**CCE-DES-FM-17**

**ENTIDADES CON RÉGIMEN ESPECIAL – Definición**

Las entidades de régimen especial son aquellas que, por expresa disposición legal y por su naturaleza o situación de competencia, tienen condiciones diferenciales respecto de la normativa de contratación pública. Esto quiere decir que no están sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, y por ende sus procedimientos contractuales tienen su propia normativa para su desarrollo, esto es, el derecho privado, lo cual está determinado en las normas de creación de las entidades de régimen especial y en sus manuales de contratación.

**ENTIDADES CON RÉGIMEN ESPECIAL – Reglas aplicables**

No obstante, las entidades de régimen especial cumplen una finalidad pública y utilizan recursos públicos para lograrlo, por lo que no son ajenas a los principios de la función administrativa y el control fiscal, entre otras reglas dispuestas en la normativa de contratación pública que son trasversales a todas las entidades, sin importar su régimen legal, de las cuales se estudiará, en particular, lo relacionado con las inhabilidades e incompatibilidades para efectos de resolver su consulta. Lo anterior es reafirmado por el Consejo de Estado, que destaca las reglas que sigue la contratación de las entidades de régimen especial.

**ENTIDADES CON RÉGIMEN ESPECIAL – Manual de Contratación – Contenido**

Toda vez que las entidades de régimen especial administran recursos públicos, sus manuales de contratación deben ceñirse a unas reglas mínimas que garanticen el cumplimiento de los principios de la función pública, el control fiscal y los principios rectores de la contratación estatal. Dentro de estas reglas mínimas deben: indicar el contenido de las propuestas y los procedimientos de selección, llevar una descripción precisa del procedimiento, los plazos de las etapas y los criterios de evaluación y desempate, y todos los criterios necesarios para garantizar la selección objetiva, la protección del interés general y el valor por dinero.

**ENTIDADES CON RÉGIMEN ESPECIAL – Obligaciones trasversales – Contratación estatal – Deber de cumplimiento**

Así mismo, estas entidades deben cumplir con unas obligaciones transversales a la contratación pública, entre ellas la elaboración del Plan Anual de Adquisiciones, la publicación de sus procedimientos de selección a través de la herramienta SECOP —en la sección Régimen Especial—, hacer uso del clasificador de bienes y servicios de las Naciones Unidas, reportar las sanciones, multas, inhabilidades e incompatibilidades de los proveedores de la entidad y analizar el sector económico de los oferentes, entre otras.

**ENTIDADES CON RÉGIMEN ESPECIAL – Cláusulas excepcionales – Uso –Autorización – Norma de creación**

Finalmente, se debe tener en cuenta que las cláusulas excepcionales no se encuentran contempladas en el derecho común, estas se encuentran limitadas no sólo al uso del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública sino a algunos tipos de contratos específicos. En ese sentido, la única forma en que una entidad sujeta a un régimen especial pueda hacer uso de estas cláusulas es si su norma de creación lo establece así. De modo que, si una Entidad sujeta al régimen especial requiere sancionar o dar por terminado el contrato, debe acudir al juez competente.

**ENTIDADES CON RÉGIMEN ESPECIAL – Inhabilidades e incompatibilidades – Aplicación**

Se observa que el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, les impone a las entidades que no se rigen por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, la obligación de aplicar en sus procedimientos contractuales el régimen de inhabilidades e incompatibilidades que está contemplado, principalmente, en la Ley 80 de 1993, además de las normas señaladas en este acápite. Con esto, es claro que las entidades de régimen especial, sin importar su denominación, es decir, ya sean sociedades de economía mixta, empresas industriales y comerciales del Estado, empresas sociales del Estado, entre otras, deben aplicar las causales que originan que una persona sea inhábil o tenga una incompatibilidad para contratar con la entidad de régimen especial.

**INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES – Régimen – Improcedencia – Entidades**

La primera conclusión que se extrae es que una entidad no puede estar incursa en inhabilidades o incompatibilidades para contratar con otra entidad, porque la Constitución Política y la Ley, que de acuerdo con la jurisprudencia son las normas que pueden establecer las causales, no se dirigen a las entidades como sujetos, sino que se refieren a los servidores públicos y a los particulares.

Lo anterior se reafirma a partir de los principios y fines de la contratación pública y, particularmente, el interés público, que se menciona en la exposición de motivos de la Ley 80 de 1993, y en su artículo 3, que define los fines de la contratación estatal, lo cual, en suma, dispone que es un principio inmerso en la contratación porque ésta busca satisfacer a los ciudadanos en sus derechos e intereses, prestándoles servicios públicos. La Corte Constitucional ha reconocido que no hay definición constitucional o legal para el concepto de interés público, pero que está relacionado con el interés general o el bien común ; y también ésta alta corte, en la Sentencia C-400 de 1999, Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa, al analizar la constitucionalidad de algunos artículos de la Ley 80 de 1993, se detuvo en la noción de interés público para la contratación estatal, y en cómo la garantía de este principio hace que las entidades tengan una posición preponderante dentro del proceso contractual.

**CONVENIO INTERADMINISTRATIVO – Definición**

De acuerdo con lo anterior, el contrato o el convenio interadministrativo es el acuerdo donde concurre la voluntad de dos o más personas jurídicas de derecho público con la finalidad de cumplir, en el marco de sus objetivos misionales y sus competencias, con los fines del Estado. Es decir, que los contratos o convenios interadministrativos nominados en la Ley 80 de 1993 están determinados por un criterio orgánico, pues es necesario que los extremos de la relación contractual sean entidades estatales.

**CONVENIO INTERADMINISTRATIVO – Elementos esenciales – Criterio Orgánico**

Así las cosas, y atendiendo a la literalidad de las normas enunciadas, no cabe una interpretación diferente, pues de acuerdo con lo anotado esta clase de acuerdos de voluntades se definen por un criterio orgánico, por lo que uno de sus elementos esenciales es que en los extremos de la relación jurídico negocial concurran personas de derecho público.

**CONVENIO INTERADMINISTRATIVO – Régimen de Inhabilidades e incompatibilidades – Literal d) – Numeral 2 – Artículo 8 – Ley 80 de 1993 – Improcedencia**

En ese sentido, los convenios interadministrativos se caracterizan por los sujetos que intervienen y por la modalidad de selección que la ley permite aplicar para su celebración, ya que comporta un grado de excepcionalidad frente a las demás tipologías contractuales, donde los sujetos no están restringidos a una cualificación particular y aplican otras modalidades de selección. Con esto se concluye que, teniendo en cuenta que las entidades no son sujetos de las causales de inhabilidad e incompatibilidad de la contratación pública, la inhabilidad prevista en el literal d), numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 no es aplicable a los convenios interadministrativos cuyas partes son entidades ni cuando la entidad es contratista.

