

INHIBICION DE LA CORTE CONSTITUCIONAL POR INEPTITUD SUSTANTIVA DE DEMANDA- Ausencia de carga mínima de argumentación

La Corte ha verificado que los diversos cargos planteados en la demanda no contienen una carga mínima de argumentación sobre las razones de inconstitucionalidad de la Ley 1118 de 2006, lo que impide un pronunciamiento de fondo para determinar si dicha ley es total o parcialmente inexecutable. En general, el actor se apoya en afirmaciones generales, vagas e indeterminadas que no precisan de manera clara, cierta y específica en qué consiste la eventual oposición de la ley acusada con el ordenamiento superior. Además, como ha quedado expuesto, a la Corte no le corresponde pronunciarse sobre medidas que aún no han sido adoptadas por el legislador (eventual privatización total de ECOPETROL) ni sobre aspectos de conveniencia (quién cubrirá los subsidios de la gasolina, cómo se manejará presupuestalmente el cambio de la composición accionaria de ECOPETROL etc.), así como tampoco en relación con la posible oposición de las disposiciones acusadas con las otras leyes ordinarias (Ley 489 de 1998) o con la tradición jurídica colombiana. En consecuencia, como la Corte no puede sustituir al demandante en la formulación y argumentación de los cargos, ni le corresponde iniciar un estudio oficioso de las normas legales acusadas, se declarará inhibida para tomar una decisión de fondo frente a la demanda.

PRINCIPIO PRO ACTIONE EN DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Concepto

ACCION PUBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Diferencia entre “procedencia de la acción” y “prosperidad de los cargos”

Es importante diferenciar la procedencia de la acción, que hace referencia a la posibilidad de tomar una decisión de fondo cuando la demanda cumple los requisitos formales mínimos previstos en el Decreto 2067 de 1991, de la prosperidad de los cargos, aspecto sustancial que toca ya directamente con el acierto o no de las razones de inconstitucionalidad invocadas por el accionante. El que estas últimas aparentemente sean equivocadas y posiblemente no tengan vocación de prosperidad, así ello pudiera parecer evidente, no es un asunto de improcedencia de la acción (que corresponda resolver a través de un fallo inhibitorio) sino de constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma demandada.

Referencia: expediente D-6655

Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 1118 de 2006 “por la cual se modifica la naturaleza jurídica de Ecopetrol S. A. y se dictan otras disposiciones”.

Actor: Andrés de Zubiría Samper

Magistrado Ponente:

Dr. ALVARO TAFUR GALVIS

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámites establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Mediante auto del 6 febrero de 2007, el Magistrado Sustanciador admitió la demanda y dispuso correr traslado de la misma al Procurador General de la Nación para que rindiera el concepto de rigor, ordenó fijar en lista las normas acusadas para asegurar la intervención ciudadana y comunicar la iniciación del proceso al Presidente de la República y al Presidente del Congreso de la República, a los Ministros de Hacienda y Crédito Público y de Minas y Energía, así como a la Compañía Colombiana de Petróleos -ECOPETROL S.A.- y a la Agencia Nacional de Hidrocarburos, para que si lo estimaren oportuno, conceptuaran dentro de los diez (10) días siguientes sobre la constitucionalidad de la disposición acusada.

Igualmente dispuso invitar a participar en este proceso a la Asociación Colombiana de Petróleos, la Facultad de Jurisprudencia del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia, la Facultad de Ciencias Jurídicas y Socio Económicas de la Pontificia Universidad Javeriana, la Facultad de Derecho de la Universidad de la Sabana, la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional, la Facultad de Derecho de la Universidad del Cauca, la Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia, la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín, la Facultad de Derecho de la Universidad del

Norte de Barranquilla, la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Bucaramanga - UNAB-, la Facultad de Derecho de la Universidad Industrial de Santander -UIS- y la Facultad de Derecho de la Universidad de Nariño, para que si lo consideraban oportuno, intervinieran, mediante escrito que deberían presentar dentro de los diez (10) días siguientes al recibo de la comunicación respectiva, indicando las razones que en su criterio, justifican la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las disposiciones demandadas.

Cumplidos los trámites ya relacionados, propios de esta clase de procesos, y previo el concepto del Procurador General de la Nación, procede la Corte a decidir sobre la demanda de la referencia.

II. NORMA DEMANDADA

A continuación se transcribe el texto de la norma demandada, cuyo texto de conformidad con su publicación en el Diario Oficial No. 46.494 del veintisiete (27) de diciembre de 2006, es el siguiente:

“LEY 1118 DE 2006

(diciembre 27)

por la cual se modifica la naturaleza jurídica de Ecopetrol S.A.

y se dictan otras disposiciones

El Congreso de la República

DECRETA:

ARTÍCULO 1o. NATURALEZA JURÍDICA DE ECOPETROL S. A. Autorizar a Ecopetrol S. A., la emisión de acciones para que sean colocadas en el mercado y puedan ser adquiridas por personas naturales o jurídicas. Una vez emitidas y colocadas total o parcialmente las acciones de que trata la presente Ley, la sociedad quedará organizada como una Sociedad de Economía Mixta de carácter comercial, del orden nacional, vinculada al Ministerio de Minas y Energía; se denominará Ecopetrol S. A., su domicilio principal será la ciudad de Bogotá, D. C., y podrá establecer subsidiarias, sucursales y agencias en el territorio nacional

y en el exterior.

PARÁGRAFO 1o. Para la determinación por parte de la Asamblea General de Accionistas, del valor inicial de los títulos a emitir, Ecopetrol S. A. contratará, atendiendo los principios de gobierno corporativo, dos diferentes bancas de inversión de reconocida idoneidad y trayectoria en procesos similares en el sector de hidrocarburos. Una de las bancas de inversión además de realizar la valoración de la empresa, se encargará de la estructuración del proceso en todas sus fases.

ARTÍCULO 2o. CAPITALIZACIÓN DE ECOPETROL S. A. En el proceso de capitalización autorizado en el artículo 1° de esta ley, se garantizará que la Nación conserve, como mínimo, el ochenta por ciento (80%) de las acciones, en circulación, con derecho a voto, de Ecopetrol S. A.

PARÁGRAFO 1o. El presupuesto de inversión de Ecopetrol S. A. para los años 2007 y 2008, en ningún caso será inferior al presupuesto de inversión del año anterior, incrementado en el PIB nominal del año anterior.

ARTÍCULO 3o. DEMOCRATIZACIÓN. Para garantizar la democratización de la propiedad accionaria, el programa de emisión y colocación de acciones de Ecopetrol S. A. incluirá dos primeras rondas a las cuales podrán acceder los destinatarios de condiciones especiales de que trata el artículo 3° de la Ley 226 de 1995, los patrimonios autónomos pensionales de Ecopetrol S. A., las entidades territoriales, y cualquier ciudadano colombiano. Agotadas estas rondas, la oferta se extenderá al público en general y a personas naturales o jurídicas.

PARÁGRAFO 1o. Para la emisión a que hace referencia la presente ley, ninguna persona natural podrá adquirir títulos por valor superior a cinco mil (5.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes (smlmv).

PARÁGRAFO 2o. En las dos primeras rondas, cada una de las personas jurídicas que suscriban acciones no podrán adquirir más de un límite porcentual que será fijado por la Asamblea General de accionistas de Ecopetrol S. A., y que en ningún caso excederá el 3% de las acciones en circulación de la empresa.

Exceptúense de esta disposición los fondos de pensiones y cesantías, los fondos mutuos de

inversión y los patrimonios autónomos pensionales de Ecopetrol S. A., los cuales podrán superar el límite atrás indicado, siempre que se ajusten a lo que se determine en los lineamientos de inversión establecidos por la Superintendencia Financiera de Colombia.

En todo caso, colectivamente los fondos de pensiones y cesantías, los fondos mutuos de inversión y los patrimonios autónomos pensionales de Ecopetrol S. A. no podrán adquirir más del 15% de las acciones en circulación de Ecopetrol S. A.

PARÁGRAFO 3o. Ecopetrol S. A. podrá establecer plazos para el pago de un porcentaje de las acciones que se suscriban en las dos primeras rondas.

ARTÍCULO 4o. OBJETIVOS. Ecopetrol S. A. además de los objetivos consagrados en el artículo 34 del Decreto-ley 1760 de 2003, podrá realizar la investigación, desarrollo y comercialización de fuentes convencionales y alternas de energía; la producción, mezcla, almacenamiento, transporte y comercialización de componentes oxigenantes y biocombustibles, la operación portuaria y la realización de cualesquiera actividades conexas, complementarias o útiles para el desarrollo de las anteriores.

ARTÍCULO 5o. ORGANOS DE DIRECCIÓN Y ADMINISTRACIÓN. Ecopetrol S. A., una vez constituida como sociedad de economía mixta, será dirigida y administrada por la Asamblea General de Accionistas, la Junta Directiva y el Presidente de la sociedad, de acuerdo con lo que señalen sus estatutos. La Asamblea General designará los miembros de la Junta Directiva y esta, a su vez, designará al Presidente.

PARÁGRAFO 1o. Los departamentos productores de hidrocarburos explotados por Ecopetrol S. A. tendrán acceso a un asiento en la Junta Directiva de Ecopetrol S. A. que se designará de acuerdo a lo que dispongan los estatutos.

PARÁGRAFO transitorio. Mientras se designan los miembros de la Junta Directiva y el Presidente de la sociedad en la forma establecida en los estatutos, continuarán ejerciendo las respectivas funciones los miembros de la Junta Directiva y el Presidente de Ecopetrol S. A. que estuvieren ejerciendo dichas funciones en el momento en que ocurra el cambio de naturaleza jurídica.

ARTÍCULO 6o. RÉGIMEN APLICABLE A ECOPETROL S. A. Todos los actos jurídicos, contratos y

actuaciones necesarias para administrar y desarrollar el objeto social de Ecopetrol S. A., una vez constituida como sociedad de economía mixta, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado, sin atender el porcentaje del aporte estatal dentro del capital social de la empresa.

ARTÍCULO 7o. RÉGIMEN LABORAL. Una vez ocurra el cambio de naturaleza jurídica de Ecopetrol S. A., la totalidad de los servidores públicos de Ecopetrol S. A. tendrán el carácter de trabajadores particulares y por ende, a los contratos individuales de trabajo continuarán aplicándoles las disposiciones contenidas en el Código Sustantivo del Trabajo, en la Convención Colectiva de Trabajo y en el Acuerdo 01 de 1977, según sea el caso, con las modificaciones y adiciones que se presenten.

Los trabajadores y pensionados de Ecopetrol S. A. continuarán rigiéndose por las normas que hoy les son aplicables en materia de seguridad social.

PARÁGRAFO 1o. A Ecopetrol S. A., una vez constituida como sociedad de economía mixta, no le será aplicable la disposición contenida en el artículo 92 de la Ley 617 de 2000 y las normas que la adicionen, modifiquen o sustituyan.

ARTÍCULO 8o. TRANSICIÓN EN MATERIA DISCIPLINARIA. La Oficina de Control Disciplinario Interno de Ecopetrol S. A. continuará conociendo de los procesos que se encontraren con apertura de investigación disciplinaria hasta por el término de dos (2) años, contados a partir de que la Empresa se constituya como sociedad de economía mixta.

Las demás investigaciones y quejas que a dicha fecha se encontraren por tramitar, pasarán a conocimiento de la Procuraduría General de la Nación, al igual que aquellos procesos disciplinarios que transcurridos los dos años no se hubieren culminado.

ARTÍCULO 9o. CARGAS FISCALES. Ecopetrol S. A. una vez constituida como sociedad de economía mixta, no estará obligada a asumir cargas fiscales diferentes a las derivadas del desarrollo de su objeto social.

PARÁGRAFO 1o. Las cargas fiscales señaladas en el artículo 55 de la Ley 191 de 1995 y en el artículo 17 literal K) de la Ley 161 de 1994, seguirán siendo asumidas por Ecopetrol S. A. durante la vigencia 2007. A partir de la vigencia 2008, dichas cargas serán asumidas por la

Nación en las mismas condiciones, de acuerdo con la ley.

ARTÍCULO 10. TRANSITORIO. Las comunidades colombianas que a la fecha de la expedición de esta ley tengan problemas en lo referente a reubicación de territorios por explotación petrolera, serán solucionados por Ecopetrol S. A. en el menor tiempo posible.

ARTÍCULO 11. VIGENCIA. La presente ley rige a partir de la fecha de su publicación, deroga todas las disposiciones que le sean contrarias, en especial los párrafos 2o y 4o del artículo 5°, el artículo 21, los artículos 33 y 36 al 51 y el párrafo 2o del artículo 52 del Decreto-ley 1760 de 2003 y modifica el artículo 55 de la Ley 191 de 1995 y el artículo 17 literal k) de la Ley 161 de 1994.

(...)”

III. LA DEMANDA

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, el ciudadano Andrés de Zubiría Samper presentó demanda contra la Ley 1118 de 2006 “por la cual se modifica la naturaleza jurídica de Ecopetrol S. A. y se dictan otras disposiciones”.

1.- Vulneración del principio del Estado Social de Derecho

Luego de recordar el surgimiento en el mundo occidental del Estado Social o de Bienestar expresa que el artículo 1° de la Constitución precisa las características de la organización estatal y señala que la noción de Estado Social de Derecho implica la prevalencia de los intereses generales sobre los particulares y cómo deben garantizarse en la vida real los derechos de primera, de segunda y de tercera generación, es decir, los individuales, los colectivos y los universales. Afirma que la Ley 1118 ataca en forma directa el postulado del artículo 1° de la Constitución de 1991 ya que más que desarrollar su enunciado lo que hace es permitir que se enajene hasta el 80% de la principal empresa pública en Colombia, ECOPETROL, “que en el año 2005 aportó a las arcas nacionales más de tres billones de pesos que sirvieron, entre otras causas, para sortear al agudo déficit fiscal existente en las rentas nacionales”.

A continuación expresa que la autorización contenida en el artículo 2° de la Ley 1118 de 2006 “(capitalizar la empresa hasta en un 20%) sería la antesala de la definitiva privatización

de la empresa insignia nacional, ECOPETROL;

2.- Violación del límite constitucional para crear o autorizar la constitución de sociedades de economía mixta.

Al respecto el demandante recuerda el texto del artículo 150-7 de la Constitución conforme al cual corresponde al Congreso hacer las leyes y por medio de ellas, entre otras funciones, ejercer la de “determinar la estructura de la administración nacional, y crear, suprimir o fusionar departamentos administrativos (...); así mismo crear o autorizar la constitución de empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta”. (subrayado en el texto de la demanda).

