

ECOPETROL-Cambio de naturaleza jurídica

ECOPETROL-Sometimiento al Derecho Privado de los actos jurídicos, contratos y actuaciones para administrar y desarrollar su objeto social

Si bien las sociedades de economía mixta tienen fundamento constitucional, no han sido definidas directamente por la norma superior. Se trata, según la definición consagrada en la Ley 489 de 1998, art. 97, de organismos autorizados por la ley, constituidos bajo la forma de sociedades económicas con aportes estatales y de capital privado, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial. En efecto, las sociedades de economía mixta se diferencian de las empresas industriales y comerciales del Estado en que el capital de éstas está conformado exclusivamente por bienes públicos, mientras que en las sociedades de economía mixta hay además una participación de los particulares. Sociedades de economía mixta cuyo régimen jurídico le corresponde determinar al legislador (C.P., art. 210) con fundamento en los principios que orientan la función administrativa. En ejercicio de dicha potestad de configuración, mediante la Ley 489 de 1998, dispuso que se rigen por las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagra la ley (art. 97). Además, en virtud de lo previsto en el Parágrafo del artículo 38 ibídem., las sociedades de economía mixta en las que el Estado posea el noventa por ciento (90%) o más de su capital social, se someterán al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado. En efecto, si el artículo 210 de la Constitución le asignó al legislador la potestad de configuración del régimen jurídico de las entidades descentralizadas, no puede predicarse su vulneración cuando el legislador, en virtud de dicha potestad, dispone que 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 regirá exclusivamente por las reglas del derecho privado, sin atender el porcentaje del aporte estatal dentro del capital social.

ECOPETROL-Régimen de contratación para exploración y explotación de recursos naturales renovables y no renovables

No resulta contrario a la Constitución que el legislador establezca que los procesos de contratación que se dan en determinadas áreas específicas, tales como las de exploración y

explotación de los recursos naturales renovables y no renovables, se adelanten por las reglas del derecho privado, sin que, de otra parte, ello signifique que no hayan de tenerse en cuenta en dichos procesos tanto el deber de selección objetiva como los principios de transparencia, economía y responsabilidad establecidos en la Ley 80 de 1993.

ENTIDAD PUBLICA-Aplicación de normas de Derecho Privado

La aplicación de normas de derecho privado a entidades de naturaleza pública resulta igualmente posible y suele presentarse sobre todo en las denominadas entidades que no pueden regirse exclusivamente por las reglas del derecho público en cuanto a su finalidad exclusiva industrial o comercial y a la confluencia de recursos de particulares, situación que obedece a la necesidad de dotar a tales entidades de la versatilidad y capacidad de acción inmediata que les permita competir en igualdad de condiciones con las entidades del sector privado.

TRABAJADOR DE ECOPETROL-Régimen laboral/SERVIDOR PUBLICO-Asignación del carácter de trabajador particular para asegurar prerrogativas laborales/PRESIDENTE DE ECOPETROL-Derechos adquiridos/JEFE DE CONTROL INTERNO DE ECOPETROL-Derechos adquiridos

Si se toma el texto integral de la disposición contenida en el artículo 7º. de la Ley 1118 de 2006, se pone en evidencia cómo, de lo que se trata es de señalar el régimen laboral aplicable a los servidores de Ecopetrol S.A. y, para tal efecto, se empieza por ratificar su condición de servidores públicos, para señalar luego que dichos servidores públicos tendrán el carácter de trabajadores particulares para efectos de la determinación del régimen jurídico aplicable a sus contratos individuales de trabajo, disposición que se encuentra en consonancia con lo dispuesto en el artículo 123 de la Constitución, según el cual los empleados y los trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios son servidores públicos. Significa lo anterior que la asignación del carácter de trabajadores particulares a los servidores públicos – para efectos de la aplicabilidad de las normas del Código Sustantivo de Trabajo y para asegurar la vigencia de las prerrogativas plasmadas en las convenciones colectivas de trabajo y demás acuerdos que puedan existir entre la entidad empleadora y sus trabajadores – resulta constitucionalmente admisible en la medida en que se respeten los derechos adquiridos de los trabajadores y se asegure la plena observancia de lo dispuesto en los artículos 53 y 58 de la Constitución Política. De otra parte,

hay que tener en cuenta que todas las personas vinculadas a la entidad son trabajadores oficiales, con excepción del Presidente y el jefe de la oficina de control interno, quienes son empleados públicos de libre nombramiento y remoción (artículo 35). Esta circunstancia implica que, en el caso del Presidente y del jefe de la oficina de control interno, dada su condición de empleados públicos, no pueden negociar las cláusulas económicas de su vinculación a la administración, ni sus prestaciones sociales pueden aumentarse convencionalmente por virtud de conflicto colectivo, de negociación o de huelga. Las connotaciones particulares derivadas de la condición jurídica de empleados públicos propia del Presidente y del jefe de control interno de Ecopetrol S.A., si bien no pueden constituir un límite para el ejercicio de la potestad de configuración que en esta materia compete al legislador, han de ser tenidas en cuenta sin embargo para efectos del reconocimiento de sus derechos adquiridos.

ECOPETROL-No ejercicio de función administrativa

ECOPETROL-Coexistencia del interés general con el interés privado/ECOPETROL-Jurisdicción competente para conocer controversias y litigios originados en su actividad

En no pocas ocasiones es el propio Estado el que toma la iniciativa para atraer el capital privado a la conformación de entidades de naturaleza mixta, con el propósito de optimizar las posibilidades de desarrollo conjunto de proyectos de interés general. En ese contexto resulta legítimo que, junto con el propósito de interés general que se persigue, el legislador introduzca modulaciones al régimen usualmente aplicado para las entidades de derecho público, con miras a dotar a tales entes mixtos de la agilidad y competitividad que caracterizan a las entidades del sector privado, sin que tal circunstancia pueda considerarse como lesiva del interés general. Puede concluirse, en consecuencia, que en las sociedades de economía mixta como ECOPETROL S.A., han de coexistir, de una parte, el interés general inherente a la vinculación de recursos públicos en la conformación del respectivo capital social y, de otra parte, la garantía de la plena vigencia de la libertad económica, la libre competencia y, en general, de los intereses privados propios de la actividad empresarial de los particulares. Ahora bien. Aunque los actos jurídicos de ECOPETROL S.A., se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado, ello no obsta para que de conformidad con lo previsto en la Ley 1107 de 2006, que modificó el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo sobre el objeto de dicha jurisdicción, las controversias y litigios originados en

su actividad, como entidad pública que es, sean juzgadas por la jurisdicción de lo contencioso administrativo de conformidad con la Constitución y la ley.

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA-Estructura de la administración nacional

ENTIDAD DESCENTRALIZADA POR SERVICIOS-Establecimiento legislativo de régimen jurídico

Si desde la Constitución se prevé la existencia de sociedades con fines industriales o comerciales, en la cuales puede concurrir tanto el Estado como los particulares, es preciso que el legislador tenga en cuenta también los límites que se derivan de la especial relación entre el sector privado y el público, según las formulaciones constitucionales sobre la potestad de intervención estatal y sus modalidades básicas, el desarrollo de las actividades consideradas estratégicas, la libre iniciativa en materia económica, la libre competencia en materia económica, la libre competencia en condiciones de igualdad y la prestación de los servicios públicos. En este orden de ideas, si le corresponde al legislador la determinación del régimen jurídico de las entidades descentralizadas por servicios, bien puede asignar a cada una de ellas regímenes distintos según la finalidad que le asigne a cada una de ellas y en atención a si en ellas concurre o no la participación de particulares.

SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA-Elementos configurativos

SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA-Legislator puede establecer regímenes jurídicos comunes o diferentes

PRINCIPIO PRO ACTIONE EN DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Aplicación

SENTENCIA CONDICIONADA-No aplicación

Referencia: expediente D-6697

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 6 y 7 (parcial), de la Ley 1118 de 2006 “por la cual se modifica la naturaleza jurídica de Ecopetrol y se dictan otras disposiciones”.

Demandante: David Suárez Tamayo

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.

Bogotá, D.C., doce (12) de septiembre de dos mil siete (2007)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámite establecidos en el decreto 2067 de 1991, profiere la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 241 de la Constitución Política, el ciudadano David Suárez Tamayo demandó la inconstitucionalidad de las disposiciones contenidas en los artículos 6 y 7 (parcial) de la Ley 1118 de 2006, por considerar que las mismas vulneran los artículos 6, 123, 209 y 210 de la Constitución Política.

Mediante Auto del 08 de marzo de 2007, la Magistrada Sustanciadora admitió la demanda, dispuso su fijación en lista y simultáneamente corrió traslado al Señor Procurador General de la Nación para que rindiera el concepto de su competencia. En la misma providencia se ordenó comunicar la iniciación del proceso al Presidente de la República, al Presidente del Congreso, al Ministro de Minas y Energía y al Ministro de Hacienda y Crédito Público para que intervinieran indicando las razones que en su criterio justifican la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas demandadas, y se dispuso igualmente invitar a Ecopetrol S.A., a la Unión Sindical Obrera de la Industria del Petróleo USO, al Departamento Nacional de Planeación, al Departamento Administrativo de la Función Pública, al Instituto Colombiano de Derecho Procesal, a la Academia Colombiana de Jurisprudencia, a la Comisión Colombiana de Juristas y a las facultades de derecho de las universidades Nacional de Colombia, Externado de Colombia, Libre de Colombia, Pontificia Universidad Javeriana, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario y Universidad de los Andes, para que emitieran su opinión sobre la demanda que dio lugar al presente juicio de constitucionalidad.

Una vez cumplidos los trámites previstos en el artículo 242 de la Constitución Política y en el Decreto 2067 de 1991, procede la Corte a resolver sobre la demanda de la referencia.

II. DISPOSICIONES DEMANDADAS

A continuación se transcribe el texto de los artículos 6 y 7 de la Ley 1118 de 2006, tal como aparece publicado en el Diario Oficial núm. 46.494 del 27 de diciembre de 2006, subrayando la parte demandada.

LEY 1118 DE 2006

(diciembre 27)

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Por la cual se modifica la naturaleza jurídica de Ecopetrol S. A. y se dictan otras disposiciones.

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

“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”.

III. LA DEMANDA

El ciudadano David Suárez Tamayo demanda la inconstitucionalidad de las disposiciones contenidas en los artículos 6 y 7 (parcial) de la Ley 1118 de 2006, “Por la cual se modifica la naturaleza jurídica de Ecopetrol S. A. y se dictan otras disposiciones”, por considerar que las mismas vulneran los artículos 6, 123, 209 y 210 de la Constitución Política.

A pesar de que el demandante señala como normas superiores infringidas los artículos 6, 123, 209 y 210 de la Constitución, en cuanto concierne a la primera de las disposiciones superiores señaladas no formula cargo alguno, razón por la cual la Corte se abstendrá de hacer cualquier pronunciamiento en relación con la supuesta violación de la aludida disposición.

El accionante formula cuatro (4) cargos de inconstitucionalidad, que fundamenta así:

Primer cargo: Considera el accionante que someter todos los actos, contratos y actuaciones de Ecopetrol exclusivamente a las reglas derecho privado – tal como se establece en el artículo 6º., acusado – vulnera el artículo 210 de la Constitución, ya que tal precepto superior establece que la creación de las entidades descentralizadas por servicios ha de hacerse “con fundamento en los principios que orientan la actividad administrativa”, mandato que no se podría cumplir si Ecopetrol se rige exclusivamente por normas de derecho privado.

Dice que si bien es cierto que el legislador está facultado para señalar el régimen jurídico de las diferentes entidades no se trata, sin embargo, de una potestad ilimitada, abierta o incondicional y, menos aun, puede dar lugar al desconocimiento de principios de rango constitucional y que las sociedades de economía mixta en las que el Estado tiene capital mayoritario no se rigen por el derecho privado, sino por las normas de contratación pública, luego someter a una entidad como Ecopetrol a un régimen exclusivo de derecho privado, comportaría el desconocimiento de los principios que orientan la actividad administrativa.

Agrega que los principios de la actividad administrativa están fundamentados en los artículos 6, 29, 121, 122, 123, 209 y 210 de la Constitución, entre otros; y que tales principios que no se observan con igual contundencia en el derecho privado. En consecuencia, someter a Ecopetrol a un régimen exclusivo de derecho privado, comportaría sustraer a dicha entidad del cumplimiento de los correspondientes preceptos superiores, vulnerándose así la

disposición contenida en el artículo 210 de la Constitución.

Finaliza afirmando que “como mínimo, la Corte debe precisar y condicionar que el tema contractual, la expedición de actos unilaterales, el manejo presupuestal, los empréstitos, los controles y responsabilidades (fiscales y disciplinarias), deben estar regulados y sometidos a normas de Derecho Público”.

Segundo cargo: Considera el accionante que someter a Ecopetrol a un régimen exclusivo de derecho privado – tal como se establece en el artículo 6º. acusado – viola el artículo 209 de la Constitución, ya que se estaría sustrayendo a dicha entidad de la sujeción a los principios de moralidad, imparcialidad y publicidad, que no resultan vinculantes en el derecho privado y que el desarrollo de actividades industriales y comerciales no significa que Ecopetrol no ejerza igualmente funciones administrativas que, como tales, han de observar los principios establecidos en el artículo 209 superior.

Sostiene que en un régimen de derecho privado Ecopetrol no estaría obligada a publicar sus decisiones, vulnerando el derecho de los ciudadanos a conocer las actuaciones gubernamentales; ni estaría obligada a escoger al personal mediante proceso alguno de selección objetiva o concurso de méritos, con vulneración del principio de imparcialidad establecido igualmente en el artículo 209 superior.

Concluye preguntándose si podrá ser constitucional “que una entidad administre recursos públicos, ejecute obras públicas, preste servicios estatales, cumpla funciones administrativas, administre un recurso escaso y limitado como son los hidrocarburos, a la luz del Derecho Privado y no del Derecho Público”.

Tercer cargo: Afirma el demandante que todas las sociedades de economía mixta en las cuales el Estado tiene una participación mayoritaria se someten al régimen público de contratación, luego sustraer a Ecopetrol de la obligación de cumplir con dicho régimen, comporta la violación del principio de igualdad en el ejercicio de la función administrativa establecido en el mismo artículo 209 de la Constitución, sin que exista razón alguna para privilegiarla con un tratamiento diferente.

