

QUIENES FUERON MIEMBROS DE CONSEJOS O JUNTAS DIRECTIVAS O SERVIDORES PÚBLICOS¹

Mitchelle Rincón Rodríguez²

RESUMEN. Con la finalidad de analizar cada una de las causales de inhabilidades e incompatibilidades del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, se estudiará la dispuesta en el numeral 2, literal a), del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, en la que se proscribe que quienes fueron, en determinada entidad, miembros de juntas o consejos directivo o servidores públicos contraten con ella. Para ello, se identifican sus aspectos problemáticos, enfatizando en su ámbito de aplicación, naturaleza, término de duración y las calidades de sus sujetos pasivos.

Introducción

Las *inhabilidades e incompatibilidades* se definen como prohibiciones, restricciones o exclusiones destinadas a personas jurídicas o naturales, tanto particulares como servidores públicos, para celebrar contratos con el Estado. Adicionalmente, su finalidad está dirigida a garantizar diferentes principios constitucionales, entre ellos la transparencia, la moralidad administrativa y la eficiencia en la actividad contractual del Estado, aunque deba restringir la capacidad contractual de los sujetos, la libre empresa y, particularmente, el derecho a participar en procedimientos de selección y celebrar contratos con autoridades estatales.

La importancia de este régimen para la contratación estatal implica analizarlo de forma completa y detallada, tanto de forma general en conjunto, como de forma particular, es decir, enfocándose en cada causal dispuesta en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Por ello, se estudiará el numeral 2, literal a), del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, que proscribe que quienes fueron, en determinada entidad, miembros de juntas o consejos directivo o servidores públicos –en el nivel directivo, asesor o ejecutivo– contraten con ella, identificando sus aspectos problemáticos, para lo que se empezará con algunas

¹ Este ensayo, escrito para la sesión del 10 de abril de 2021, hace parte de la labor de apoyo a la investigación que el Auxiliar de Investigación realiza al interior del *Grupo de Estudio de Derecho Público* adscrito al CEDA, para cuya preparación recibió la orientación del Profesor Juan David Montoya Penagos, y se utiliza no solo para enriquecer el trabajo que el Investigador Principal adelanta al interior del CEDA –que finalmente aprovecha para construir el texto definitivo–, sino también para beneficio de toda la comunidad académica. La línea de investigación en la que se enmarca el ensayo es la *Contratación Estatal*, dirigida por el Profesor (Investigador Principal) Fabián G. Marín.

² Auxiliar de investigación del Grupo de Estudio de Derecho Público, Nivel V, adscrito al *Centro de Estudios de Derecho Administrativo –CEDA–*.

consideraciones generales, y se enfatizará en su naturaleza jurídica, su carácter particular, el término de duración y las calidades de sus sujetos pasivos.

1. Quienes fueron miembros de la junta o consejo directivo o servidores públicos de la entidad contratante, que desempeñen funciones en los niveles directivo, asesor o ejecutivo

El numeral 2, literal a), del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 establece que no podrán participar en licitaciones o celebrar contratos con la entidad respectiva: quienes fueron miembros de la junta o consejo directivo o los servidores públicos que desempeñen funciones en los niveles directivo, asesor o ejecutivo. Es claro que, en la causal, la preexistencia de cualquiera de las dos calidades dispuestas imposibilita que el sujeto se presente a la licitación o que suscriba los contratos con la entidad con la que tuvo el vínculo.

Un aspecto preliminar, transversal a la mayoría de las causales y relevante para todas, es el alcance que se le concede al término *licitación*. La norma analizada prohíbe «participar en licitaciones», es decir, se circunscribe específicamente a ese procedimiento de selección; no obstante, con la expedición del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 se ampliaron, de forma determinante, la forma de escoger a los contratistas, teniendo: licitación pública, concurso de méritos, selección abreviada, mínima cuantía y contratación directa³. Así, en la disposición se determinan cuatro diferentes al señalado en el literal objeto de estudio, lo que implica cuestionar si la prohibición aplica a todos o se limita a la *licitación*.

