

AGR. CONCEPTO 110.019.2008.



DC- 0429

Florencia, 27 MAR 2008

AUDITORÍA GENERAL  
Fecha 01/04/2008 16:09:41  
Asunto : solicitud concepto  
Destino : Rem CIU contraloría departamental  
Rad No 2008-233-001398-2  
Us Rad. NRMONRDY  
www.auditoria.gov.co - Auditoría General de la República

Doctora  
ANA CRISTINA SIERRA DE LOMBANA  
Auditora General de la República  
Bogotá D.C.

*Dra. Carmen H*  
*gdlh*

Asunto: Solicitud concepto

Respetada doctora Ana Cristina:

Solicito muy respetuosamente se conceptúe sobre que viabilidad legal existe en que un integrante de la Junta Directiva de una entidad Industrial y Comercial Departamental, renuncie a esta última y se poseione inmediatamente (antes de un año) como gerente de la misma y ejecute las decisiones tomadas en la junta de la cual hizo parte.

Agradezco su amable colaboración.

Cordialmente,

  
LUIS ALFREDO CARBALLO GUTIERREZ  
Contralor Departamental

Proyectó: Nefer Olaya Delgado  
Jefe División Control Fiscal

Margata M

*ADM 8*  
*28.03.08*

*Diana Rdz*  
*28.03.08*



Bogotá D.C.,  
 O.J. 110-019-2008



Rad Salida No 2008-110-001640-1

Us Rad: NRMONROY  
 Asunto: CONSULTA CONTRALOR DEP. DEL CAQUETÁ, INHABILIDAD EXMIEMBRO JUNTA DIRECTIVA DE UNA EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEPARTAMENTAL.  
 Destino: Oficina Jurídica / Rem (OEM) LUIS ALFREDO CARBALLO GU  
 www.auditoria.gov.co - Auditoría General de la República

Doctor  
**LUIS ALFREDO CARBALLO GUTIERREZ**  
 Contralor Departamental del Caquetá  
 Edificio Gobernación  
 Carrera 13 No. 15-00 Piso 4º  
 Caquetá

22 ABR. 2008 Devolver Copia Firmada

16473818

Ref.: Consulta Contralor Departamental del Caquetá. Inhabilidad exmiembro Junta Directiva de una Empresa Industrial y Comercial Departamental. Rad. No. 2008-233-001398-2.

Respetado doctor Carballo:

En desarrollo de la función de conceptualización asignada a esta dependencia, me permito efectuar las consideraciones más adelante señaladas en relación con la consulta consignada en su comunicación identificada como DC 0429 de fecha 27 de marzo de 2008. Se pregunta: *"Solicito muy respetuosamente se conceptúe sobre que viabilidad legal existe en que un integrante de la Junta Directiva de una entidad Industrial y Comercial Departamental, renuncie a esta última y se poseione inmediatamente (antes de un año) como gerente de la misma y ejecute las decisiones tomadas en la junta de la cual hizo parte"*.

Antes de proceder a dar respuesta a la inquietud planteada en la comunicación de la referencia, nos permitimos indicar que, dadas las funciones constitucionales y legales asignadas a la Auditoría General de la República, no puede este ente de control tener injerencia en la toma de decisiones que sean de competencia de las entidades vigiladas, ya que nos corresponde un control posterior y selectivo de su gestión fiscal; Por tanto nos abstenemos de emitir conceptos sobre asuntos o situaciones particulares individuales o concretas que puedan llegar a ser sometidos a vigilancia. Así, se abordará el tema de manera general y abstracta.

Las Empresas Industriales y Comerciales del Estado son entidades creadas por ley o con su autorización, vinculadas o adscritas a un Ministerio en el nivel nacional; en el nivel territorial, son creadas por Ordenanza o Acuerdo. Son creadas para desarrollar funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales, gozan de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, se encuentran sujetas al control político y a la suprema dirección del órgano de la administración al cual están adscritas.

Ahora bien, las empresas industriales y comerciales del nivel nacional y territorial (Departamental, Municipal) se sujetan a las reglas señaladas en la Constitución Política, en la ley, ordenanza o acuerdo que respectivamente las cree y determine su

Diana Rdz.  
 22.04.08



3  
A

estructura orgánica y a sus estatutos internos. Así lo establece el artículo 68 de la ley 489 de 1998.<sup>1</sup>

Por su parte, el párrafo 1º del artículo 68 de la ley 489 de 1998 señala que: "De conformidad con el inciso segundo del artículo 210 de la Constitución Política, el régimen jurídico aquí previsto para las entidades descentralizadas es aplicable a las de las entidades territoriales sin perjuicio de las competencias asignadas por la Constitución y la ley a las autoridades del orden territorial".

En cuanto a la Dirección y administración de las empresas industriales y comerciales del Estado, estas se encuentran a cargo de una Junta Directiva y un Gerente o Presidente.<sup>2</sup>

El Gerente o Presidente de las empresas industriales y comerciales del Estado es agente del Presidente de la República, de su libre nombramiento y remoción.