**EMPLEO PÚBLICO – Niveles ejecutivo – Directivo – Asesor**

Sobre el nivel «ejecutivo», los Decretos 770 y 785 de 2005, que regulan las funciones y requisitos de los empleos públicos de entidades del orden nacional y territorial, respectivamente, en sus disposiciones transitorias señalan como responsabilidad del Gobierno nacional la modificación de las plantas de personal para que se elimine el nivel «ejecutivo» y se utilicen los niveles jerárquicos señalados por los Decretos, dentro de los cuales no figura el nivel «ejecutivo», sino el nivel «directivo» y «asesor», entre otros. Las definiciones del nivel «directivo» y del nivel «asesor», en los Decretos citados, están claramente diferenciadas, por lo cual el nivel directivo no es equivalente al nivel asesor, son diferentes y comprenden funciones generales que no se asimilan entre sí, y se dividen de acuerdo con lo requerido para cada cargo.

**INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES – Régimen – Literal d) – Numeral 2 – Artículo 8 – Ley 80 de 1993 – Aplicación – Impedimento**

De acuerdo con esto, y teniendo en cuenta que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades es de aplicación restrictiva, esto es, solo aplica en las causales previstas de forma taxativa en la ley , la norma no prevé que apartarse del procedimiento contractual exceptúe la aplicación de la inhabilidad, lo cual es reafirmado por la jurisprudencia ya que la causal no esta relacionada con la participación del servidor público, sino con el nexo patrimonial de este con las sociedades comerciales señaladas en la ley.

**INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES – Régimen – Excepciones – Impedimento – Contratos de derecho privado**

Ahora bien, respecto de las excepciones a la aplicación de las inhabilidades e incompatibilidades, el artículo 10 de la Ley 80 de 1993 prevé, de forma taxativa, las situaciones que no están cobijadas por las causales previstas en la misma norma: i) contratar por obligación legal, ii) hacer uso de bienes o servicios que las entidades ofrecen en condiciones uniformes a quien lo solicite, iii) que el representante legal de una entidad sin ánimo de lucro sea miembro de la junta o consejo directivo por mandato legal, y iv) contratos celebrados de acuerdo con el artículo 60 de la Constitución Política. Por tanto, que el servidor público se aparte del procedimiento de contratación o que los contratos se regulen por el derecho privado como el arrendamiento, comodato y donación, son situaciones no previstas en las causales ni como excepciones a la aplicación de las inhabilidades e incompatibilidades.

Bogotá D.C., **19/02/2020 Hora 16:16:57s**

**N° Radicado: 2202013000001117**

Señor

**Ramiro Gómez**

Ciudad

**Concepto C ─ 032 de 2020**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**   | ENTIDADES DE RÉGIMEN ESPECIAL ― Definición / ENTIDADES DE RÉGIMEN ESPECIAL ― Reglas aplicables / ENTIDADES DE RÉGIMEN ESPECIAL ― Manual de Contratación ― Contenido / ENTIDADES DE RÉGIMEN ESPECIAL ― Obligaciones trasversales a las entidades / ENTIDADES DE RÉGIMEN ESPECIAL ― Cláusulas excepcionales / ENTIDADES DE RÉGIMEN ESPECIAL ― Inhabilidades e incompatibilidades ― Aplicación / REGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES ― Aplicación ― Entidades / CONVENIO INTERADMINISTRATIVO ― Definición / CONVENIO INTERADMINISTRATIVO – Elementos esenciales – Criterio Orgánico / CONVENIO INTERADMINISTRATIVO – Régimen de Inhabilidades e incompatibilidades / EMPLEO PÚBLICO ― Niveles ― Ejecutivo ― Directivo ― Asesor / REGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES ― Literal d), numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 ― Aplicación ― Impedimento / REGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES ― Excepciones ― Impedimento ― Contratos de derecho privado |
| **Radicación:**  | Respuesta a consultas acumuladas # 4202012000000089 y 4202012000000090 |

Estimado señor Gómez,

La Agencia Nacional de Contratación Pública ―Colombia Compra Eficiente― responde su consulta del 7 de enero de 2020, en ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011.

**1. Problemas planteados**

Usted realiza las siguientes preguntas:

«1. ¿La inhabilidad prevista en el literal d) del numeral 2º del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 es aplicable a entidades públicas que por disposición legal tienen su propio sistema de contratación o están exceptuadas?

»2. ¿La inhabilidad prevista en el literal d) del numeral 2º del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 no aplica a entidades públicas que por disposición legal tienen su propio sistema de contratación y que además son sociedades anónimas o de economía mixta o están exceptuadas?

»3. ¿La inhabilidad aplica cuando la entidad estatal es contratante o contratista?

»4. ¿La inhabilidad no aplica cuando el servidor público de los niveles directivo o asesor de la entidad estatal, contratante o contratista, se aparta expresamente y por completo del trámite contractual correspondiente? [...]

»5. ¿Si el servidor público de los niveles directivo o asesor de la entidad estatal, contratante o contratista, no tiene relación alguna con el contrato, puede entenderse que la inhabilidad no aplica?

»6. ¿La inhabilidad solo aplica para los contratos que se rigen por la Ley 80, tales como contratos de obra, prestación de servicios, consultoría, concesión o encargo fiduciario o también aplica a contratos que se rigen por las normas civiles y comerciales tales como arrendamiento, comodato, donación? ¿Puede entenderse que para efectos de inhabilidades los contratos de arrendamiento, comodato y de donación están exceptuados de la inhabilidad en mención?

»7. ¿La inhabilidad tiene aplicación respecto de contratos interadministrativos?».

[...]».

**2. Consideraciones**

**2.1 Aplicación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades a las entidades de régimen especial**

**a) Definición de las entidades de régimen especial y su marco legal**

Las entidades de régimen especial son aquellas que, por expresa disposición legal y por su naturaleza o situación de competencia, tienen condiciones diferenciales respecto de la normativa de contratación pública. Esto quiere decir que no están sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, y por ende sus procedimientos contractuales tienen su normativa para su desarrollo, esto es, el derecho privado, lo cual está determinado en las normas de creación de las entidades de régimen especial y en sus manuales de contratación.