Señala el demandante que la facultad constitucional del órgano legislativo es exclusivamente para crear o autorizar la constitución de sociedades de economía mixta pero jamás para modificar la estructura de este tipo de entidades descentralizadas, ya que las normas superiores expresan en forma categórica “(...) crear o autorizar la constitución (...)”.

A juicio del demandante, la Ley 1118 en cuanto se enuncia como “por la cual se modifica la naturaleza jurídica de Ecopetrol S. A. y se dictan otras disposiciones”, contraría en forma palmaria el artículo 150-7 porque la autorización constitucional es sólo para crear o autorizar su creación pero no para modificar su naturaleza jurídica.

3.- Vulneración del principio de descentralización funcional

Expresa el demandante que la Carta Constitucional de 1991 en forma expresa señaló que la función pública debe estar al servicio de los intereses generales y, al mismo tiempo, se debe desarrollar siguiendo los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución, esto es los de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la desconcentración y la delegación de funciones.

Sin embargo, asevera, la Ley 1118 vulnera la norma superior ya que en su artículo 6º expresa “Régimen aplicable a Ecopetrol S. A. Todos los actos jurídicos, contratos y actuaciones necesarias para administrar y desarrollar el objeto social de ECOPETROL una vez constituida como sociedad de economía mixta se regirán exclusivamente por las reglas del

derecho privado sin atender el porcentaje de la cuota estatal dentro del capital social de la empresa”.

Así las cosas, expresa el demandante, la citada Ley 1118 no solo viola la norma superior del artículo 209 sino que al mismo tiempo desconoce una larga tradición jurídica en nuestro país que se remonta al año de 1968 cuando el Congreso Nacional reformó la entonces Constitución de 1886 incorporando el concepto de la descentralización funcional y territorial.

Recuerda que con relación a la descentralización funcional o por servicios se estableció en aquel entonces que se podría desarrollar a través de tres modalidades, a) los establecimientos públicos cumpliendo funciones administrativas “y/o” de servicios, con capital estatal y “con poca autonomía”, b) las empresas industriales “y/o” comerciales del Estado asumiendo tres clases de competencias: industriales, comerciales “y/o” de servicios con capital totalmente público y con un nivel relativo de autonomía administrativa, c) las sociedades de economía mixta en las cuales participan entidades públicas ejerciendo funciones industriales, comerciales “y/o” de servicios con capital tanto público (mayoritario) y privado (nacional o extranjero) y su régimen jurídico era como regla general el del derecho privado, “pero algunos de sus actos mantenían el carácter de público, como por ejemplo, los actos de sus Juntas o Consejos Directivos por su especial papel en la estructura del Estado”.

Luego el demandante se refiere a la Ley 489 de 1998 la que a su juicio puede denominarse como la “Ley de la administración pública” y señala que ella reguló in extenso la normatividad aplicable tanto al sector central nacional y territorial, como al sector descentralizado: “establecimientos públicos, empresas industriales y/o comerciales del Estado, empresas sociales del Estado E.S.E., las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios, unidades administrativas y superintendencias con personería jurídica, sociedades de capital pública (sic) institutos de investigación científica entre otras.”

Con base en esta argumentación el demandante expresa que el artículo 6° de la Ley 1118 de 2006 “violando el amplio recorrido histórico de cerca de 40 años” señala que la nueva ECOPETROL se registrará exclusivamente por las reglas del derecho privado sin atender el porcentaje del aporte estatal dentro del capital social de la empresa “llevándose de bulto la norma superior (artículo 209) y las disposiciones de la ley 489 de 1998 que deben aplicarse

de manera preferente, en atención a que es la normatividad genérica que regula todo lo relacionado con las entidades descentralizadas nacionales y territoriales”.

4.- Violación de los principios que orientan la actividad administrativa

El demandante recuerda el contenido del artículo 210 de la Carta Política y al respecto expresa que correspondió a la Ley 489 desarrollar los postulados constitucionales mediante la enunciación de los principios de la actividad administrativa. Así mismo puntualiza dicha norma las finalidades de la función administrativa que se concretan en la satisfacción de las necesidades generales de todos los habitantes y por ello las entidades y organismos deben ejercer las funciones públicas consultando el citado interés.

A juicio del demandante al confrontar los claros contenidos constitucionales con lo dispuesto en la Ley 1118 de 2006 se encuentra que esta última los contradice porque si bien el artículo 3º establece un límite del 3% de las acciones en circulación de la empresa (ECOPETROL S.A.) el parágrafo 3º señala “exceptúense de esta disposición los fondos de pensiones y cesantías, los fondos mutuos de inversión y los patrimonios autónomos pensionales de Ecopetrol S.A., los cuales podrán superar el límite atrás indicado, siempre que se ajusten a lo que se determine en los lineamientos de inversión establecidos por la Superintendencia Financiera de Colombia”.

Así mismo expresa el demandante que se hace un enunciado aparentemente de democratización de la entidad al limitar a un máximo del 3% las acciones que pueden quedar en manos de una persona natural o jurídica y, a renglón seguido, se abre la puerta para que a los fondos mutuos de inversión y los patrimonios autónomos pensionales de ECOPETROL S.A. no se les aplique la citada limitación.

En ese orden de argumentación asevera que “de allí que sea posible que, como muy seguramente ninguna entidad del sector solidario, ni los sindicatos de trabajadores (que tienen la primera opción de compra), ni una persona natural o jurídica tengan “el músculo” financiero para comprar el 3% de las acciones, en la practica serán sólo los Fondos de Pensiones y Cesantías los que van a poder adquirir acciones de la “nueva” ECOPETROL S.A. Pero, debe destacarse que los citados fondos son los que mueven el mercado accionario en Colombia y, a pesar de entronizarse aquellos en nuestro país, con la ley 100 de 1993 se afirmó que los trabajadores que hicieran sus aportes “nunca irían a perder” esto fue una

falacia, porque precisamente en el año 2006 al presentarse una coyuntura económica desfavorable hubo miles de aportantes de los fondos que perdieron miles de millones de pesos, mientras que los Fondos salieron indemnes de la situación crítica, por ello fueron a la puja (pero no la pudieron comprar) de la empresa estatal que transporta el gas domiciliario en Colombia, ECOGAS, cuyo valor final fue de dos billones de pesos”.

Concluye el demandante que mientras las normas superiores del artículo 210 establecen que las entidades descentralizadas deben cumplir con los principios y las finalidades de la actividad administrativa, por su parte, la norma inferior (la Ley 1118 de 2006) “va en total contravía con los postulados superiores, de allí la necesidad de que sea retirada del ordenamiento jurídico”.

5.- Vulneración del postulado de la titularidad estatal del subsuelo

El demandante pone de presente que luego de un amplio recorrido histórico de nuestro país, en el año de 1921 se inició la actividad petrolera a través de la empresa norteamericana Tropical Oil Company en el campo La Cira-Infantas en el valle medio del Río Magdalena a 300 kilómetros de Bogotá y que en el año de 1951 luego de una amplia lucha por parte del movimiento sindical, “se forzó al Estado para producir la reversión de la Concesión De Mares el 25 de agosto de 1951, dando nacimiento a la Empresa Colombiana de Petróleos, dedicándose a la cadena productiva del petróleo, como una empresa industrial y comercial del Estado Colombiano”.

Así mismo recuerda el demandante la evolución de las actividades y adopción de estatutos de ECOPETROL con base en las normas de la reforma constitucional y administrativa de 1968 a la anterior Constitución de 1886 y que fue adscrita al Ministerio de Minas y Energía teniendo el carácter de una empresa comercial de actividades petroleras (Decreto 1209 de 1994).

Expresa que el Decreto 1760 de 2003 modificó la estructura orgánica y convirtió a Ecopetrol S.A. en una sociedad pública por acciones vinculada al Ministerio de Minas y Energía con un capital del 100% estatal y que al mismo tiempo se escindió la empresa original y de ella surgió la denominada Agencia Nacional de Hidrocarburos “quien a partir del año 2003 es la que define la política petrolera, mientras que ECOPETROL se especializó únicamente en la actividad petrolera”.

La Constitución Política de 1991, dice el demandante, reiteró en el artículo 332 que el Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables sin perjuicio de los derechos adquiridos y perfeccionados con arreglo a las leyes existentes y confronta ese contenido con el del artículo 1º de la Ley 1118 que al determinar la naturaleza de ECOPETROL S.A. autorizó a esta empresa la emisión de acciones para que sean colocadas en el mercado y puedan ser adquiridas por personas naturales o jurídicas. Dicha disposición determina que “una vez emitidas y colocadas total o parcialmente las acciones de que trata la presente ley la sociedad quedará organizada como una sociedad de economía mixta de carácter comercial, del orden nacional, vinculada al Ministerio de Minas y Energía; se denominará ECOPETROL S.A., su domicilio será la ciudad de Bogotá D. C., y podrá establecer subsidiarias, sucursales y agencias en el territorio nacional y en el exterior”.

El demandante anota que al paso que la norma superior (artículo 332) protege y garantiza plenamente la titularidad estatal del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, la norma inferior (Ley 1118 de 2006) convierte a Ecopetrol en una sociedad de economía mixta pero regida íntegramente por el derecho privado potenciando una eventual privatización total en el futuro a pesar de que en la precitada ley sólo se autoriza la enajenación del 20% de su capital en el año 2007 y “llevándose de un plumazo la rica tradición normativa de la principal empresa pública del país desde el año de 1951 es decir con más de 55 años de aportes multimillonarios a las arcas de la Nación y, a partir de ahora, la pregunta es: qué interés tendrá la nueva ECOPETROL para girar recursos millonarios anualmente, si a partir del año 2007 será una sociedad de economía mixta, con la participación del 20% de los particulares (léanse los Fondos de Pensiones y Cesantías, e indirectamente, las multinacionales petroleras) al tiempo de que quién girará los dos 2.7 billones de pesos para subsidiar la gasolina en el país que actualmente los asume ECOPETROL, 100% estatal?

6.- Violación del bien común como límite de la actividad privada

El demandante expresa que el artículo 333 de la Constitución de 1991 garantiza la actividad de las empresas privadas pero establece un límite: el bien común. Y esto quiere decir que prevalecen los intereses generales sobre los particulares.

Por el contrario, según el demandante, la Ley 1118 de 2006 al convertir a ECOPETROL en una sociedad de economía mixta (con aporte público del 80% y privado del 20%) al revés de

garantizar el bien público lo que hace es posibilitar la prevalencia de los intereses privados sobre los de carácter público y general, violentando entonces los postulados de la norma superior, lo que debe llevar como consecuencia necesaria a su declaratoria de inexequibilidad total.

7.- Vulneración del principio constitucional de la dirección general de la economía por parte del Estado.

El demandante manifiesta que “la dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, en la distribución, utilización y consumo de bienes (...)”.

En este punto asevera que el artículo 2° de la Ley 1118 de 2006 al permitir la enajenación del 20% del capital de ECOPETROL pone en grave peligro la garantía constitucional citada puesto que al contrario de lo esbozado en las normas superiores la norma inferior permite que los particulares (hasta en un 20% del capital accionario) entren a participar en una actividad de tipo estratégico cual es la explotación de nuestros recursos naturales no renovables, como lo es la actividad petrolera, poniendo en entredicho el postulado superior (artículo 334).

8.- Violación de las finalidades sociales del Estado.

En este apartado el actor reitera que la Ley 1118, al convertir a Ecopetrol en sociedad de economía mixta (con una participación de los particulares hasta del 20% del capital social) también puede colocar en grave riesgo la garantía para las entidades territoriales (regiones, departamentos, provincias, municipios, distritos y territorios indígenas) de los derechos que éstas tienen sobre la explotación de los recursos naturales no renovables en sus territorios “ya que existiendo una participación (así sea minoritaria de los particulares) ¿Quién va a garantizar que reciban los multimillonarios recursos por concepto de regalías?”.

En la parte final de su escrito el demandante reitera la necesidad de declarar la inexequibilidad total de la Ley 1118 de 2006 para restablecer la noción del Estado Social de Derecho, (artículo 1º), hacer cumplir el límite material que tiene el Congreso Nacional sólo para crear o autorizar la creación de sociedades de economía mixta (artículo 250-7), el

principio de descentralización funcional (artículo 209), los principios de la actividad administrativa (artículo 210), la titularidad estatal sobre el subsuelo (artículo 332), el límite del bien común a la actividad privada (artículo 333), la dirección estatal de la economía (artículo 334) y garantizar a las entidades territoriales la obtención de regalías por la explotación de los recursos naturales no renovables en su territorio (artículo 360).

I. INTERVENCIONES

1. Intervenciones presentadas dentro del término de fijación en lista

1.1 Ministerio de Minas y Energía

El Ministerio de Minas y Energía interviene en el proceso a través de la Doctora Clara Stella Ramos Sarmiento, Directora de la Oficina Jurídica de esa entidad, quien solicita que se declare la exequibilidad de la Ley 1118 de 2006.

Inicialmente señala que el demandante se limita a citar las normas constitucionales violadas sin explicar cómo son vulneradas por la Ley 1118 de 2006 y que, además, los cargos están basados en supuestos y especulaciones que no se derivan de la ley, sino de la subjetividad del demandante. Luego se refiere a las razones de la violación invocadas por el actor de la siguiente manera:

(i) Respecto del cargo por violación del Estado Social de Derecho, señala que la ley acusada no contempla la privatización o enajenación de ECOPETROL, sino la emisión y colocación de acciones para lograr su capitalización, con base en un principio de democratización de la propiedad. Que “privatizar es transferir una empresa o actividad pública al sector privado y capitalizar es inyectar más recursos a una sociedad,” lo que no implica que la empresa pase a manos privadas y deje de repartir utilidades a sus socios, entre quienes están la Nación y otras entidades públicas. Cita diversos apartes de la exposición de motivos y advierte que si no se hace la capitalización de ECOPETROL la empresa no será viable en el futuro cercano, de forma que “no se explica cómo puede afirmarse que una ley es violatoria del principio del estado social de derecho, cuando lo que busca justamente es implementar un mecanismo que permitirá garantizar la sostenibilidad futura de la Empresa, permitiendo la inversión de

unos recursos importantes, que a su vez darán como resultado la obtención de utilidades para la Nación, con miras a la redistribución en inversión social.” Concluye que la Ley 1118 desarrolla plenamente el principio de prevalencia del interés general sobre el particular, pues garantiza la participación estatal (no inferior al 80%) y el fortalecimiento y solidez de ECOPETROL.

(ii) Con relación al segundo cargo (violación del límite legal para crear o autorizar la constitución de Sociedades de Economía Mixta), indica que la intervención del legislador era necesaria para vender acciones a particulares, pues el artículo 52 del Decreto Ley 1760 de 2003 había establecido un límite a la emisión accionaria de la Empresa, al señalar que la misma sólo podría tener como finalidad su colocación “a nombre de patrimonios autónomos, para pagar los aportes que deba hacer ECOPETROL S.A. a estos patrimonios, destinados a cubrir obligaciones pensionales de la empresa”. Que, en esa medida, el objetivo de la ley no es crear una sociedad de economía mixta, sino autorizar la venta de una parte de su participación accionaria “que tiene la lógica consecuencia de modificar la naturaleza jurídica de ECOPETROL.”