Es pertinente, hacer referencia a lo señalado por la Corte Constitucional, cuando indicó lo siguiente: "Adicionalmente, la propia Carta indica que en el nivel nacional corresponde al presidente de la República nombrar a los directores o gerentes de los establecimientos públicos (artículo 189 n. 13.), a los gobernadores "nombrar y remover libremente a los gerentes o directores de los establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales del Departamento" (artículo 305 n. 5) y a los alcaldes hacer lo propio respecto de los gerentes o directores de los establecimientos públicos y las empresas industriales o comerciales de carácter local, de acuerdo con las disposiciones pertinentes".<sup>3</sup>

Es así, como el gerente o presidente de una empresa industrial y comercial del Estado según el artículo 92 de la ley 489 de 1998, es el representante legal; es decir quien la representa como persona jurídica y cumple con las funciones relacionadas con la organización y funcionamiento de la empresa. Como representante legal una vez designado y posesionado ante la autoridad competente, para todos los efectos legales entra en el ejercicio del cargo sometido al cumplimiento de deberes y obligaciones de los servidores públicos.

<sup>1</sup> Artículo 68 de la ley 489 de 1998, establece: "Son entidades descentralizadas del orden nacional, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta, las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica, las empresas sociales del Estado, las empresas oficiales de servicios públicos y las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio. Como órganos del Estado aun cuando gozan de autonomía administrativa están sujetas al control político y a la suprema dirección del órgano de la administración al cual están adscritas. Las entidades descentralizadas se sujetan a las reglas señaladas en la Constitución Política, en la presente ley, en las leyes que las creen y determinen su estructura orgánica y a sus estatutos internos.

Los organismos y entidades descentralizadas, sujetos a regímenes especiales por mandato de la Constitución Política, se someterán a las disposiciones que para ellos establezca la respectiva ley.

PARAGRAFO 1o. De conformidad con el inciso segundo del artículo 210 de la Constitución Política, el régimen jurídico aquí previsto para las entidades descentralizadas es aplicable a las de las entidades territoriales sin perjuicio de las competencias asignadas por la Constitución y la ley a las autoridades del orden territorial..."

<sup>2</sup> Artículo 88, de la ley 489 de 1998 establece, que: "DIRECCION Y ADMINISTRACION DE LAS EMPRESAS. La dirección y administración de las empresas industriales y comerciales del Estado estará a cargo de una Junta Directiva y de un Gerente o Presidente.

<sup>3</sup> Corte Constitucional C- 599 de 2000. M.P. Dr. VLADIMIRO NARANJO MESA, Santafé de Bogotá, D.C., mayo veinticuatro (24) de dos mil (2000).

A  
P

La Corte Constitucional señaló en cuanto a las empresas industriales y comerciales del Estado, que: *"...en lo que concierne a sus trabajadores, estos hacen parte de la definición de servidores públicos establecida por la Constitución Política, por lo que están obligados a ejercer sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento, con el sometimiento a un régimen especial de responsabilidades, inhabilidades e incompatibilidades, al igual, que a la normatividad que sobre la función pública y régimen disciplinario les señale el Congreso de la República. En la medida en que son entidades estatales, se encuentran sometidas al derecho público, aun cuando el Legislador pueda establecer excepciones a ese régimen general y disponer asimilaciones al derecho privado relativamente amplias, teniendo en cuenta que las actividades que desarrollan son similares a las realizadas por los particulares, dada su naturaleza de orden industrial y comercial distinta al ejercicio de funciones administrativas".<sup>4</sup>*

Respecto a la integración de las juntas directivas de las empresas industriales y comerciales del Estado la calidad, los deberes de sus miembros, su remuneración y el régimen de sus inhabilidades e incompatibilidades se rigen por las disposiciones aplicables a los establecimientos públicos.<sup>5</sup> Lo que significa que se tendrán en cuenta las prohibiciones, incompatibilidades y sanciones previstas en el Decreto-ley 128 de 1976, la Ley 80 de 1993 y demás normas concordantes que las modifiquen o sustituyan, de conformidad con el artículo 79 y 102 de la ley 489 de 1998.<sup>6</sup>

De acuerdo a lo expuesto es claro entonces, que las responsabilidades, los deberes, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los miembros de la junta directiva y el gerente de la empresa industrial y comercial del Estado se rige por lo previsto en la Constitución, la ley y de forma específica por el Decreto-ley 128 de 1976 y el régimen disciplinario, como a continuación se señala.

El decreto 128 del 26 de enero de 1976, estableció el estatuto de inhabilidades, incompatibilidades y responsabilidades de los miembros de las Juntas o Consejos Directivos y de los Gerentes, Directores o Presidentes de las Empresas Industriales o Comerciales del Estado

Por su parte, el artículo 3o. del decreto, determina que no pueden ser elegidos o designados miembros de juntas o consejeros, gerentes o directores, quienes durante el año anterior a la fecha de su nombramiento hubieren ejercido el control fiscal en la respectiva entidad.

De otro lado, el artículo 10, dispone que los miembros de las Juntas o Consejos, durante el ejercicio de sus funciones y dentro del año siguiente a su retiro, y los Gerentes o Directores, dentro del periodo últimamente señalado, no podrán prestar

<sup>4</sup> Sentencia C-209 de 1997, Magistrado Ponente Hernando Herrera Vergara.