Es preciso señalar que el artículo 2, numeral 1, *ibidem* dispone que la licitación es la regla general en la elección de contratistas, que procede cuando no lo haga ninguno de los otros cuatro, de acuerdo con las condiciones allí determinadas. De ahí que se considere que la ley la define, no dejando margen de duda a su independencia del resto de las modalidades de escogencia. Por ello, no es posible deducir, a partir de una definición teleológica de esta, que cualquier forma de seleccionar al contratista donde haya invitaciones públicas y pluralidad de oferentes es una *licitación*, ni que exista la posibilidad que, con un razonamiento como el anterior, se concluya que la prohibición del numeral 2, literal a), del artículo 8 de la Ley 80 aplica a cualquiera de los procedimientos legales.

³ En la redacción original del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 estableció la estructura de los procedimientos de selección, limitándolos a la licitación y el concurso, términos que se mantienen en todo el articulado de la norma; sin embargo, con la expedición de la Ley 1150 se derogó la expresión «concurso», quedando vigente, únicamente, la licitación. Como destaca Dávila Vinueza, en ella se separó a la licitación del dispuesto para elegir consultores, para el que se creó uno especial, denominado concurso de méritos (DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal: aproximación crítica a Ley 80 de 1993. 2º Edición. Bogotá: Legis, 2003. p. 423).

De ahí que existen dos (2) opciones posibles. La primera, enmarcada en la interpretación taxativa, restrictiva y literal, limita la aplicación de la causal a la *licitación pública* como modalidad especial; la segunda, que parte de asumir que esos criterios hermenéuticos son insuficientes y no se ajustan al contexto y objetivos de las inhabilidades e incompatibilidades, por lo que sería necesario adoptar uno diferente que permita utilizarlas correctamente. Aquí se sostendrá que para la aplicación de las causales, y de esta en específico, implica decidirse por una de las elecciones interpretativas; además, que lo que parece «conveniente» en el marco de la contratación estatal es entender que la prohibición se dirige a todos los procedimientos del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007.

Lo primero a destacar es el ámbito de aplicación de la causal, pues en este caso no tiene cobertura general, esto es, no implica una prohibición para contratar respecto de todas las entidades del Estado, sino que, por el contrario, únicamente en relación con una en concreto; por ello se denomina como una «especial». Así las cosas, quien esté incurso en ella podrán contratar con las «otras» entidades estatales, teniendo, por ejemplo, que si la relación la tuvo con el Municipio de Medellín, nada impide que se contrate o participe en una licitación abierta con el Ministerio del Interior.

Otra cuestión importante es lo relativo al fundamento de la causal, lo que la origina. El presupuesto del que parte es la calidad o condición particular previa de una persona: que sea miembro del consejo o junta directiva, o que sea un servidor público con funciones del nivel directivo, asesor o ejecutivo. Así, existen diferentes requerimientos para que se configure la causal: *i)* que el sujeto pasivo sea, como regla general, una persona natural, *ii)* que haya tenido *anteriormente* un vínculo especial con una entidad estatal y *iii)* que la relación con esta sea de miembro de órgano directivo o de servidor que desempeñe las citadas atribuciones.

En esta causal, como regla general, el sujeto pasivo será una persona natural, es decir, que difícilmente lo será uno los demás facultados para participar en un procedimiento de selección o celebrar contratos, debido a la naturaleza de las labores que generan la restricción. De ahí que, no se presente en sujetos como los consorcios, uniones temporales, sociedades con objeto único o promesas de sociedad futura, pues por razones evidentes no pueden ostentar la calidad de miembro de consejo o junta directiva o servidor público de los niveles directivo, asesor o ejecutivo, actividades propias de personas naturales.

Sin perjuicio de lo anterior, respecto a las personas jurídicas, el razonamiento varía, pues podrían ser miembros de consejo o junta directiva de alguna entidad estatal. Lo anterior, toda vez que, aunque en las normas de la estructura administrativa del Estado –Ley 489 de 1998– no se establece de forma exacta que puedan nombrarse como tal, tampoco se proscribió que sea así, en otras palabras, la norma lo autoriza, pero tampoco lo prohíbe; la disposición que regula

la «integración de los consejos de los establecimientos públicos» señala, simplemente, que estos órganos se integraran de acuerdo con el acto de creación.

La posibilidad de que personas jurídicas estén este tipo de órganos se deriva del derecho privado, pues en él es claro que pueden ser miembros de los órganos directivos de las estructuras sociales. La Superintendencia de Sociedades precisó que sin lugar a duda las personas jurídicas pueden integrar una junta directiva de una sociedad comercial y que actúa en su nombre el representante legal⁴. Así las cosas, nada obsta para que una persona jurídica esté en uno de los órganos directivos de las entidades estatales, siempre que en el acto de creación no se prohíba, máxime cuando la norma general no lo limita.