Considera que resulta inconveniente privar a Ecopetrol de la posibilidad de incluir en sus contratos las cláusulas exorbitantes o excepcionales propias de la administración, ya que se

está desprotegiendo el patrimonio público, máxime si se tiene en cuenta que, en razón del objeto de sus contratos, muchas veces está en juego la soberanía nacional, el uso y explotación de los recursos naturales que son escasos, limitados y resultan estratégicos para el país.

Cuarto cargo: Dice el accionante que la disposición contenida en el artículo 7º. de la Ley 1118 de 2006 que establece que, al producirse el cambio de naturaleza jurídica de Ecopetrol, la totalidad de sus servidores públicos tendrán el carácter de trabajadores particulares, comporta una violación del precepto contenido en el artículo 123 de la Constitución, según el cual son servidores públicos tanto los miembros de las corporaciones públicas, como los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Agrega que al pasar a ser Ecopetrol una sociedad de economía mixta, vinculada al Ministerio de Minas y Energía en la cual el Estado tiene un 80% del capital, no hay duda de que se trata de una entidad descentralizada por servicios y, en consecuencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 123 superior, las personas que allí laboren han de ser clasificadas necesariamente como servidores públicos.

Quinto cargo: Bajo el enunciado de “quinto cargo” el accionante solicita a la Corte que mantenga y reitere la línea jurisprudencial que ha trazado en relación con estos temas y hace alusión a la Sentencia C-283 de 2002, atinente a la condición de trabajadores oficiales que ostentan las personas que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado y en las sociedades de economía mixta.

IV. INTERVENCIONES

Intervención del Ministerio del Interior y de Justicia

El Ministerio del Interior y de Justicia considera que las normas acusadas no contravienen las disposiciones de la Carta Política de 1991, y aborda su intervención con la alusión al concepto básico de sociedades de economía mixta consagrado en el artículo 97 de la Ley 489 de 1998, para resaltar, en relación con el mismo, que se trata de organismos que desarrollan sus actividades conforme a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones establecidas en la ley, y para advertir que las sociedades de economía mixta tienen la

organización propia de las sociedades comerciales.

Agrega que la clasificación constitucional de los servidores públicos no se agota en la norma contenida en el artículo 123 superior, como parece entenderlo el accionante, por cuanto el Estado colombiano, además de las funciones de naturaleza puramente administrativa, realiza otras relacionadas con la producción de bienes y servicios, y lo hace a través de la sociedades de economía mixta, que están llamadas a competir con los particulares en condiciones de igualdad y, por ende, despojándose de su facultad de imperio.

Afirma que, de acuerdo con la Constitución, para la existencia de una sociedad de economía mixta del orden nacional sólo se requiere que surja de la voluntad del legislador, y que lo que le da esa categoría de mixta es el aporte que a la misma hacen tanto el Estado como los particulares, resultando entonces posible su sujeción a un régimen jurídico que le permita conciliar el interés general propio del Estado con la especulación económica que se persigue por los particulares en las actividades mercantiles.

Afirma que el hecho de que los empleados de Ecopetrol S.A. estén sometidos al régimen laboral de los empleados particulares no implica que tal entidad deje de ser pública y hace alusión a la jurisprudencia de esta Corporación¹ según la cual la potestad de establecer el régimen laboral de los trabajadores en los procesos de reestructuración de las entidades públicas, está prevista en los preceptos constitucionales y no constituye una vulneración al derecho de igualdad y ni al derecho al trabajo.

En relación con la posibilidad de que una entidad de naturaleza pública se regule por normas de derecho privado, hace alusión a lo dicho por esta Corporación en relación con la potestad que tiene el legislador para crear y determinar la estructura orgánica y el funcionamiento de entidades administrativas atípicas, sujetas a normas de derecho privado y a normas de derecho público².

En cuanto concierne a la competencia del legislador para establecer el régimen del personal de las sociedades de economía mixta, alude en primer lugar a lo señalado por esta Corporación en relación con la noción de servidor público y con la clasificación de los servidores públicos³, para concluir que la Constitución Política de 1991 introdujo una nueva concepción de servidor público, integrando dentro de su marco regulatorio a los particulares que desarrollan funciones públicas, y advierte que “no por ello se les debe encajar

necesariamente dentro de las mencionadas especies constitucionales, particularmente en el caso del personal vinculado a las entidades descentralizadas territorialmente y por servicios”.

En cuanto al marco constitucional y legal aplicable al personal de las sociedades de economía mixta, el Ministerio alude a las disposiciones contenidas en los artículos 125, 150-23 y 210 de la Constitución y a los incisos 1º. y 2º. y párrafo del artículo 97 de la Ley 489 de 1998, así como a la jurisprudencia plasmada en la Sentencia C-953 de 1999, en la Sentencia proferida el 18 de noviembre de 1970 por el Consejo de Estado, Sección Segunda y en la Sentencia proferida el 7 de junio de 1989 por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Con fundamento en las aludidas normas y providencias, el Ministerio llega a las siguientes conclusiones: (i) Que la naturaleza de los aportes que se hagan a las sociedades de economía mixta, no es criterio suficiente para definir si se trata de entidades del Estado, pues lo son tanto de los particulares como del Estado. (ii) Que el criterio orgánico, según el cual todas las personas que laboran al servicio del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios son servidores públicos, no resulta predicable en relación con el personal vinculado a las sociedades de economía mixta con participación estatal inferior al 90%, al no estar sometidas al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado, razón por la cual dichos trabajadores tampoco pueden ser considerados como servidores públicos en el sentido literal de la palabra. (iii) Que en los procesos de reorganización de las sociedades de economía mixta en las cuales el Estado tenga una participación inferior al 90% del capital social, el Congreso de la República está constitucionalmente habilitado para someter a los empleados de la sociedad al régimen de los trabajadores particulares.

Como consecuencia de las anteriores conclusiones, para el Ministerio del Interior el Congreso de la República está jurídicamente habilitado tanto para someter a Ecopetrol S.A., a las normas de derecho privado como para clasificar a las personas vinculadas a su planta de personal como trabajadores particulares, lo cual significa que las normas acusadas no vulneran precepto constitucional alguno.

Intervención del Ministerio de Minas y Energía

En relación con la acusación formulada contra el artículo 6º. de la Ley 1118 de 2006 en el

sentido de infringir el precepto contenido en el artículo 210 superior, el Ministerio manifiesta que ante la modificación de la naturaleza jurídica de Ecopetrol, resultaba imperioso ajustar el régimen jurídico que le es aplicable como sociedad de economía mixta, que no es otro que el de derecho privado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 97 de la Ley 489 de 1998. Sobre el particular, se hace alusión a lo expresado por esta Corporación en la Sentencia C-629 de 2003.

Afirma el Ministerio que “cuando la ley en su artículo 6 establece que el régimen jurídico de los actos, contratos y demás actuaciones de Ecopetrol S.A., sociedad de economía mixta es el de derecho privado, no hace nada distinto a ejercer las facultades de determinar en forma expresa un régimen jurídico propio, para lograr una de las finalidades de la modificación de la naturaleza jurídica en cuanto le permitirá a la empresa competir en igualdad de condiciones con las demás empresas petroleras, agilizando sus procesos para atender prontamente los requerimientos del negocio y minimizando el riesgo de la eventual pérdida de oportunidades”.

Alude al manejo por parte de Ecopetrol de un producto estratégico para la economía nacional, lo cual requiere que cuente con un mecanismo ágil que le permita disponer de los recursos físicos y jurídicos necesarios para el desarrollo de su objeto social, que es eminentemente comercial, y para poder competir en el mundo de los hidrocarburos y facilitar su rentabilidad.

Agrega que, tal como lo sostiene el demandante, “el derecho privado está pensado, elaborado para regular las relaciones entre particulares, que concurren en igualdad de condiciones a realizar sus negocios, donde hay de por medio recursos privados, donde impera la bilateralidad, el mutuo acuerdo, la autonomía de la voluntad, el ánimo de lucro, de ganancia, de beneficio económico”, que son las condiciones que se dan en el caso concreto de Ecopetrol S.A., en una figura que no es exótica en nuestro sistema de administración pública, que tiene ánimo de lucro y representa un beneficio económico para el Estado, por cuanto la rentabilidad del 80% de su capital social pertenece a la Nación.

Afirma que “el tratamiento de empresas como Ecopetrol con régimen privado no hace más que confirmar la descentralización de la administración, y a ello responde el mandato constitucional que defiere a la ley la determinación del régimen jurídico de las entidades

descentralizadas”, razones que ponen en evidencia lo infundado de las acusaciones de inconstitucionalidad que el accionante hace extensivas a los artículos 6, 29, 121, 122, 123, 209 y 210 de la Constitución, lo que resulta ser sólo un juicio de valor, por cuanto la aplicación del régimen privado no implica que la empresa no deba cumplir con los principios constitucionales de legalidad, debido proceso, moralidad, transparencia, etc.

Precisa el Ministerio que no es cierto que Ecopetrol S.A., administre un recurso escaso y limitado como son los hidrocarburos ya que, a partir de la vigencia del Decreto Ley 1760 de 2003, la administración del recurso hidrocarburífero del Estado compete a la Agencia Nacional de Hidrocarburos, en virtud de una reforma que justamente tenía por objeto la separación de las funciones de administrador y de empresa comercial, para optimizar su eficiencia y su competitividad. Para complementar tales afirmaciones, el Ministerio transcribe algunos apartes de la exposición de motivos correspondiente a la Ley objeto de la acusación.

Manifiesta que aun cuando las actividades industriales y comerciales que desarrolla Ecopetrol S.A., se rigen por el derecho privado, cuando la empresa cumple funciones administrativas debe observar los diferentes principios consagrados en el artículo 209 superior y alude a la Sentencia C-629 de 2003 que se refiere a la aplicabilidad de tales principios de la función administrativa.

Tampoco encuentra el Ministerio violación alguna del principio de publicidad con la norma contenida en el artículo 6º. de la Ley 1118 de 2006, por cuanto considera que “es la misma dinámica de la industria la que le imprime la publicidad que ameritan las actividades, la cual se traduce en el impacto que puedan generar frente a los medios de comunicación que destacan la importancia de los proyectos significativos para la economía del país”.

En cuanto al cargo consistente en la vulneración del principio de igualdad consagrado en el artículo 209 de la Constitución, el Ministerio hace alusión a la disposición contenida en el artículo 76 de la Ley 80 de 1993 sobre los contratos de exploración y explotación de recursos naturales y manifiesta que no fue la Ley 1118 de 2006 la que estableció un régimen exceptivo en la celebración de contratos en materia petrolera, sino que la excepción surge del mismo estatuto general de contratación pública y agrega que ya desde el Decreto 743 de 1975, reglamentario del Decreto 2310 de 1974, se había dispuesto que los contratos

suscritos por Ecopetrol, en calidad de administrador del recurso hidrocarburífero, quedarían sujetos al derecho privado, salvo que tuvieran cláusulas sobre caducidad.

En relación con los cargos de inconstitucionalidad formulados contra el artículo 7º. (parcial) de la Ley 1118 de 2006, por presunta violación del artículo 123 superior, manifiesta el Ministerio que dicha norma constitucional no establece una clasificación de los servidores públicos, luego el legislador tiene la facultad de asignar el régimen aplicable a quienes se vinculen a las entidades públicas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 150-23 de la Carta, que confiere al legislador la atribución de establecer nuevas denominaciones para caracterizar grupos o clases diferentes. Agrega que las sociedades de economía mixta con capital estatal inferior al 90% no son entidades estatales en razón de su composición de capital público y privado y, con fundamento en lo dicho por la Corte en la Sentencia C-953 de 1999, concluye que las personas vinculadas laboralmente a las sociedades de economía mixta con capital estatal inferior al 90%, son trabajadores particulares.

Agrega que “no existe violación del derecho de igualdad cuando se consagra que a algunos sectores no le son aplicables disposiciones de índole administrativa previstas en el Código Contencioso Administrativo, habida cuenta que las relaciones de trabajo en Ecopetrol S.A. son excluidas de tal aplicación, en la medida en que a los trabajadores de la empresa los cobija un régimen laboral distinto. En ese sentido, el establecimiento de regímenes distintos, resulta conforme a la Constitución, toda vez que el trato diferenciado lejos de ser discriminatorio, favorece a los trabajadores a los que gobierna y aplica”.

Señala que la aplicación de las normas del Código Sustantivo del Trabajo al personal de Ecopetrol data de 1951, a pesar de que se trata de una entidad oficial y que, de aceptarse el reproche de inconstitucionalidad, se mantendría el caos que ha generado el híbrido consistente en ostentar la calidad de servidores públicos pero no regirse por el derecho público sino por las normas del derecho privado.

Concluye el Ministerio de Minas aseverando que “existen fundamentos jurídicos apoyados igualmente en razones de conveniencia económica que demuestran a todas luces que el texto del artículo 7º. demandado parcialmente, no vulnera ningún precepto constitucional; en consecuencia, las pretensiones del demandante no están llamadas a prosperar por cuanto carecen de argumentos que soporten sus apreciaciones”.

Intervención del Ministerio de Hacienda y Crédito Público

El Ministerio de Hacienda manifiesta que el Congreso de la República sí posee la facultad para determinar que los actos, contratos y actuaciones necesarias para administrar a Ecopetrol S.A., estén sometidos a las normas de derecho privado y que tal facultad surge de lo dispuesto en el artículo 210 superior, de conformidad con lo consignado en la Sentencia C-629 de 2003 y con lo dispuesto sobre el particular en la Ley 489 de 1998 en relación con las sociedades de economía mixta.

Agrega que las sociedades de economía mixta, como parte de la administración pública, si bien se rigen por normas de derecho privado, deben observar los principios propios de la actividad administrativa, pero no ejercen funciones administrativas dado que su naturaleza es de carácter comercial.

Alude igualmente a la escisión llevada a cabo en Ecopetrol mediante el Decreto 1760 de 2003, en virtud de la cual la administración integral de las reservas de hidrocarburos de propiedad de la Nación le fue entregada a la Agencia Nacional de Hidrocarburos (ANH), correspondiendo a partir de entonces a Ecopetrol S.A., el desarrollo de actividades de carácter comercial, en un escenario de libre competencia económica con los particulares, como un operador más del mercado, circunstancia que explica la decisión de someter los actos jurídicos, los contratos y las actuaciones necesarias para administrar a Ecopetrol S.A. al régimen de derecho privado.