<sup>5</sup> **ARTICULO 89.** de la ley 489 de 1998, dispone acerca de las JUNTAS DIRECTIVAS DE LAS EMPRESAS ESTATALES, que: *"La integración de las juntas directivas de las empresas industriales y comerciales del Estado, la calidad y los deberes de sus miembros, su remuneración y el régimen de sus inhabilidades e incompatibilidades se regirán por las disposiciones aplicables a los establecimientos públicos conforme a la presente ley..."*

<sup>6</sup> **ARTICULO 102** de la ley 489 de 1998, establece en cuanto a las INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES, así: *" Los representantes legales y los miembros de los consejos y juntas directivas de los establecimientos públicos, de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta en las que la Nación o sus entidades posean el noventa por ciento (90%) o más de su capital social y de las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios, estarán sujetos al régimen de inhabilidades, incompatibilidades, y responsabilidades previstas en el Decreto 128 de 1976 y demás normas que lo modifiquen o adicionen..."*

sus servicios profesionales en la entidad en la cual actúa o actuaron ni en las que hagan parte del sector administrativo al que aquélla pertenece.

Igualmente, el artículo 14 del decreto 128 de 1976, prohíbe que los miembros de las juntas y los gerentes o directores intervengan en negocios que hubieren conocido o adelantado durante el desempeño de sus funciones.

Ahora bien, en cuanto al régimen disciplinario la ley 734 de 2002, en el artículo 25, dispone como destinatarios a los servidores públicos señalados en el artículo 38 de la ley 489 de 1998, en donde se incluye el sector descentralizado por servicios, es decir las empresas industriales y comerciales del Estado.

Es preciso tener en cuenta, el artículo 41 de la ley 734 de 2002, que a la letra dice: "Las inhabilidades, incompatibilidades e impedimentos señalados en la ley para los gerentes, directores, rectores, miembros de juntas directivas y funcionarios o servidores públicos de las empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta, se hacen extensivos a las mismas autoridades de los niveles departamental, distrital y municipal".

Sobre el tema, la Corte Constitucional ha manifestado: "...con las inhabilidades se persigue que quienes aspiran a acceder a la función pública, para realizar actividades vinculadas a los intereses públicos o sociales de la comunidad, posean ciertas cualidades o condiciones que aseguren la gestión de dichos intereses con arreglo a los criterios de igualdad, eficiencia, moralidad e imparcialidad que informan el buen servicio y antepongan los intereses personales a los generales de la comunidad (...)".

"(...) La Corte ha distinguido dos tipos de inhabilidades atendiendo al bien jurídico protegido o a la finalidad de la limitación: una primera clase agrupa los casos en que se establecen limitaciones para acceder a cargos públicos con fundamento en conductas jurídicamente reprochables llevadas a cabo por el inhabilitado; al paso que en la segunda clase la limitación para acceder a un cargo no se vincula con ninguna conducta previa de quienes resultan inhabilitados, sino que aquí simplemente se consagran requisitos que persiguen lograr la efectividad de los principios y valores constitucionales. Dentro de la primera categoría se encuentran, por ejemplo, las inhabilidades por la comisión anterior de delitos y dentro de la segunda las inhabilidades por vínculos familiares. Sentencia C-1062 de 2003 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra)"<sup>7</sup>.

Ahora, como deberes de todo servidor público se encuentra en el numeral 9º del artículo 34 de la ley 734 de 2002, el de acreditar los requisitos exigidos por la ley para la posesión y el desempeño del cargo.

De igual forma le está prohibido a todo servidor público conforme el artículo 35 numeral 18, de la ley disciplinaria, nombrar o elegir, para el desempeño de cargos públicos, personas que no reúnan los requisitos constitucionales, legales o reglamentarios, o darles posesión a sabiendas de tal situación.

Es procedente mencionar que la ley disciplinaria 734 del 2002 en su artículo 36, entiende incorporadas a este código las inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y conflictos de intereses señalados en la constitución y la ley.

En conclusión, de acuerdo con lo manifestado, un miembro de junta directiva de una empresa industrial y comercial Departamental no puede renunciar y posesionarse

<sup>7</sup> Corte Constitucional, C-544 de 2005, del 24 de mayo de 2005.

6 *[Handwritten mark]*

como gerente de la misma empresa antes del año, por cuanto tendría que ejecutar decisiones que tomó como miembro de la junta directiva a la que pertenecía lo que implica intervenir en negocios que conoció y adelantó cuando se desempeñaba como miembro de la Junta Directiva de la empresa.

Para finalizar, indicamos que este concepto se emite con base en la información suministrada por usted a este Despacho y dentro de los parámetros establecidos en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo, por lo tanto no tiene carácter obligatorio, ni fuerza vinculante.

Confiando en que su inquietud haya sido absuelta, le saludo

Cordialmente,

*[Handwritten signature: Carmen E. Lenis G.]*  
**CARMEN ELENA LENIS GARCIA**  
Directora de la Oficina Jurídica.

Proyectó: Diana María Murcia Vargas  
Abogada Oficina Jurídica