(iii) Frente a la vulneración del principio de la descentralización funcional por someter a ECOPETROL al derecho privado, considera que basta verificar el contenido del artículo 209 de la Constitución Política para concluir que el artículo 6º de la Ley 1118 de 2006 no lo desconoce, pues la transformación de Sociedad Pública por acciones a Sociedad de Economía Mixta hace necesario ajustar el régimen jurídico aplicable, “que no es otro que el régimen de derecho privado, tal como se encuentra definido en el artículo 97 de la Ley 489 de 1998.” Cita apartes de la Sentencia C-629 de 2003 en la que la Corte Constitucional se refirió al régimen legal de las sociedades de economía mixta y concluye que la Ley 1118 de 2006 no contradice los preceptos constitucionales y legales “toda vez que no señala nada diferente a lo dispuesto en la normatividad aplicable cuando prevé que una vez ECOPETROL S.A. se constituya en sociedad de economía mixta se regirá por el derecho privado.” Que ECOPETROL es una empresa petrolera que participa en un mercado abierto en el que existen otros participantes, por lo que requiere un régimen legal adecuado que le permita competir de manera ágil y eficiente. Señala finalmente que la Ley 489 de 1998 no es parámetro de constitucionalidad y por ello no permite fundar cargos de inexequibilidad contra la Ley 1118 de 2006.

(iv) A la acusación por violación de los principios que orientan la función administrativa (art. 210 C.P.) por el hecho de que las personas jurídicas tienen un límite del 3% para adquirir acciones, del cual están exceptuados los fondos de pensiones y cesantías, los fondos mutuos de inversión y los patrimonios autónomos pensionales de ECOPETROL, la interviniente responde que la debilidad de la acusación es manifiesta pues no existe ninguna relación entre el contenido de la norma constitucional y el artículo 3º de la Ley 1118 de 2006 que se acusa. Considera que aunque no resultaba aplicable el artículo 60 de la Constitución Política sobre democratización de la propiedad accionaria del Estado (por tratarse de una capitalización y no de una privatización), el legislador consideró conveniente tenerlo en cuenta y por ello se siguieron los parámetros de la Ley 226 de 1995 sobre publicidad, libre concurrencia y ofrecimiento preferencial de acciones al sector solidario, fondos pensionales y ciudadanos en general, con límites precisos para evitar la concentración accionaria. Que, por tanto, la Ley garantiza una amplia participación de los sectores sociales que desvirtúa cualquier argumento para decir que se trata de una “aparente democratización”.

(v) Con relación al cargo por violación de la propiedad estatal del subsuelo porque se potencializa la eventual privatización total de ECOPETROL, indica que la inconstitucionalidad de la ley no se puede edificar en la intención futura del legislador. Que en todo caso las utilidades de la Empresa seguirán siendo del Estado, “ya que éste continúa como propietario del mismo 100% que tenía antes de la capitalización, y por tanto no habrá reducción de las arcas del Estado.” Indica que no puede confundirse la titularidad del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, que es del Estado, con la administración de los mismos por parte de una entidad estatal por voluntad del legislador. Que, en ese sentido, ECOPETROL fue administrador del recurso, no propietario, entre 1974 y 2003, hasta que dicha función fue trasladada a la Agencia Nacional de Hidrocarburos (Decreto 1760 de 2003), de forma que no existe ninguna cesión de la titularidad estatal sobre el subsuelo.

(vi) En lo tocante al cargo por violación del bien común como límite de la actividad privada (art.333 C.P.), considera que es improcedente pues la única finalidad de la ley es fortalecer el patrimonio que el Estado tiene en ECOPETROL. Que por tanto, la ley permitirá cumplir el postulado del bien común “dadas las condiciones decadentes de la empresa antes de su expedición” y la fuerte competencia a la que está sometida, “de forma que para su sostenimiento debe competir por los nuevos bloques exploratorios ofertados por la ANH”. Indica que las utilidades de Ecopetrol no sólo se recibirán por los accionistas privados y que

éstos también asumirán el riesgo de la actividad y las pérdidas que pudieran generarse en su desarrollo.

(vii) Frente al cargo por vulneración del deber general de la dirección de la economía por parte del Estado (art. 334), al permitir la participación de los particulares en una actividad estratégica, la interviniente señala que el actor sólo invoca razones subjetivas que no pueden llevar a declarar la inconstitucionalidad de la Ley 1118 de 2006. Reitera que con el Decreto 1760 de 2003 ECOPETROL dejó de administrar el recurso hidrocarburífero de la Nación y que su actividad se volvió puramente comercial e industrial. Que, además, el Estado conserva su facultad de intervención en la actividad petrolífera, tal como lo ha hecho desde el Decreto 1056 de 1953, cuyo contenido se ha adaptado de acuerdo con las necesidades históricas del país. Recuerda que en materia de exploración y explotación de hidrocarburos la regla general ha sido siempre la libre concurrencia de compañías privadas, nacionales y extranjeras, de forma que no existe ninguna novedad en la participación de los particulares en esta industria, como erradamente lo expresa el actor.

(viii) Finalmente, respecto del cargo por violación de las finalidades sociales del Estado porque no existirá garantía del traslado de las regalías a las entidades territoriales, la representante del Ministerio señala que el actor se equivoca una vez más, porque las regalías se causan por un hecho objetivo (la producción), que no tiene ninguna relación con la composición accionaria de quien realiza la actividad. Indica que las Leyes 141 de 1994 y 756 de 2002 reglamentan la participación de las entidades territoriales en las regalías petrolíferas, cuya liquidación corresponde al Ministerio de Minas y Energía, al paso que su recaudo y giro es competencia de la Agencia Nacional de Hidrocarburos y su control y vigilancia del Departamento Nacional de Planeación, conforme a los Decretos 195 de 2004 y 4355 de 2005. Que ninguno de estos aspectos es regulado ni modificado por la Ley 1118 de 2006.

Concluye finalmente que todos los cargos están planteados como opiniones y conceptos, “pero sin ninguna base constitucional que implique alteración de la Carta Política por parte de ninguno de los postulados de la Ley 1118, que además está acorde con las facultades que le otorga al Congreso la propia Carta Política”.

1.2 Ministerio de Hacienda y Crédito Público

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público concurre al proceso a través de la Doctora Andrea Ortegón López, asesora del Despacho del Viceministerio Técnico, quien solicita a la Corte declararse inhibida por ineptitud sustantiva de la demanda o, en su defecto, declarar la exequibilidad de la Ley 1118 de 2006.

Inicialmente señala que el actor se limita a enunciar y transcribir las normas que considera violadas, sin precisar de manera clara y concreta los argumentos en los cuales se fundamentan sus pretensiones. Cita la Sentencia C-784 de 2005 y el artículo 2º del Decreto 2067 de 2001, con base en lo cual considera que los cargos de inconstitucionalidad deben ser claros, ciertos, específicos, pertinentes y suficientes, calidad que no se observa en las acusaciones de la demanda, toda vez que el actor “se limitó a leer superficialmente la norma acusada, transcribirla y compararla formalmente, emitiendo juicios de valor históricos y efectuando unas vagas e imprecisas consideraciones económicas con la totalidad de los artículos que conforman la ley.” Que, además, el demandante presenta argumentos subjetivos y opiniones personales que no permiten confrontar la ley acusada con los textos constitucionales invocados.

Con relación a la constitucionalidad de la Ley 1118 de 2006 expone los siguientes argumentos:

(i) Debe tenerse en cuenta que lo autorizado no es la privatización de ECOPETROL sino su capitalización, “que lejos de ser una venta de la propiedad accionaria de la Nación en la empresa, consiste en la emisión y colocación de nuevas acciones en el mercado con el fin de captar recursos frescos para la empresa.”

(ii) La empresa requiere fuertes gastos de inversión que si no se realizan llevarán a su deterioro, ante el descenso de producción de los pozos actuales y la falta de capacidad financiera de ECOPETROL. Por ello, la Ley 1118 atiende los mandatos constitucionales de velar por el interés general y orientar la dirección general de la economía.

(iii) Si ECOPETROL hubiera realizado las inversiones que necesita con sus propios recursos reduciendo el traslado de utilidades al Estado “hubiera entrado a competir con el gasto social prioritario de la Nación (educación, salud, vivienda, etc.)”. Por tanto, es adecuado acudir a la vinculación de capital privado.

(iv) El artículo 2º de la ley acusada establece que la Nación mantendrá el 80% de la propiedad accionaria de la empresa, con lo cual se garantiza el control político sobre ella y se da cumplimiento a los mandatos constitucionales de dirección del Estado sobre la economía.

(v) La Ley 1118 de 2006 no regula la titularidad del Estado sobre el subsuelo. Señala que ECOPETROL sólo fue su administrador del petróleo en virtud del Decreto 2310 de 1974, hoy derogado por el Decreto 1760 de 2003, que trasladó esa función a otra entidad.

(vi) El pago de regalías a las entidades territoriales no se verá afectado, pues ello no depende de la naturaleza jurídica de ECOPETROL, sino de la actividad de explotación de los recursos naturales, en este caso, petróleo y gas. Igualmente, los impuestos que paga la entidad son independientes de su composición accionaria y el traslado de utilidades a la Nación depende de la participación de ésta en la empresa y de la productividad en el desarrollo de su actividad comercial, de forma que de no realizarse las inversiones requeridas, los beneficios de la Nación se reducirán paulatinamente.

(vii) De acuerdo con el numeral 7º del artículo 150 de la Constitución Política, el legislador puede determinar la estructura del Estado y crear y suprimir entidades, “lo que demuestra la gran configuración normativa que tiene”. Por ello, el Congreso puede modificar la naturaleza y organización administrativa de una entidad, tal como lo hizo la Ley 1118 de 2006 respecto de ECOPETROL.

Concluye que, conforme a lo expuesto, la ley acusada respeta todos los postulados del Estado Social de Derecho y obedece a la búsqueda de la primacía del interés general sobre el particular, “asegurando la sostenibilidad de la empresa”. Así, “atendiendo los postulados de la buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, economía, imparcialidad, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia,” se permite la supervivencia de ECOPETROL, sin poner en riesgo la titularidad del Estado sobre el subsuelo y sobre los recursos naturales no renovables.

1.3 Agencia Nacional de Hidrocarburos

La Agencia Nacional de Hidrocarburos comparece al proceso a través de apoderado, Doctor José Armando Zamora Reyes, quien solicita a la Corte que se declare inhibida para fallar o, en

su defecto, que declare la exequibilidad de la Ley 1118 de 2006.

1.3.1 Solicitud de Inhibición.

Considera que la Corte debe declararse inhibida para fallar porque: (i) el cargo por violación del Estado Social de Derecho gira en torno de una apreciación subjetiva en relación con la eventual venta del 100% de la Entidad y no en razones objetivas de inconstitucionalidad; (ii) frente a la presunta vulneración del límite constitucional que se deriva del artículo 150-7 de la Constitución, el actor no expresa ninguna razón para fundamentar porqué se trata de una operación prohibida por la Constitución; (iii) la vulneración del principio de descentralización funcional no se basa en argumentos constitucionales ni se señala qué reglas de derecho privado podrían contrariar el estatuto superior; (iv) en lo relativo al desconocimiento de los principios que orientan la función administrativa en virtud de lo dispuesto por el artículo 3º de la Ley 1118 de 2006 (que exceptúa a los fondos de pensiones y cesantías, a los fondos mutuos de inversión y a los patrimonios autónomos pensionales de ECOPETROL del límite del 3% para la adquisición de acciones), el cargo se basa en apreciaciones subjetivas, respecto a la eventual incapacidad financiera del sector solidario, los sindicatos, los trabajadores y las personas naturales y jurídicas para comprar acciones de la empresa; (v) en cuanto a la vulneración del postulado de la propiedad estatal sobre el subsuelo, la demanda se limita a citar algunos apartes de la historia de ECOPETROL, pero “al igual que en los anteriores, el demandante no explica el fundamento de su inconformidad y no es posible deducir de su afirmación vulneración alguna del Estatuto Superior”; (vi) respecto de la vulneración del bien común como límite de la actividad privada, porque la ley permite una participación del 20% de capital privado, “tampoco se presentan razones por las cuales se pueda concluir que a partir de la capitalización de una empresa se vulnere la Constitución Política”; (vii) sobre la violación del principio constitucional de la dirección de la economía por parte del Estado, el demandante no justifica porqué la participación de capital privado en un 20% de ECOPETROL desconoce el artículo 334 de la Constitución; y (viii) frente a la violación de las finalidades sociales del Estado por la eventual pérdida de regalías por las entidades territoriales, no se expresan razones constitucionales que sustenten esa afirmación.

1.3.2. Constitucionalidad de la Ley 1118 de 2006.

Defiende la constitucionalidad de la Ley 1118 de 2006 con base en las siguientes

consideraciones:

(i) La Ley 1118 de 2006 no establece la privatización de la empresa sino su capitalización, lo cual es coherente con la orientación que el Decreto Extraordinario 1760 de 2003 le dio a los recursos hidrocarburíferos de propiedad de la Nación, en el sentido de trasladar la función de administración del recurso a la Agencia Nacional de Hidrocarburos y concebir a ECOPETROL S.A. como “una empresa exploradora y productora de hidrocarburos, en condiciones de competencia con las demás empresas que desarrollan este objeto”. En esa medida, se hace necesaria la capitalización de la Empresa para lograr su sostenibilidad y competitividad, tal como se expresó en la exposición de motivos del proyecto de ley, de la que se citan algunos apartes. Por ello, “no se entiende de qué manera el demandante pueda concluir que con la norma acusada se desnaturalice la definición del Estado Social de Derecho”, pues la Ley 1118 de 2006 “consagra instrumentos a través de los cuales se fortalece a ECOPETROL S.A., lo cual redundará en el adecuado abastecimiento de la demanda interna de hidrocarburos y en el incremento de los ingresos del Estado”.

(ii) El artículo 150-7 de la Constitución Política no le impide al legislador reconocer los efectos de la capitalización de ECOPETROL adaptando su naturaleza jurídica, de manera que el cargo presentado por esta vía no puede prosperar.

(iii) El artículo 6º de la Ley 1118 de 2006, al prever que ECOPETROL será sociedad de economía mixta regida por el derecho privado, no desconoce el artículo 209 de la Constitución, ya que con ello se mantienen los mismos lineamientos de los artículos 97 de la Ley 489 de 1998 y 461 del Código de Comercio en relación con el régimen legal de las sociedades de economía mixta.