 Teniendo en cuenta que las entidades de régimen especial están facultadas legalmente para aplicar reglas distintas a la Ley 80 de 1993 y sus normas complementarias, ello estará definido en la noma que crea el régimen especial y será desarrollado en el manual de contratación, con el fin de que se puedan identificar las reglas que aplican en la contratación. La Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente expidió la Guía para las Entidades Estatales con régimen especial de contratación, que las define como aquellas que contratan con un régimen distinto a las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007[[1]](#footnote-1).

 No obstante, las entidades de régimen especial cumplen una finalidad pública y utilizan recursos públicos para lograrlo, por lo que no son ajenas a los principios de la función administrativa y el control fiscal, entre otras reglas dispuestas en la normativa de contratación pública que son trasversales a todas las entidades, sin importar su régimen legal, de las cuales se estudiará, en particular, lo relacionado con las inhabilidades e incompatibilidades para efectos de resolver su consulta. Lo anterior es reafirmado por el Consejo de Estado, que destaca las reglas que sigue la contratación de las entidades de régimen especial:

[...] en la contratación de las entidades excluidas de la Ley 80 se distinguen perfectamente dos ordenamientos jurídicos: uno prevalente, el derecho privado, que aporta todas sus instituciones, reglas y principios y las pone al servicio de los contratos de dichas entidades; y otro, secundario, referido a los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal —pero no a la Ley 80 de 1993, con sus reglas particulares—, que inspiran al régimen anterior con valores propios del derecho público.

La Sala entiende que el régimen preponderante domina y aporta el gran volumen de normas contractuales y que el régimen inspirador influye y ayuda a interpretar pero también transforma parte de esas instituciones, porque se suma a ellas, lo que no siempre se logra conservando intacta la institución privada sino introduciéndole modificaciones.

La función que cumplen los principios públicos también se representa en la necesidad práctica —normalmente no por orden de una norma— de expedir un reglamento interno de contratación que concrete la mayor parte de aportes de esos principios a la transformación de las reglas del derecho privado. Es por esta influencia que surge la necesidad de contar con procesos de selección de contratistas que garanticen la libre concurrencia, la igualdad de oportunidades de acceso a los negocios del Estado, la trasparencia y en general los demás valores propios de la gestión de lo público[[2]](#footnote-2).

Toda vez que las entidades de régimen especial administran recursos públicos, sus manuales de contratación deben ceñirse a unas reglas mínimas que garanticen el cumplimiento de los principios de la función pública, el control fiscal y los principios rectores de la contratación estatal. Dentro de estas reglas mínimas, deben indicar el contenido de las propuestas y los procedimientos de selección, llevar una descripción precisa del procedimiento, los plazos de las etapas y los criterios de evaluación y desempate, y todos los criterios necesarios para garantizar la selección objetiva, la protección del interés general y el valor por dinero.

Así mismo, estas entidades deben cumplir unas obligaciones transversales a la contratación pública, entre ellas la elaboración del Plan Anual de Adquisiciones, la publicación de sus procedimientos de selección a través de la herramienta SECOP —en la sección Régimen Especial—, hacer uso del clasificador de bienes y servicios de las Naciones Unidas, reportar las sanciones, multas, inhabilidades e incompatibilidades de los proveedores de la entidad y analizar el sector económico de los oferentes, entre otras.

Finalmente, se debe tener en cuenta que las cláusulas excepcionales no se encuentran contempladas en el derecho común, estas se encuentran limitadas no sólo al uso del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública sino a algunos tipos de contratos específicos. En ese sentido, la única forma en que una entidad sujeta a un régimen especial pueda usar estas cláusulas es si su norma de creación lo establece. De modo que si una Entidad sujeta al régimen especial requiere sancionar o dar por terminado el contrato debe acudir al juez competente[[3]](#footnote-3).

**b) Inhabilidades e incompatibilidades respecto de las entidades de régimen especial**

La Ley 80 de 1993, en el artículo 8, regula las inhabilidades e incompatibilidades para contratar con las entidades estatales, previstas para restringir dos situaciones: i) participar en procedimientos de selección adelantados por entidades estatales y ii) celebrar contratos, es decir que la persona natural o jurídica incursa en alguna de las causales no puede presentar oferta y, por otro lado, tampoco pueden celebrar el contrato que se derive del procedimiento[[4]](#footnote-4). Sin embargo, la Ley 80 de 1993 no es la única norma que establece causales de inhabilidades e incompatibilidades, ya que la Constitución Política[[5]](#footnote-5), la Ley 1474 de 2011[[6]](#footnote-6), entre otras disposiciones legales, contienen situaciones que, de configurarse, le impiden a la persona natural o jurídica presentar oferta en procedimientos de contratación de entidades estatales o celebrar contratos estatales.

 De acuerdo con lo anterior, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades limita la capacidad jurídica de los proponentes para contratar con el Estado, es decir, la posibilidad de las personas naturales o jurídicas de ejercer derechos y adquirir obligaciones con las entidades. Sobre este punto, se destaca la referencia que se hace a las entidades, en general, sin que las normas que prevén las causales de inhabilidades e incompatibilidades distingan, expresamente, las entidades que se rigen por la Ley 80 de 1993 y sus normas complementarias, de las que aplican el derecho privado.

De aquí se concluye que al no distinguirse por la naturaleza o régimen jurídico de las entidades, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades aplica a los procedimientos de selección de cualquier entidad, ya sea que se rijan por el derecho público o el privado. Esto lo reafirma la Ley 1150 de 2007:

Artículo 13. Principios generales de la actividad contractual para entidades no sometidas al estatuto general de contratación de la administración pública. Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal.

El artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 les impone a las entidades que no se rigen por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública la obligación de aplicar el régimen de inhabilidades e incompatibilidades que está contemplado, principalmente, en la Ley 80 de 1993, además de las normas señaladas en este acápite. Con esto, es claro que las entidades de régimen especial, sin importar su denominación, es decir, ya sean sociedades de economía mixta, empresas industriales y comerciales del Estado, empresas sociales del Estado, entre otras, deben aplicar las causales que imponen que una persona sea inhábil o tenga una incompatibilidad para contratar con la entidad de régimen especial.