En relación con el cargo consistente en la presunta violación del principio de igualdad, el Ministerio trae a colación la disposición contenida en el artículo 32 de la Ley 142 de 1994, que establece que frente a la prestación de servicios públicos todas las empresas, así sean de carácter mixto, se regirán por el derecho privado y manifiesta que cuando una entidad pública desarrolla actividades en competencia con los particulares, no puede ejercer facultades excepcionales, puesto que se genera desigualdad y abuso en desmedro de los competidores particulares.

Al ocuparse de la constitucionalidad del artículo 7º. de la Ley 1118 de 2006, el Ministerio, después de hacer un recuento del régimen aplicable a Ecopetrol desde su creación, alude a la condición de trabajadores oficiales que han tenido los servidores de Ecopetrol, así como a su sometimiento a las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo y a lo dispuesto en el

artículo 38 de la Ley 489 de 1998 sobre las sociedades de economía mixta, para señalar que la condición de trabajador oficial sólo es aplicable al caso restrictivo previsto en el parágrafo del aludido artículo 38: sociedades públicas y sociedades de economía mixta en las que el Estado posea el 90% o más de su capital social y que el régimen jurídico de las sociedades de economía mixta es el previsto en el artículo 97 y siguientes de la Ley 489 de 1998 y en el artículo 461 del Código de Comercio.

Intervención de Ecopetrol S.A.

Ecopetrol S.A., inicia su intervención aludiendo a la Ley 165 de 1948, mediante la cual se autorizó la creación de la Empresa Colombiana de Petróleos y a las actividades desarrolladas por dicha empresa hasta el año 2003, cuando – mediante el Decreto Ley 1760 – se separó la actividad netamente administrativa de los hidrocarburos a nombre de la Nación, de la actividad empresarial y comercial. Alude luego a las metas que se ha fijado Ecopetrol S.A., y al proceso de internacionalización en el que se halla empeñada, haciendo igualmente referencia a las condiciones de desigualdad frente a las demás compañías del sector, en que actualmente desarrolla su objeto social.

Luego de referirse a la exposición de motivos de la Ley 1118 de 2006, señala cómo el Gobierno Nacional propuso al Congreso de la República la capitalización de Ecopetrol, dando lugar a la expedición de la aludida ley, mediante la cual se autorizó a Ecopetrol a emitir acciones hasta por un 20% de su valor y se proferieron normas especiales encaminadas a completar la reforma iniciada en el año 2003 y que tienen por objeto dotar a la empresa de un régimen adecuado a su nueva naturaleza y a sus nuevos retos.

En relación con los cargos de inconstitucionalidad formulados contra el artículo 6º. de la Ley 1118 de 2006, empieza por afirmar que el legislador ha reconocido siempre la necesidad de dotar a las sociedades de economía mixta de un régimen jurídico que permita conciliar el interés general propio del Estado con la especulación económica que persiguen los particulares a través de las actividades mercantiles. Alude a las diferentes disposiciones que han regulado lo atinente a las sociedades de economía mixta y que han permitido su funcionamiento con base en normas de derecho privado, con la excepción contenida en el artículo 2º. de la Ley 80 de 1993, que sometió a las sociedades de economía mixta en que el Estado tuviese una participación superior al 50% al régimen de contratación pública.

Se refiere luego a la potestad que tiene el Congreso de establecer el régimen jurídico propio de las sociedades de economía mixta y hace alusión al artículo 210 superior, que autoriza al legislador a establecer el régimen jurídico de las entidades descentralizadas, así como a lo dicho por la Corte en la Sentencia C-629 de 2003, para concluir que, dado que en las sociedades de economía mixta no cabe el ejercicio de función administrativa, no resulta procedente aludir a la violación de los principios propios de tal función.

Asevera que el hecho de que Ecopetrol S.A. “llegue a tener la condición de empresa de economía mixta con régimen de derecho privado, no la excluye del adecuado manejo y control del recurso público en ella invertido, por consiguiente está y estará vigilada en la dirección y control de sus actividades por el Ministerio de Minas y Energía, y tendrá la responsabilidad de un manejo propio y adecuado enmarcado en el régimen de garantías del patrimonio estatal para el 80% de las acciones que se suscriban y que serán siempre de propiedad de la Nación”.

En relación con el cargo consistente en la presunta violación del principio de igualdad, afirma que la contratación de las empresas de servicios públicos domiciliarios oficiales y mixtas en las que el Estado es propietario o tiene una participación mayoritaria en el capital social, se someten al derecho privado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3º. de la Ley 689 de 2001. Agrega que hay que tener en cuenta que, contra lo dicho por el actor, Ecopetrol ya no es la responsable de la explotación de un recurso estratégico y que, en virtud de cambio operado en 2003, el interés de los colombianos es que la empresa logre ser competitiva, lo cual justifica plenamente dotarla de instrumentos jurídicos que le permitan alcanzar ese cometido y que deben corresponder a aquellos con los cuales actúa la competencia.

En cuanto atañe a la imposibilidad para Ecopetrol de incluir en sus contratos las cláusulas excepcionales, advierte que, en primer lugar, tales cláusulas no se consignan actualmente en gran parte de la contratación de Ecopetrol y que, además, éstas no tienen por objeto proteger el patrimonio del Estado, sino dotar a las entidades estatales de un instrumento que les permita ejercer el control y la vigilancia de la ejecución del contrato luego, si su omisión conllevara la desprotección del patrimonio público, no se entendería cómo el legislador haya dejado en manos de las diferentes entidades determinar si las pactan o no. Agrega que cuando se espera actuar en un régimen de competencia, lo lógico es que la acción se de en condiciones de verdadera igualdad, sin privilegios o prerrogativas que le permitan a una

parte imponerse frente a la otra.

Sobre los cargos de inconstitucionalidad formulados en relación con el artículo 7º. de la Ley 1118 de 2006 manifiesta que mediante el Decreto 2027 de 1951 se dispuso que las relaciones de trabajo de Ecopetrol se regirían por el derecho común laboral contenido en el Código Sustantivo de Trabajo y mediante el Decreto 2039 de 1956 se definió a Ecopetrol como una empresa industrial y comercial del Estado, vinculada al Ministerio de Minas y Energía y se precisó que, en su organización interna y en sus relaciones con terceros, continuaría funcionando como una entidad de naturaleza mercantil y agrega que tal carácter se mantuvo hasta el año 2003 cuando, en virtud de lo dispuesto en el Decreto Ley 1760, pasó a ser una sociedad pública por acciones, manteniendo para sus trabajadores el régimen del Código Sustantivo del Trabajo.

Agrega que desde su creación estaba prevista la posibilidad de que Ecopetrol fuera una sociedad de economía mixta y las relaciones con los trabajadores se rigen por el Código Sustantivo del Trabajo, entre otras razones, por cuanto Ecopetrol se creó con los bienes y con el personal que revirtieron de la Concesión de Mares, cuyos trabajadores se regían también por el mismo ordenamiento, resultando imperioso seguir aplicando dicho Código “para evitar desmejoras en sus condiciones de trabajo y que debía extenderse a los trabajadores que ingresaran con posterioridad al servicio de la entidad, para así evitar discriminaciones entre ellos y garantizar, por ende, su derecho a la igualdad”.

Concluye que la disposición contenida en el artículo 7º. acusado, en lugar de quitar a los trabajadores de Ecopetrol su condición de servidores públicos, lo que hace es reiterar tal calidad de manera expresa, y reconocer la validez y vigencia del régimen que se aplica a los trabajadores oficiales de la empresa; es decir, se está estableciendo una excepción legal referida exclusivamente a lo laboral, lo cual en nada resulta contradictorio o violatorio de la Carta Política, ya que si el régimen laboral privado era válido cuando Ecopetrol tenía el carácter de empresa industrial y comercial del Estado y sigue siéndolo ahora que es una sociedad pública por acciones, con mayor razón habrá de serlo cuando se convierta en una sociedad de economía mixta.

Intervención del Departamento Administrativo de la Función Pública

En términos generales, en relación con los diferentes cargos de inconstitucionalidad, en el

escrito radicado por el Departamento Administrativo de la Función Pública aparecen textualmente los mismos argumentos presentados en su intervención por el Ministerio de Minas y Energía, agregándose luego la alusión a una providencia del Consejo de Estado⁴ en relación con la naturaleza jurídica de Ecopetrol, en la cual se expresa que dicha entidad no actúa en función administrativa y advirtiéndole que desde antes de la ley cuya constitucionalidad se cuestiona, ya el régimen jurídico de Ecopetrol era de derecho privado. Se hacen igualmente en la aludida intervención algunas alusiones a disposiciones legales y a algunos apartes de jurisprudencia de esta Corporación sobre las sociedades de economía mixta y sobre el régimen legal de sus trabajadores.

Intervención del Departamento Nacional de Planeación

Luego de aludir a la jurisprudencia de la Corte en relación con el régimen jurídico aplicable a las sociedades de economía mixta, así como a lo dispuesto en el artículo 97 de la Ley 489 de 1998, manifiesta que el régimen de derecho privado aplicable a las sociedades de economía mixta constituye una potestad del legislador y obedece a la vocación eminentemente comercial, de ánimo de lucro y de concurrir al mercado, que caracteriza a tales entidades descentralizadas, sin que pueda tratarse a las sociedades de economía mixta en el mismo nivel que a las demás entidades del Estado y que la aplicación de un régimen de derecho privado a Ecopetrol no comporta la inaplicación de los principios orientadores de la actividad administrativa.

Agrega que ningún reproche ofrece la disposición contenida en el artículo 6º. de la Ley 1118 de 2006, ya que lo allí dispuesto no significa que ese conjunto de actuaciones que habrá de regirse por el derecho privado quede exento de los controles y de la observancia de los principios que rigen para toda la estructura del Estado y que, además, se limita la aplicación del régimen de derecho privado solamente en relación con las actividades de Ecopetrol, entidad cuyo objeto social no es el cumplimiento de función administrativa.

Sobre la acusación consistente en la violación de los principios de imparcialidad y publicidad, que podrían presentarse en la selección del personal, dice que son igualmente de recibo los argumentos esbozados en el punto anterior, en relación con la función administrativa, y en cuanto concierne al principio de igualdad de que trata el artículo 209 superior, advierte que el actor está fundamentando su aseveración en una disposición de naturaleza legal – Ley 80

de 1993 – y no constitucional.

En cuanto tiene que ver con la acusación formulada contra parte del texto del artículo 7º. de la Ley 1118 de 2006, afirma que “a partir de la interpretación sistemática de la disposición demandada, resulta indudable que los trabajadores particulares sometidos al Código Sustantivo del Trabajo, a la Convención Colectiva de Trabajo y al Acuerdo 01 de 1997 a los que se refiere dicha disposición, no son otros que los servidores públicos de los artículos 123 y 125 de la Constitución Política, puesto que en ambos casos, además de que el régimen aplicable es el mismo, se trata de trabajadores particulares vinculados al Estado a través de una idéntica modalidad: el contrato de trabajo”.

Intervención de Adeco

La Asociación de directivos, profesionales, técnicos y trabajadores de las empresas de la rama de actividad económica del recurso natural del petróleo y sus derivados de Colombia, ADECO, manifiesta que sí hay violación de las normas superiores con las normas legales acusadas. Hace alusión a la Sentencia C-479 de 1992 y afirma que la disposición contenida en el artículo 6º. de la Ley 1118 de 2006 vulnera los artículos 209 y 210 de la Constitución, ya que la facultad constitucional para modificar la estructura de las entidades u organismos administrativos nacionales creados o autorizados por el Congreso de la República corresponde al Presidente de la República, con sujeción a los principios y reglas generales que defina la ley.

Agrega que al haberse cambiado por el Congreso la naturaleza jurídica de Ecopetrol, de sociedad pública por acciones a sociedad de economía mixta, el Congreso invadió una órbita constitucional de competencias que son propias del Presidente de la República y que, además, el artículo 6º. acusado, comporta igualmente la violación de los artículos 1º., 332, 355 y 360 de la Constitución Política, ya que Ecopetrol tiene a su cargo recursos públicos de propiedad de la Nación, así como el subsuelo también es propiedad de la Nación, y que al autorizarse la enajenación accionaria del 20 % de su capital y transformarse en sociedad de economía mixta regida por el derecho privado, se está transfiriendo su propiedad a particulares no nacionales, lo cual resulta improcedente si se tiene en cuenta que se trata de bienes que fueron recibidos por Ecopetrol en razón del Aporte que se le hiciera de bienes de propiedad de la Nación.

Manifiesta que el cambio de la naturaleza jurídica de Ecopetrol a sociedad de economía mixta de carácter privado resulta contrario a la prevalencia del interés general, y que si el Estado colombiano se reserva el 80% de su capital accionario, el régimen de contratación ha de ser el propio de las entidades de derecho público, por cuanto éste es aplicable a las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50%.

En relación con la acusación de inconstitucionalidad formulada contra el artículo 7º. de la Ley 1118 de 2006, dice que es clara la infracción del artículo 123 superior, ya que Ecopetrol continúa siendo una empresa oficial, con capital predominantemente oficial, lo cual determina la condición de su personal como trabajadores oficiales.

Intervención de la ciudadana Andrea Molina Bedoya

La aludida ciudadana interviene para coadyuvar la demanda de inconstitucionalidad, por cuanto encuentra que, además de los argumentos expuestos por el accionante, existen otras normas de rango constitucional que impiden que una sociedad de economía mixta como la propuesta en la norma demandada pueda regirse en un 100 % por el derecho privado: Dichas disposiciones están contenidas en los artículos 352, 354, 211, 127, 305, 208, 267 y 368 de la Constitución.

Agrega que las sociedades de economía mixta, dado su carácter de entidades descentralizadas, están sometidas desde la misma Constitución, en múltiples aspectos a normas de derecho público, lo cual genera la inconstitucionalidad del artículo 6º. de la Ley 1118 de 2006, y que la potestad de libre configuración del orden jurídico de la cual goza el legislador no es absoluta, en la medida en que no puede desconocer claros mandatos constitucionales que someten a determinadas entidades, en razón de su naturaleza y por manejar recursos públicos, a normas de derecho público.