(iv) El ataque que el accionante hace contra el artículo 3º de la ley demandada por el supuesto desconocimiento del artículo 210 de la Constitución Política no tiene fundamento, pues la ley tuvo en cuenta los principios de igualdad, transparencia, responsabilidad e imparcialidad, los cuales se concretaron en la aplicación de los mecanismos de democratización de la propiedad accionaria previstos en la Ley 226 de 1995. Por ello, “claramente el artículo 3º de la Ley demandada está orientado a promover la participación de cualquier interesado en el proceso de capitalización y, por ende, carecen de todo fundamento las afirmaciones hechas por el demandante, sobre los fondos de pensiones y

cesantías, las cuales sólo las sustenta en apreciaciones subjetivas sobre la capacidad financiera de quien pretenda participar en el proceso.”

(v) La Ley 1118 se refiere a aspectos estructurales de ECOPETROL y, en esa medida, “en lo absoluto podría alterar la titularidad de la propiedad del subsuelo.” El actor confunde la autorización dada a ECOPETROL para explotar el recurso hidrocarburífero, con la propiedad del mismo. El Decreto 1760 de 2003 ratificó la propiedad estatal del Estado sobre el subsuelo y le dio su administración exclusiva a la Agencia Nacional de Hidrocarburos “y la actividad de exploración y explotación se dejó en manos de las empresas que actúan en este mercado, dentro de las cuales se encuentra Ecopetrol S.A.”

(vi) El actor desconoce el régimen de regalías, pues éstas no se generan en razón de la propiedad accionaria del explotador del recurso, sino en virtud de “la producción total obtenida en boca de pozo y, por ende, ésta no tiene ninguna relación con dicha capitalización”. La normatividad que regula la fiscalización, recaudo y giro de regalías se ha mantenido incólume y por tanto “con la expedición de la Ley 1118 de 2006 se continúan brindando las mismas garantías a los beneficiarios de dichas participaciones”.

1.4 ECOPETROL S.A.

ECOPETROL S.A. interviene en el proceso a través de su apoderado general, Doctor Rafael Guillermo Manrique, quien solicita que la norma acusada sea declarada exequible, con base en los siguientes argumentos:

(i) Respecto de la legitimidad de la ley acusada frente al principio del Estado Social de Derecho señala que el actor parte de un supuesto errado al afirmar que la ley permite la privatización de ECOPETROL, porque lo que ella establece es la capitalización de la empresa, con la obligación de que la Nación conserve el 80% de su propiedad. Indica que, precisamente, el artículo 1º de la Constitución se refiere a una República unitaria y descentralizada, “lo que necesariamente implica la existencia de cierto grado de libertad para el manejo de algunas actividades de nivel predominante y del orden administrativo”. Que el mismo artículo 1º de la Constitución establece que Colombia es un Estado participativo, lo cual se concreta en la Ley 1118 de 2006 con la democratización de la propiedad accionaria de Ecopetrol y la posibilidad de que el sector solidario sea el primero en acceder a ella, lo que no representa ya ningún problema frente a la función administrativa

que desempeñaba Ecopetrol, pues la misma fue trasladada a la Agencia Nacional de Hidrocarburos, en virtud del Decreto 1760 de 2003.

(ii) Con relación al artículo 150-7 de la Constitución afirma que es preciso observar que el mismo le otorga amplias facultades al Congreso para determinar la estructura de la Administración y crear, suprimir o fusionar las entidades del Estado. Que, por tanto la interpretación del actor es limitada al querer concluir que dentro de tal espectro de configuración el legislador no puede modificar el régimen de una entidad. Que, en todo caso, la Ley 1118 de 2006 “también está autorizando, a partir de una sociedad pública por acciones ya establecida, la creación de una entidad con naturaleza jurídica distinta, utilizando para tal propósito la transformación de la misma hacia la condición de sociedad de economía mixta.” Considera que la ley no crea la sociedad de economía mixta sino que contiene la autorización para ello, pues esta forma empresarial requiere la convergencia de la voluntad del Estado y de los particulares. Señala que la facultad del legislador de transformar las entidades ya existentes también se deriva del artículo 150-1 (cláusula general de competencia), más aún si se tiene en cuenta que conforme a los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución, una decisión de esa naturaleza no estaría en cabeza del Presidente de la República.

(iii) Frente al desconocimiento del artículo 209 de la Constitución por violación del principio de la descentralización funcional, considera que el actor no explica su cargo y que, además, la sujeción de ECOPETROL al derecho privado es consecuencia de su condición de sociedad de economía mixta, tal como para esas entidades lo establece la Ley 489 de 1998. Recuerda que la transformación de ECOPETROL se hizo con el Decreto 1760 de 2003, expedido con fundamento en la Ley 790 de 2002 y que a partir de ese momento la empresa únicamente conservó su función industrial y comercial y se liberó de la condición de administrador y regulador de los recursos petrolíferos del Estado. Todo ello con el fin de darle mayor autonomía y permitirle “competir desde lo público en la industria y el mercado del hidrocarburo”. Indica que a partir de estos cambios, la Agencia Nacional de Hidrocarburos, como administradora del recurso, ha hecho esfuerzos por vincular inversión nacional e internacional en la actividad petrolífera, lo que ha llevado al ingreso de nuevas empresas que competirán con ECOPETROL en condiciones de mercado, lo que requiere un régimen de derecho privado, que en todo caso no prive a la Nación del adecuado control de la empresa.

(iv) En cuanto a la violación de los principios que orientan la actividad administrativa, señala que el actor no fundamenta su cargo y que el artículo 3º acusado no guarda relación con el artículo 210 de la Constitución Política, pues “en nada tiene que ver la reglamentación específica del proceso de democratización en la capitalización dispuesta en la Ley 1118 - aspecto que garantiza precisamente los principios de participación y publicidad a que alude el artículo 210 constitucional- con la legitimidad del legislativo para crear, autorizar y disponer el régimen jurídico de las entidades descentralizadas.”

(v) Respecto de la titularidad del Estado sobre el subsuelo expresa que la Ley 1118 de 2006 no regula esa materia, por lo que no puede violar el artículo 332 de la Constitución Política. Que basta indicar que ECOPETROL fungió como administrador del recurso hidrocarburífero hasta el año 2003, cuando el Decreto 1760 de 2003 trasladó dicha función a la Agencia Nacional de Hidrocarburos. Así, “ECOPETROL no dispone ni es dueño del subsuelo, como hoy no lo es la ANH. Valga la pena decir que no se puede confundir el recurso con su administrador”.

(vi) Con relación al desconocimiento del bien común como límite de la actividad privada señala que no hay ningún cargo concreto (art. 334 C.P) y que, en todo caso, el desarrollo de una actividad por los particulares no implica necesariamente un perjuicio para lo público, por lo que bien sea en cabeza del Estado o de una persona de derecho privado, lo importante es que se actúe de buena fe y con fundamento en los principios generales de la adecuada administración, “para lo cual se dispone de los órganos internos y externos de control de cada empresa o persona”.

(vii) Sobre las finalidades sociales del Estado que el actor considera violadas por la incertidumbre en que quedarían las regalías de las entidades descentralizadas, manifiesta que no existe cargo porque nada tiene que ver la composición accionaria de la empresa con ese tema. Indica que las regalías no se causan por la actividad pública sino por la explotación del recurso, que su control se encuentra actualmente en la Agencia Nacional de Hidrocarburos y que, además, la Ley 1118 no modifica en lo absoluto el régimen legal vigente de las regalías.

1.5 Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario

Luego de referirse a los requisitos de claridad, certeza, especificidad, pertinencia y

suficiencia de los cargos de constitucionalidad, señalan que los siguientes se encuentran indebidamente formulados y por ende la Corte debe inhibirse de su estudio:

(i) violación del Estado Social de Derecho, porque las razones expuestas por el actor no son ciertas ni específicas, ya que se basan en especulaciones y supuestos que no se derivan de la norma acusada (privatización total de ECOPETROL, pérdida de recursos fiscales para la Nación etc.);

(ii) vulneración del principio de descentralización funcional (art. 209 C.P), en la medida que el cargo no es específico (el demandante se limita a “transcribir el artículo 209 superior, afirmando que la norma acusada vulnera dicha disposición, sin hacer el más mínimo esfuerzo argumentativo”) ni pertinente (se pretende construir la inconstitucionalidad con base en el incumplimiento de una tradición jurídica y del supuesto desconocimiento de una norma legal de igual jerarquía -Ley 489 de 1998-);

(iii) violación del postulado de titularidad estatal del subsuelo, porque el cargo es incierto (la ley no permite la privatización total de ECOPETROL ni se refiere a la propiedad del Estado sobre el subsuelo) y tampoco es específico.

(iv) violación del bien común como límite de la actividad privada (art. 333 C.P.), porque nuevamente no se avizora cómo se vulnera el bien común con la venta del 20% de la propiedad accionaria de ECOPETROL, de manera que el cargo carece de claridad.

(v) vulneración del principio constitucional de la dirección general de la economía porque el cargo tampoco es claro y porque, en todo caso, Ecopetrol también se sujeta las reglas que dicte el legislador al intervenir en la economía.

(vi) violación de las finalidades sociales del Estado por el riesgo en la transferencia de regalías a las entidades territoriales (art. 360 C.P.), pues el cargo carece de certeza al querer darle a la ley un alcance que no tiene.

Con relación a los demás cargos y a la constitucionalidad de la ley acusada, indican que el Estado Social de Derecho permite la evolución y adaptación del Estado a sus nuevas realidades, mediante cambios legislativos como los que regula la Ley 1118 de 2006. Señalan que el legislador ha permitido que la industria petrolera sea una actividad basada en reglas

de mercado y en la libre competencia, con el fin de que ello se refleje en mayor calidad de los bienes y servicios y de la rentabilidad estatal. Que, además, la capitalización de Ecopetrol está basada en mecanismos que permiten la democratización de la propiedad, “generando mayor participación ciudadana”. Recuerdan que la privatización de la propiedad del Estado está regulada en la Ley 226 de 1995 y que su constitucionalidad ha sido declarada por la Corte Constitucional en diversas sentencias, tales como la C-342, C-343, C-384, C-391 y C-392 de 1996, de forma que se puede concluir que el Congreso actuó con base en las facultades que se derivan del artículo 150-7 de la Constitución y, por ello, no tenía impedimento para autorizar la venta de parte de las acciones de ECOPETROL.

1.6 Universidad Externado de Colombia

El Doctor Juan José Espitia interviene en el proceso en su calidad de profesor del Departamento de Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia y ciudadano colombiano y solicita que se declare la exequibilidad de la Ley 1118 de 2006, para lo cual se refiere a cada uno de los cargos de la demanda, así:

(i) Violación del principio social del derecho: El Estado Social de Derecho como principio constitucional es una norma de interpretación, con textura abierta y eficacia indirecta, de la cual no se deriva una regla jurídica específica que permita fundamentar por sí sola un cargo de inconstitucionalidad. Así mismo, el cargo es inconducente porque ni el cambio de régimen jurídico de ECOPETROL ni el supuesto de su privatización tergiversan el principio del Estado Social de Derecho; no se observa que la Ley 1118 de 2006 ponga en riesgo la realización de los derechos fundamentales o restrinja las posibilidades de interpretación de los postulados constitucionales. Además, el cargo parte de suposiciones y apreciaciones subjetivas del demandante y aún si la ley permitiera privatizar el 100% de ECOPETROL como afirma erradamente el actor, en todo caso no se violaría el principio del Estado Social de Derecho, pues ninguno de sus fines (igualdad real, eficacia de los derechos fundamentales, justicia material y protección de sujetos en estado de debilidad manifiesta) depende de quien sea el propietario de una empresa dedicada a la explotación de hidrocarburos.

(ii) Violación de límite constitucional para crear o autorizar la constitución de sociedades de economía mixta: la acusación del demandante está basada en que no existe una facultad expresa en la Constitución para transformar o extinguir este tipo de sociedades, lo que lo

llevaría a dos hipótesis desatinadas: a.) que ninguna autoridad está facultada para tomar ese tipo de decisiones, de forma que dichas entidades tienen un derecho inmodificable a existir en la forma en que fueron creadas; o b.) que sería un asunto que solamente podría regular el constituyente primario. Una interpretación adecuada de la Constitución lleva a concluir que estas decisiones son propias del Congreso de la República, pues si éste puede crear o autorizar la constitución de sociedades de economía mixta, “con mayor razón tiene la posibilidad de modificarlas u ordenar su extinción”, facultad que se ratifica con la cláusula general de competencia derivada del artículo 150-1 de la Constitución, según la cual al legislador le corresponde “interpretar, reformar y derogar las leyes”.

(iii) Vulneración del principio de descentralización funcional: La acción de inconstitucionalidad no está prevista para atacar una ley por desconocimiento de una anterior. Al revisar el cargo se observa que si bien se enuncia el artículo 209 de la Constitución, la comparación se hace contra el contenido de la Ley 489 de 1998, lo cual es improcedente. Además, el legislador tiene una amplia potestad de configuración normativa a partir de la cual puede variar, ampliar o restringir el modelo o estructura de la Administración Pública “e incluso apartarse de esquemas que se han establecido de manera general a través de las leyes”. En ese sentido, la Ley 489 de 1998 es una ley ordinaria contentiva de reglas generales que el mismo legislador puede modificar. Se puede concluir que “la Ley 1118 de 2006 es un legítimo ejercicio de la libertad de configuración legislativa del Congreso, que no contraviene ningún principio legal, que establece una excepción válida al régimen general establecido en la Ley 489 de 1998, pero que no vulnera ninguna disposición Superior.”

(iv) Violación de los principios que orientan la función administrativa: en este cargo el actor también se apoya en la violación de la Ley 489 de 1998 y, además, parte de simples suposiciones que no tienen fuerza para fundamentar un juicio de constitucionalidad. No tiene sustento afirmar que ninguna entidad del sector solidario, ni los sindicatos de trabajadores, ni las personas naturales o jurídicas tendrán capacidad financiera para adquirir acciones de Ecopetrol y, por el contrario, la regulación contenida en la Ley 1118 de 2006 para la venta de las acciones emitidas es una realización de la Ley 226 de 1995 y del artículo 60 de la Constitución sobre democratización de la propiedad estatal. Finalmente, el cargo está basado en motivos de conveniencia que no sirven para apoyar un cargo de inconstitucionalidad y parte de la satanización de los fondos de pensiones y cesantías, olvidando que estos manejan recursos de los trabajadores y pensionados colombianos.

