



Concepto 131751 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000131751

Fecha: 31/03/2023 11:58:44 a.m.

Bogotá D.C.

Referencia: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Miembro junta directiva de Ecopetrol. Radicado: 20232060114142 del 20 de febrero de 2023.

En atención a la comunicación de la referencia, solicita se emita un concepto en respuesta a las siguientes preguntas:

Perteneciendo a la Junta Directiva de Ecopetrol ¿existen inhabilidades o incompatibilidades para ser elegido presidente de la sociedad Ecopetrol S.A?

De existir inhabilidad o impedimento, ¿qué norma lo sustenta?

¿Cuál es el tiempo en el que se da por superada dicha inhabilidad o incompatibilidad?

FUNDAMENTOS DEL CONCEPTO

De conformidad con lo expuesto por la Corte Constitucional en reiterados pronunciamientos, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, como las demás calidades, exigencias o requisitos que debe reunir quien aspire a ingresar o a permanecer al servicio del Estado, deben estar consagradas en forma expresa y clara en la Constitución y en Ley.

Por su parte, la Sala Plena del Consejo de Estado en sentencia dictada el 8 de febrero de 2011, respecto del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, considera lo siguiente:

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

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

(...). (Subrayado nuestro)

Así, y dado el carácter de sociedad de economía mixta de Ecopetrol, en materia de inhabilidades e incompatibilidades de este tipo de sociedades, la Ley 489 de 1998, «Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones», dispone:

ARTÍCULO 102.- *Inhabilidades e incompatibilidades.* 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.

El Decreto 128 de 1976, «Por el cual se dicta el estatuto de inhabilidades, incompatibilidades y responsabilidades de los miembros de las juntas directivas de las entidades descentralizadas y de los representantes legales de estas», aplicable, entre otros, a los miembros de las juntas o consejos directivos de las sociedades de economía mixta en las que la Nación o sus entidades posean el 90% o más de su capital social, y a los gerentes, directores o presidentes de dichos organismos.

ARTÍCULO 10.- De la prohibición de prestar servicios profesionales. 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 período últimamente señalado, no podrán prestar 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.

Conforme a la norma en cita, si bien los miembros de las juntas o consejos durante el ejercicio de sus funciones y dentro del año siguiente a su retiro no pueden prestar 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, es decir no pueden vincularse como gerentes o directores durante este término.

En consecuencia, y dado que el aporte estatal a Ecopetrol es inferior al 90% no le son aplicables las disposiciones del artículo 102 de la Ley 489 de 1998, ni del artículo 10 del Decreto 128 de 1976. Al respecto, la Corte Constitucional, en Sentencia C-736 de 2007, Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra, se pronunció sobre el campo de aplicación del Decreto 128 cuando los aportes del Estado a la sociedad son inferiores al 90% del capital, considerando lo siguiente:

El legislador está revestido de facultades para señalar el régimen jurídico y el régimen de responsabilidad de los servidores públicos de las entidades descentralizadas, y al hacerlo bien puede introducir diferencias fundadas en el porcentaje de capital público presente en dichas entidades. El presente caso, el legislador ha señalado que si en las sociedades de economía mixta el Estado no tiene una inversión que supere el noventa por ciento (90%) del capital, es decir si tiene el ochenta y nueve por ciento (89%) o menos de tal capital, o si en las empresas de servicios públicos el capital social no es totalmente público, el régimen de inhabilidades, incompatibilidades y responsabilidades de los miembros de las juntas directivas de las entidades descentralizadas y de los representantes legales de estas no se aplicará a tales servidores, como tampoco a sus Gerentes, Directores o Presidentes. Esta exclusión en la aplicación del mencionado régimen, fundada en la mencionada conformación del capital de tales empresas, aunque se funda en un criterio de diferenciación que toma en cuenta un porcentaje muy alto de participación pública para determinar la aplicación del mencionado régimen de inhabilidades, incompatibilidades y responsabilidades, a juicio de la Corte encuentra una justificación constitucionalmente válida y resulta proporcionado. En efecto, si se tiene en cuenta que para la definición del marco constitucional de la prestación de los servicios públicos domiciliarios, el Constituyente le confió al legislador el deber de establecer las condiciones que permitan asegurar la efectividad del “ principio de concurrencia” en la prestación de dichos servicios, de suerte que en este cometido no sólo participe el Estado, directa o indirectamente, sino también las comunidades organizadas, o los particulares (Destacado fuera del texto).

En consecuencia, conforme a la composición accionaria de Ecopetrol no le son aplicables las disposiciones de la Ley 489 de 1998 y el Decreto 128 de 1976. No obstante, revisados los Estatutos Sociales de Ecopetrol S.A., documento que aparece en la página web, en materia de inhabilidades e incompatibilidades para los miembros de la junta directiva y los trabajadores de los niveles directivo, asesor o ejecutivo, estipula:

ARTÍCULO CUARENTA Y OCHO. INCOMPATIBILIDADES E INHABILIDADES.

(...)

Los miembros de la Junta Directiva y los trabajadores de los niveles directivo, asesor o ejecutivo de Ecopetrol:

No podrán, durante el ejercicio de sus funciones ni dentro del año siguiente a su retiro prestar sus servicios profesionales a la Sociedad, ni hacer

por sí ni por interpuesta persona contrato alguno con la misma, ni gestionar ante ella negocios propios o ajenos, salvo cuando contra ellos se entablen acciones por la entidad a la cual sirven o han servido.

No podrán intervenir, por ningún motivo y en ningún momento, en negocios que hubieren conocido o adelantado durante el desempeño de sus funciones (Destacado nuestro).

De acuerdo a lo anterior, los estatutos de Ecopetrol restringen, entre otros, a los miembros de la junta directiva para que durante sus funciones y 1 año siguiente al retiro presten sus servicios profesionales o contraten con dicha sociedad.

RESPUESTA A LAS PREGUNTAS OBJETO DE LA SOLICITUD DE CONCEPTO

Con fundamento en los criterios y disposiciones expuestos, damos respuesta a sus interrogantes en el mismo orden en que se formularon, concluyendo:

Perteneciendo a la Junta Directiva de Ecopetrol ¿existen inhabilidades o incompatibilidades para ser elegido presidente de la sociedad Ecopetrol S.A?

R/ Los estatutos de Ecopetrol restringen a los miembros de la junta directiva para que durante su periodo y 1 año después de su retiro se vinculen a la sociedad, entre otros, en calidad de Presidente.

De existir inhabilidad o impedimento, ¿qué norma lo sustenta?

R/ Conforme el artículo 68 de la Ley 489 de 1998 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. Por ende, la inhabilidad para postularse como presidente de Ecopetrol encuentra sustento jurídico en el literal a), numeral 3, artículo 48 de los estatutos de Ecopetrol.

¿Cuál es el tiempo en el que se da por superada dicha inhabilidad o incompatibilidad?

R/ Un 1 año contado a partir del retiro de sus servicios profesionales con Ecopetrol S.A.

NATURALEZA DEL CONCEPTO

Este concepto lo emitimos en los términos y con los alcances dados por el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo – Ley 1437 de 2011.

Para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web www.funcionpublica.gov.co/eva, en el botón web *Gestor Normativo* puede consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

Cordialmente,

ARMANDO LOPEZ CORTES
Director Jurídico

Proyectó: Angélica Guzmán

Revisó: Maia Borja

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2025-03-02 14:00:22