Una pregunta en relación con ello es si aplica cuando *quien* está incurso en esta contrata en nombre de una entidad con aquella con quien tuvo el vínculo. Así, por ejemplo, se cuestiona si un exfuncionario del nivel directivo de la Superintendencia de Industria y Comercio puede suscribir un contrato con ella en nombre de la Agencia para la Reincorporación y la Normalización. La respuesta no demanda muchas consideraciones, en primer lugar, pues las entidades no son susceptibles de incurrir en inhabilidades e incompatibilidades, acerca de esto, Colombia Compra Eficiente destacó que están dirigidas a los servidores públicos y particulares, no a las entidades estatales⁵. Adicionalmente, especificó que cuando el servidor público que representa legalmente a la entidad está incurso en alguna de ellas, no afecta la capacidad de la entidad, sino que recae específicamente en la

⁴ SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Concepto 10 de enero del 2008. Radicado: 220-000503. En el mismo concepto, la autoridad explicó que: «De la simple lectura de las normas referidas a la representación de una sociedad, se puede inferir que nada se opone a que la representación legal de una sociedad sea ejercida, por conducto de una persona natural o por una persona jurídica, pues de acuerdo con un principio general del derecho, donde la ley no distingue, no le es dado al intérprete hacerlo so pretexto de consultar su espíritu.

»[...]

»Así las cosas, resulta claro que una persona jurídica en efecto puede llegar a ser miembro de la junta directiva de una sociedad, y en las reuniones de dicho cuerpo colegiado, deberá concurrir en su nombre la persona que ostente el cargo de representante legal principal, y en su ausencia temporal o definitiva, solo podrá ser reemplazado por su suplente respectivo, que al igual que el principal debe encontrarse debidamente inscrito en el registro mercantil; a falta de uno y otro, actuará el miembro suplente de la junta que haya sido elegido por el máximo órgano social, siempre que medie la aceptación del cargo».

⁵ COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Concepto C-001 del 15 de enero de 2020. La Agencia, reiterando la misma conclusión en otro concepto, explicó que, en virtud de principios y fines que garantiza la contratación pública, las entidades tienen una posición dominante en la relación contractual. La relación de desigualdad entre ellas, «contratantes», y las personas, naturales o jurídicas, particulares o servidores, «contratista», se manifiesta en diferentes figuras, como imposibilidad de que sean destinatarios de estas exclusiones o prohibiciones (COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Concepto del 15 de noviembre de 2019. Rad: 2201913000008507).

persona natural, y su aplicación no es extensiva a quienes tengan relaciones jurídicas con ella, como es el caso de la representación legal⁶.

El mismo interrogante aplica a las personas jurídicas, dirigido a determinar si quien incurra en la causal del numeral 2, literal a), del artículo 8 puede contratar en representación de una persona jurídica de carácter privado, como una sociedad por acciones simplificadas –SAS–. La respuesta es similar a la que se dio anteriormente, puesto que, aunque las personas jurídicas de derecho privado son susceptibles de incurrir en inhabilidades e incompatibilidades, su capacidad para contratar es independiente de la de su representante legal y, en la mayoría de los casos, de sus socios⁷.

Se requiere que el sujeto pasivo tuviera un vínculo con la entidad estatal, sea como miembro en su órgano directivo o como servidor público en alguno de los niveles precisados –directivo, asesor o ejecutivo–, lo que se ampliará en un acápite posterior. Adicionalmente, es necesario que la condición sea previa, en otras palabras, que la relación que la persona natural tenía con la entidad haya cesado, teniendo la calidad de exservidor público o exintegrante de un consejo o junta directiva. Por ello, en este caso específico la vinculación con la autoridad *no* es concomitante a la configuración de la causal, pues únicamente empieza cuando la persona se retire, con independencia de la razón que se tuvo para ello, incluso si tratándose de servidores públicos es por situaciones como: la declaratoria de insubsistencia, la destitución o la renuncia regularmente aceptada –todas independientes y diferentes entre sí–.