(v) Vulneración del postulado de titularidad estatal del subsuelo: la Ley 1118 de 2006 no trata en ninguno de sus artículos el tema de la propiedad estatal del subsuelo, por lo que no existe ninguna relación entre el cargo propuesto y las normas supuestamente violadas. El actor se basa nuevamente en suposiciones que no se derivan de la ley, como sostener que los adquirientes de las acciones serán las multinacionales petroleras y que esas empresas no tendrán interés en girar recursos al Estado o subsidiar la gasolina. También se invocan motivos de conveniencia ajenos al juicio de constitucionalidad, como los relacionados con el cambio de la tradición jurídica en materia de hidrocarburos o el perjuicio que se deriva de la participación privada en una empresa del Estado.

(vi). Violación del bien común como límite de la actividad privada. El bien común como límite de la actividad privada (art. 333 C.P.) enmarca la actividad de todo agente económico independientemente de la naturaleza jurídica o del carácter público o privado de la persona que la desarrolla, de forma que “la modificación del régimen jurídico de ECOPETROL no incide en sus obligaciones frente al bien común”. En esta medida, el actor parte de un prejuicio infundado, pues no es cierto que la actividad particular no esté sujeta al bien común, tal como se deriva de diversas disposiciones constitucionales que imponen a los particulares “preservar el interés general y la realización de los fines sociales del Estado” (artículos 1º, 58, 95 y 333 de la C.P.).

(vii) Vulneración del principio constitucional de la dirección general de la economía. El demandante confunde la dirección general de la economía con la explotación de los medios de producción. “En efecto, una cosa es que el Estado tenga la dirección general de la economía; otra cosa muy distinta es que el Estado explote directamente algunos medios de producción (el capital y el trabajo) de una determinada empresa o actividad. Existen herramientas de dirección de la Economía en cabeza del Estado (planificación, programación del presupuesto, inversión directa, regulación de contratos, protección de derechos individuales etc.) y “frente al cargo propuesto por el actor, ni el cambio de la naturaleza jurídica de ECOPETROL, ni la admisión de capital privado en su patrimonio altera la titularidad de la dirección general de la economía al Estado. Éste siempre podrá tener a su disposición las herramientas de dirección de la economía que se enunciaron arriba, y la Ley 1118 nada incide al respecto.”

(viii) Violación de las finalidades sociales del Estado: la Ley 1118 de 2006 no tiene ninguna

relación con la distribución de regalías a las entidades territoriales, ni con el cumplimiento de las finalidades sociales del Estado. La naturaleza y régimen jurídico de Ecopetrol no cambia el régimen de regalías ni su distribución y, en esa medida, seguirán inalteradas las funciones del Fondo Nacional de Regalías y del Departamento Nacional de Planeación para el recaudo y vigilancia de dichos recursos.

2. Intervenciones extemporáneas

De acuerdo con los informes secretariales visibles a folios 187, 196 y 209 del expediente, las siguientes intervenciones fueron presentadas extemporáneamente, razón por la cual no podrán ser tenidas en cuenta:

2.1 Doctor José Joaquín Castro Rojas, Director Consultorio Jurídico de la Universidad Santo Tomás.

2.2. Doctor Hernán Alejandro Olano García, en representación de la Universidad de la Sabana.

2.3 Doctor Jorge Antonio Castillo Rugeles, Decano Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Bucaramanga.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

El Señor Procurador General de la Nación, allegó el concepto número 4276 del 28 de marzo de 2007, en el que solicita que la Corte se declare inhibida para tomar una decisión de fondo por ineptitud sustantiva de la demanda.

Con base en lo anterior y en los requisitos de certeza, especificidad, pertinencia, claridad y suficiencia tratados en la Sentencia C-1052 de 2001, de la cual cita algunos apartes, considera que en el presente caso la Corte está ante una demanda inepta, porque el actor incumplió con su carga procesal de fundamentar debidamente los conceptos de violación de la Constitución. En su orden señala frente a cada cargo:

(i) Violación del Estado Social de Derecho (Art. 2º C.P.): los planteamientos carecen de claridad, certeza y especificidad. Se trata de afirmaciones vagas e indeterminadas que no tienen un hilo conductor que posibilite sospechar siquiera la existencia de una oposición

normativa objetiva y verificable. Además, los argumentos son inciertos y se basan en proposiciones jurídicas inexistentes, “inducidas por el actor de sus apreciaciones individuales sobre el alcance y los efectos de la aplicación de la Ley 1118 de 2006 que lo conducen a la convicción de que su contenido oculta la intención de una futura privatización de ECOPETROL S.A.”.

(ii) Vulneración del límite constitucional para crear o autorizar la creación de sociedades de economía mixta (art. 150-7 C.P.): La argumentación no es pertinente ni suficiente. El actor se limita a expresar la que a su juicio es la única interpretación posible del artículo 150-7 de la Constitución “sin intentar justificarla, proceder que, aunado al carácter exegético y asistemático de aquélla, le impide lograr un carácter persuasivo tal que haga necesario un pronunciamiento de fondo por parte de la Corte Constitucional.”

(iii) Desconocimiento del principio de descentralización funcional (art. 209 C.P.): los cargos no son pertinentes ni suficientes, pues están basados en argumentos históricos (desconocimiento de una larga tradición jurídica) y legales (quebrantamiento de la Ley 489 de 1998) que son extraños al juicio de constitucionalidad.

(iv) Violación de los principios que orientan la función administrativa (art.210 C.P.): las acusaciones no son ciertas ni pertinentes. El actor señala que la violación del artículo 210 de la Constitución se da a partir del artículo 3º de la Ley 1118 de 2006 que permite que los fondos de pensiones y cesantías, fondos mutuos de inversión y patrimonios autónomos puedan adquirir más del 3% de las acciones que se pondrán en venta, lo que anularía la democratización real de la empresa. Sin embargo, “la norma superior nada dice sobre lo que él quiere atribuirle por deducción” y la afirmación de que los fondos de cesantías serán quienes terminarán adquiriendo la mayor parte de la propiedad accionaria de la empresa “no pasa de tener un carácter meramente predicativo y especulativo-al no estar apoyada en elementos probatorios ni argumentativos mínimos-”. Además, el actor nuevamente se basa en la violación de la Ley 489 de 1998 “lo que resulta inútil a tal propósito atendiendo a que, como ya se dijo, el juicio de exequibilidad de cualquier norma debe hacerse cotejándola directamente con lo dispuesto por el Constituyente Primario y no con lo establecido por el legislador”.

(v) Desconocimiento de la titularidad estatal del subsuelo (art. 332 C.P.): la acusación carece

de claridad, certeza, especificidad y pertinencia. “La falta de claridad y especificidad se evidencian en la ausencia de una línea argumentativa que permita identificar una oposición normativa, objetiva y verificable, entre el artículo 332 de la Carta Política y los artículos 1º y 6º de la Ley 1118 de 2006.”. Por otra parte, el cargo está basado en consideraciones históricas (tradición jurídica de la empresa por más de 55 años) y de aplicación de la ley en el tiempo (privatización futura de Ecopetrol), las cuales son insuficientes para adelantar el juicio de inconstitucionalidad “en razón de que no se fundan en proposiciones jurídicas existentes, sino en meras apreciaciones subjetivas deducidas por el actor”.

(vi) Violación del principio del bien común como límite de la actividad privada (Art. 333 C.P.): El demandante no logra articular el cargo de inexequibilidad que alega, por cuanto sencillamente afirma “indeterminada y vagamente” que la Ley 1118 de 2006 desconoce la prevalencia del interés general sobre el particular, “sin exponer las premisas de razonamiento lógico que lo conduce a tal conclusión”. Por tanto, el cargo carece de claridad, especificidad y suficiencia.

(vii) Incumplimiento del deber del Estado de dirigir la economía (art.334 C.P.) porque la ley permite la participación de los particulares en una empresa que maneja un recurso no renovable de tipo estratégico: La alegación “adolece de idénticas falencias que la anterior, tratándose entonces de una acusación falta de claridad, especificidad y suficiencia”.

(viii) Violación de las finalidades sociales del Estado (art. 360 C.P.) No existe cargo de inconstitucionalidad por falta de claridad, certeza y especificidad. Mientras el actor alega una violación de las finalidades sociales del Estado “al sustentar la alegación se concentra en denunciar una amenaza a la estabilidad del régimen de regalías vigente”, de forma que lo que hace es formular dos acusaciones distintas bajo un mismo título, “ninguna de las cuales se encarga de fundamentar para desarrollar debidamente el concepto de la violación”.

Con base en lo anterior, la Procuraduría General de la Nación solicita a la Corte constitucional declararse inhibida para pronunciarse de fondo sobre la presente acción, “por ineptitud sustantiva de la demanda”.

VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 241, numeral 4° de la Constitución Política, la Corte Constitucional es competente para conocer y decidir, definitivamente, sobre la demanda de inconstitucionalidad de la referencia.

1. La materia sujeta a examen

El demandante solicita a la Corte que se declare la inconstitucionalidad de la Ley 1118 de 2006 “por la cual se modifica la naturaleza jurídica de ECOPETROL S.A. y se dictan otras disposiciones”.

Como se ha expresado al hacer el resumen de la demanda, el demandante impugna la ley aludida en su integridad, por cuanto a su juicio, ella resulta violatoria de los artículos 1º, 150-7, 209, 210, 332, 333, 334 y 360 de la Constitución Política.

Los cargos en los cuales funda la violación de las normas superiores se centran en la vulneración del principio del Estado Social de Derecho, la violación del límite constitucional para crear o autorizar la constitución de sociedades de economía mixta, la vulneración del principio de descentralización funcional, la violación de los principios que orientan la actividad administrativa, la vulneración del postulado de la titularidad estatal del subsuelo, la violación del bien común como límite de la actividad privada, la vulneración del principio constitucional de la dirección general de la economía por parte del Estado y la violación de las finalidades sociales del Estado.

Los conceptos enunciados como de violación, llevan al demandante, como ya se enunció al hacer el resumen de la demanda, a la conclusión de que la Corte debe declarar inconstitucional la Ley 1118 de 2006 en su integridad.

Por su parte, algunos de los intervinientes formulan de manera explícita la petición de inhibición (Ministerio Público, Agencia Nacional de Hidrocarburos, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario) por cuanto a su juicio, la demanda no cumple con las exigencias que de manera reiterada ha señalado la Corte como requisitos para que una demanda pueda ser tramitada por esta Corporación, es decir, aquellos de claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia. Insisten en que el

demandante se apoya en razones subjetivas y en suposiciones que no se derivan de la Ley 1118 de 2006, lo que impide que la Corte pueda hacer un pronunciamiento de fondo.

El Ministerio de Minas y Energía aunque no formula de manera explícita la petición de inhibición considera que los cargos están basados en supuestos y especulaciones que no se derivan de la ley sino de la subjetividad del demandante.

En cuanto a los aspectos de fondo, los intervinientes coinciden en que de no ser procedente la inhibición, ninguno de los cargos formulados por el demandante está llamado a prosperar, toda vez que en el presente caso la ley acusada no establece la privatización o enajenación de ECOPETROL sino la emisión y colocación de acciones para lograr su capitalización con base en un principio de democratización de la propiedad; que el objetivo de la ley no es crear una sociedad de economía mixta sino autorizar la venta de una parte de su participación accionaria; que la transformación de ECOPETROL de sociedad pública por acciones a sociedad de economía mixta hace necesario ajustar el régimen jurídico aplicable; que no existe relación alguna entre el contenido del artículo 210 y el contenido del artículo 3º de la Ley 1118 de 2006; que el cargo por violación de la propiedad estatal del subsuelo porque “potencializa” la eventual privatización total de ECOPETROL no puede basarse en la intención futura del legislador; que la finalidad de la ley es fortalecer el patrimonio que el Estado tiene en ECOPETROL de tal manera que la ley permite cumplir el postulado del bien común dadas las condiciones “decadentes de la empresa” y la fuerte competencia a la que esta sometida; que frente al cargo por vulneración del deber general de dirección de la economía por parte del Estado, la Ley 1118 de 2006 no implica para el Estado renunciar al ejercicio de dicha facultad y que, en todo caso, Ecopetrol también se sujeta a las leyes de intervención en materia económica; que respecto de la participación de los particulares en una actividad estratégica, el actor sólo invoca razones subjetivas que no pueden llevar a declarar la inconstitucionalidad de la ley; que a raíz del Decreto 1760 de 1993 ECOPETROL dejó de administrar el recurso hidrocarburífero de la Nación y que su actividad se volvió puramente comercial e industrial; que en cuanto al cargo por violación de las finalidades sociales del estado porque no existirá garantía del traslado y las regalías a las entidades territoriales, el actor no tiene en cuenta que las regalías se causan por un hecho objetivo que no tiene ninguna relación con la composición accionaria de quien realiza la actividad; que la Ley 1118 de 2006 no regula la titularidad del estado sobre el subsuelo y que ECOPETROL sólo fue administrador del petróleo en virtud del Decreto 2310 de 1974 hoy derogado por el Decreto

1760 de 2003 que trasladó esa función a otra entidad; que de acuerdo con el numeral 7º del artículo 150 de la Constitución el legislador puede determinar la estructura del Estado y crear o suprimir entidades y por ello modificar la naturaleza y organización administrativa de una entidad tal como lo hace la Ley 1118 de 2006; que la Ley 1118 de 2006 al prever que ECOPETROL será sociedad de economía mixta regida por el derecho privado no desconoce el artículo 209 de la Constitución ya que con ello se mantienen los mismos lineamientos de los artículos 97 de la Ley 489 de 1998 y 461 del Código de Comercio en relación con el Régimen Legal de las Sociedades de Economía Mixta; que la Ley 1118 -artículo 3º- sí tuvo en cuenta los principios a que alude el artículo 210 de la Constitución en consonancia con el 209 pues aquel está orientado a promover la participación de cualquier interesado en el proceso de capitalización; que la ley acusada no regula la titularidad del Estado sobre el subsuelo por lo cual en ese sentido mal puede violar el artículo 332 de la Constitución; que no hay cargo concreto en relación con el desconocimiento del bien común como límite de la actividad privada y que en todo caso el desarrollo de una actividad por los particulares no implica necesariamente un perjuicio para lo público, lo importante es que se actúe de buena fe y con fundamento en los principios generales de la adecuada administración; que la capitalización de ECOPETROL está basada en mecanismos que permiten la democratización de la propiedad generando mayor participación ciudadana (se citan sentencias de esta Corte como la C-342, C-343, C-384, C-391 y C-392 de 1996); que con la Ley 1118 de 2006 no se viola el principio del Estado Social de Derecho pues no se pone en riesgo la realización de los derechos fundamentales ni se restringen las posibilidades de interpretación de los postulados constitucionales; que el Estado Social de Derecho como principio constitucional es una norma de interpretación con textura abierta y eficacia indirecta de la cual no se deriva una regla jurídica específica que permita fundamentar por sí sola un cargo de inconstitucionalidad; que una interpretación adecuada de la Constitución lleva a concluir que las atribuciones de crear o autorizar la constitución de sociedades de economía mixta son propias del Congreso de la República pues si éste puede crear o autorizar la constitución de sociedades de economía mixta con mayor razón ha de tener la posibilidad de modificarlas u ordenar su extinción, facultad que se ratifica en la cláusula general de competencia derivada del artículo 150-1 de la Constitución; que la Ley 1118 de 2006 es el legítimo ejercicio de la potestad de configuración del Congreso y que al establecer una excepción al régimen general establecido en la Ley 489 de 1998 no se vulnera ninguna disposición superior; que el cargo por violación de los principios que orientan la función administrativa se basa en

motivos de conveniencia que no sirven para apoyar un cargo de inconstitucionalidad y se funda en la satanización de los Fondos de Pensiones y Cesantías olvidando que estos manejan recursos de los trabajadores y pensionados colombianos; que el demandante confunde la dirección general de la economía con la explotación de los medios de producción, y, finalmente, que la naturaleza y régimen jurídico de ECOPETROL no cambia el régimen de regalías ni su distribución y en esa medida seguirán inalteradas las funciones del Fondo Nacional de Regalías del Departamento Nacional de Planeación para el recaudo y vigilancia de dichos recursos.