**2.2 Aplicación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades a las entidades y a los convenios interadministrativos**

La Agencia Nacional de Contratación Pública ― Colombia Compra Eficiente, en el concepto con radicado No. 4201913000006736 del 15 de noviembre de 2019, estudió las inhabilidades e incompatibilidades respecto de las entidades estatales. La tesis desarrollada se expone a continuación.

**a) Las entidades como sujetos del régimen de inhabilidades e incompatibilidades**

La Ley 80 de 1993, en el artículo 8, regula las inhabilidades e incompatibilidades para contratar con las entidades[[7]](#footnote-7), pero no es la única norma ya que la Constitución Política[[8]](#footnote-8), la Ley 1474 de 2011[[9]](#footnote-9), entre otras disposiciones, contienen situaciones que, de configurarse, le impiden a la persona natural o jurídica presentar oferta en procedimientos de contratación de entidades o celebrar contratos estatales.

Teniendo en cuenta lo anterior, para resolver su consulta es necesario analizar: i) la posibilidad de que una entidad estatal este incursa en una inhabilidad e incompatibilidad para contratar con otra entidad estatal, esto es, la aplicación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades a los convenios interadministrativos, y ii) si la inhabilidad prevista en el literal d) del numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 aplica cuando la entidad es contratista o contratante.

Como ya se estableció, la Constitución Política y la ley establecen las causales de inhabilidad e incompatibilidad, por lo cual, en primer lugar, se deben identificar los sujetos a los cuales se dirigen y, en segundo lugar, se debe aclarar la finalidad de limitar la capacidad jurídica de esos sujetos, al impedir que presenten oferta y que contraten con una entidad estatal, cuando sucede lo señalado por la norma como causal para que la persona, natural o jurídica, sea inhábil o tenga una incompatibilidad.

Sobre los conceptos de inhabilidad e incompatibilidad, y sus diferencias, el Consejo de Estado definió y estableció que las causales de inhabilidad o incompatibilidad están dirigidas a los servidores públicos y a los particulares, sin mencionar a las entidades estatales:

En lo que respecta a los conceptos de inhabilidad e incompatibilidad, que son los que para este asunto interesan, puede decirse que se trata de preceptos jurídicos que establecen prohibiciones de diversa índole, destinadas tanto a los servidores públicos como a los particulares, con el objeto de lograr, en lo que a la contratación pública atañe, la transparencia, objetividad y la imparcialidad en la misma. Desde el punto de vista de su contenido hacen referencia a situaciones diferentes, aunque en muchos casos concurren de manera simultánea. Por inhabilidad debe entenderse aquella circunstancia que impide a una persona celebrar algún contrato, la cual ha sido establecida por la Constitución o la ley la incompatibilidad hace referencia a lo que no puede poseerse o ejercerse a un tiempo por una misma persona. Se parte, por ejemplo, de la investidura o cargo que hace que determinadas actividades, negocios, etc. no puedan ser realizados o efectuados por su titular, por considerar que riñen con las funciones inherentes a ese cargo o investidura. En otras palabras, por inhabilidad se entiende la imposibilidad de llegar a ser o de tener una determinada condición jurídica y ésta en materia contractual puede ser general o especial. Se dice que es general, cuando no se puede contratar con ninguna de las personas de derecho público o privado y es especial cuando aquélla se reduce a personas de derecho público o privadas específicas, como cuando se está inhabilitado para participar en determinada licitación. La incompatibilidad, en cambio, se refiere a la prohibición de que concurran dos distintas condiciones, esto es, impide tener una condición porque ya se posee otra y existirá mientras se tenga alguna de las condiciones[[10]](#footnote-10).

La primera conclusión que se extrae es que una entidad no puede estar incursa en inhabilidades o incompatibilidades para contratar con otra entidad, porque la Constitución Política y la Ley, que de acuerdo con la jurisprudencia son las normas que pueden establecer las causales, no se dirigen a las entidades como sujetos, sino que se refieren a los servidores públicos y a los particulares.

Lo anterior se reafirma a partir de los principios y fines de la contratación pública y, particularmente, el interés público, que se menciona en la exposición de motivos de la Ley 80 de 1993[[11]](#footnote-11), y en su artículo 3, que define los fines de la contratación estatal[[12]](#footnote-12), lo cual, en suma, dispone que es un principio inmerso en la contratación porque ésta busca satisfacer a los ciudadanos en sus derechos e intereses, prestándoles servicios públicos. La Corte Constitucional ha reconocido que no hay definición constitucional o legal para el concepto de interés público, pero que está relacionado con el interés general o el bien común[[13]](#footnote-13); y también ésta alta corte, en la Sentencia C-400 de 1999, Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa, al analizar la constitucionalidad de algunos artículos de la Ley 80 de 1993, se detuvo en la noción de interés público para la contratación estatal, y en cómo la garantía de este principio hace que las entidades tengan una posición preponderante dentro del proceso contractual:

El interés público implícito en la contratación estatal, afecta de tal manera este instituto jurídico, que determina la especial posición de las partes contratantes y la relación entre ellas. Esta relación no se desenvuelve dentro de los mismos parámetros de igualdad en que lo hace la contratación entre particulares, sino que implica la preeminencia de la posición estatal. La autorización de cláusulas exorbitantes, como la de caducidad o las de terminación o modificación e interpretación unilaterales por parte de la Administración, son un claro ejemplo de esta situación. La ley dota a la Administración de herramientas o mecanismos especiales, ausentes en las formas contractuales privadas, que están presentes para asegurar el cumplimiento de los fines estatales y del interés general.

Esta circunstancia de estar adscrita a la consecución del interés común, impone también que en la contratación administrativa no sea indiferente la persona del contratista que celebra un convenio o acuerdo con la Administración.

De aquí se concluye que las entidades no están en una relación de igualdad real con el otro extremo de la relación contractual, esto es, el oferente y el contratista, y las cláusulas exorbitantes no son el único ejemplo de ello, porque el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, que tampoco es del resorte de la contratación privada, ayuda a las entidades a proteger el interés general, lo cual mal podría usarse en contra de este rol de la entidad, el cual ejerce al realizar procedimientos de selección y celebrar contratos, por lo que no es posible que las entidades estén inhabilitadas o incursas en causal de inhabilidad que les impida cumplir su función y satisfacer sus necesidades, y a su vez el interés general[[14]](#footnote-14).