La exigencia de que la situación sea anterior es especial, pues a partir de restringe la capacidad contractual más allá de la vinculación, lo que también se proscribe en la norma contractual. Así, cuando los servidores públicos están en ejercicio de sus funciones, conforme al numeral 1, literal f), del artículo 8 de la Ley 80, están inhabilitados para contratar con *todas* las entidades del Estado, mientras que, cuando se retiran de su cargo –con independencia de la razón– la prohibición solamente aplica respecto de la entidad donde laboró, y el fundamento jurídico para ello es el numeral 2, literal a), del artículo 8. Esta última conclusión la comparte el Departamento Administrativo de la Función Pública, al señalar que la prohibición se predica en relación con la entidad donde tenía el cargo –según las condiciones del literal a)–, por lo que considera que no aplica para suscribir contratos con otras, donde no hubiera desempeñado ninguno de estos⁸.

⁶ COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Concepto del 15 de noviembre de 2019. Op. cit.

⁷ Es de aclarar que en casos excepcionales la inhabilidad de un socio es extensiva a la sociedad de la que es socio o tiene vinculación, por ejemplo: el numeral 1, literal i), artículo 8 de la Ley 80, y el numeral 2, literal f), del artículo *ibidem*.

⁸ DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA. Concepto 82.371 del 14 de marzo de 2019. Rad: 20196000082371.

Por otro lado, el numeral 2, literal e), del artículo 8 de la Ley 80 establece la prohibición de que los miembros de las juntas o consejos directivos contraten con el Estado, cuando aún estén en ejercicio de sus funciones, aunque esta causal solamente aplica en relación con la entidad a la cual presta sus servicios y de las del sector administrativo al que esté adscrita o vinculada. En esta cuestión, al igual que la anterior, se restringe la capacidad de los sujetos tanto cuando están ejerciendo sus funciones, como cuando se retiran –aunque por un tiempo determinado–. No obstante, difiere de él en que la causal tiene como fundamento que la vinculación es especial y no general.

En cuanto a la duración, el literal e) es claro al establecer que se extiende por 1 año con posterioridad al retiro del cargo –en cualquiera de las calidades dispuestas en la norma–. En este caso, no existe duda respecto del plazo de duración de la prohibición del literal e), siendo definitivo que el único momento que requiere ser determinado es el retiro efectivo, situación que depende de las normas especiales de la material. En el caso de los miembros de los consejos o juntas directivas, las razones del retiro dependerán de lo que se establezca en la norma de creación de la respectiva entidad, aplicando, en términos generales, la renuncia voluntaria.

Para los servidores públicos existe un régimen reglado de las causales de *retiro*. Según el artículo 125 de la Constitución procede por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo, por violación al régimen disciplinario o cualquier otra causal constitucional o legal, teniendo como tales *i)* la supresión del empleo; *ii)* el retiro por cumplirse las condiciones para gozar de la pensión de jubilación, invalidez o vejez; *iii)* el abandono del cargo; *iv)* la destitución; *v)* la declaratoria de insubsistencia y *vi)* la renuncia⁹.

Luego de constatar el retiro de los sujetos, por cualquiera de las causas, automáticamente aplicará la restricción, sin que deba mediar un procedimiento o pronunciamiento especial. No obstante, cuando el *retiro* es decisión de la entidad, por ejemplo la declaratoria de insubsistencia, la legalidad del pronunciamiento puede desvirtuarse, requiriendo el pronunciamiento judicial: *i)* la declaratoria de nulidad del respectivo acto, que de implicar el reintegro deja sin sustento a la causal estudiada; *ii)* la confirmación del acto administrativo, lo que deja en firme la decisión y, por lo tanto, vigente la causal de literal a); y *iii)* la declaratoria de una suspensión provisional, donde deberá determinarse el alcance de la decisión, con el fin de determinar si sigue manteniendo la calidad de servidor.

⁹ YOUNES MORENO, Diego. Derecho administrativo laboral. 13° Edición. Bogotá: Temis SA. 2018, p. 533.

Además, se especificará la finalidad de la causal. En la exposición de motivos se señaló que exceptuar a los servidores públicos que ejerzan sus funciones en un nivel distinto al directivo, asesor o ejecutivo se justifica en la carencia de facultades decisorias por parte de estos¹⁰. Dávila Vinueza señaló que con la norma se buscaba evitar que un exfuncionario que ocupaba un cargo con potestades decisorias, o que fue miembro del órgano directivo, pueda utilizar su influencia para beneficiarse de la ejecución o celebración de un contrato¹¹.