Así las cosas, teniendo en cuenta los argumentos del demandante, los contra argumentos presentados por quienes han intervenido en el proceso y el concepto del Señor Procurador, corresponde a la Corte definir si como lo señala el demandante la Ley 1118 de 2006 resulta contraria y violatoria de la Constitución, en especial de sus artículos 1º, 150-7, 209, 210, 332, 333, 334 y 360.

3.- Las solicitudes de inhibición

3.1 Planteamiento del problema y consideraciones generales sobre los requisitos formales de las demandas de inconstitucionalidad.

La Agencia Nacional de Hidrocarburos, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario¹ y el Ministerio Público consideran que los cargos de la demanda no reúnen las condiciones de claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia a los que se ha referido la Corte en sus providencias y que, en esa medida, esta Corporación debe declararse inhibida para fallar por ineptitud sustantiva de la demanda. Para ello analizan por separado cada una de las “razones de la violación” que trae la demanda (numerales 3.1 a 3.8), señalan frente a cada una de ellas los defectos en que incurre el actor desde el punto de vista de la formulación del cargo y concluyen que la demanda es inepta porque no explica las razones de inconstitucionalidad y se basa en suposiciones y consideraciones subjetivas del actor ajenas al contenido de la ley acusada.

El Ministerio Público señala además que si bien el origen público de la acción de constitucionalidad permite un análisis flexible de la demanda, el incumplimiento de los requisitos materiales mínimos previstos en el Decreto 2067 de 1991, especialmente en lo relativo a la formulación eficiente de los cargos de inexequibilidad (certeza, claridad,

especificidad, pertinencia y suficiencia), determina la improcedencia de la acción, lo cual impide hacer un estudio de fondo de la demanda y obliga a dictar una sentencia inhibitoria.

Sobre este particular cabe recordar que la Corte ha entendido que la acción de inconstitucionalidad, dado su carácter público, está regida por el principio *pro actione* que obliga a no proceder con excesivo rigor al examinar los requisitos adjetivos de la demanda y, en la medida en que sea posible, a preferir una decisión de fondo antes que una inhibitoria, pues esta última podría restringir el derecho de participación ciudadana y frustrar el acceso al recurso judicial efectivo ante la Corte, “dando lugar a una suerte de denegación de justicia constitucional”.² En esa medida, más allá de los errores puramente formales de presentación o de técnica jurídica, el juez constitucional debe dar trámite a las acciones ciudadanas en las que se identifique al menos un cargo de inconstitucionalidad a partir del cual la Corte pueda confrontar la norma legal demandada frente al Estatuto Superior³.

En este sentido, respecto de los argumentos expuestos en algunas intervenciones en cuanto a que la demanda debe exhibir “coherencia del discurso jurídico” y respeto de la lógica de la argumentación legal, la Corte considera que dicha exigencia supondría una condición adicional no prevista en la Constitución Política ni en el Decreto 2067 de 1991, que desconocería el carácter participativo de este mecanismo de control constitucional. Como se señala en la misma Sentencia C-1052 de 2001 a la que hacen referencia varios de los intervinientes, el carácter público de la acción de inconstitucionalidad “relewa al ciudadano que la ejerce de hacer una exposición erudita y técnica sobre las razones de oposición de la norma que acusa y el Estatuto Fundamental”. (se subraya)

Es importante diferenciar entonces la procedencia de la acción, que hace referencia a la posibilidad de tomar una decisión de fondo cuando la demanda cumple los requisitos formales mínimos previstos en el Decreto 2067 de 1991, de la prosperidad de los cargos, aspecto sustancial que toca ya directamente con el acierto o no de las razones de inconstitucionalidad invocadas por el accionante. El que estas últimas aparentemente sean equivocadas y posiblemente no tengan vocación de prosperidad, así ello pudiera parecer evidente, no es un asunto de improcedencia de la acción (que corresponda resolver a través de un fallo inhibitorio) sino de constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma demandada.

Por ello es preciso reiterar, como ha advertido esta Corporación, que el examen de los requisitos de la demanda no puede llevar al juzgador a caer en formalismos técnicos ni en rigorismos procesales que hagan inviable el ejercicio de la acción de inconstitucionalidad.⁴

Lo anterior sin embargo no exime al accionante del deber de indicar las disposiciones legales acusadas y las normas constitucionales violadas, así como, especialmente, de presentar una argumentación suficiente sobre las razones de inconstitucionalidad en que se fundamenta la acción (numeral 3º del artículo 2º del Decreto 2067 de 1991). Como ha señalado la Corte, en los procesos de inconstitucionalidad se deben cumplir todos y cada uno de los requisitos establecidos por el artículo 2º del Decreto 2067 de 1991, con el fin de hacer más viable el derecho de participación política y sin que ello implique un atentado contra su núcleo esencial⁵.

En este sentido, la Corte tiene establecido que el actor debe plantear un juicio objetivo y abstracto de constitucionalidad, con una carga mínima de argumentación y a través de la confrontación directa entre normas constitucionales y legales. Igualmente, ha precisado que ese deber tiene que cumplirse en los planos formal y material, es decir, que no basta la formulación general del cargo, sino que se requieren “acusaciones susceptibles de ser analizadas y discutidas mediante el trámite propio del control constitucional abstracto, lo cual implica que el demandante debe formular un cargo concreto, de naturaleza constitucional, contra una norma legal” ⁶.

Así, esta Corporación ha señalado que su competencia no se extiende a hipótesis que la norma no prevé⁷ o a interpretaciones personales del demandante⁸ y que por tanto resultan inaceptables “los argumentos que se formulan a partir de consideraciones puramente doctrinarias o que se limitan a expresar puntos de vista subjetivos, sin que se tenga algún reproche de naturaleza constitucional, ni un ataque concreto contra la disposición acusada”, es decir, cargos basados “en apreciaciones globales y abstractas producto de la forma de ver las cosas y según la personal convicción del actor.”⁹ Que, en esa medida, no hay realmente acusaciones de inconstitucionalidad “en los casos en que, por ejemplo, la norma cuya constitucionalidad se discute no tiene el contenido que el demandante le atribuye o cuando los cargos están referidos a disposiciones legales no demandadas.”¹⁰

En consecuencia, la sola indicación de las normas superiores infringidas, apoyadas en

apreciaciones subjetivas del actor, no es suficiente para iniciar el juicio de constitucionalidad, si además de ello la demanda no presenta al menos un cargo claro y directo de inconstitucionalidad contra la ley acusada, que permita establecer si en realidad existe una oposición objetiva y verificable entre su contenido y el texto de la Constitución Política¹¹.

Ahora bien, para determinar si las razones de inconstitucionalidad cumplen o no con una argumentación que permita realizar un estudio de fondo de la norma acusada, esta Corporación ha establecido que los cargos de la demanda deben cumplir unas condiciones mínimas de claridad (suficientemente comprensible y de fácil entendimiento, de forma que exista un hilo conductor que le permita comprender el contenido de la demanda y las razones en que ésta se basa), certeza (recae directamente sobre el contenido de la disposición demandada y no sobre una proposición jurídica inferida o deducida por el actor o sobre otras normas no demandadas), pertinencia (utiliza argumentos de naturaleza estrictamente constitucional y no razones de orden legal, personal, doctrinal o de simple conveniencia), especificidad (define o muestra en forma diáfana la manera como la norma vulnera la Carta Política, es decir, existe una acusación concreta e identificable contra la disposición legal demandada) y suficiencia (aporta un mínimo de argumentación o de elementos probatorios que sustentan la demanda, de manera que despierta por lo menos una sospecha o duda sobre la constitucionalidad del precepto impugnado).¹²

La verificación de estos elementos permite depurar aspectos que no corresponden al juicio de constitucionalidad (contenidos normativos ajenos a la disposición acusada, asuntos de conveniencia, problemas que no tienen rango constitucional y corresponden a otras jurisdicciones, apreciaciones subjetivas del actor que no se derivan de la ley, etc.) y evita que la Corte actúe oficiosamente, sustituyendo las cargas mínimas de argumentación que tiene el accionante. Por esta vía se puede determinar si más allá de los problemas formales que pueda tener la demanda y de todas aquéllas consideraciones ajenas al proceso de constitucionalidad, subsisten cuestionamientos que sean competencia de esta Corporación, basados en razones suficientes y objetivas que permitan iniciar el juzgamiento de las normas acusadas a partir de su confrontación con el ordenamiento superior.

De acuerdo con lo anterior, con el fin de resolver las solicitudes de inhibición formuladas por el Ministerio Público y varios de los intervinientes, la Corte procederá a verificar si los cargos de inconstitucionalidad presentados por el actor cumplen los requisitos mínimos de certeza,

claridad, pertinencia, especificidad y suficiencia a los que se ha hecho referencia, teniendo en cuenta para ello la naturaleza misma de la acción, cuyo carácter participativo y popular hace que dicho examen deba hacerse con cierta flexibilidad -en busca de la finalidad última de la demanda¹³-, sin que, en todo caso, haya lugar a proceder de manera puramente oficiosa en la construcción de los cargos o con suplantación de la carga de argumentación que corresponde al demandante, pues ello marca el límite de aplicación del principio *pro actione*¹⁴.

3.2. El análisis de los cargos frente a los requisitos mínimos de certeza, claridad, pertinencia, suficiencia y especificidad.

Conforme a lo expuesto en el numeral anterior, la Corte pasa a examinar los diferentes cargos formulados contra la Ley 1118 de 2006, en el mismo orden en que fueron presentados por el actor en su demanda, para determinar si frente a cada uno de ellos procede la inhibición o si, por el contrario, es posible realizar su estudio de fondo:

(i) Vulneración del principio del Estado Social de Derecho (Artículo 1º de la Constitución Política). Según el demandante la Ley 1118 de 2006 (en su integridad), ataca directamente el artículo 1º de la Constitución porque en lugar de desarrollar los enunciados que se derivan del Estado Social de Derecho, permite enajenar una parte de la propiedad de ECOPETROL, empresa que ha generado importantes utilidades para el financiamiento del Estado. La Ley 1118 de 2006, dice el actor, es la antesala de la privatización definitiva de ECOPETROL y por eso debe declararse su inconstitucionalidad: “Si en el año 2007 se autoriza enajenar el 20 por ciento de la empresa, no será posible que en los años venideros (2008 al 2010) se permita la venta del 100 por ciento de la entidad y entonces ¿de donde obtendrá recursos fiscales millonarios la Nación para paliar su déficit fiscal?”.

Como se observa, el actor hace un enunciado general sobre los postulados del Estado Social de Derecho, pero no desarrolla de manera concreta cómo se produciría su desconocimiento a partir del contenido normativo de la Ley 1118 de 2006. En ese orden, el cargo carece de especificidad y suficiencia.

Además, la acusación central del actor se apoya en el riesgo de una futura decisión legislativa de privatizar totalmente a ECOPETROL y en la eventual pérdida de utilidades para la financiación del déficit fiscal del Estado, aspectos estos que la ley no regula expresamente

y que, en todo caso, el actor tampoco desarrolla desde el punto de vista de los argumentos que la harían inexequible. Como advierte el Ministerio Público, dicha circunstancia determina que la acusación sea incierta, en la medida que la Corte no puede pronunciarse sobre “proposiciones jurídicas inexistentes inducidas por el actor de sus apreciaciones individuales sobre el alcance y efectos de la aplicación de la Ley 1118 de 2006...”

En consecuencia, frente a este cargo procede la inhibición.

(ii) Violación del límite constitucional para crear o autorizar la constitución de sociedades de economía mixta (Artículo 150-7 de la Constitución Política). El demandante indica que Ley 1118 de 2006 “por la cual se modifica la naturaleza jurídica de Ecopetrol S. A. y se dictan otras disposiciones”, contraría en forma palmaria el artículo 150-7 de la Constitución Política porque la autorización constitucional es sólo para crear o autorizar la creación de entidades pero no para modificar su naturaleza jurídica, tal como sucede con la disposición acusada.

En este caso, la Corte también encuentra que el actor se limitó a hacer un enunciado general del cargo sin explicar ni aportar argumentación alguna sobre el exceso en que habría incurrido el legislador al ejercer sus facultades constitucionales en la expedición de la ley acusada. Por tanto, el cargo no es específico ni contiene una argumentación suficiente que permita su análisis.

En consecuencia, la solicitud de inhibición frente a este cargo también está llamada a prosperar.

(iii) Vulneración del principio de descentralización funcional (Artículo 209 de la Constitución Política). El demandante señala que el artículo 209 de la Constitución enumera los principios de la función administrativa (igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad). A su juicio, ese mandato constitucional se desconoce al establecerse en la Ley 1118 de 2006 que todos los actos jurídicos de ECOPETROL se regirán por el derecho privado independientemente del porcentaje de participación estatal (art. 6º), ya que se deja de lado la tradición jurídica nacional en materia de descentralización funcional y territorial, “llevándose de bulto la norma superior (artículo 209) y las disposiciones de la ley 489 de 1998 que deben aplicarse de manera preferente, en atención a que es la normatividad genérica que regula todo lo relacionado con las entidades descentralizadas nacionales y territoriales”. Indica que si en este caso la Ley 1118 de 2006 permite la

sujeción de ECOPETROL al derecho privado, en un futuro cercano las normas de la Ley 489 de 2006 serán “un saludo a la bandera que no se aplicará en muchos o todos los casos.”