Se pregunta cómo una sociedad de economía mixta con capital estatal superior al 50 % sea sometida al régimen de inhabilidades e incompatibilidades de la Ley 80 de 1993 en materia de contratación, mientras que Ecopetrol, que va a tener el 80% de capital estatal, queda por fuera de dicho régimen.

Encuentra igualmente inconstitucional el aludido artículo 6º. en cuanto, a su juicio, la constitución de la sociedad de economía mixta comporta la explotación por parte de

particulares, de recursos que son propiedad exclusiva de la Nación.

En relación con el artículo 7º de la Ley 1118 de 2006 manifiesta que es inconstitucional ya que, de conformidad con lo dicho por esta Corporación⁵, quienes prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado y en las sociedades de economía mixta son trabajadores oficiales, resultando entonces inadmisibles un trato diferente para los trabajadores de Ecopetrol.

Intervención del Instituto Colombiano de Derecho Procesal

El ciudadano Martín Bermúdez Muñoz, quien interviene en nombre del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, manifiesta que las normas acusadas no resultan contrarias a disposiciones superiores, por cuanto, en razón de lo dispuesto en los artículos 150-7 y 210 superiores, “el legislador, tratándose del establecimiento del régimen jurídico y la estructura de las entidades descentralizadas, tiene libertad de configuración normativa, razón por la cual puede establecer libremente que una entidad en particular, tenga un régimen jurídico especial sin que ello resulte contrario a la Constitución Política”. Agrega que “ninguna norma de la Constitución Política establece que las sociedades de economía mixta deban regirse, necesariamente, por normas especiales de derecho público”.

Dice que disponer que los actos y contratos de Ecopetrol se rijan por el derecho privado, no comporta per se el desconocimiento de los principios constitucionales que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 209 superior, orientan las actuaciones administrativas y que, en su condición de servidores públicos, los trabajadores de Ecopetrol deben responder por “omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones” y no por “infringir la Constitución y la ley”, como los particulares, razón por la cual tampoco se configura vulneración alguna de las disposiciones contenidas en los artículos 6º. y 123 de la Constitución.

V. CONCEPTO RENDIDO POR EL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN.

El Procurador General de la Nación, mediante concepto No. 4303, radicado en la Secretaría General el 08 de mayo de 2007, solicita que se declare la exequibilidad condicionada del artículo 6º. de la Ley 1118 de 2006 y que la Corte se declare inhibida para pronunciarse de fondo en relación con la constitucionalidad del artículo 7º., por ineptitud sustantiva de la demanda.

En relación con la acusación formulada contra el artículo 6º. de la Ley 1118 de 2006, el Ministerio Público empieza por ocuparse de la responsabilidad de los particulares en el Estado Social de Derecho, aludiendo a la jurisprudencia de esta Corporación en relación con el principio de responsabilidad, mirado no solamente desde la órbita del Estado sino también desde la de los particulares.

Afirma que la noción de servidor público establecida en la Carta tiene una connotación finalista y no puramente nominal y que los particulares asumen también una serie de obligaciones y de tareas que antes correspondía de manera exclusiva, y a veces excluyente, a las autoridades estatales y que enmarcada la participación como derecho-deber, se abre igualmente un sinnúmero de posibilidades para que los ciudadanos contribuyan al cumplimiento eficiente de las tareas públicas y participen en la vigilancia de la gestión pública.

Alude igualmente a la jurisprudencia de la Corte según la cual la circunstancia de que se asigne a los particulares el ejercicio de funciones públicas no modifica su estatus de particulares ni los convierte por ese hecho en servidores públicos⁶. Sin embargo, dice, es natural que el ejercicio de dichas funciones públicas implique un incremento de los compromisos que éstos adquieren con el Estado y con la sociedad y agrega que a tales particulares se aplica igualmente, en relación con el cumplimiento de las funciones públicas, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades propio de los servidores públicos y que, tal como lo ha dicho esta Corporación, sobre sus actuaciones, además del control especial ejercido por la autoridad titular de la función, pesa igualmente tanto el control de legalidad como el control fiscal, en los términos del artículo 267 de la Constitución.

En relación con lo dispuesto en el artículo 6º. superior, señala que el particular a quien se le asignen funciones públicas sólo puede llevar a cabo aquello que, en virtud de la atribución, viene a ser de su competencia y debe responder por la “omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”, como corresponde a los servidores públicos y haciendo alusión a la jurisprudencia de la Corte⁷, dice que hay que diferenciar, en todo caso, entre las personas a las que se les asigna el cumplimiento de una función pública mediante ley, acto administrativo o convención, y aquellos que prestan un servicio público sometido, como tal, a un régimen legal especial, pero que en sí mismo no implica necesariamente el ejercicio de una función pública.

Precisa que “es solamente en relación con el ejercicio de funciones públicas por particulares, en aquellos casos que establezcan y autoricen la Constitución y la ley, que se predica el grado especial de responsabilidad a que se ha hecho referencia”.

En cuanto concierne al control fiscal que ejerce la Contraloría General de la República sobre las sociedades de economía mixta, afirma que involucra todas las actividades sobre las que se proyecta el control financiero, de gestión y de resultados, haciendo parte del mismo las etapas de recaudo o adquisición, conservación, enajenación, gasto, inversión y disposición de fondos y bienes de la Nación. Dice, además, que “la participación estatal en la conformación del patrimonio social de la sociedades de economía mixta es la razón esencial por la cual el Legislador las adscribe al sector descentralizado por servicios y les confiere, correlativamente, el carácter de organismos vinculados a la administración Pública en el orden nacional (artículos 38 y 68 de la ley 489 de 1998)”.

En relación con el control que le corresponde ejercer al Procurador sobre las actuaciones administrativas de las sociedades de economía mixta, afirma que resultan aplicables, *mutatis mutandi*, las mismas consideraciones que hacen imperioso el control fiscal, para salvaguardar los derechos e intereses de los ciudadanos, garantizar el respeto del ordenamiento jurídico e intervenir en representación de la sociedad para defender el patrimonio público.

En cuanto atañe a la acusación formulada contra el artículo 7º. (parcial) de la Ley 1118 de 2006, manifiesta que el actor se limita a la transcripción del artículo acusado, del artículo 123 superior y de un aparte de la Sentencia C-283 de 2002, sin presentar argumentos claros, ciertos, ni suficientes para llevar a cabo el juicio de constitucionalidad, sin que exista un hilo conductor en la argumentación del accionante que permita determinar el concepto de la violación, razones por las cuales el reproche de inconstitucionalidad es insuficiente, configurándose así la ineptitud de la demanda que hace imperioso un pronunciamiento inhibitorio.

En conclusión, el Procurador General solicita declarar exequible el artículo 6º de la Ley 1118 de 2006, bajo el entendido que el cambio de su naturaleza jurídica, de sociedad pública por acciones a sociedad de economía mixta, no menoscabe en absoluto las potestades constitucionales otorgadas a los organismos de control, a cargo de la Contraloría General de

la República y de la Procuraduría General de la Nación, sobre los actos jurídicos, contratos y actuaciones de las sociedades de economía mixta, para velar por el ejercicio diligente y eficiente de la función pública de administrar recursos del Estado.

Además, solicita declararse inhibida respecto del artículo 7º de la Ley 1118 de 2006.

VI. FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN

1. Competencia de la Corte

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 241, numeral 4o. de la Constitución Política, la Corte Constitucional es competente para conocer y decidir definitivamente sobre la demanda de inconstitucionalidad de la referencia, pues la expresión acusada forma parte de una ley de la República, en este caso, de la Ley 1118 de 2006.

2. cuestión previa: Aptitud de la demanda:

El Señor Procurador solicita a la Corte que, en cuanto atañe a la acusación formulada contra el artículo 7º. (parcial) de la Ley 1118 de 2006, se emita un fallo inhibitorio por cuanto existe ineptitud de la demanda, ya que el actor se limita a la transcripción del artículo acusado, del artículo 123 superior y de un aparte de la Sentencia C-283 de 2002, sin presentar argumentos claros, ciertos, ni suficientes para llevar a cabo el juicio de constitucionalidad, sin que exista un hilo conductor en la argumentación del accionante que permita determinar el concepto de la violación, razones por las cuales el reproche de inconstitucionalidad es insuficiente.

En el caso “sub examine”, en el “Cuarto Cargo” de la demanda se asevera por parte del actor que la norma contenida en el artículo 7º. de la Ley 1118 de 2006, al disponer que las personas que trabajen en Ecopetrol son trabajadores particulares, comporta una vulneración del artículo 123 de la Constitución según el cual “Son servidores públicos los miembros de las Corporaciones Públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios”.

Agrega el demandante como fundamento del aludido cargo que “En efecto, al ser ECOPETROL una Sociedad de Economía Mixta, vinculada al Ministerio de Minas y Energía, y tener el Estado el 80% del capital, no hay duda de que es una entidad descentralizada por

servicios, y por tanto a la luz del artículo 123 de la Constitución, las personas que allí laboren, deberán ser clasificadas necesariamente como servidores públicos”.

En ese breve, pero claro y preciso enunciado, encuentra planteada la Corte una situación de contradicción al menos literal o aparente entre la disposición acusada y el precepto superior señalado como vulnerado, cumpliéndose así con la exigencia mínima de claridad y suficiencia en el planteamiento de un debate de rango constitucional que amerita un pronunciamiento de fondo por parte de esta Corporación.

A lo anterior hay que agregar que, de conformidad con reiterada jurisprudencia de esta Corporación,

“ ... a la hora de examinar cómo presenta el actor el concepto de la violación, el juez de control de constitucionalidad, en aplicación del principio pro actione, debe evitar un exceso de rigor que impida ejercer el derecho de acceso a la justicia; al respecto la Corte ha dicho:

“...con base en la jurisprudencia constitucional se ha considerado que “la apreciación del cumplimiento de tales requerimientos ha de hacerse en aplicación del principio pro actione de tal manera que se garantice la eficacia de este procedimiento vital dentro del contexto de una democracia participativa como la que anima la Constitución del 91. Esto quiere decir que el rigor en el juicio que aplica la Corte al examinar la demanda no puede convertirse en un método de apreciación tan estricto que haga nugatorio el derecho reconocido al actor y que la duda habrá de interpretarse a favor del demandante, es decir, admitiendo la demanda y fallando de fondo.”⁸9.

Con fundamento en las precedentes consideraciones, la Corte entrará a estudiar en el fondo también el cargo formulado contra el artículo 7º. (parcial) de la Ley 1118 de 2006.

3. Problemas jurídicos que debe resolver la Corte

El ciudadano David Suárez Tamayo demanda la inconstitucionalidad de los artículos 6º. y 7º. (parcial) de la Ley 1118 de 2006, por la supuesta vulneración de los artículos 6, 123, 209 y 210 de la Constitución Política.

Sostiene el accionante que someter todos los actos, contratos y actuaciones de Ecopetrol

exclusivamente a las reglas derecho privado – tal como se establece en el artículo 6º., acusado – vulnera el artículo 210 de la Constitución, ya que tal precepto superior establece que la creación de las entidades descentralizadas por servicios ha de hacerse “con fundamento en los principios que orientan la actividad administrativa”, mandato que no se podría cumplir si Ecopetrol se rige exclusivamente por normas de derecho privado.

Considera el accionante que someter a Ecopetrol a un régimen exclusivo de derecho privado – tal como se establece en el artículo 6º. acusado – viola, además, el artículo 209 de la Constitución, ya que se estaría sustrayendo a dicha entidad de la sujeción a los principios de moralidad, imparcialidad y publicidad, que no resultan vinculantes en el derecho privado y que el desarrollo de actividades industriales y comerciales no significa que Ecopetrol no ejerza igualmente funciones administrativas que, como tales, han de observar los principios establecidos en el artículo 209 superior.

Agrega que todas las sociedades de economía mixta en las cuales el Estado tiene una participación mayoritaria se someten al régimen público de contratación, luego sustraer a Ecopetrol de la obligación de cumplir con dicho régimen, comporta la violación del principio de igualdad en el ejercicio de la función administrativa establecido en el mismo artículo 209 de la Constitución, sin que exista razón alguna para privilegiarla con un tratamiento diferente.

En relación con la disposición contenida en el artículo 7º. de la Ley 1118 de 2006 que establece que, al producirse el cambio de naturaleza jurídica de Ecopetrol, la totalidad de sus servidores públicos tendrán el carácter de trabajadores particulares, dice el actor que comporta una violación del precepto contenido en el artículo 123 de la Constitución, según el cual son servidores públicos tanto los miembros de las corporaciones públicas, como los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Tanto las entidades oficiales intervinientes (Ministerio del Interior y de Justicia, Ministerio de Minas y Energía, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Departamento Administrativo de la Función Pública, Departamento Nacional de Planeación), como Ecopetrol S.A., y el Instituto Colombiano de Derecho Procesal coinciden en solicitar a la Corte la declaración de exequibilidad de las normas acusadas, por considerar que ante la modificación de la

naturaleza jurídica de Ecopetrol, resultaba imperioso ajustar el régimen jurídico aplicable como sociedad de economía mixta, que no es otro que el de derecho privado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 97 de la Ley 489 de 1998. Los referidos intervinientes coinciden en aludir, en relación con esta acusación, a lo dicho por la Corte en la Sentencia C-629 de 2003 sobre la aplicabilidad de los principios de la función administrativa contenidos en el artículo 209 superior a las sociedades de economía mixta que, como tales, hacen parte de la estructura de la administración pública en el nivel descentralizado.

De igual manera, en cuanto concierne a la acusación formulada contra el artículo 7º. parcial de la Ley 1118 de 2006, dichos intervinientes manifiestan que en la mencionada disposición, en lugar de quitar a los trabajadores de Ecopetrol su condición de servidores públicos, lo que se hace es reiterar tal calidad de manera expresa, y reconocer la validez y vigencia del régimen que se aplica a los trabajadores oficiales de la empresa; es decir, se está estableciendo una excepción legal referida exclusivamente a lo laboral, lo cual en nada resulta contradictorio o violatorio de la Carta Política, ya que si el régimen laboral privado era válido cuando Ecopetrol tenía el carácter de empresa industrial y comercial del Estado y sigue siendo válido ahora que es una sociedad pública por acciones, con mayor razón habrá de serlo cuando se convierta en una sociedad de economía mixta.