Es evidente que la intención del legislador es proteger, entre otros principios de la función administrativa –art. 209 de la Constitución–, la moralidad, con finalidad de que los servidores públicos o los miembros de un órgano directivo que tienen injerencia en las decisiones de la entidad no se beneficie con los procedimientos de selección o las contrataciones; que estos sujetos no utilicen sus vínculos e influencia con la entidad en la que prestaron sus servicios y sus funcionarios encargados de las modalidades de selección, precisamente por la jerarquía y mando que ejercieron siendo directivos.

En cuanto a la naturaleza jurídica, el literal a) denomina directamente a la causal como una incompatibilidad. En la categorización coinciden la exposición de motivos, que la describe como tal, Dávila Vinueza¹² y Matallana Camacho, cuando especifica que la causal origina una incompatibilidad mientras los sujetos –miembros de junta o consejo directivo o los servidores públicos de los referidos niveles– estén vinculados a la entidad, y por un año más, solamente con relación a esa autoridad¹³.

Si bien en general se denomina de esta forma, no se analiza detalladamente respecto de la noción de incompatibilidad o la de inhabilidad. Palacio Hincapié la trata como una inhabilidad, aunque aclara que la norma utiliza el término incompatibilidad; sin embargo, no desarrolla ningún argumento alrededor de esa mención, por el contrario, no explica cómo la considera en realidad y por qué, o si

¹⁰ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Exposición de motivos de la Ley 80 de 1993. Gaceta del Congreso No. 75 del 23 de septiembre de 1992. [Consultado el 06 de abril de 2021]. Disponible en: <https://www.minjusticia.gov.co/portals/0/MJD/docs/mtl008093.htm>

¹¹ DÁVILA VINUEZA. Op. cit., p. 188.

¹² Si bien Dávila Vinueza utiliza el término *incompatibilidad* para referirse a la causal, el autor, al referirse a la conceptualización de las instituciones, destaca que si bien el legislador usa dos vocablos para designar las prohibiciones –*inhabilidades e incompatibilidades*–, y que un examen desprevenido podría sugerir que tienen significados y efectos distintos, ello no implica que existan verdaderas distinciones más allá de las semánticas. Señala, igualmente, que ninguna de las denominaciones tiene asociada ninguna consecuencia, más allá de una falta de precisión conceptual; de ahí que, aquí se resalta que la forma en que el autor emplea los conceptos no debe tener pretensiones categorizadoras, pues prescinde de su utilidad (Ibid. p. 148).

¹³ MATALLANA CAMACHO, Ernesto. Manual de contratación de la administración pública. 4ª ed. Bogotá: Universidad Externado, 2015. p. 208.

utiliza el concepto indistintamente. De la redacción de lo descrito por el autor, tampoco se puede inferir si realmente la entiende como una inhabilidad, o que está en verdadero desacuerdo con la disposición de la norma.

Claramente existe una distinción en la terminología del artículo 8 de la Ley 80, se diferencian ambos conceptos. Por ello, identificar si una causal corresponde a uno u otro, implica conocer el alcance de cada uno de ellos. En la exposición de motivos de la Ley 80, el legislador definió los conceptos: las *inhabilidades* como las referidas a circunstancias imputables al contratista, que impiden celebrar cualquier tipo de contrato estatal, por un tiempo limitado; las *incompatibilidades* se predicen respecto a la celebración de un contrato circunscrito a una determinada entidad, por un tiempo determinado, supeditado al dispuesto en razón a vinculaciones de orden laboral, de parentesco, de afecto o interés¹⁴.

Por otra parte, Escobar Gil establece que las *incompatibilidades* son la prohibición que se establece para que determinadas personas, que tengan una investidura oficial o desempeñen una función pública, puedan suscribir contratos con entidades públicas; y las *inhabilidades* son una sanción que la ley le impone a algunas personas que incurren en conductas reprochables¹⁵.

Por más que la delimitación de los conceptos no es clara ni unívoca, parece que las definiciones coinciden en que las incompatibilidades son prohibiciones para contratar a personas que tengan dos calidades, en razón, por ejemplo, de vinculaciones laborales. De esta forma, un servidor público no puede contratar con el Estado, porque esas dos situaciones, ser contratista y servidor, no pueden concurrir en una misma persona. Sin embargo, en la causal del literal e) el sujeto ya no tiene la calidad ni de servidor público, ni del integrante del órgano de dirección.