Con relación a este cargo, la Corte observa que como señala el Ministerio Público y algunos de los intervinientes, los argumentos de la demanda son de índole legal (violación de la Ley 489 de 1998) y doctrinario (desconocimiento de la tradición jurídica) y no contienen una confrontación normativa del artículo 209 de la Constitución y la disposición legal acusada. La razón de la violación no se apoya entonces en argumentos constitucionales, lo que implica que no se cumplen los requisitos de pertinencia y certeza.

Esta Corporación ha indicado que el actor no cumple con los requisitos mínimos de formulación del cargo cuando “se limita a efectuar una formulación vaga, abstracta y global de los motivos de inconstitucionalidad, sin acusar específicamente la disposición” pues ello impide “que se desarrolle la discusión propia del juicio de constitucionalidad.”¹⁵

Por tanto, en la medida que el cargo no supera el plano puramente legal y se basa en la apreciación subjetiva que el actor tiene de la materia, se debe declarar la inhibición, como solicitan los intervinientes.

(iv) Violación de los principios que orientan la función administrativa (Artículo 210 de la Constitución Política). El demandante señala que de acuerdo con el artículo 210 de la Constitución Política las entidades descentralizadas pueden ser creadas por ley o con autorización de ésta con fundamento en los principios de la función administrativa. Indica que tales principios fueron desarrollados por la Ley 489 de 1998 (buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia) en el entendido que la función administrativa persigue la satisfacción de las necesidades generales de todos los habitantes.

Sin embargo, la demanda no explica cómo o porqué se presenta la violación de la norma constitucional; sin ninguna conexión argumentativa el actor pasa directamente del artículo 210 de la Constitución Política a la afirmación sobre su presunta violación por parte del artículo 3º de la Ley 1118 de 2006. Por tanto, ante la inexistencia de una acusación identificable y de razones o argumentos concretos, la Corte no puede más que concluir que el cargo carece de claridad, especificidad y suficiencia.

Como lo advierten el Ministerio Público y varios de los intervinientes, la afirmación del actor sobre la incapacidad financiera de los sectores solidarios y el beneficio que tendrían los Fondos de Pensiones y Cesantías, no pasa de ser un enunciado general sin apoyo concreto en argumentos objetivos y específicos que puedan ser revisados por la Corte; dicha circunstancia despoja el cargo de referentes normativos a partir de los cuales pueda dilucidarse un problema constitucional que deba ser resuelto por esta Corporación.

Por tanto, en lo que atañe a este cargo la Corte también encuentra acertada la solicitud de inhibición.

(v) Vulneración del postulado de la titularidad estatal del subsuelo (Artículo 332 de la Constitución). Según el actor, mientras que el artículo 332 de la Constitución Política protege y garantiza plenamente la titularidad estatal del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, el artículo 1º de la Ley 1118 de 2006¹⁷ convierte a ECOPETROL en una sociedad de economía mixta regida exclusivamente por el derecho privado, “potencializando una eventual privatización total en el futuro a pesar de que en la precitada ley sólo se autoriza la enajenación del 20% de su capital en el año 2007” y “llevándose de un plumazo la rica tradición normativa de la principal empresa pública del país desde el año de 1951 es decir con más de 55 años de aportes multimillonarios a las arcas de la Nación y, a partir de ahora, la pregunta es: qué interés tendrá la nueva ECOPETROL para girar recursos millonarios anualmente, si a partir del año 2007 será una sociedad de economía mixta, con la participación del 20% de los particulares (léanse los Fondos de Pensiones y Cesantías, e indirectamente, las multinacionales petroleras) al tiempo de que quién girará los dos 2.7 billones de pesos para subsidiar la gasolina en el país que actualmente los asume ECOPETROL, 100% estatal?”

El argumento central de este cargo está entonces en que al transformar a ECOPETROL en sociedad de economía mixta se afecta el principio de titularidad estatal del subsuelo (artículo 332 de la Constitución Política) porque se potencializa la privatización total de esa entidad, se desconoce una tradición jurídica de más de cincuenta (50) años y se comprometen hacia futuro los recursos que actualmente recibe el Estado a través de dicha empresa.

Como advierten acertadamente los intervinientes, el demandante se apoya en hipótesis que la norma no prevé (la privatización futura y definitiva de ECOPETROL); en consideraciones

personales que no tienen connotaciones constitucionales sino históricas y doctrinarias (el desconocimiento de la tradición jurídica de la empresa); y en argumentaciones especulativas no desarrolladas ni explicadas en la demanda (reducción futura de los ingresos del Estado).

En este orden, se trata de una acusación que no confronta el contenido normativo de la disposición acusada (art. 1º de la Ley 1118 de 2006) frente al dispositivo constitucional, sino que se funda en apreciaciones subjetivas y eventuales que surgen del entendimiento personal del actor sobre lo que será el futuro de la empresa y el desarrollo legislativo que más adelante podría tener la materia.

Lo anterior sólo lleva a concluir que el cargo carece de elementos mínimos de claridad, certeza, pertinencia y suficiencia, lo que también obliga a la Corte a declararse inhibida frente al mismo.

(vi) Violación del bien común como límite de la actividad privada (Artículo 333 de la Constitución Política). El demandante cita el artículo 333 de la Constitución Política y se limita a señalar que la Ley 1118 de 2006, al transformar a ECOPETROL en una sociedad de economía mixta en la que existirá participación privada, “al revés de garantizar el bien público, lo que hace es posibilitar la prevalencia de los intereses privados sobre los de carácter público general, violentando entonces, los postulados de la norma superior”.

En este orden es claro que el cargo carece de especificidad y suficiencia, pues por una parte no define o muestra cómo se vulnera la Carta Política y, por otra, tampoco contiene un mínimo de argumentación que permita adelantar el juicio de constitucionalidad. En esta medida, el análisis de la Corte sería completamente oficioso y no partiría de confrontaciones normativas realmente propuestas por el actor.

Como ha señalado esta Corporación “la simple enunciación de un cargo de inexequibilidad, desprovista de toda fundamentación, le impide a la Corte pronunciarse sobre el problema jurídico sometido a su conocimiento pues en tales eventos no se dan los presupuestos necesarios para que se geste y decida el debate constitucional inherente a este tipo de pronunciamientos.” 18

Por tanto, frente a este cargo la Corte se declarará igualmente inhibida para hacer un pronunciamiento de fondo.

(vii) Vulneración del principio constitucional de la dirección general de la economía por parte del Estado (Artículo 334 de la Constitución Política). La demanda señala que conforme al artículo 334 de la Constitución la dirección general de la economía estará a cargo del Estado, quien “intervendrá por mandato de la ley en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, en la distribución, utilización y consumo de bienes (...)”. Indica que el artículo 2° de la Ley 1118 de 2006 al permitir la enajenación del 20% del capital de ECOPETROL pone en grave peligro la garantía constitucional citada porque al contrario de lo esbozado en las normas superiores “permite que los particulares (hasta en un 20% del capital accionario) entren a participar en una actividad de tipo estratégico, cual es la explotación de nuestros recursos naturales no renovables, como lo es la actividad petrolera, poniendo en entredicho el postulado superior (artículo 334)”.

En este caso, el actor tampoco explica en qué forma se vulnera la norma constitucional invocada y cómo se reducen las facultades estatales de intervención del Estado en la economía; no existen argumentos de porqué la participación de capital privado en ECOPETROL puede llegar a vulnerar el artículo 334 de la Constitución Política. Como ya se ha señalado, los cargos de inconstitucionalidad no pueden basarse solamente “en apreciaciones globales y abstractas producto de la forma de ver las cosas y según la personal convicción del actor.”¹⁹

En consecuencia, la Corte considera que frente a este cargo la solicitud de inhibición es igualmente procedente, pues no existen razones ciertas, precisas y suficientes que sustenten la acusación de inconstitucionalidad.

(viii) Violación de las finalidades sociales del Estado en cuanto al recaudo y distribución de regalías (Artículo 360 de la Constitución Política). El demandante señala que la Ley 1118 de 2006, al convertir a Ecopetrol en una sociedad de economía mixta con una participación privada del 20%, puede poner en riesgo los derechos de las entidades territoriales sobre la explotación de los recursos naturales no renovables. Indica que al existir participación de los particulares en ECOPETROL (así sea minoritaria), no se garantizan los derechos que el artículo 360 de la Constitución Política establece en favor de las entidades territoriales.

Frente a este punto la Corte observa que se trata de una acusación que carece de claridad y especificidad, porque al igual que sucede con otros cargos, el actor no señala de qué manera

la participación privada en Ecopetrol reduce las regalías que conforme al artículo 360 de la Constitución Política le corresponden a las entidades territoriales. La demanda incurre nuevamente en el error de hacer simples enunciados generales no desarrollados siquiera sucintamente, lo que impide a la Corte seguir adelante en el juicio de constitucionalidad.

Precisamente, algunas de las intervenciones que solicitan la inhibición evidencian las falencias de la demanda en relación con la formulación del cargo, en cuanto a que el actor no señala concretamente y de manera cierta la relación que existiría entre la conformación accionaria de ECOPETROL y la generación, recaudo y traslado de las regalías a favor de las entidades territoriales.

En consecuencia, este cargo tampoco reúne las condiciones necesarias para ser estudiado y frente al mismo se impone también la inhibición.

4º- Conclusión.

En el caso objeto de análisis se demandó ante esta Corporación la inconstitucionalidad de la Ley 1118 de 2006, que permite la aportación de capital privado a Ecopetrol, empresa que, como consecuencia de ello, se transformará en sociedad de economía mixta, se regirá por el derecho privado y tendrá otras diversas modificaciones en su estructura y funcionamiento.

Al respecto, la Corte ha verificado que los diversos cargos planteados en la demanda no contienen una carga mínima de argumentación sobre las razones de inconstitucionalidad de la Ley 1118 de 2006, lo que impide un pronunciamiento de fondo para determinar si dicha ley es total o parcialmente inexecutable. En general, el actor se apoya en afirmaciones generales, vagas e indeterminadas que no precisan de manera clara, cierta y específica en qué consiste la eventual oposición de la ley acusada con el ordenamiento superior.

Además, como ha quedado expuesto, a la Corte no le corresponde pronunciarse sobre medidas que aún no han sido adoptadas por el legislador (eventual privatización total de ECOPETROL) ni sobre aspectos de conveniencia (quién cubrirá los subsidios de la gasolina, cómo se manejará presupuestalmente el cambio de la composición accionaria de ECOPETROL etc.), así como tampoco en relación con la posible oposición de las disposiciones acusadas con la otras leyes ordinarias (Ley 489 de 1998) o con la tradición jurídica colombiana.

En consecuencia, como la Corte no puede sustituir al demandante en la formulación y argumentación de los cargos, ni le corresponde iniciar un estudio oficioso de las normas legales acusadas, se declarará inhibida para tomar una decisión de fondo frente a la demanda.

VII. DECISION

R E S U E L V E:

Declararse INHIBIDA para decidir la demanda presentada contra la Ley 1118 de 2006, “por la cual se modifica la naturaleza jurídica de Ecopetrol S.A. y se dictan otras disposiciones”.

Notifíquese, comuníquese, cúmplase, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente

RODRIGO ESCOBAR GIL

Presidente

AUSENTE EN COMISION

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

CON SALVAMENTO DE VOTO

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

AUSENTE EN COMISION

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

ÁLVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO A LA SENTENCIA C-542 DE 2007 DEL MAGISTRADO JAIME ARAUJO RENTERIA

INHIBICION DE LA CORTE CONSTITUCIONAL-Improcedencia porque demanda cumple requisitos para suscitar decisión de fondo (Salvamento de voto)

ECOPETROL-Naturaleza jurídica/ECOPETROL-Transformación en sociedad de economía mixta (Salvamento de voto)

La pregunta que debe resolverse en este caso es si este proceso de transformación de ECOPETROL en una sociedad de economía mixta resulta acorde con el bien común. Es decir, en este caso: ¿Cuál era el bien que buscaba el legislador? Es evidente que no se trataba de una empresa ineficiente. A mi juicio, el Estado no es tan mal administrador en todos los casos como tampoco los empresarios particulares son siempre tan buenos. En este caso, es de observar que el argumento que se da es otro: se trata de un buen negocio que produce buenas utilidades y paradójicamente, por eso hay que venderlo, ya que los particulares

tienen interés en adquirirlo. En este orden de ideas, como no se puede argüir la ineficiencia y la falta de utilidades de la empresa, el giro que se le da a la privatización de ECOPETROL, es el de denominarla como “capitalización” de la empresa vendiendo un porcentaje a los particulares. En mi concepto, desde el punto de vista constitucional, esta medida no tiene justificación, porque no se encuentra cuál es el fin legítimo, ni la necesidad de vender una parte de una empresa que da utilidades para capitalizarla, pues esta no es la única forma de conseguir recursos, ya que puede imponerse la capitalización a los socios y si no tiene lo suficiente para ello –que no es el caso de ECOPETROL- se puede acudir a un empréstito nacional o internacional o a la emisión de bonos.

Referencia: expediente D-6655

Magistrado Ponente:

Dr. ALVARO TAFUR GALVIS

Con el respeto acostumbrado por las decisiones mayoritarias de esta Corte, me permito manifestar mi discrepancia frente a la decisión adoptada en la presente sentencia, por cuanto considero que en el presente caso, la demanda cumplía con los requisitos exigidos para proferir un fallo de fondo, de conformidad con los argumentos que a continuación me permito exponer:

1. En primer lugar, considero que el artículo 209 debe armonizarse con el artículo 210 de la Constitución Política, el cual dispone que las entidades del orden nacional descentralizadas por servicios –Ecopetrol lo es- sólo pueden ser creadas por ley o por autorización de ésta, con fundamento en los principios que orientan la actividad administrativa. Es de observar que a pesar de haberse convertido en sociedad de economía mixta, ECOPETROL no deja de ser una entidad estatal, vinculada al Ministerio de Minas y Energía, sujeta por lo tanto a un régimen de derecho público, pues es en virtud de éste que se le aplican reglas del derecho privado. Es por tanto el propio constituyente el que dispone que las entidades descentralizadas deba ser creada por ley. Por consiguiente, la nueva sociedad ECOPETROL continúa sujeta a los principios de la función administrativa.

A este respecto, es preciso señalar que ECOPETROL S.A. sigue siendo una entidad descentralizada del orden nacional, cuya creación o autorización para crearla le corresponde

al legislador, “con fundamento en los principios que orientan la actividad administrativa” (art. 210 C.P.). Por ello, así se rija por el derecho privado, sigue siendo una entidad estatal vinculada al Ministerio de Minas y Energía y su régimen se deriva de la misma ley, que debe sujetarse a los mencionados principios (art. 209 C.P.).

Por lo anterior, en mi concepto, no se puede afirmar en la sentencia que estas sociedades no se someten a los principios de la administración pública, el primero de los cuales es el interés general, que impone a todas las entidades públicas, cualquiera sea su naturaleza, actuar en aras de ese interés. Sostengo por tanto, que a cualquier entidad en la que esté presente el Estado, no se la puede excluir de la aplicación de estos principios constitucionales, tesis que por ninguna razón suscribiría.