**b) Partes de los convenios interadministrativos: relación contractual frente a las inhabilidades e incompatibilidades**

Para resolver su consulta sobre la aplicación de la inhabilidad prevista en el literal d) del numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 a los convenios interadministrativos, se analizará este tipo de convenio y quién puede celebrarlo. Sobre la tipología de convenio interadministrativo, fue creado en la Ley 80 de 1993, y aunque no la definió ni la desarrolló, el Decreto 1082 de 2015, «Por medio del cual se expide el Decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional», califica a los convenios o contratos interadministrativos como aquella contratación entre entidades estatales[[15]](#footnote-15).

De acuerdo con lo anterior, el contrato o el convenio interadministrativo es el acuerdo donde concurre la voluntad de dos o más personas jurídicas de derecho público con la finalidad de cumplir, en el marco de sus objetivos misionales y sus competencias, con los fines del Estado. Es decir, que los contratos o convenios interadministrativos nominados en la Ley 80 de 1993 están determinados por un criterio orgánico, pues es necesario que los extremos de la relación contractual sean entidades estatales.

Si bien los contratos o convenios interadministrativos están previstos en la Ley 80 de 1993, en la Ley 1150 de 2007 y en el Decreto en el 1082 de 2015, no quiere decir que solo puedan celebrarse entre entidades estatales que apliquen el régimen de contratación allí previsto, pues bien puede una entidad estatal de Ley 80 de 1993 celebrar esta clase de convenios con una entidad estatal de régimen especial y no por ello dejará de ser un contrato o convenio interadministrativo, caso en el cual su ejecución estará sometida a la Ley 80 de 1993 a menos que la entidad ejecutora ̶ entidad con régimen especial ̶ desarrolle su actividad en competencia con el sector privado[[16]](#footnote-16).

Un contrato o convenio interadministrativo no está determinado por la modalidad de selección utilizada para celebrarlo. La Ley 1150 de 2007 establece que pueden celebrarse directamente, siempre que las obligaciones derivadas del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora, señalado en la ley o en sus reglamentos, a menos que, según las excepciones previstas en dicha Ley, deba adelantarse un procedimiento amplio[[17]](#footnote-17). Nótese que, en este caso, lo que cambia es la modalidad de selección y no la naturaleza de contrato interadministrativo.

Además, es necesario tener en cuenta que para que un contrato o convenio interadministrativo exista debe cumplir con los siguientes elementos: acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y que conste por escrito[[18]](#footnote-18). Entonces, si ambas partes son entidades estatales, pueden celebrar convenios interadministrativos porque las disposiciones que regulan esta tipología hacen referencia a la calidad de los sujetos que intervienen en la contratación, que deben ser entidades estatales o de derecho público.

La Corte Constitucional expresó en la Sentencia C–671 de 2015, con ponencia del Magistrado Alberto Rojas Ríos ̶ en control automático de constitucionalidad del Decreto Legislativo 1773 de 2015, «Por el cual se autoriza la celebración de convenios administrativos para la ejecución de recursos públicos por parte de algunas entidades territoriales» ̶ sobre la naturaleza de los convenios interadministrativos, que «Lo que hace interadministrativo a un contrato o convenio no es el procedimiento de selección aplicable, sino la calidad de los sujetos contratantes, esto es que las dos partes de la relación jurídica contractual formen parte de la administración pública».

Así las cosas, y atendiendo a la literalidad de las normas enunciadas, no cabe interpretación diferente[[19]](#footnote-19), pues de acuerdo con lo anotado esta clase de acuerdos de voluntades se definen por un criterio orgánico, por lo que uno de sus elementos esenciales es que en los extremos de la relación jurídico negocial concurran personas de derecho público. Adicionalmente, el Consejo de Estado ha indicado, frente al convenio interadministrativo y sus características, que:

[…]se puede señalar que los convenios o contratos interadministrativos tienen como características principales las siguientes:

(i) constituyen verdaderos contratos en los términos del Código de Comercio cuando su objeto lo constituyen obligaciones patrimoniales; (ii) tienen como fuente la autonomía contractual; (iii) son contratos nominados puesto que están mencionados en la ley; (iv) son contratos atípicos desde la perspectiva legal dado que se advierte la ausencia de unas normas que de manera detallada los disciplinen, los expliquen y los desarrollen, como sí las tienen los contratos típicos, por ejemplo compra venta, arrendamiento, mandato, etc. (v) la normatividad a la cual se encuentran sujetos en principio es la del Estatuto General de Contratación, en atención a que las partes que los celebran son entidades estatales y, por consiguiente, también se obligan a las disposiciones que resulten pertinentes del Código Civil y del Código de Comercio; (vi) dan lugar a la creación de obligaciones jurídicamente exigibles; (vii) persiguen una finalidad común a través de la realización de intereses compartidos entre las entidades vinculadas; (viii) la acción mediante la cual se deben ventilar las diferencias que sobre el particular surjan es la de controversias contractuales[[20]](#footnote-20).

En ese sentido, los convenios interadministrativos se caracterizan por los sujetos que intervienen y por la modalidad de selección que la ley permite aplicar para su celebración, ya que comporta un grado de excepcionalidad frente a las demás tipologías contractuales, donde los sujetos no están restringidos a una cualificación particular y aplican otras modalidades de selección. Con esto se concluye que, teniendo en cuenta que las entidades públicas no son sujetos de las causales de inhabilidad e incompatibilidad de la contratación pública, la inhabilidad prevista en el literal d), numeral 2, del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 no aplica a los convenios interadministrativos, cuyas partes son entidades, ni siquiera cuando la entidad es contratista.

No obstante, la inhabilidad señalada aplica cuando la entidad es contratante, ya que debe verificar en las corporaciones, asociaciones, fundaciones y sociedades anónimas no abiertas que presentan oferta al procedimiento de selección, que sus miembros que tengan participación o cargos de dirección o manejo, no sean sus servidores públicos de los niveles directivo, asesor o ejecutivo o aquellos que sean de la junta o el consejo directivo, ni los familiares de estos señalados expresamente en la norma.

**2.3 Inhabilidad del literal d), numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, aplicación y excepciones**

Teniendo en cuenta que usted consulta sobre la aplicación de la inhabilidad señalada, cuando: i) el servidor público se aparta del procedimiento contractual y ii) para contratos que se rigen por el derecho privado como arrendamiento, comodato y donación; en primer lugar se analizará la norma que contiene la causal de inhabilidad y en qué casos aplica, y se concluirá si existen excepciones a su aplicación.