Esta situación genera un interrogante, si el hecho de que tuviera *en algún momento* esa condición implica que es una incompatibilidad, o si por el contrario, que debido a que carece de ella en el momento en que procede esa causal, entonces no es una de estas, pues *no* existe concurrencia de dos calidades en una misma persona, pues el sujeto ya no es miembro de un consejo o junta directiva, ni servidor público del nivel directivo, asesor o ejecutivo, solamente podría ser contratista o participante. Sin perjuicio de la denominación del literal a), es importante analizar críticamente si fue una calificación errónea del legislador y

¹⁴ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Exposición de motivos de la Ley 80 de 1993. Gaceta del Congreso No. 75 del 23 de septiembre de 1992. [consultado el 25 de enero de 2021]. Disponible en: <https://www.minjusticia.gov.co/portals/0/MJD/docs/mtl008093.htm>

¹⁵ ESCOBAR GIL, Rodrigo. Teoría general de los contratos de la Administración Pública. Bogotá: Legis editores S.A., 2000. p. 102.

debería ser catalogada como inhabilidad –no de carácter sancionador–, o si, por el contrario, la definición contiene la existencia de una vinculación anterior.

2. Sujetos pasivos de la inhabilidad: los miembros de las consejos y juntas directivas y los servidores públicos del nivel directivo, asesor y ejecutivo

Los sujetos pasivos de la causal del literal a) están plenamente identificados en él, en este caso no existen sujetos impersonales, sino que, por el contrario, la disposición señala claramente «quien» estará incurso en ella: por un lado, los servidores públicos de los niveles directivo, asesor y ejecutivo, y, por otro, los miembros de consejos y juntas directivas. Existen dos tipos de sujetos diferenciables, de ahí que sea necesario estudiarlos de forma interdependiente, lo que se hará a continuación.

2.1. Servidores públicos del nivel directivo, asesor y ejecutivo

La primera característica de estos sujetos pasivos es que son servidores públicos. Vergara Mesa explica que la Constitución política no define el concepto, sino que lo utiliza para denominar las categorías que lo constituyen, precisando que puede entenderse como la persona natural que cumple tareas a cargo del Estado, en general, de forma subordinada y por una contraprestación económica, en cualquier órgano estatal¹⁶. El autor agrega que se clasifican en miembros de corporaciones públicas, empleados públicos y trabajadores oficiales¹⁷.

Si bien se enuncia el concepto de servidor público se aclara que la pretensión del texto no es analizarlo, por lo tanto el estudio se enfocará en el examen de los niveles directivo, asesor y ejecutivo. Yunes Moreno señala que los métodos de clasificación técnica de empleo son esenciales en los sistemas ordenados y racionales de administración de personal. Además, que para ello se agrupan los empleos según las afinidades funcionales y la atribución de grados jerárquicos, entre las que se encuentra la de *nivel*¹⁸.

El autor especifica que el «origen» de la figura se dio mediante la Ley 2° de 1973, que introdujo como nuevo concepto de clasificación a los niveles, o grandes agrupaciones jerárquicas que diferencian los empleos según su complejidad, responsabilidad, naturaleza y requisitos para ejercerlo; teniendo, en esa ocasión, los siguientes: *ejecutivo*, con funciones relacionadas con el estudio, fijación y concepción de políticas, o con la asesoría técnico científica, o dirección general con competencia para tomar decisiones; *técnico*; *asistencial* y *auxiliar*¹⁹.

¹⁶ VERGARA MESA, Hernán Darío. Instituciones del derecho administrativo laboral. 1° Edición. Medellín: Editorial Universidad de Antioquia, 2019. p. 86.

¹⁷ Ibid. p. 89.

¹⁸ YUNES MORENO. Op. cit., p. 133-134.

¹⁹ Ibid. p. 136.

Posteriormente, el Decreto 1042 de 1978, «Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los Ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones», artículo 3, reclasificó los niveles de la siguiente manera: directivo, asesor, ejecutivo, profesional, técnico y asistencial. La nueva clasificación se realizó con base en la naturaleza de las funciones de los empleos, el alcance de sus responsabilidades y los requisitos exigidos para su desempeño²⁰.

