompañados de una sanción introducidos por el legislador. Igualmente, se analizó los principales motivos que han inducido al legislador a reforzar el régimen de inhabilidades e incompatibilidades y, adicionalmente, se estudió el fenómeno jurídico del neopunitivismo como respuesta a la transformación que ha atravesado el régimen en sí.

Cabe concluir que uno de los principales móviles del legislador para introducir nuevas causales y supuestos de hecho que restringen la libertad de participar en procesos de contratación con el Estado, es la corrupción; flagelo que 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.

Aunado a lo anterior, la presión política y social, repercute negativamente en el afán del legislador por “blindar” el sistema de comportamientos contrarios a la moralidad pública, transparencia y selección objetiva, principios rectores de la contratación estatal, pues a su vez ha traído consigo un amplio compendio de normas contentivas de situaciones o causales de inhabilidad e incompatibilidad, sumada a estas una sanción, como es el caso de la Ley 1474 de 2011 en un esfuerzo por contrarrestar la corrupción.

Igualmente, la presión que trae consigo el interés del gobierno de incorporar las buenas prácticas definidas por la OCDE, a partir de propuestas de reforma legislativa en el ámbito jurídico social donde más se evidencia esta práctica, la contratación estatal, pues es el escenario recurrente para priorizar intereses particulares de los operadores y potenciales contratistas, contra su esencia misma y propósito principal, la satisfacción del interés general.

Ahora bien, en el presente trabajo se realizó un esfuerzo por dejar lo suficientemente claro el fenómeno jurídico del neopunitivismo, entendido como aquel que pretende permear todos los escenarios posibles de la vida social, que pareciera pretender extrapolarse a las distintas ramas del derecho a partir de la labor legislativa, lo que para muchos electores cumple con las expectativas sociales, pero que a su vez se puede tornar en una innecesaria y excesiva función penalizadora que en la práctica resulta en limitar el ejercicio de libertades y derechos, y la difícil aplicación e incluso interpretación de las normas inmersas de vacíos y errores, tal como ocurre en el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, el cual ha sufrido una evidente transformación.

El ordenamiento normativo en materia de contratación estatal y, especialmente, en el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, disperso en distintos cuerpos normativos como se expuso, ha buscado llenar vacíos que aparentemente una norma tras otra ha dejado, por lo cual, cada norma que el legislador expide pretende fortalecer el sistema, sin precaver la posibilidad de atentar contra la naturaleza misma de postulados cuyo origen se enmarca en la protección de principios e intereses supremos, y no en la persecución sancionatoria.

Así las cosas, la producción normativa masiva es un arma de doble filo, pues genera inseguridad jurídica y dispersión normativa, lo que a su vez propicia la comisión de errores,

sin perjuicio de que busca regular situaciones no previstas anteriormente y que merecen de la atención del legislador, pues ponen en riesgo el aparato estatal, la moralidad administrativa y el interés general. En todo caso, pretender combatir el flagelo de la corrupción en la contratación estatal a través de la sobreproducción de normas resulta insuficiente, si se tiene en cuenta que el problema también radica en la falta de ética por parte de los servidores públicos y colaboradores que tiene a cargo la actividad permanentemente, lo cual trasciende el ámbito jurídico.

Lo ideal es un régimen contenido en una misma norma, cuyos postulados sean claros y no respondan al capricho del legislador o a presiones externas, sino en realidad a las necesidades del sistema, orientadas a hacerlo más “puro”, cuya regla imperante y sin excepción alguna es la selección objetiva, fundamentada en los principios de transparencia, igualdad, economía, eficiencia, eficacia, libre concurrencia, imparcialidad y moralidad. De lo contrario, continuar con la tendencia actual trae como consecuencia ineficiencias en el funcionamiento del sistema, inseguridad jurídica, desinterés de participar y las limitaciones extremas (con tintes sancionatorios) para acceder a la contratación con las entidades públicas, pues por esta vía se está afectando incluso, la economía misma y su crecimiento; no hay que olvidar que la inhabilidad tiene origen en la ausencia de capacidad del contratista, por lo cual no tiene sentido pretender convertirla en una sanción.

## BIBLIOGRAFÍA

Constitución Política de Colombia [Const]. 7 de julio de 1991 (Colombia).

Decreto 150 de 1976 [con fuerza de ley]. Por el cual se dictan normas para la celebración de contratos por parte de la Nación y sus entidades descentralizadas. 27 de enero de 1976. Diario Oficial 34492.

Decreto 222 de 1983 [con fuerza de ley]. Por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones. 6 de febrero de 1983. Diario Oficial 36.189.

Ley 80 de 1993. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. 28 de octubre de 1993. Diario Oficial 41094.

Exposición de motivos de la Ley 80 de 1993. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Gaceta del Congreso de la República 75 del 23 de septiembre de 1992.

Le 1150 de 2007. Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos. 16 de julio de 2007. Diario Oficial 46691.

Ley 1474 de 2011. Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública. 12 de julio de 2011. Diario Oficial 48128.



Ley 1778 de 2016. Por la cual se dictan normas sobre la responsabilidad de las personas jurídicas por actos de corrupción transnacional y se dictan otras disposiciones en materia de lucha contra la corrupción. 2 de febrero de 2016. Diario Oficial 49774.

Ley 2014 de 2019. Por medio de la cual se regulan las sanciones para condenados por corrupción y delitos contra la Administración pública, así como la cesión unilateral administrativa del contrato por actos de corrupción y se dictan otras disposiciones. 30 de diciembre de 2019. Diario Oficial 51.182.