A mi juicio, es claro que en el presente caso, el legislador ha irrespetado estos principios. Es de observar que el artículo 333 de la Constitución sienta una regla general: la actividad económica y la libre iniciativa son libres, dentro de los límites del bien común, esto es, que aún cuando se trate de un particular, también está sometido a ese límite. Con mayor razón es válida esa sujeción cuando se trata del Estado.

2. De acuerdo con lo anterior, considero que la pregunta que debe resolverse en este caso es si este proceso de transformación de ECOPETROL en una sociedad de economía mixta resulta acorde con el bien común. Es decir, en este caso: ¿Cuál era el bien que buscaba el legislador? Es evidente que no se trataba de una empresa ineficiente. A mi juicio, el Estado no es tan mal administrador en todos los casos como tampoco los empresarios particulares son siempre tan buenos. En este caso, es de observar que el argumento que se da es otro: se trata de un buen negocio que produce buenas utilidades y paradójicamente, por eso hay que venderlo, ya que los particulares tienen interés en adquirirlo.

En este orden de ideas, como no se puede argüir la ineficiencia y la falta de utilidades de la empresa, el giro que se le da a la privatización de ECOPETROL, es el de denominarla como “capitalización” de la empresa vendiendo un porcentaje a los particulares.

En mi concepto, desde el punto de vista constitucional, esta medida no tiene justificación, porque no se encuentra cuál es el fin legítimo, ni la necesidad de vender una parte de una empresa que da utilidades para capitalizarla, pues esta no es la única forma de conseguir recursos, ya que puede imponerse la capitalización a los socios y si no tiene lo suficiente

para ello –que no es el caso de ECOPETROL- se puede acudir a un empréstito nacional o internacional o a la emisión de bonos.

3. De otra parte, el suscrito Magistrado evidencia que aquí se presenta una paradoja, pues a la vez que no se discute que el Estado es el titular del dominio de los recursos naturales, se admite que es válido entregar a los particulares la propiedad de parte de esos recursos. En este punto, hay que diferenciar que una cosa es la concesión de la explotación temporal de esos recursos, porque en esos casos el Estado conserva la titularidad de los mismos, y otra muy distinta su venta, en la que se entrega esa titularidad a los particulares. Además, si bien es cierto que el Estado sigue siendo el director de la economía, de modo que en relación con lo suyo ejerce su poder y en relación con los particulares, aplica la intervención que es un límite del manejo de la economía. A mi juicio, con la transformación de ECOPETROL en sociedad de economía mixta, se llega a la paradoja de que no obstante que se trata de recursos naturales de propiedad estatal, el Estado no se comporta como propietario sino que se los entrega a los particulares.

A este respecto, es de advertir que lo de menos es el porcentaje –en este caso, un máximo del 20%- que se vende, sino el valor del mismo. De este modo, definida la naturaleza jurídica de ECOPETROL, la Ley 1118 de 2006, establece que el valor inicial de los títulos a emitir será fijado por dos bancos de inversión, a uno de los cuales se entrega la estructuración del proceso de capitalización en todas sus fases. Más grave aún, es que una de esas dos entidades es la que después vende las acciones.

4. De otro lado, en mi opinión el esquema propuesto para la transformación de ECOPETROL plantea dificultades frente a la democratización de las acciones del Estado prevista en la Constitución (art. 60), pues de las normas de la Ley 1118 de 2006 no se aprecia claramente que se otorguen condiciones especiales para el acceso a la compra de esos títulos de sus trabajadores, organizaciones solidarias y de trabajadores, pues el parágrafo 1º del artículo 3º se refiere a “ninguna persona natural” y el parágrafo 2º a las “personas jurídicas”, para efectos de límite de adquisición de títulos. Además se establece un límite de 3% de las acciones para ser adquiridas, pero al mismo tiempo excluye a los fondos de pensiones y cesantías, fondos mutuos de inversión y patrimonios autónomos pensionales, que no son asociaciones solidarias o de trabajadores, de ese límite de adquisición y en ese caso, puede establecer un plazo para la suscripción de acciones, sin que se señale cuál es.

Por tanto, el suscrito Magistrado considera necesario plantear la inquietud acerca de la justificación desde el punto de vista constitucional y del interés general de todas estas medidas. Peor aún, se debe mirar el régimen laboral establecido por esta ley para la nueva sociedad, que de manera bastante confusa establece una serie de reglas que en últimas desembocan en que los empleados de ECOPETROL S.A. pasan a ser particulares.

Así mismo, es de observar que la nueva sociedad se exime de cargas fiscales, lo que implica que desaparecerán los subsidios que actualmente brinda ECOPETROL a sectores pobres de la población.

Por consiguiente, manifiesto mi categórica discrepancia con la presente sentencia, puesto que considero que la ley no es clara es el proceso de transformación de una empresa estatal, proceso que a mi juicio, viola los artículos 209, 210, 333 y 334, por las razones expuestas.

5. Desde un punto de vista metodológico, me permito también señalar una contradicción, pues de un lado, se me acusó en Sala Plena de realizar planteamientos de conveniencia, pero de otro, se justifica en la sentencia la capitalización de ECOPETROL, con fundamento en lo que se expuso en el Congreso. De igual modo, el suscrito Magistrado advierte que la sentencia también se refiere a temas globales.

Para el suscrito Magistrado, por mucho que se intente hacer un análisis abstracto de la ley, no se puede ignorar que se trata del caso concreto de ECOPETROL. Precisamente, otro motivo de inconstitucionalidad de la Ley 1118 de 2006 es el que se trata de una ley con nombre propio, particular, no general, como deben ser todas las leyes. A mi juicio, esto no permite un análisis en abstracto.

6. Así mismo, considero necesario recordar que el legislador en un Estado democrático tiene un amplio margen de regulación pero no puede regular de cualquier modo, puesto que debe legislar dentro de los límites que señala la propia Constitución y respetando tanto los valores, principios y derechos fundamentales, así como los principios de la administración pública y la moralidad pública.

En este sentido, considero que el tribunal constitucional debe mirar la relación de medio a fin, es decir, la justificación que tuvo en cuenta el legislador y de esa forma determinar si tanto el medio como el fin de la ley son constitucionalmente válidos.

A mi juicio, el demandante aduce un argumento claro: ni el artículo 150-7, ni el 210 de la Constitución prevén la posibilidad de “transformación” de una empresa, sólo la creación o autorización de constitución de sociedades de economía mixta, para lo cual se establece el límite de los principios de la función administrativa, el primero de los cuales es el interés general, pues el Estado siempre debe actuar al servicio de ese interés. En este sentido, el artículo 150-7 se conecta con el 210 y este con el 209; todo lo cual a su vez concuerda con el artículo 1º de la Constitución Política.

Por tanto, considero que el juicio de necesidad de la medida es de orden constitucional y me permito reiterar que la justificación de la privatización para obtener recursos, no es el único mecanismo para ello, de modo que no era necesario proceder a ella.

En este sentido, me permito reiterar que de conformidad con el artículo 210 de la Constitución Nacional el legislador tiene libertad para la regulación en materia económica, pero se encuentra sometido a los valores, principios y derechos fundamentales consagrados en la propia Carta Política, así como a los principios que rigen la administración pública y el interés general.

Considero necesario insistir, en que el argumento de fondo presentado para modificar la naturaleza jurídica de ECOPETROL ha sido el de la capitalización para que esta empresa subsista. Sin embargo, a mi juicio, este argumento relativo a la pérdida económica y la ineficiencia no es válido en el caso de ECOPETROL, que es una de las empresas estatales más rentable en el país, sino la más rentable.

7. Adicionalmente, es de observar la dificultad que plantea la forma en que la ley entrega a bancos particulares el señalamiento del valor inicial del porcentaje a negociar, que es tal vez de lo más importante. En este sentido, considero necesario recordar que la Corte ha dicho que así sea el 1% la participación estatal, rigen todos los controles de las entidades públicas, así como observar, que estudios especializados demuestran que no se necesita poseer el 51% de las acciones para controlar una empresa o determinar su política. Por eso, el que el Estado conserve el 80% de participación en ECOPETROL no puede ser el sustento de la constitucionalidad.

8. En este orden de ideas, me permito reiterar la posición jurídica que asumiera en relación con la sentencia C-511/04, respecto de la cual salvé mi voto, precisamente porque desde

entonces era clara la intención del legislador de privatizar la exploración y explotación del petróleo y extinguir poco a poco a ECOPETROL, como lo expuse claramente en dicho salvamento, al cual me remito nuevamente en esta oportunidad.

9. Finalmente, debo manifestar mi desacuerdo con un fallo inhibitorio que tiene el efecto de dejar las normas vivas, pues en mi concepto, por todas las razones que he expuesto, los cargos formulados en la demanda permiten proferir una decisión de fondo.

Por las razones expuestas, disiento de la presente decisión.

Fecha ut supra.

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

1EL Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario hace esta solicitud parcialmente en relación con los cargos por: (i) violación del principio del Estado Social de Derecho; (ii) violación del principio de descentralización funcional; (iii) vulneración al postulado de la titularidad estatal del subsuelo; (iv) violación del bien común como límite de la actividad privada; (v) vulneración del principio de dirección general de la economía por parte del Estado y(vi) violación de las finalidades sociales del Estado.

2 Sentencia C-451 de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

3 Sobre el principio pro actione pueden verse también la Sentencias C-1123 de 2004, M.P. Jaime Córdoba Triviño y C-520 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Gálvis.

4 Ibídem.

5 Sentencia C-520 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Gálvis, apoyada en la Sentencia C-131 de 1993 M.P. Alejandro Martínez Caballero, en la que se declaró la constitucionalidad del artículo 2º del Decreto 2067 de 1991 y se establecieron los puntos de partida de la jurisprudencia de esta Corporación para la sistematización de los requisitos que deben cumplir las demandas de constitucionalidad.

6 Sentencia C-447 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

8 Sentencia C-991 de 2006, M.P. Álvaro Tafur Gálvis. Igualmente, Sentencia C-129 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

9 Sentencia C-555 de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández (salvamento de voto de los Magistrados Alfredo Beltrán Sierra y Humberto Antonio Sierra Porto).

10 Sentencia C-991 de 2006, M.P. Álvaro Tafur Gálvis.

11 Sentencia C-380 de 2000 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa

12 Sentencias C-1052 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; C-1031 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil; y C-048 de 2004, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, entre otras.

13 En diversos pronunciamientos la Corte ha señalado que en cumplimiento de su función de guardiana de la integridad y supremacía de la Constitución, debe adelantar una labor interpretativa del contenido de la demanda en búsqueda del propósito real que animó al demandante a utilizarla, evitando así que el ejercicio del derecho ciudadano se vea frustrado con la expedición de un pronunciamiento inhibitorio (Sentencias C-245 y C-290 de 2000, entre otras).

14 Así por ejemplo, en la Sentencia C-290 de 2000 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa) en la que se demandaban diversas normas del sistema de seguridad social y donde los intervinientes consideraban que el actor se apoyaba en consideraciones prácticas y legales que no trascendían al ámbito constitucional, la Corte señaló que “teniendo en cuenta que la acción de inconstitucionalidad es de naturaleza pública, y por ende abierta a cualquier ciudadano, la Corte estudiará la presente demanda atendiendo a criterios de flexibilidad a fin permitir en forma amplia el ejercicio del derecho político insito en la mencionada acción de inexequibilidad(...)” Igualmente, en la Sentencia C-806 de 2001 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández) la Corte concluyó que no se inhibiría para fallar el asunto planteado en esa oportunidad, pues si bien la demanda “adolece de los anotados defectos en la formulación de los cargos [se solicitaba una exequibilidad condicionada], al interpretarse su contenido se observa que contiene una acusación de índole constitucional contra el precepto censurado (...) Así, pues, identificada la pretensión de inconstitucionalidad que presenta el actor

procede la Corte a fallar de mérito el presente asunto.”

15 Sentencia C-447 de 1997, reiterada en Sentencia C-229 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil)

16 ARTÍCULO 3o. DEMOCRATIZACIÓN. Para garantizar la democratización de la propiedad accionaria, el programa de emisión y colocación de acciones de Ecopetrol S. A. incluirá dos primeras rondas a las cuales podrán acceder los destinatarios de condiciones especiales de que trata el artículo 3° de la Ley 226 de 1995, los patrimonios autónomos pensionales de Ecopetrol S. A., las entidades territoriales, y cualquier ciudadano colombiano. Agotadas estas rondas, la oferta se extenderá al público en general y a personas naturales o jurídicas.

PARÁGRAFO 1o. Para la emisión a que hace referencia la presente ley, ninguna persona natural podrá adquirir títulos por valor superior a cinco mil (5.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes (smlmv).

PARÁGRAFO 2o. En las dos primeras rondas, cada una de las personas jurídicas que suscriban acciones no podrán adquirir más de un límite porcentual que será fijado por la Asamblea General de accionistas de Ecopetrol S. A., y que en ningún caso excederá el 3% de las acciones en circulación de la empresa.

Exceptúense de esta disposición los fondos de pensiones y cesantías, los fondos mutuos de inversión y los patrimonios autónomos pensionales de Ecopetrol S. A., los cuales podrán superar el límite atrás indicado, siempre que se ajusten a lo que se determine en los lineamientos de inversión establecidos por la Superintendencia Financiera de Colombia.

En todo caso, colectivamente los fondos de pensiones y cesantías, los fondos mutuos de inversión y los patrimonios autónomos pensionales de Ecopetrol S. A. no podrán adquirir más del 15% de las acciones en circulación de Ecopetrol S. A.

PARÁGRAFO 3o. Ecopetrol S. A. podrá establecer plazos para el pago de un porcentaje de las acciones que se suscriban en las dos primeras rondas.

17ARTÍCULO 1o. NATURALEZA JURÍDICA DE ECOPETROL S. A. Autorizar a Ecopetrol S. A., la emisión de acciones para que sean colocadas en el mercado y puedan ser adquiridas por personas naturales o jurídicas. Una vez emitidas y colocadas total o parcialmente las

acciones de que trata la presente Ley, la sociedad quedará organizada como una Sociedad de Economía Mixta de carácter comercial, del orden nacional, vinculada al Ministerio de Minas y Energía; se denominará Ecopetrol S. A., su domicilio principal será la ciudad de Bogotá, D. C., y podrá establecer subsidiarias, sucursales y agencias en el territorio nacional y en el exterior.

18 Sentencia C-666 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

19 Sentencia C-555 de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández (salvamento de voto de los Magistrados Alfredo Beltrán Sierra y Humberto Antonio Sierra Porto).