 De acuerdo con la inhabilidad del literal d), numeral 2, del artículo 8 de la Ley 80 de 1993[[21]](#footnote-21), unas sociedades comerciales estarán inhabilitadas para contratar con la entidad a la que pertenezca un servidor público, así: i) que pertenezca al nivel directivo, asesor, ejecutivo o miembro de la junta o consejo directivo de la entidad contratante y ii) que tenga participación en esas sociedades comerciales o ejerza un cargo de dirección o manejo.

 Con el fin de responder su consulta, se analizará la primera calificación del servidor público, esto es, que sea del nivel directivo, asesor, ejecutivo o miembro de la junta o consejo directivo de la entidad contratante. Por consiguiente, es necesario remitirse a la normativa que rige la función pública y que cataloga los cargos públicos de acuerdo con su nivel jerárquico dentro de un organismo del Estado del orden nacional y territorial.

Sobre el nivel «ejecutivo», los Decretos 770 y 785 de 2005, que regulan las funciones y requisitos de los empleos públicos de entidades del orden nacional y territorial, respectivamente, en sus disposiciones transitorias señalan como responsabilidad del Gobierno nacional la modificación de las plantas de personal para que se elimine el nivel «ejecutivo» y se utilicen los niveles jerárquicos señalados por los Decretos, dentro de los cuales no figura el nivel «ejecutivo», sino el nivel «directivo» y «asesor», entre otros[[22]](#footnote-22). Las definiciones del nivel «directivo» y del nivel «asesor», en los Decretos citados, están claramente diferenciadas, por lo cual el nivel directivo no es equivalente al nivel asesor, son diferentes y comprenden funciones generales que no se asimilan entre sí, y se dividen de acuerdo con lo requerido para cada cargo[[23]](#footnote-23).

 Aclarada la naturaleza de los cargos mencionados por la inhabilidad citada, y para analizar el supuesto de la pregunta, donde plantea la posibilidad de que el servidor público que pertenece a los cargos señalados, y que también participa en las sociedades comerciales de la norma, se aparte del procedimiento contractual para que no aplique la inhabilidad a esas sociedades, es decir, que exista una excepción, el Consejo de Estado conceptuó que a pesar de que el servidor público se aparte, se declare impedido o no participe de la actuación contractual de la entidad contratante a la que pertenece, ello no obsta para que la inhabilidad se aplique a la sociedad comercial que pretende ofertar en el procedimiento:

En este aspecto, es preciso llamar la atención sobre la siguiente circunstancia: para que surja la inhabilidad en cuestión, la ley 80 no exige que el servidor público de nivel directivo, ejecutivo o asesor o el miembro de la junta o consejo directivo de la entidad estatal contratante, participe directamente del proceso de contratación o tome decisiones contractuales en la entidad. La inhabilidad está presente por el sólo hecho de existir una relación o nexo de carácter patrimonial o de parentesco entre el servidor público directivo y las personas naturales o jurídicas interesadas en contratar con la respectiva entidad, pues esa sola circunstancia, como ya se dijo, afecta la imparcialidad, igualdad y transparencia que la norma busca garantizar.

[...]

En este sentido, la ley 80 de 1993 tiene en cuenta que la influencia del servidor público directivo, asesor o ejecutivo, o del miembro de la junta o consejo directivo nace de la naturaleza misma del cargo y, por tanto, puede ejercerse por fuera de los comités o instancias contractuales, a partir de su autoridad y ascendencia sobre el personal subordinado, de la capacidad de dictar o participar en la adopción de políticas, planes y proyectos, así como por el acceso a información privilegiada. Igualmente, por la posibilidad, también privilegiada, de contactar y acceder de primera mano a los funcionarios que adoptan decisiones contractuales, así formalmente no se tome parte en ellas. Por demás, es natural que personal subordinado e incluso del mismo nivel, pueda verse inclinado a no adoptar decisiones que puedan perjudicar a sus superiores jerárquicos o colegas, así éstos se hayan separado del conocimiento de los asuntos contractuales en que ellos o sus familias tengan interés[[24]](#footnote-24).

 Teniendo en cuenta que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades es de aplicación restrictiva, esto es, solo aplica en las causales previstas de forma taxativa en la ley[[25]](#footnote-25), la norma no prevé que apartarse del procedimiento contractual exceptúe la aplicación de la inhabilidad, lo cual reafirma la jurisprudencia, ya que la causal no esta relacionada con la participación del servidor público, sino con el nexo patrimonial de este con las sociedades comerciales señaladas en la ley.

 Ahora bien, respecto de las excepciones a la aplicación de las inhabilidades e incompatibilidades, el artículo 10 de la Ley 80 de 1993 prevé, de forma taxativa, las situaciones que no están cubiertas por las causales previstas en la misma norma: i) contratar por obligación legal, ii) hacer uso de bienes o servicios que las entidades ofrecen en condiciones uniformes a quien lo solicite, iii) que el representante legal de una entidad sin ánimo de lucro sea miembro de la junta o consejo directivo por mandato legal, y iv) contratos celebrados de acuerdo con el artículo 60 de la Constitución Política[[26]](#footnote-26). Por tanto, que el servidor público se aparte del procedimiento de contratación o que los contratos se regulen por el derecho privado, como el arrendamiento, comodato y donación, son situaciones no previstas en las causales como excepciones a la aplicación de las inhabilidades e incompatibilidades.

**3. Respuestas**

«1. ¿La inhabilidad prevista en el literal d) del numeral 2º del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 es aplicable a entidades públicas que por disposición legal tienen su propio sistema de contratación o están exceptuadas?

»2. ¿La inhabilidad prevista en el literal d) del numeral 2º del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 no aplica a entidades públicas que por disposición legal tienen su propio sistema de contratación y que además son sociedades anónimas o de economía mixta o están exceptuadas?

[...]»

Las entidades de régimen especial aplican reglas diferentes a la normativa de contratación pública para el desarrollo de sus procedimientos contractuales; no obstante existen reglas transversales a las entidades, sin importar que su régimen legal sea la Ley 80 de 1993 y sus normas complementarias o el derecho privado. Este es el caso del régimen de inhabilidades e incompatibilidades que, de acuerdo con el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 citado, es aplicable a las entidades que por ley tengan un régimen contractual excepcional al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, sin importar su naturaleza, es decir, sean sociedades de economía mixta, empresas industriales y comerciales del Estado, entre otras.

«[...]