Congreso de la República de Colombia. Exposición de motivos Proyecto de Ley \_\_\_ de 2019 Senado, “Por medio del cual se adoptan medidas en materia penal y administrativa en contra de la corrupción y se dictan otras disposiciones”.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-415 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; 22 de septiembre de 1994.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-194 de 1995, M.P. Jose Gregorio Hernández Galindo; 4 de mayo de 1995.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-489 de 1996, M.P. Antonio Barrera Carbonell; 26 de septiembre de 1996.

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

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-178 de 1996, M.P. Antonio Barrera Carbonell; 29 de abril de 1996.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-221 de 1996. M.P. José Gregorio Hernández Galindo; 16 de mayo de 1996.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-617 de 1997, M.P. Jose Gregorio Hernández Galindo; 27 de noviembre de 1997.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-618 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero; 27 de noviembre de 1997.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-544 de 2005. M.P. Marco Gerardo Monroy; 24 de mayo de 2005.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-1039 de 2006, M.P. Humberto Sierra Porto; 5 de diciembre de 2006.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-630 de 2012. M.P. Mauricio González Cuervo; 15 de agosto de 2012.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-780 de 2001, M.P. Jaime Córdoba Triviño; 25 de julio de 2001.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1016 de 2012, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; 28 de noviembre de 2012.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-630 de 2012. M.P. Mauricio González Cuervo; 15 de agosto de 2012.

Corte Constitucional de Colombia Sentencia C-826 de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; 13 de noviembre de 2013.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Proceso 5200123310002000105901 (AP-518), C.P. Ricardo Hoyos Duque; 31 de octubre de 2002.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Proceso 10760, C.P. Daniel Suarez Hernández; 28 de agosto de 1997.

Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Expediente N°:11001-03-15-000-2010-00990-00(PI), C.P. Ruth Stella Correa Palacio. 8 de febrero de 2011.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Proceso 25000232600020100033101 (41.339), C.P. Ruth Stella Correa Palacio; 15 de diciembre de 2011.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Proceso 16306, C.P. Hernán Andrade Rincón; 10 de febrero de 2011.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Proceso 66001-23-31-000-2009-00087-02 (47830), C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; 9 de julio de 2014.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto Exp. 1172, C.P. César Hoyos Salazar; 3 de marzo de 1999.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto Exp. 1732, C.P. Luis Fernando Álvarez Jaramillo; 20 de abril de 2006.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Rad. 11001-03-06-000-2017-00098-00(2346, C.P. Álvaro Namén Vargas; 15 de agosto de 2017.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No. 16.837 de 2001. M.P. Jorge Aníbal Gómez Gallego; 3 de septiembre de 2001.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No. 24.606 de 2008. M.P. Sigifredo Espinosa Pérez; 6 de marzo de 2008.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No. 20.370 de 2009. M.P. José Leónidas Bustos Ramírez.

Departamento Administrativo de la Función Pública. Concepto 389551 de 2019, D.J. Armando López Cortes. 13 de diciembre de 2019.

Antonio Alejandro Barreto Moreno. Del régimen de inhabilidades e incompatibilidades al de prohibiciones y conflictos de interés en la contratación estatal, un proyecto de reforma con objetivos sancionatorios. Revista de Derecho No. 47, 2017.

Helena Alviar García, Nuevas tendencias del derecho administrativo, Ed. TEMIS, (2016).

Juan Carlos Forero Ramírez y Juanita María Ospina Perdomo, Aspectos Penales de la Contratación Estatal, Ed. Universidad del Rosario, (2017)

Jaime Orlando Santofimio Gamboa, El propósito de las inhabilidades e incompatibilidades en el estado de derecho, en Delitos de celebración indebida de contratos, Ed. Universidad Externado de Colombia (2000)

Alfonso Gómez Méndez, Delitos contra la administración Pública, Ed. Universidad Externado de Colombia, (1987).

Miguel Bula Barreneche, Javier Cantillo Vargas, Juan Fernando García, Carmen Sofia Llinás García, Mónica Padilla Bravo, Margarita Quintero Pineda, Elia Turbay Fernández & Ana María Verano Puche. Celebración indebida de contratos: Régimen de inhabilidades e incompatibilidades (Art. 144 C.P.). Revista de Derecho Universidad del Norte, 1996, At. 135.

Felipe De Vivero, Reforma del Régimen de Contratación Estatal, Ed. Universidad de los Andes, p. 61: “Es ingenuo creer que con la ley se lucha contra la corrupción, pues esto parecería partir de la premisa según la cual la ley es la que domina al hombre y no el hombre el que aplica la ley”, (2010)

Julio B. J. Maier, La esquizofrenia del derecho penal, en I. Rivera Beiras, Contornos y pliegues del derecho: homenaje a Roberto Bergalli. Ed. Anthropos (Madrid, 2006)

Daniel R. Pastor, La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos. Nueva Doctrina Penal, 1, 73-114 (2005)

Roberto Gargarella, “Neopunitivismo” y (re)educación republicana. Respuesta a Diego Freedman. Revista jurídica de la Universidad de Palermo, España (2007)

Carlos Manuel Villabella, Los métodos en la investigación jurídica, Ed. UNAM (2015)

María Velita y María C García Treviño, Guía para investigación documental, Ed. Trillas, p. 56 (México, 2002)