Por su parte, la Asociación de directivos, profesionales, técnicos y trabajadores de las empresas de la rama de actividad económica del recurso natural del Petróleo y sus derivados de Colombia, ADECO y la ciudadana Andrea Molina Bedoya, coadyuvan la acción pública de inconstitucionalidad, pues consideran que le asiste razón al demandante al aseverar que las normas acusadas efectivamente comportan la violación de los preceptos superiores indicados.

En este orden de ideas, los problemas jurídicos que se le plantean a la Corte son los siguientes:

1. Disponer que todos los actos, contratos y actuaciones de Ecopetrol S.A., una vez constituida como sociedad de economía mixta, se regirán exclusivamente a las reglas de derecho privado, sin atender al porcentaje del aporte estatal dentro del capital social de la empresa, vulnera los artículos 209 y 210 de la Constitución, en cuanto tales preceptos

superiores establecen, respectivamente, que la función administrativa “está al servicio de los intereses generales” y que la creación de las entidades descentralizadas por servicios ha de hacerse “con fundamento en los principios que orientan la actividad administrativa”?

2. Disponer que, al producirse el cambio de naturaleza jurídica de Ecopetrol, la totalidad de sus servidores públicos tendrán el carácter de trabajadores particulares, vulnera el artículo 123 de la Constitución, según el cual son servidores públicos tanto los miembros de las corporaciones públicas, como los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios?

4. El marco constitucional de la potestad de configuración legislativa en materia de organización administración, y en especial de la configuración de las entidades descentralizadas y de las sociedades de economía mixta.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 150-7, 209 y 210 de la Constitución, le corresponde al congreso de la República “determinar la estructura de la administración nacional” y, en cuanto atañe específicamente al caso que ahora ocupa la atención de la Corte, “crear o autorizar la constitución de empresas industriales y comerciales del Estado y de sociedades de economía mixta”, con fundamento en los principios que orientan la actividad administrativa. Régimen jurídico de las entidades descentralizadas que debe ser establecido por la ley, así como la responsabilidad de sus presidentes, directores o gerentes.

En efecto, el legislador ostenta una potestad de configuración de la estructura de la administración que comporta, como lo ha considerado esta corporación¹⁰, no solo la posibilidad de determinación de las características de los órganos y entidades que la conforman sino también de las funciones generales de las mismas -salvo naturalmente las previsiones expresas que al respecto haya efectuado la propia Constitución en relación con la suprema autoridad administrativa (Artículo 189), los Ministros y los Directores de Departamentos Administrativos, como jefes de la administración (artículo 208) y algunos órganos y entidades específicos- y de las correspondientes interrelaciones con aplicación de los principios constitucionales de la función administrativa y de reglas de organización enunciadas en el texto superior y teniendo en cuenta la disposición constitucional sobre integración de la rama ejecutiva del poder público (artículo 115).

Igualmente, como lo ha determinado esta Corte¹¹, de conformidad con el artículo 210 de la Constitución, de manera específica compete al legislador determinar el régimen jurídico de las entidades descentralizadas. Lo que entraña, entre otros aspectos, la precisión de cuáles de los organismos enunciados constitucionalmente conforman tal categoría administrativa y jurídica, la determinación de funciones generales, organización básica interna, régimen de la actividad, de los actos y contratos, responsabilidad de sus directores y gerentes y las interrelaciones con los demás órganos del Estado y de la administración. En desarrollo de las atribuciones que someramente se han enunciado, el legislador deberá tener en cuenta, obviamente, los fines del Estado y de sus autoridades y las misiones que están llamadas a cumplir las entidades constitucionalmente enumeradas y las que el mismo legislador, dentro de sus competencias, estime necesario crear para el cabal cumplimiento de los cometidos estatales.

El ejercicio de la aludida potestad por parte del legislador habrá de procurar la optimización del cumplimiento de los fines del Estado, para lo cual deberá observar los límites señalados en la propia Constitución atinentes a los derechos fundamentales de los asociados, y a los enunciados constitucionales en relación con la estructura y funcionamiento de la organización del Estado y los modelos institucionales previstos para el desarrollo de las diversas actividades a cargo del Estado.

En efecto, si desde la propia Constitución se consagra la existencia de empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta, como elementos organizativos de los diversos niveles de la administración, bien nacional, departamental, distrital o municipal, quiere ello significar que desde la norma superior se han previsto organismos cuyo objeto primordial es de carácter industrial y comercial, y que integran en su interior tanto esfuerzos del Estado como de los particulares, como las sociedades de economía mixta, cuyos perfiles institucionales y jurídicos le corresponde precisar de manera general a la ley.

Y si desde la Constitución se prevé la existencia de sociedades con fines industriales o comerciales, en la cuales puede concurrir tanto el Estado como los particulares, es preciso que el legislador tenga en cuenta también los límites que se derivan de la especial relación entre el sector privado y el público, según las formulaciones constitucionales sobre la potestad de intervención estatal y sus modalidades básicas, el desarrollo de las actividades consideradas estratégicas, la libre iniciativa en materia económica, la libre competencia en materia

económica, la libre competencia en condiciones de igualdad y la prestación de los servicios públicos.

En este orden de ideas, si le corresponde al legislador la determinación del régimen jurídico de las entidades descentralizadas por servicios, bien puede asignar a cada una de ellas regímenes distintos según la finalidad que le asigne a cada una de ellas y en atención a si en ellas concurre o no la participación de particulares.

Entidades descentralizadas por servicios que constitucionalmente no solo se rigen por lo previsto en los artículos 209 y 210, sino además por otras disposiciones que regulan de forma directa el ejercicio de diversos aspectos específicos de las mismas, como la calidad de los servidores, inhabilidades, controles, nombramiento y remoción, regulación presupuestal, etc., que ponen en evidencia consecuencias directas de la clasificación hecha por el legislador ya sea respecto de un organismo o de grupos de éstos, según puede apreciarse: i) el carácter de servidores públicos de los miembros de entidades descentralizadas por servicios (art. 123); ii) los congresistas no podrán ser miembros de juntas o consejos directivos de entidades oficiales descentralizadas de cualquier nivel (art. 180-3); los diputados, concejales y sus parientes dentro grado que señale la ley no podrán formar parte de las juntas directivas de las entidades descentralizadas del respectivo departamento, distrito o municipio (art. 292); y los concejales y los ediles no podrán hacer parte de las juntas directivas de las entidades descentralizadas (art. 323); iii) Las cámaras pueden requerir la asistencia de los ministros. Las comisiones permanentes, además, la de los directores o gerentes de las entidades descentralizadas del orden nacional y la de otros funcionarios de la rama ejecutiva del poder público (art. 208); iv) la ley señalará las funciones que el Presidente de la República podrá delegar en los representantes legales de entidades descentralizadas (art. 211); v) el control fiscal es una función que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación (artr. 267); vi) habrá un Contador General quien llevará la contabilidad general de la Nación y consolidará ésta con la de sus entidades descentralizadas por servicios, cualquiera que sea el orden al que pertenezcan, excepto la referente a la ejecución del Presupuesto, cuya competencia se atribuye a la Contraloría (art. 354); vii) corresponde a las asambleas departamentales por medio de ordenanzas solicitar informe sobre el ejercicio de sus funciones a los directores de institutos descentralizados del orden departamental (art. 300-11); son atribuciones del

governador nombrar y remover libremente a los gerentes o directores de los establecimientos públicos y de las empresas industriales o comerciales del Departamento. Los representantes del departamento en las juntas directivas de tales organismos y los directores o gerentes de los mismos son agentes del gobernador (art. 305-5); y son atribuciones del gobernador velar por la exacta recaudación de las rentas de las entidades descentralizadas (art. 305-11); viii) son atribuciones del alcalde nombrar y remover a los gerentes o directores de los establecimientos públicos y las empresas industriales o comerciales de carácter local (art. 315-3); ix) la ley orgánica de presupuesto regulará lo correspondiente a la programación, aprobación, modificación, ejecución de los presupuestos de la Nación, de los entes descentralizados de cualquier nivel administrativo, y su coordinación con el Plan Nacional de Desarrollo, así como también la capacidad de los organismos y entidades estatales para contratar (art. 352); y x) los establecimientos públicos y las empresas industriales o comerciales del Estado forman parte de la Rama Ejecutiva (art. 115), entre otras disposiciones¹².

De manera particular, en relación con las sociedades de economía mixta, como lo ha considerado esta corporación, puede afirmarse que sus elementos configurativos, conforme a los mandatos constitucionales y legales son: (i) creación o autorización legal; (ii) carácter de sociedades comerciales; (iii) su objeto social es el cumplimiento de actividades industriales o comerciales; (iv) sujeción a las reglas del Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley; (v) capital integrado por aportes del Estado y de particulares; y, (vi) vinculación a la administración como integrantes del sector descentralizado y consecuente sujeción a los controles administrativos.

En efecto, las sociedades de economía mixta emanan de la voluntad del Estado, pero debido a su condición societaria y a la partición en ellas de aportes de particulares, requieren de un acuerdo de voluntades que de efectos a la previsión legal de creación y autorización, por lo que se basan no solo en el acto principal de creación sino en actos complementarios que le dan plena existencia y capacidades a las mismas. Entonces, si bien no basta la sola previsión legal de todas maneras sin ella no puede darse curso al contrato o convenio societario. Y, constituidas las sociedades de economía mixta, deben aplicarse a ella tanto las disposiciones constitucionales como las legales en cuanto entidades descentralizadas y las específicas derivadas de su condición de sociedad de economía mixta.

Por lo anterior, debe precisarse que dentro del conjunto de organismos y entidades estatales ostentan singularidad y de allí que su régimen constitucional no sea idéntico al de otras instituciones, organismos o dependencias del Estado, y por ello su existencia y régimen requiere, para el desarrollo de sus actividades económicas, un tratamiento especial.

Al respecto de los elementos que corresponde a las sociedades de economía mixta, ha considerado la Corte:

* “Las sociedades de economía mixta son mencionadas en la Constitución a propósito de las atribuciones del legislador y de las Asambleas Departamentales y de los Concejos Distritales y Municipales, en su ámbito respectivo, en torno de la configuración y desarrollo de la estructura de la administración (nacional, departamental o municipal). Es decir, que la posibilidad de que se autorice en cada caso la constitución de dichas sociedades así como la posibilidad de definición de características generales y del régimen administrativo y jurídico encuentra soporte directo en la Constitución. Configuran elementos organizativos constitucionales dentro del Estado Colombiano.

* “Las sociedades de economía mixta -abstracción hecha del porcentaje de participación estatal en el capital- no forman parte de la rama ejecutiva del poder público.

* “Las sociedades de economía mixta se conforman, a partir de la creación o autorización legal de constitución (para las del orden nacional) o de la autorización para las del orden departamental y municipal, con participación económica, en el correspondiente capital social del estado y de los particulares, conforme al entendimiento dado a los artículos 150-7, 300-7 y 313-6 por esta Corporación en la sentencia C-953 de 1999, al decidir sobre la Constitucionalidad de disposiciones legales que preveían que solo las sociedades comerciales donde hubiere un aporte estatal superior al 50% del capital social, tenían la calidad de sociedades de economía mixta.

* “Las sociedades de economía mixta son entidades descentralizadas tanto conforme a las definiciones legales vigentes al momento de expedirse la Constitución de 1991, como en armonía con las precisiones ulteriores efectuadas por el legislador en la Ley 489 de 1998. En este punto, la Corte debe llamar la atención sobre la circunstancia de que si bien el artículo 38 de esta última, al señalar los organismos que forman parte de la estructura de la administración, en lo nacional, enlista las sociedades de economía mixta, dentro del sector descentralizado de la administración, mención que se reitera en otras disposiciones como el artículo 68, ibidem, al precisar los organismos que tienen el carácter de “entidades descentralizadas”, es lo cierto que algunas disposiciones de la Ley 489 se refieren a las sociedades de economía mixta como categoría distinta, quizá paralela a las de las entidades descentralizadas (Por ejemplo, los artículos 41, 59 y 108). El anterior aspecto puede tener relevancia en la aplicación de la ley y en el entendimiento que pueda hacerse de las disposiciones constitucionales de específicamente, como ya se enunció, determinan efectos directos para los organismos que ostenten la calidad “de entidades descentralizadas”, conforme a diversos textos de la Constitución Política. Este último aspecto, obviamente, tiene relevancia, desde el punto de vista constitucional y del control que pueda corresponder al juez constitucional.

* “La precisión del régimen jurídico de las sociedades de economía mixta corresponde a la ley, conforme al artículo 210 de la Constitución en concordancia, primordialmente, con los artículos 150-7 y 209 de la misma. Y en armonía con el inciso final del artículo 150 compete al Congreso expedir el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y en especial de la Administración Nacional.”¹³

5. Antecedentes normativos y evolución de la naturaleza jurídica de ECOPETROL como entidad del Estado.

Mediante la Ley 165 de 1948, se autorizó al Gobierno para promover la organización de una empresa colombiana de petróleos con participación de la Nación y del capital privado nacional y extranjero (art. 1º); con personería jurídica, y regida por las disposiciones de la misma ley y de los estatutos constitutivos que reglamentarán su funcionamiento, para que tome a su cargo las explotaciones petrolíferas de la Concesión de Mares; en caso de no

obtenerse la cooperación de capital extranjero, la misma ley dispone que podrá constituirse solo con aportes de la Nación y de capital privado colombiano; y que si no fuere posible obtener la creación de una empresa de economía mixta, se faculta al Gobierno para organizarla como empresa netamente oficial.

Posteriormente, mediante el Decreto 030 de 1951, se dispuso que la empresa tendrá a su cargo la explotación, administración y manejo de los campos de petróleo, oleoductos, refinerías, estaciones de abastos y en general de todos los bienes muebles e inmuebles que reviertan al Estado de acuerdo con las leyes o contratos vigentes (art. 2º); y también se le autoriza para dedicarse a la exploración, explotación, transporte, refinación, distribución y exportación del petróleo y sus derivados.