»3. ¿La inhabilidad aplica cuando la entidad estatal es contratante o contratista?

[...]

»7. ¿La inhabilidad tiene aplicación respecto de contratos interadministrativos?».

[...]»

Las entidades no son sujetos del régimen de inhabilidades e incompatibilidades ya que la normativa de contratación pública no lo prevé así, teniendo en cuenta que contratan para satisfacer el interés general, que se vería perjudicado si se limitara su capacidad para contratar. Por tanto, la inhabilidad prevista en el literal d), numeral 2, del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 no es aplicable a los convenios interadministrativos cuyas partes son entidades.

«[...]

»4. ¿La inhabilidad no aplica cuando el servidor público de los niveles directivo o asesor de la entidad estatal, contratante o contratista, se aparta expresamente y por completo del trámite contractual correspondiente? [...]

»5. ¿Si el servidor público de los niveles directivo o asesor de la entidad estatal, contratante o contratista, no tiene relación alguna con el contrato, puede entenderse que la inhabilidad no aplica?

»6. ¿La inhabilidad solo aplica para los contratos que se rigen por la Ley 80, tales como contratos de obra, prestación de servicios, consultoría, concesión o encargo fiduciario o también aplica a contratos que se rigen por las normas civiles y comerciales tales como arrendamiento, comodato, donación? ¿Puede entenderse que para efectos de inhabilidades los contratos de arrendamiento, comodato y de donación están exceptuados de la inhabilidad en mención?

[...]»

El régimen de inhabilidades e incompatibilidades es taxativo y solo procede por las causales previstas en las normas, sin que sea posible una aplicación extensiva, por lo que teniendo en cuenta que el literal d), numeral 2, del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 no exceptúa su aplicación cuando el servidor público del nivel directivo, asesor, ejecutivo o miembro de la junta o consejo directivo se aparta del procedimiento contractual, y que las excepciones del artículo 10 de la misma norma tampoco contemplan esta situación, la inhabilidad aplica a pesar de que el servidor público no participe o se declare impedido respecto de la contratación. Lo mismo ocurre con los contratos regulados en el derecho privado, como el arrendamiento, comodato y donación que no están previstos como una excepción a las inhabilidades e incompatibilidades.

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Ximena Ríos LópezGestor T1-11 |
| Revisó: | Fabián Gonzalo Marín CortésSubdirector de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Fabián Gonzalo Marín CortésSubdirector de Gestión Contractual |

1. Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente. Guía para las Entidades Estatales con régimen especial de contratación: «Entidad Estatal de régimen especial: Entidad Estatal que realiza sus Procesos de Contratación con un régimen distinto al previsto en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007». [↑](#footnote-ref-1)
2. Consejo de Estado. Sección Tercera. Radicado No. 45.607 del 24 de octubre de 2016. Consejera Ponente: María Nubia Velásquez Rico. [↑](#footnote-ref-2)
3. Sobre las entidades de régimen especial, se puede consultar su definición y un listado aproximado de este tipo de entidades en: BARRETO MORENO, Antonio A. El derecho de la compra pública. Legis - Universidad de la Sabana, primera edición, Bogotá, 2019.

 [↑](#footnote-ref-3)
4. Ley 80 de 1993: «Artículo 8. De las inhabilidades e incompatibilidades para contratar.

«Son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales:

[...]». [↑](#footnote-ref-4)
5. Constitución Política, artículos 122 y 127. [↑](#footnote-ref-5)
6. Ley 1474 de 2011, artículos 27 y 90. [↑](#footnote-ref-6)
7. Ley 80 de 1993: «Artículo 8. De las inhabilidades e incompatibilidades para contratar.

»Son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales:

[...]». [↑](#footnote-ref-7)
8. Constitución Política, artículos 122 y 127. [↑](#footnote-ref-8)
9. Ley 1474 de 2011, artículos 27 y 90. [↑](#footnote-ref-9)
10. Consejo de Estado. Sección Tercera. Radicado 10.989. Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque. [↑](#footnote-ref-10)
11. Exposición de motivos de la Ley 80 de 1993: «Cualquier actividad estatal se caracteriza por la satisfacción del interés público o de las necesidades colectivas. La celebración de un contrato en la que interviene una entidad estatal no puede ser ajena a ese principio. A veces la relación con el interés público es inmediata, en tanto que en otras ocasiones la relación es apenas indirecta. Sin embargo, el hecho de la celebración del acto jurídico por parte del Estado implica la presencia del interés público. Por ello, no existe razón para no predicar de todos los contratos celebrados por el Estado los mismos principios y postulados». [↑](#footnote-ref-11)
12. Ley 80 de 1993: «Artículo 3. De los fines de la contratación estatal. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.

»Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones». [↑](#footnote-ref-12)
13. Corte Constitucional. Sentencia T-517 de 2006. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra: «Si bien no hay definición constitucional ni legal sobre “interés público” es un concepto que conlleva atender el interés general o el bien común, y no solo tener en cuenta consideraciones de interés patrimonial».

 [↑](#footnote-ref-13)
14. Corte Constitucional. Sentencia C-429 de 1997. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero: «Esta Corporación ya había señalado con claridad que ‘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’. Así las cosas, el interés público se convierte en un parámetro legitimador de la función administrativa que exige la ponderación entre los intereses de la comunidad y los intereses particulares, los cuales pueden suponer limitaciones al ejercicio pleno de algunos derechos. Por lo tanto, los intereses en conflicto deben armonizarse, pues en el Estado democrático de derecho (CP art. 1º) la prevalencia del interés general no es absoluta ni puede implicar el desconocimiento o la subordinación total de los derechos o intereses privados legítimos».

 [↑](#footnote-ref-14)
15. Decreto 1082 de 2015: «Artículo 2.2.1.2.1.4.4. Convenios o contratos interadministrativos. La modalidad de selección para la contratación entre Entidades Estatales es la contratación directa; y en consecuencia, le es aplicable lo establecido en el artículo 2.2.1.2.1.4.1 del presente decreto.