El artículo 3 del Decreto 1042 de 1978 fue derogado por el artículo 11 del Decreto 2503 de 1993. En este se estableció la naturaleza general de las funciones y los requisitos generales para los diferentes empleos públicos de las entidades del Orden Nacional, en el artículo 3 se dispuso que, conforme a la naturaleza de sus funciones, la índole de sus responsabilidades y los requisitos exigidos para su desempeño, se clasifican los empleos en los siguientes niveles jerárquicos: *i)* nivel directivo, *ii)* nivel asesor, *iii)* nivel ejecutivo, *iv)* nivel profesional, *v)* nivel técnico y *vi)* nivel asistencial²¹.

Por otra parte, el Decreto 770 de 2005, con fuerza de ley según el artículo 53, numeral 3, de la Ley 909 de 2004, dispuso el sistema de funciones y de requisitos generales para los empleos público correspondientes a los niveles jerárquicos pertenecientes a los organismos y entidades del orden nacional. En el artículo 2 se dispuso que según la naturaleza general de sus funciones, las competencias y los requisitos exigidos para su desempeño, los empleos de las entidades a los cuales se refiere el presente Decreto se clasifican en los siguientes: *i)* nivel directivo, *ii)* nivel asesor, *iii)* nivel profesional, *iv)* nivel técnico y *v)* nivel asistencial.

En el artículo 4 se determinaron las funciones generales de cada uno de los niveles, siendo para el caso del nivel directivo, los empleos a los cuales corresponden funciones de dirección general, de formulación de políticas institucionales y de adopción de planes, programas y proyectos; mientras que, el

²⁰ Ibid. p. 136.

²¹ El artículo 4 del decreto define que: «A los empleos agrupados en los niveles jerárquicos de que trata el artículo anterior, les corresponden las siguientes funciones generales:

»a) 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;

»b) Nivel Asesor. Agrupa los empleos cuyas funciones consisten en asistir, aconsejar y asesorar directamente a los empleados públicos del nivel directivo;

»c) Nivel Ejecutivo. Comprende los empleos cuyas funciones consisten en la dirección, coordinación, supervisión y control de las unidades o áreas internas encargadas de ejecutar y desarrollar las políticas, planes, programas y proyectos de las entidades».

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. Por otro lado, el Decreto reglamentario 1785 de 2014, compilado en el Decreto 1083 de 2015, prescribió en el Capítulo 2 los niveles jerárquicos de los empleos: *i)* nivel directivo, *ii)* nivel asesor, *iii)* nivel profesional, *iv)* nivel técnico y *v)* nivel asistencial.

Las normas referenciadas con anterioridad regulan la situación en entidades del orden nacional; no obstante, las entidades territoriales disponen de su propia calificación por niveles jerárquicos. El Decreto-ley 785 de 2005, reglamentado por el Decreto 2484 de 2014, prescribe en el artículo 3 que 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: *i)* nivel directivo, *ii)* nivel asesor, *iii)* nivel profesional, *iv)* nivel técnico y *v)* nivel asistencial.

En cuanto a la aplicación de estos conceptos al literal a), es preciso resaltar que cuando el Decreto 770 de 2005 derogó al Decreto 2503 de 1993, eliminó el *nivel ejecutivo* del esta forma de clasificar el empleo público. De ahí que, cuando el numeral 2, literal a), del artículo 8 de la Ley 80 dispone que la restricción aplica a los servidores públicos del nivel ejecutivo, no es posible aplicar esta norma, pues al ser los niveles conceptos jurídicos determinables a partir de las normas laborales pertinentes, si estas prescinden de una figura o institución, se hace imposible de precisar al desaparecer del ordenamiento.

Así las cosas, la causal aplicará a quienes hayan sido servidores públicos en el nivel directivo o asesor, de acuerdo con los manuales de cada entidad, donde se permita verificar la clasificación del empleo y la nomenclatura de los cargos. Un cuestionamiento relevante es qué pasa en el caso de que un servidor de un nivel inferior sea *encargado* de un empleo del nivel directivo o asesor, es decir, si el ejercicio de las funciones implica quedar incurso en la inhabilidad. La pregunta se considera compleja, pues en términos formales el funcionario *no* tiene un cargo de ese nivel, sin embargo, por un periodo de tiempo –que bien puede ser corto o largo–, desempeñó materialmente esas funciones; por esto, el texto simplemente formula el cuestionamiento, sin proponer una solución al respecto.