Mediante el Decreto 1056 de 1953, se expide el Código de petróleos, mediante el cual se declara de utilidad pública la industria del petróleo (art. 4º), se establece que la explotación de este recurso sólo podrá realizarse previa suscripción de los respectivos contratos de concesión con el Gobierno (art. 2º), para lo cual cualquier persona natural o jurídica de comprobada capacidad financiera podrá presentar su respectiva propuesta, cuyo trámite y aprobación estará sujeto a lo establecido en el mismos Código (art. 21).

El Decreto 2311 de 1959, dispuso que la entidad continuará funcionando como empresa oficial con personería jurídica propia y con autonomía administrativa y patrimonial, pero que en su organización interna y en sus relaciones con terceros actuará como una sociedad de carácter comercial, sin perjuicio de los intereses económicos del estado (art. 1º). Indica que el objeto de la empresa será administrar, explotar y manejar los campos petrolíferos que forman parte de su patrimonio, constituir, organizar o participar con particulares en empresas dedicadas al transporte y refinación de hidrocarburos y “ejecutar todas las actividades relacionadas con la industria del petróleo en cualquiera de sus ramas” (art.2º). Dispone también que la Empresa Colombiana de Petróleos estará sujeta a los mismos beneficios y exenciones que las sociedades privadas que explotan la actividad petrolífera.

La Ley 20 de 1969, declara todas las minas como de propiedad de la Nación (art.1º)¹⁴, y establece en su artículo 12 que el Gobierno puede declarar cualquier área petrolífera como zona de reserva y “aportarla sin sujeción al régimen ordinario de contratación y de licitación, a la Empresa Colombiana de Petróleos para que la explore, explote y administre

directamente o en asociación con el capital público o privado nacional o extranjero “.

El Decreto 062 de 1970, expedido con base en el Decreto 3130 de 1968, aprueba los estatutos de la Empresa Colombiana de Petróleos ECOPETROL como empresa industrial y comercial del Estado, vinculada al Ministerio de Minas y Energía, que “en su organización interna y en sus relaciones con terceros continuará funcionando como una sociedad de naturaleza mercantil”, dedicada al ejercicio de las actividades propias de la industria y el comercio del petróleo y sus afines, “conforme a las reglas del derecho privado y a las normas contenidas en sus estatutos” (ibídem). Entre sus funciones se encuentran la de administración y manejo de las zonas que correspondían a la revertida Concesión de Mares, así como la de los demás campos que reviertan al Estado y la de “los demás terrenos petrolíferos y minero que el Gobierno le aporte o que la Empresa adquiera a cualquier título” (art.6°).

Por medio del Decreto Legislativo 2310 de 1974 “se dictan normas sobre abolición del régimen de concesiones en materia de hidrocarburos.” El artículo 1° señala que con excepción de los contratos de concesión vigentes a esa fecha “la exploración y explotación de hidrocarburos de propiedad nacional estará a cargo de la Empresa Colombiana de Petróleos, la cual podrá llevar a efecto dichas actividades directamente o por medio de contratos de asociación, operación, de servicios o de cualquier otra naturaleza distintos de los de concesión, celebrados con personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras”. El artículo 3° fija el valor de las regalías que generan las explotaciones petrolíferas a cargo de ECOPETROL. Los artículos restantes se refieren principalmente a las condiciones de amortización y deducciones por agotamiento para efectos tributarios.

Con el Decreto 1209 de 1994 se aprueban nuevos estatutos para ECOPETROL. Se reitera su calidad de empresa industrial y comercial del Estado, vinculada al Ministerio de Minas y Energía. En su organización interna y en sus relaciones con terceros continuará funcionando como una sociedad de naturaleza mercantil, dedicada al ejercicio de las actividades propias de la industria y el comercio del petróleo y sus afines, conforme a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones consagradas en la ley.¹⁵ Se indica que su objeto será “administrar con criterio competitivo los hidrocarburos y satisfacer en forma eficiente la demanda de estos, sus derivados y productos, para lo cual podrá realizar las actividades industriales

y comerciales correspondientes, directamente o por medio de contratos de asociación, de participación de riesgo, de operación, de comercialización, de obra de consultoría, de servicios o de cualquier otra naturaleza, celebrados con personas naturales o jurídicas; nacionales o extranjeras” (art.5°).

De acuerdo con la anterior descripción normativa, se tiene que hasta este momento ECOPETROL funciona como Empresa Industrial y Comercial del Estado, se sujeta al derecho privado (salvo las excepciones previstas en la ley) y desarrolla dos objetivos centrales: uno de tipo industrial y comercial para la exploración y explotación del petróleo y sus derivados (directamente o por asociación) y otro de administración de los recursos hidrocarburíferos del Estado¹⁶. También se encuentra que los particulares pueden participar en la exploración y explotación de estos recursos, para lo cual deben solicitar la suscripción de los respectivos contratos de asociación con el Estado a través de ECOPETROL¹⁷.

En ejercicio de las facultades extraordinarias concedidas por los literales d), e) y f) del artículo 16 de la Ley 790 de 2002¹⁸, el Presidente e la República expide el Decreto Extraordinario 1760 de 2003, por medio del cual “se escinde la Empresa Colombiana de Petróleos, Ecopetrol, se modifica su estructura orgánica y se crean la Agencia Nacional de Hidrocarburos y la sociedad Promotora de Energía de Colombia S. A. “¹⁹ Entre otros aspectos se determina lo siguiente:

a) Se escinde de la Empresa Colombiana de Petróleos, Ecopetrol, la administración integral de las reservas de hidrocarburos de propiedad de la Nación, la cual se traslada a la Agencia Nacional de Hidrocarburos, entidad creada en el mismo decreto como Unidad Administrativa Especial con personería jurídica adscrita al Ministerio de Minas y Energía, sometida al régimen jurídico contenido en dicho decreto y, en lo no previsto en él, al de los establecimientos públicos (artículos 1° y 2°).

Se establece así que el objetivo de la Agencia Nacional de Hidrocarburos, ANH, es la administración integral de las reservas de hidrocarburos de propiedad de la Nación (Art.4) y que entre sus funciones se encuentra “administrar las áreas hidrocarburíferas de la Nación y asignarlas para su exploración y explotación” (numeral 5.1). ²⁰

b) Igualmente se indica que a la Agencia Nacional de Hidrocarburos le corresponde la tarea de diseñar, promover, negociar, celebrar, hacer seguimiento, y administrar ” los nuevos

contratos de exploración y explotación de hidrocarburos de propiedad de la Nación” (numeral 5.3), así como el recaudo de las regalías y compensaciones monetarias que deban reconocerse al Estado por la explotación de hidrocarburos y su giro a las entidades con derecho a ellas (artículo 5-10).²¹

c) Se escinde de Ecopetrol la administración de los activos no estratégicos representados en acciones y participaciones en sociedades y se crea para esa labor la Sociedad Promotora de Energía de Colombia S.A., sociedad pública por acciones del orden nacional, vinculada al Ministerio de Minas y Energía, que tiene como objetivo la participación e inversión en compañías cuyo objeto social se relacione con actividades del sector energético o con actividades similares, conexas o complementarias (Artículos 23 y 24). El patrimonio de esta nueva entidad estará conformado por activos no estratégicos representados en acciones y participaciones escindidos de ECOPETROL (art. 32).

Por lo anterior, se establece que ECOPETROL quedará organizada como “sociedad pública por acciones, vinculada al Ministerio de Minas y Energía” y se denominará “Ecopetrol S. A.”.²² Se determina que sus objetivos serán la exploración y explotación de las áreas vinculadas a todos los contratos celebrados hasta el 31 de diciembre de 2003, de las áreas que hasta esa fecha estén siendo operadas directamente y de aquellas otras que le sean asignadas por la Agencia Nacional de Hidrocarburos, ANH, así como la refinación, procesamiento, distribución, transporte, almacenamiento y comercialización de hidrocarburos, derivados y productos en el territorio nacional y en el exterior y la realización de “cualesquiera actividades conexas, complementarias o útiles para el desarrollo de las anteriores”. (art.34)

Se establece que la dirección y administración de Ecopetrol S. A. estará a cargo de una Asamblea General de Accionistas, la Junta Directiva y un Presidente (Art.36) y se regula la estructura general de la empresa (arts. 37 a 51).

Finalmente, se derogan todas las disposiciones que sean contrarias al Decreto 1760 de 2003, “en especial los Decretos 0030 de 1951 y 2310 de 1974” (art.57), es decir, de aquéllas disposiciones que habían concebido a ECOPETROL como receptora de los campos petroleros que revirtieran al Estado (Decreto 030 de 1951) Y que le habían atribuido la función de administración de los recursos hidrocarburíferos y la celebración de los contratos de asociación con los particulares interesados en la exploración y explotación de hidrocarburos

(Decreto 2310 de 1974).

Con relación al traslado de las funciones de administración de los recursos hidrocarburíferos del Estado de ECOPETROL a la Agencia Nacional de Hidrocarburos por el Decreto Extraordinario 1760 de 2003, la Corte señaló en la Sentencia C-511 de 2004 que “el Presidente de la República, en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 790 de 2002, podía expedir, sin desconocer lo dispuesto en el artículo 360 superior, disposiciones que afecten la estructura orgánica de ECOPETROL en relación con la explotación de un recurso natural no renovable como el petróleo.”²³ La Corte consideró que las medidas adoptadas por el Gobierno, y en particular, la de separar de ECOPETROL la función de administrar las áreas hidrocarburíferas de la Nación, “se encuadran dentro de los objetivos de las facultades extraordinarias conferidas en el artículo 16 de la Ley 790 de 2002.” Así mismo señaló que lo anterior no comportaba un nuevo régimen en materia de aprovechamiento de los recursos naturales no renovables, sino que en desarrollo de expresas facultades, el Gobierno había decidido redefinir “la estructura orgánica de la administración pública en el ámbito petrolero, con el efecto que ello tiene en relación con el régimen jurídico que resulta aplicable a tales entidades.”²⁴

De acuerdo con lo anterior, a partir del Decreto 1760 de 2003 la administración de los recursos hidrocarburíferos del Estado, así como la suscripción de los contratos de exploración y explotación del petróleo con los particulares interesados en realizar dichas actividades dejó de ser una función de la Empresa Colombiana de Petróleos ECOPETROL y se trasladó a la Agencia Nacional de Hidrocarburos. También dejó de tener la administración de los recursos no estratégicos representados en acciones y participaciones en sociedades. Su objeto principal quedó centrando en la realización de actividades industriales y comerciales relacionadas con la actividad petrolífera.

Finalmente, mediante la Ley 1118 de 2006, se autoriza a ECOPETROL S.A., para la emisión de acciones para que sean colocadas en el mercado y puedan ser adquiridas por personas naturales o jurídicas. Y que, una vez colocadas total o parcialmente las acciones de que trata la ley, la sociedad quedará organizada como una sociedad de economía mixta de carácter comercial, del orden nacional, vinculada al Ministerio de Minas y Energía (art. 1º). Además, que en el proceso de capitalización autorizado, se garantiza que la Nación conserve, como mínimo, el ochenta por ciento (80%) de las acciones, en circulación, con derecho a voto, de

ECOPETROL S.A. (art. 2º), entre otras disposiciones, entre las cuales se han demandado las consagradas en los artículos 6º y 7º, a las que se referirá la Corte a continuación.

6. Examen de los cargos de inconstitucionalidad planteados

6.1. Los cargos formulados por el demandante sobre la supuesta inconstitucionalidad de la disposición contenida en el artículo 6º. de la Ley 1118 de 2006, se fundamentan en que someter todos los actos, contratos y actuaciones de Ecopetrol exclusivamente a las reglas de derecho privado comportaría la violación de los artículos 209 y 210 de la Constitución, ya que ésta última disposición establece que la creación de las entidades descentralizadas por servicios ha de hacerse “con fundamento en los principios que orientan la actividad administrativa”, mandato que no se podría cumplir si Ecopetrol se rige exclusivamente por normas de derecho privado. En el criterio del demandante, las facultades del legislador para señalar el régimen jurídico de las diferentes entidades, no son ilimitadas ni incondicionales, y que las sociedades de economía mixta en las cuales el Estado tiene una participación mayoritaria, deben regirse por las normas de contratación pública y acatar los principios que orientan la actividad administrativa.

Además, considera el demandante, al someter a Ecopetrol a un régimen exclusivo de derecho privado, tal como se establece en el artículo 6º. acusado, se estaría sustrayendo a dicha entidad de la sujeción a los principios de moralidad, imparcialidad y publicidad, que no resultan vinculantes en el derecho privado y que, en razón de su naturaleza pública, Ecopetrol S.A., está en la obligación de observar. Un régimen de derecho privado para Ecopetrol S. A. implica que no estaría obligada a publicar sus decisiones, vulnerando el derecho de los ciudadanos a conocer las actuaciones gubernamentales; ni estaría obligada a escoger al personal mediante proceso alguno de selección objetiva o concurso de méritos, con vulneración del principio de imparcialidad establecido igualmente en el artículo 209 superior, resultando además igualmente inadmisibles que una entidad que administra recursos públicos, ejecuta obras públicas, presta servicios estatales, cumple funciones administrativas, administra un recurso escaso y limitado como son los hidrocarburos, se rija por el derecho privado y no por el derecho público.

Finalmente aduce el demandante, que al sustraer a Ecopetrol de la obligación de cumplir con el régimen público de contratación, sin que exista razón alguna, es privilegiarla con un

tratamiento diferente. Agrega que resulta inconveniente privar a Ecopetrol de la posibilidad de incluir en sus contratos las cláusulas exorbitantes o excepcionales propias de la administración, ya que se está desprotegiendo el patrimonio público, máxime si se tiene en cuenta que, en razón del objeto de sus contratos, muchas veces está en juego la soberanía nacional, el uso y explotación de los recursos naturales que son escasos, limitados y resultan estratégicos para el país.

Para resolver los cargos propuestos contra el artículo 6º de la Ley 1118 de 2006, por la supuesta vulneración de los artículos 209 y 210 de la Constitución, cabe recordar que si bien las sociedades de economía mixta tienen fundamento constitucional, no han sido definidas directamente por la norma superior. Se trata, según la definición consagrada en la Ley 489 de 1998, art. 97, de organismos autorizados por la ley, constituidos bajo la forma de sociedades económicas con aportes estatales y de capital privado, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial.