»Cuando la totalidad del presupuesto de una Entidad Estatal hace parte del presupuesto de otra con ocasión de un convenio o contrato interadministrativo, el monto del presupuesto de la primera deberá deducirse del presupuesto de la segunda para determinar la capacidad contractual de las Entidades Estatales». [↑](#footnote-ref-15)
16. Ley 1150 de 2007, artículo 2, numeral 4, literal c, modificado por el artículo 92 de la Ley 1474 de 2011. [↑](#footnote-ref-16)
17. Ley 1150 de 2007: «Artículo 2, numeral 4, literal c. […] Se exceptúan los contratos de obra, suministro, prestación de servicios de evaluación de conformidad respecto de las normas o reglamentos técnicos, encargos fiduciarios y fiducia pública cuando las instituciones de educación superior públicas o las Sociedades de Economía Mixta con participación mayoritaria del Estado, o las personas jurídicas sin ánimo de lucro conformadas por la asociación de entidades públicas, o las federaciones de entidades territoriales sean las ejecutoras. Estos contratos podrán ser ejecutados por las mismas, siempre que participen en procesos de licitación pública o contratación abreviada de acuerdo con lo dispuesto por los numerales 1 y 2 del presente artículo». [↑](#footnote-ref-17)
18. Ley 80 de 1993: «Artículo 41. Del perfeccionamiento del contrato. Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito.

[…]». [↑](#footnote-ref-18)
19. Código Civil: «Artículo 27. Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor a pretexto de consultar su espíritu». [↑](#footnote-ref-19)
20. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 23 de junio de 2010. Radicación No. 66001-23-31-000-1998-00261-01(17.860). Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-20)
21. Ley 80 de 1993: «Artículo 8. De las inhabilidades e incompatibilidades para contratar.

[...]

»2. Tampoco podrán participar en licitaciones ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva:

[...]

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

[...]». [↑](#footnote-ref-21)
22. Decreto 770 de 2005: «Artículo 3. Niveles jerárquicos de los empleos. Según la naturaleza general de sus funciones, las competencias y los requisitos exigidos para su desempeño, los empleos de las entidades u organismos a los cuales se refiere el presente decreto se clasifican en los siguientes niveles jerárquicos: Nivel Directivo, Nivel Asesor, Nivel Profesional, Nivel Técnico y Nivel Asistencial.

[...]

»Artículo 13. Transitorio. El Gobierno Nacional, en un término no superior a doce (12) meses contados a partir de la vigencia del presente decreto, modificará las plantas de personal de los organismos y entidades a los cuales se aplica el presente decreto, para adecuar los empleos a la nueva nomenclatura y clasificación. Hasta que dichas modificaciones se realicen continuarán vigentes las denominaciones de empleo correspondientes al nivel ejecutivo. Vencido este plazo no podrán existir en las respectivas plantas de personal cargos con denominaciones del mencionado nivel jerárquico.

»Si durante este período se presentare vacante definitiva en alguno de los empleos pertenecientes al nivel ejecutivo, este deberá ser suprimido, salvo que por necesidades del servicio se efectúen las equivalencias del caso, dentro del Nivel Profesional.

»La aplicación de las equivalencias relacionadas con la nomenclatura de empleos, en ningún caso conllevará incrementos salariales».

Decreto 785 de 2005: «Artículo 3. Niveles jerárquicos de los empleos. Según la naturaleza general de sus funciones, las competencias y los requisitos exigidos para su desempeño, los empleos de las entidades territoriales se clasifican en los siguientes niveles jerárquicos: Nivel Directivo, Nivel Asesor, Nivel Profesional, Nivel Técnico y Nivel Asistencial.

[...]

»Artículo 33. Transitorio. Las autoridades territoriales competentes, en un término no superior a doce (12) meses contados a partir de la vigencia del presente decreto­ley, procederán a modificar las plantas de personal para adecuar los empleos a la nueva nomenclatura y clasificación.

»Hasta que dichas modificaciones se realicen continuarán vigentes las siguientes denominaciones de empleo correspondientes al nivel ejecutivo, así:

[...]

»Parágrafo. Vencido el plazo señalado en este artículo, no podrán existir en las respectivas plantas de personal cargos con denominaciones del mencionado nivel jerárquico. Si durante este período se presentare vacante definitiva en alguno de los empleos pertenecientes al nivel ejecutivo, este deberá ser suprimido, salvo que por necesidades del servicio se efectúen las equivalencias del caso, dentro del nivel profesional». [↑](#footnote-ref-22)
23. Decreto 770 de 2005: «Artículo 4. Naturaleza general de las funciones. A los empleos agrupados en los niveles jerárquicos de que trata el artículo anterior, les corresponden las siguientes funciones generales:

»4.1 Nivel Directivo. Comprende los empleos a los cuales corresponden funciones de dirección general, de formulación de políticas institucionales y de adopción de planes, programas y proyectos.

»4.2 Nivel Asesor. Agrupa los empleos cuyas funciones consisten en asistir, aconsejar y asesorar directamente a los empleados públicos de la alta dirección de la rama ejecutiva del orden nacional»

Decreto 785 de 2005: «Artículo 4. Naturaleza general de las funciones. A los empleos agrupados en los niveles jerárquicos de que trata el artículo anterior, les corresponden las siguientes funciones generales:

»4.1. Nivel Directivo. Comprende los empleos a los cuales corresponden funciones de Dirección General, de formulación de políticas institucionales y de adopción de planes, programas y proyectos.

»4.2. Nivel Asesor. Agrupa los empleos cuyas funciones consisten en asistir, aconsejar y asesorar directamente a los empleados públicos de la alta dirección territorial». [↑](#footnote-ref-23)
24. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 2113 del 25 de octubre de 2012. Consejero ponente: William Zambrano Cetina. [↑](#footnote-ref-24)
25. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 2414 del 23 de abril de 2019. Consejero ponente: Edgar González López: «Las causales de inhabilidad e incompatibilidad deben estar expresa y taxativamente establecidas en la Constitución o en la ley y son de aplicación e interpretación restrictivas. Este principio tiene su fundamento en el artículo 60. de Ja Carta, según el cual los servidores públicos no pueden hacer sino aquello que les está expresamente atribuido por el ordenamiento jurídico; los particulares pueden realizar todo lo que no les esté prohibido». [↑](#footnote-ref-25)
26. Ley 80 de 1993: «Artículo 10. De las excepciones a las inhabilidades e incompatibilidades. No quedan cobijadas por las inhabilidades e incompatibilidades de que tratan los artículos anteriores, 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, ni las personas jurídicas sin ánimo de lucro cuyos representantes legales hagan parte de las juntas o consejos directivos en virtud de su cargo o por mandato legal o estatutario, ni quienes celebren contratos en desarrollo de lo previsto en el artículo 60 de la Constitución Política». [↑](#footnote-ref-26)