2.2. Miembros de la junta o consejo directivo

El segundo sujeto pasivo señalado por la disposición son los miembros de consejo o junta directiva. De acuerdo con la Ley 489 de 1998, artículo 50, en el acto de creación de los organismos o entidades estatales se deben precisar sus objetivos y estructura orgánica, entre otros aspectos, y señala que la estructura debe incluir la disposición de los órganos superiores de dirección y administración y la forma de integración y de designación de sus titulares. El artículo 68 dispone que las entidades descentralizadas se sujetan a las normas de la Constitución, la Ley 489,

su acto de creación y sus estatutos internos; adicionalmente, el párrafo, prescribe que el régimen jurídico para las entidades descentralizadas es aplicable a las territoriales, sin perjuicio de las normas pertinentes.

Por su parte, el artículo 72 *ibidem* establece que la dirección y administración de los establecimientos públicos está a cargo de un consejo directivo y de un director, gerente o presidente; por otro lado, que se integra según determine el respectivo acto de creación, y que será presidido por el ministro o director de departamento administrativo al que esté adscrito. Además, que puede estar integrado, tanto por particulares como servidores públicos y que, por pertenecer a ellos, los particulares no adquieren la calidad de empleados, aunque cumplan funciones públicas –art. 74–.

A partir de las disposiciones previstas para los establecimientos públicos, y demás normas de la Ley 489, el Consejo de Estado explicó que los consejos o juntas directivas de las entidades descentralizadas del orden nacional, se rigen por lo dispuesto en la Ley 489 de 1998 para los establecimientos públicos, con excepción de las sociedades de economía mixta en las que se tenga participación inferior al 90%, de las descentralizadas indirectas que no sean sociedades entre entidades públicas o sociedades de economía mixta sujetas al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las entidades sin ánimo de lucro, todas las cuales se rigen por las disposiciones del derecho privado, sin perjuicio de lo previsto de manera particular para dichas entidades en Ley 489, en leyes especiales y en otras normas constitucionales y legales²².

Igualmente, se especifica que los consejos o las juntas directivas de las entidades descentralizadas pueden estar integradas parcialmente por personas naturales, sin la calidad de servidores públicos, en la forma y proporción que las entidades lo autoricen, quienes no pierden su calidad, es decir, que no se transforman ni en empleados públicos, ni en trabajadores oficiales, o cualquier otra clasificación del servicio²³.

Así las cosas, pueden incurrir en la causal tanto particulares, como servidores públicos que tuvieron que participar en el órgano directivo. Un cuestionamiento adicional que se realiza al respecto es si cubre a los principales y los suplentes, o únicamente aquellos. De la redacción del literal a) no se deriva ninguna conclusión al respecto; por el contrario, la disposición refiere a los exmiembros de forma general, sin especificar si aplica a solo uno de estos o ambos. Si bien es cierto que es posible que un suplente no actúe, y por lo tanto no tenga

²² CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 5 de febrero de 2019. Exp. 2.405. C.P. Álvaro Namén Vargas.

²³ *Ibid.*

poder decisivo, la norma no distingue que aplica solo a uno, de ahí que por la interpretación literal deba considerarse que es a ambos.

Bibliografía

Doctrina

COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Concepto C-001 del 15 de enero de 2020.

COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Concepto del 15 de noviembre de 2019. Rad: 2201913000008507.

DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal: aproximación crítica a Ley 80 de 1993. 2° Edición. Bogotá: Legis, 2003. 921 p.

ESCOBAR GIL, Rodrigo. Teoría general de los contratos de la Administración Pública. Bogotá. Legis editores S.A., 2000. 635 p.

MATALLANA CAMACHO, Ernesto. Manual de contratación de la administración pública. 4ª ed. Bogotá: Universidad Externado, 2015.

PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. La contratación de las entidades estatales. Quinta edición. Librería Jurídica Sánchez R. LTDA., 2005. 859 p.

VERGARA MESA, Hernán Darío. Instituciones del derecho administrativo laboral. 1° Edición. Medellín: Editorial Universidad de Antioquia, 2019. 182 p.

YOUNES MORENO, Diego. Derecho administrativo laboral. 13° Edición. Bogotá: Temis SA, 2018. 832 p.

Jurisprudencia

CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 5 de febrero de 2019. Exp. 2.405. C.P. Álvaro Namén Vargas.