En efecto, las sociedades de economía mixta se diferencian de las empresas industriales y comerciales del Estado en que el capital de éstas está conformado exclusivamente por bienes públicos, mientras que en las sociedades de economía mixta hay además una participación de los particulares²⁵.

Sociedades de economía mixta cuyo régimen jurídico le corresponde determinar al legislador (C.P., art. 210) con fundamento en los principios que orientan la función administrativa. En ejercicio de dicha potestad de configuración, mediante la Ley 489 de 1998, dispuso que se rigen por las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagra la ley (art. 97). Además, en virtud de lo previsto en el Parágrafo del artículo 38 ibídem., las sociedades de economía mixta en las que el Estado posea el noventa por ciento (90%) o más de su capital social, se someterán al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado.

En efecto, si el artículo 210 de la Constitución le asignó al legislador la potestad de configuración del régimen jurídico de las entidades descentralizadas, no puede predicarse su vulneración cuando el legislador, en virtud de dicha potestad, dispone que 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 regirá

exclusivamente por las reglas del derecho privado, sin atender el porcentaje del aporte estatal dentro del capital social.

Cabe recordar, que en virtud de lo dispuesto en el Decreto Ley 1760 de 2003, (mediante el cual se dispuso la escisión de la Empresa Colombiana de Petróleos, Ecopetrol, se modificó su estructura orgánica y se creó la Agencia Nacional de Hidrocarburos y la sociedad Promotora de Energía de Colombia S. A.) la sociedad de economía mixta que habrá de formarse en razón de la emisión y colocación de las acciones de que trata la Ley 1118 de 2006, es una entidad sustancialmente distinta de la Empresa Colombiana de Petróleos, Ecopetrol, empresa industrial y comercial del Estado, que hasta el año 2003 tuvo a su cargo la administración del recurso hidrocarburífero que era y sigue siendo de propiedad exclusiva de la Nación, administración que – de conformidad con lo dispuesto en el aludido Decreto Ley – compete ahora a la Unidad Administrativa Especial denominada Agencia Nacional de Hidrocarburos (ANH), razón por la cual muchas de sus afirmaciones, que podrían haber sido de recibo en relación con la tradicional Ecopetrol, ya no lo son, como consecuencia del cambio de naturaleza jurídica de Ecopetrol S.A.

Y, según previsión del artículo 2º de la misma Ley 1118 de 2006, se garantizará que el Estado conserve, como mínimo, el ochenta por ciento (80%) de las acciones, en circulación. Además, la sociedad ECOPETROL S.A., una vez emitidas y colocadas total o parcialmente las acciones de que trata la Ley 1118 de 2006, queda organizada como una sociedad de economía mixta, y desarrollará las actividades de que trata el artículo 34 del Decreto 1760 de 2003, que determina que sus objetivos serán la exploración y explotación de las áreas vinculadas a todos los contratos celebrados hasta el 31 de diciembre de 2003, de las áreas que hasta esa fecha estén siendo operadas directamente y de aquellas otras que le sean asignadas por la Agencia Nacional de Hidrocarburos, ANH, así como la refinación, procesamiento, distribución, transporte, almacenamiento y comercialización de hidrocarburos, derivados y productos en el territorio nacional y en el exterior y la realización de “cualesquiera actividades conexas, complementarias o útiles para el desarrollo de las anteriores”, así como las asignadas por el artículo 4º de la Ley 1118 de 2006, es decir, dirigir su acción a 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 cualquiera actividades conexas, complementarias o útiles para el desarrollo de las anteriores.

En efecto, ECOPETROL S.A., contará en su composición accionaria con la participación de particulares, conservando el Estado mínimo el ochenta por ciento (80%) de las acciones en circulación, y desarrollará actividades de naturaleza industrial y comercial, o de gestión económica en competencia con sociedades exclusivamente privadas, para lo cual, considero necesario el legislador darle flexibilidad y eficacia a dicha gestión disponiendo que se rija por las reglas del derecho privado, sin que por tal circunstancia pueda considerarse que pierda su naturaleza de entidad pública.

Cabe recordar, que la circunstancia de que toda sociedad en la cual concurren aportes del Estado, aunque sea en mínima proporción, haya de calificarse como sociedad de economía mixta no impide “en atención al porcentaje de la participación del Estado o de sus entes territoriales en las empresas de economía mixta, pueda el legislador en ejercicio de sus atribuciones constitucionales establecer, si así lo considera pertinente, regímenes jurídicos comunes o diferentes total o parcialmente, pues es claro que para el efecto existe libertad de configuración legislativa”²⁶.

En efecto, si bien sus actos jurídicos, contratos y actuaciones necesarias para administrar y desarrollar su objeto social, se regirán por las reglas del derecho privado, ello no obsta para que quede sometida a las disposiciones constitucionales que establecen el control fiscal respectivo (art. 267) y a las normas de la Contaduría General de la Nación (art. 354); a las normas constitucionales que consagran inhabilidades e incompatibilidades (art. 180-3, art. 292, art. 323); al control político que corresponde a las cámaras (art. 208); a la delegación de funciones que el Presidente de la República podrá hacer en los representantes legales de entidades descentralizadas (art. 211); a atender los informes que soliciten las asambleas departamentales por medio de ordenanzas, sobre el ejercicio de sus funciones a los directores de institutos descentralizados del orden departamental (art. 300-11), entre otros.

Además, estará sometida al control administrativo respectivo al que se refiere el capítulo XV, artículos 103 a 109 de la Ley 489 de 1998, en armonía con otras disposiciones contenidas en la misma ley.

Sin embargo, a pesar de que ECOPETROL S.A. sigue siendo parte de la estructura de la administración pública, por pertenecer al nivel descentralizado y ser un organismo vinculado,

por lo que no puede ser considerada como un particular, debe tenerse en cuenta su cambio de naturaleza jurídica y su nueva condición de sociedad de economía mixta con características dentro de las cuales no cabe el ejercicio de función administrativa, ya que debe cumplir actividades de naturaleza industrial y comercial conforme al derecho privado, por lo que no es pertinente aludir a la violación de aquellos principios consagrados en el artículo 209 superior.

Así ya lo había considerado esta corporación, al analizar la constitucionalidad del artículo 2º de la Ley 80 de 1993, que somete a las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50 %), como entidad estatal, al Estatuto General de Contratación. Al respecto dijo la Corte:

“6.3. Para la Corte, en armonía con los antecedentes jurisprudenciales reseñados, la regla superior, tratándose de sociedades de economía mixta, debe ser observada por el legislador para efectos de la creación o autorización, y cuando determine el régimen jurídico de las mismas, con el fin de i) precaver actuaciones estatales reñidas con los principios propios de la función administrativa y ii) adoptar el modelo institucional adecuado teniendo en cuenta aspectos específicos como la actividad que el mismo asigne y iii) dotar a la entidad que crea del coherente régimen jurídico que permita a ésta cumplir el objeto y finalidades asignadas por el propio legislador.

En efecto, si bien ECOPETROL S.A., no tendrá por finalidad el ejercicio de funciones administrativas ello no implica que sus actos no deban someterse a los principios consagrados en el artículo 209 de la Constitución, pues sigue siendo una entidad pública en la que la Nación conserva como mínimo el ochenta por ciento (80%) de las acciones, en circulación.

Ahora bien. El artículo 209 de la Constitución, además de consagrar los principios que deben regir la función administrativa, dispone que dicha función administrativa está al servicio de los intereses generales.

En relación con el concepto de interés general, figura desde el artículo 1º. de la Constitución como uno de los valores fundantes de nuestra República.

En efecto, la obtención del interés general ha de ser un propósito común en todas y cada una

de las expresiones de la acción estatal, desde aquellas que constituyen el ejercicio de la función administrativa convencional, pasando por las diferentes modalidades de intervención del Estado en la economía, con capital netamente público y en actividades desarrolladas bajo la modalidad de monopolio, hasta las distintas figuras societarias en las que confluyen los recursos públicos con la inversión privada para conformar las denominadas sociedades de economía mixta.

Sin embargo, a pesar de la necesaria prevalencia del interés general y de la recurrencia de su consagración en la Carta, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido igualmente reiterativa en afirmar que no se trata, en todo caso, de la existencia de una prevalencia absoluta del interés general sobre el interés particular; que no procede su aplicación inmediata, sino que su existencia ha de verificarse caso por caso a la luz de los principios de razonabilidad y de proporcionalidad, con miras a salvaguardar los intereses particulares y, entre ellos, primordialmente los derechos fundamentales.

Sobre el particular ha dicho la Corte:

“2. En cuanto a la cláusula de prevalencia del interés general contenida en el artículo 1º de la Constitución, esta Corporación ha rechazado su invocación a priori como razón de Estado para justificar una conducta irracional, la protección injustificada de un interés oculto o la vulneración de los derechos de las personas. Coherente con dicha posición, ha afirmado que la existencia de un interés general debe verificarse en cada caso concreto. Aun así, a pesar de que efectivamente exista un interés general real que motive una determinada acción del Estado, la máxima según la cual este interés prevalece sobre el particular no es absoluta, ni susceptible de aplicación inmediata. Debe entenderse condicionada a que la invocación de tal interés esté realmente dirigida a la obtención de los objetivos constitucionales y, a la vez, mediatizada por los principios de razonabilidad y proporcionalidad, en aras de conciliarla con los intereses particulares, principalmente, con los derechos fundamentales.

Es precisamente el carácter jurídicamente abstracto e indeterminado del concepto de interés general, unido a una historia de abusos cometidos so pretexto de su prevalencia, lo que ha llevado a que las constituciones liberales modernas consideren la necesidad de armonizarlo con los derechos individuales y con el valor social que tiene la diversidad cultural. Por ello,

constituye un requisito indispensable para la aplicación de la máxima de la prevalencia del interés general, que el operador jurídico analice minuciosamente las particularidades de cada caso, intente armonizar el interés general con los derechos de los particulares y, en caso de no ser posible, lo pondere teniendo en cuenta la jerarquía de valores propia de la Constitución. Así lo ha entendido desde sus inicios esta Corporación. Ha afirmado al respecto²⁸:

“Ante todo es necesario aclarar que el concepto de interés general, como todas las normas constitucionales que consagran valores generales y abstractos, no siempre puede ser aplicado de manera directa a los hechos. La Constitución establece la prevalencia del interés general en su artículo primero, pero también establece la protección de numerosos valores relacionados con intereses particulares, como es el caso de los derechos de la mujer, del niño, de los débiles, etc. El Estado Social de Derecho y la democracia participativa se han ido construyendo bajo la idea de que el reino de la generalidad no sólo no puede ser llevado a la práctica en todas las circunstancias, sino que, además, ello no siempre es deseable; la idea del respeto a la diversidad, al reconocimiento de las necesidades específicas de grupos sociales diferenciados por razones de cultura, localización, edad, sexo, trabajo, etc., ha sido un elemento esencial para la determinación de los derechos sociales económicos y culturales y en términos generales, para el logro de la justicia.” Sentencia T-428 de 1992 (M.P. Ciro Angarita Barón).”²⁹.

De igual manera, en relación con la prevalencia del interés general ha de decirse que una de las razones determinantes de la intervención del Estado en la economía, es precisamente la necesidad de resolver las tensiones que vienen a presentarse entre el interés general y los intereses privados que son propios de la actividad empresarial de los particulares.

En relación con la forma en que han de resolverse dichas tensiones ha dicho esta Corporación:

“Esa facultad de intervención se ve claramente reflejada en el artículo 333 de la Constitución que expresamente dispone que “la ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación” y en el artículo 334 ibídem, conforme al cual la dirección general de la economía está a cargo del Estado y éste intervendrá, por mandato de la ley, en los servicios públicos y privados para

“racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano”. Es precisamente con el fin de lograr el cumplimiento de los aludidos fines constitucionales que el legislador puede intervenir la actividad económica.

Al respecto la Corte ha afirmado:

“Puede decirse que la actividad intervencionista del Estado en la economía pretende conciliar los intereses privados presentes en la actividad empresarial de los particulares, con el interés general que está involucrado en dicha actividad en ciertos casos, como en el de la prestación de los servicios públicos que se vincula la satisfacción de necesidades básicas de los ciudadanos. Por ello, en las normas de intervención que así expide el legislador, está presente la tensión entre la libertad de empresa y la prevalencia del interés general.

Pero más allá de esta tensión entre el interés público y el privado, es preciso recordar que la libertad de empresa es reconocida a los particulares por motivos de interés público. Al margen de lo que las distintas escuelas económicas pregonan sobre la incidencia de la competencia libre en la satisfacción de las necesidades individuales y colectivas, lo cierto es que la Carta, como se dijo, admite que la empresa es motor de desarrollo. Por ello, a la hora de evaluar la tensión entre el interés público y el privado presente en las normas de intervención económica, el juez constitucional debe acudir a criterios de proporcionalidad y razonabilidad que, dando prevalencia al interés general y la vigencia del principio de solidaridad, no desconozcan el núcleo esencial de las libertades económicas, cuyo reconocimiento, en últimas, también se establece por motivos de interés colectivo”³⁰.

En reiteradas oportunidades esta Corporación ha resuelto tensiones que se presentan entre los principios de libertad de empresa, libertad económica y la primacía del interés general³¹ y ha concluido que la restricción a esas libertades económicas es constitucional³² “si (i) se llevó a cabo por ministerio de la ley;³³ (ii) respeta el “núcleo esencial” de la libertad de empresa;³⁴ (iii) obedece al principio de solidaridad o a alguna de las finalidades expresamente señalada por la Constitución;³⁵ y (iv) responde a criterios de razonabilidad y proporcionalidad en sentido lato³⁶”³⁷.

En no pocas ocasiones es el propio Estado el que toma la iniciativa para atraer el capital privado a la conformación de entidades de naturaleza mixta, con el propósito de optimizar las

posibilidades de desarrollo conjunto de proyectos de interés general. En ese contexto resulta legítimo que, junto con el propósito de interés general que se persigue, el legislador introduzca modulaciones al régimen usualmente aplicado para las entidades de derecho público, con miras a dotar a tales entes mixtos de la agilidad y competitividad que caracterizan a las entidades del sector privado, sin que tal circunstancia pueda considerarse como lesiva del interés general.

Puede concluirse, en consecuencia, que en las sociedades de economía mixta como ECOPETROL S.A., han de coexistir, de una parte, el interés general inherente a la vinculación de recursos públicos en la conformación del respectivo capital social y, de otra parte, la garantía de la plena vigencia de la libertad económica, la libre competencia y, en general, de los intereses privados propios de la actividad empresarial de los particulares.

Ahora bien. Aunque los actos jurídicos de ECOPETROL S.A., se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado, ello no obsta para que de conformidad con lo previsto en la Ley 1107 de 2006, que modificó el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo sobre el objeto de dicha jurisdicción, las controversias y litigios originados en su actividad, como entidad pública que es, sean juzgadas por la jurisdicción de lo contencioso administrativo de conformidad con la Constitución y la ley.

Lo anterior se explica por cuanto consideró necesario el legislador, según la exposición de motivos del proyecto de ley respectivo³⁸, modificar la cláusula general de competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, consistente en la eliminación del calificativo “administrativos” que contenía el artículo 82 del C.C.A., para las controversias y litigios cuyo conocimiento está atribuido a dicha jurisdicción, para establecer un criterio orgánico para su determinación, así como solucionar importantes diferencias que, sobre dicha cláusula, vienen presentándose en las diferentes jurisdicciones y que generan una profunda inseguridad jurídica en asuntos tan trascendentales como el establecimiento del juez competente para la solución de conflictos en los que está comprometida una persona jurídica de derecho público. En efecto, de un tiempo para acá se han presentado contradicciones significativas en la definición de competencias entre el Consejo de Estado, la jurisdicción civil ordinaria y la Sala disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, en cuanto a la distribución de asuntos entre la jurisdicción ordinaria y la contenciosa administrativa. Dicha dificultad se debe a la ausencia de una regla legal de competencia clara en algunas áreas, y

a la disparidad de opiniones en la definición del criterio material de competencia hoy existente, en cuanto a la determinación concreta de lo que ha de entenderse por litigio o controversia administrativos, que es el vocablo del artículo citado que se propone eliminar.

En relación con el régimen de contratación de ECOPETROL S.A., cabe recordar que, además de lo previsto en la Ley 1118 de 2006 sobre su sometimiento a las reglas del derecho privado, existen disposiciones que regulan de manera especial y particular el régimen de contratación de las entidades estatales y en particular de los contratos de exploración y explotación de los recursos naturales.

Sobre el particular conviene resaltar, tal como lo han advertido varios de los intervinientes, que la sujeción de la actividad de contratación propia de la exploración y explotación de hidrocarburos a las normas del derecho privado, no es una novedad introducida en el ordenamiento a través de la disposición acusada (artículo 6º de la Ley 1118 de 2006), sino que, por el contrario, aparece expresamente consagrada como régimen especial en el Estatuto General de la Contratación Pública³⁹, en el cual se dispone que tales actividades “continuarán rigiéndose por la legislación especial que les sea aplicable” y faculta a las entidades estatales dedicadas a dichas actividades para determinar en su reglamentos internos “el procedimiento de selección de los contratistas, las cláusulas excepcionales que podrán pactarse, las cuantías y los trámites a que deben sujetarse”. En la misma disposición se precisa que “los procedimientos que adopten las mencionadas entidades estatales, desarrollarán el deber de selección objetiva, y los principios de transparencia, economía y responsabilidad establecidos en esta ley”.

En efecto, en materia de contratación, la Ley 80 de 1993, art. 2º, para los efectos de dicha ley, cataloga como entidades estatales a las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%). Además, el artículo 76 idem., dispone que los contratos de exploración y explotación de recursos naturales renovables y no renovables, así como los concernientes a la comercialización y demás actividades comerciales e industriales propias de las entidades estatales a las que correspondan las competencias para estos asuntos, continuarán rigiéndose por la legislación especial que les sea aplicable. Las entidades estatales dedicadas a dichas actividades determinarán en sus reglamentos internos el procedimiento de selección de los contratistas, las cláusulas excepcionales que podrán pactarse, las cuantías y los trámites a que deban

sujetarse. Además dispone que Los procedimientos que adopten las mencionadas entidades estatales, desarrollarán el deber de selección objetiva y los principios de transparencia, economía y responsabilidad establecidos en esta ley. En ningún caso habrá lugar a aprobaciones o revisiones administrativas por parte del Consejo de Ministros, el Consejo de Estado ni de los tribunales Administrativos.

Esta última disposición fue objeto de análisis de constitucionalidad por parte de esta Corporación que, en la providencia mediante la cual declaró su exequibilidad, dijo:

“No ve la Corte como pueda prosperar el cargo relativo a la supuesta inconstitucionalidad del artículo 76 de la Ley 80 de 1993, por violación a la unidad del Estatuto Contractual cuando está claramente establecido que el propósito del constituyente al autorizar la expedición de un estatuto general de contratación estatal en los términos del inciso final del artículo 150 de la Carta, no acarreaba el deber para el legislador de adoptar un solo cuerpo normativo que condensara en forma exclusiva toda la legislación existente en este campo.

Tampoco se encuentra reparo alguno de constitucionalidad a la facultad de las entidades dedicadas a desarrollar la exploración y explotación de recursos naturales y demás actividades enunciadas en la norma bajo análisis, de determinar en sus reglamentos internos el procedimiento de selección de los contratistas, las cláusulas excepcionales, las cuantías y los trámites que deben sujetar la celebración de los contratos correspondientes, puesto que simplemente se trata de desarrollar el deber de selección objetiva replicando en dichos reglamentos los principios de transparencia, economía y responsabilidad que están consagrados en la Ley 80 de 1993, determinación que además es congruente con la autonomía administrativa que la ley les atribuye para el cabal desempeño de la gestión que les ha sido encomendada por la ley.

Al respecto conviene reiterar que la facultad que la norma acusada le otorga a dichas entidades estatales para incluir en sus estatutos internos las cláusulas excepcionales que pactarán en los contratos, no las habilita para exigir en sus estatutos la incorporación de cláusulas excepcionales en aquellos contratos en los que su inclusión ha sido prohibida por el legislador, pero sí en aquellos en los que guardó silencio”⁴⁰.

Además, en materia de contratación deberá sujetarse a lo previsto en el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007, sobre el régimen contractual de las empresas industriales y comerciales del

Estado, las sociedades de economía mixta, sus filiales y empresas con participación mayoritaria del Estado, que establece que las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), sus filiales y las sociedades entre Entidades Públicas con participación mayoritaria del Estado superior al cincuenta por ciento (50%), estarán sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, con excepción de aquellas que se encuentren en competencia con el sector privado nacional o internacional o desarrollen su actividad en mercados monopolísticos o mercados regulados, caso en el cual se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales.

De lo anteriormente expuesto se deduce que no resulta contrario a la Constitución que el legislador establezca que los procesos de contratación que se dan en determinadas áreas específicas, tales como las de exploración y explotación de los recursos naturales renovables y no renovables, se adelanten por las reglas del derecho privado, sin que, de otra parte, ello signifique que no hayan de tenerse en cuenta en dichos procesos tanto el deber de selección objetiva como los principios de transparencia, economía y responsabilidad establecidos en la Ley 80 de 1993.

En consecuencia, no se encuentra en las aseveraciones del demandante razón alguna que resulte atendible y que comprometa la constitucionalidad de la disposición acusada, razón por la cual habrá de declararse exequible el artículo 6º de la Ley 1118 de 2006 por no vulnerar los artículos 209 y 210 de la Constitución.

Como la norma acusada, no puede ser interpretada en el sentido de que se desconozcan las disposiciones constitucionales aplicables a las sociedades de economía mixta, como entidades descentralizadas, la Sala no considera preciso atender la inquietud del Procurador General de la Nación quien solicita condicionar su exequibilidad bajo el entendido que el cambio de su naturaleza jurídica, de sociedad pública por acciones a sociedad de economía mixta, no menoscabe en absoluto las potestades constitucionales otorgadas a los organismos de control, a cargo de la Contraloría General de la República y de la Procuraduría General de la Nación, sobre los actos jurídicos, contratos y actuaciones de las sociedades de economía mixta, para velar por el ejercicio diligente y eficiente de la función pública de administrar recursos del Estado.

6.2. En relación con el cargo propuesto contra el artículo 7º de la Ley 1118 de 2006, y consistente en la presunta violación del artículo 123 de la Constitución, aduce el demandante que resultaría de disponer que al producirse el cambio de naturaleza jurídica de Ecopetrol, la totalidad de sus servidores públicos tendrán el carácter de trabajadores particulares por cuanto, de conformidad con el referido precepto superior, son servidores públicos tanto los miembros de las corporaciones públicas, como los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

En criterio del demandante, al pasar a ser Ecopetrol una sociedad de economía mixta, vinculada al Ministerio de Minas y Energía en la cual el Estado tiene un 80% del capital, no hay duda de que se trata de una entidad descentralizada por servicios y, en consecuencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 123 superior, las personas que allí laboren han de ser clasificadas necesariamente como servidores públicos.

Con el fin de resolver el cargo propuesto, cabe recordar que el legislador tiene asignada desde la propia Constitución una potestad de configuración tanto en lo atinente a la naturaleza como a las funciones que competen a quienes se hallan vinculados a las diferentes entidades descentralizadas territorialmente y por servicios y, entre ellos, quienes laboran en las sociedades de economía mixta, según la previsión del artículo 150, numeral 23 de la Constitución.

Entre las facultades con las que cuenta el legislador en esta materia, se encuentran las concernientes a la modificación de la estructura de la administración pública y la regulación del régimen laboral de los trabajadores, en forma tal que resulte coherente con la modificación de las funciones, respetando en todo caso los derechos adquiridos de los trabajadores.

De la misma manera, la aplicación de normas de derecho privado a entidades de naturaleza pública resulta igualmente posible y suele presentarse sobre todo en las denominadas entidades que no pueden regirse exclusivamente por las reglas del derecho público en cuanto a su finalidad exclusiva industrial o comercial y a la confluencia de recursos de particulares, situación que obedece a la necesidad de dotar a tales entidades de la versatilidad y capacidad de acción inmediata que les permita competir en igualdad de condiciones con las entidades del sector privado.

De conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación⁴¹ no resulta contrario a la Constitución ni la creación de entidades administrativas de tal naturaleza, ni su sometimiento, para algunos efectos, a normas de derecho privado y tales disposiciones competen al legislador.

En cuanto concierne específicamente a Ecopetrol, ha de tenerse en cuenta, además, que la coexistencia de la condición de servidores públicos y la sujeción de sus relaciones laborales a lo dispuesto en el Código Sustantivo del Trabajo, tampoco constituye una novedad introducida por la disposición acusada, sino que se remonta a 1951, cuando el Gobierno Nacional, en ejercicio de las autorizaciones que le fueran conferidas mediante la Ley 165 de 1948, expidió el Decreto 2027 de 1951, por el cual se adicionó el Decreto 30 de 1951, y se dispuso en su artículo 1º. que “Las relaciones de trabajo de la Empresa Colombiana de Petróleos, se regirán por el derecho común laboral contenido en el Código Sustantivo del Trabajo”.

La aludida disposición, adoptada en el mismo año en que se creó la Empresa Colombiana de Petróleos, obedece a la circunstancia histórica de que su creación se llevó a cabo con el personal y con los bienes que revirtieron a la Nación de la denominada Concesión de Mares. En efecto, las relaciones laborales existentes durante la vigencia de la aludida Concesión se regían por las normas del Código Sustantivo del Trabajo y, mediante el aludido Decreto 2027 de 1951, se dispuso que igualmente las relaciones laborales en Ecopetrol se rigieran por el aludido ordenamiento, para mantener así las condiciones de trabajo logradas durante la vigencia de la Concesión de Mares. Tal situación vino a reiterarse luego, en primer lugar, en el Decreto 62 del 20 de enero de 1970 y, posteriormente, mediante el Decreto 1209 de 1994, cuyo artículo 25 dispone que “Las relaciones de trabajo entre la Empresa y sus trabajadores, con excepción del Presidente de la misma, continuarán rigiéndose por las normas del Código Sustantivo del Trabajo y las leyes que lo adicionan y reforman”.

De igual manera, al disponerse el cambio de naturaleza de Ecopetrol a sociedad pública por acciones, mediante el Decreto Ley 1760 de 2003, se estableció en su artículo 55 que “Los funcionarios de la planta de personal de la Empresa Colombiana de Petróleos –Empresa Industrial y Comercial del Estado – vigente a la fecha de promulgación del presente decreto continuarán con sus contratos laborales, en las mismas condiciones en las que fueron suscritos”.

En consecuencia, el artículo 7º. de la Ley 1118 de 2006 contiene igualmente la reiteración de la aplicabilidad de las normas del Código Sustantivo de Trabajo a las relaciones individuales que habrán de darse cuando ocurra el cambio de naturaleza jurídica de Ecopetrol S.A., así como la indicación expresa de que, surtido dicho cambio, la totalidad de sus servidores públicos tendrán el carácter de trabajadores particulares.

Sin embargo, tal como ha tenido ocasión de expresarlo la Corte, dentro de la potestad de configuración que tiene el legislador se halla incluida la facultad de disponer que algunas de las entidades descentralizadas por servicios se rijan por el derecho privado y que sus trabajadores puedan ser considerados como servidores públicos, en función del grado de responsabilidad que tengan en el manejo y en la ejecución de los bienes del Estado.

En tal sentido se pronunció esta Corporación en los siguientes términos:

“Ha de recordarse por la Corte que las entidades descentralizadas, de cualquier grado que ellas sean, se rigen por el derecho público o por el derecho privado según la naturaleza de la actividad que desarrollen, y de conformidad con lo establecido por la Ley 489 de 1998 para cada caso.

Sin embargo, en todo caso, es deber del Estado actuar para que se cumplan los fines que les fueron dados, ya sea por que es de interés público o para orientar la económica y el desarrollo social, siendo potestad del legislador evaluar la necesidad de someterlas a uno u otro régimen.

Por otra parte, de conformidad con el artículo 123 de la Constitución, “son servidores públicos, los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades territoriales descentralizadas territorialmente y por servicios”.

Estos servidores están al servicios del Estado y de la comunidad, y ejercen sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley o el reglamento, siendo competencia del legislador determinar el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas.

Lo que quiere decir que es la propia Constitución (artículo 124) la que le otorga al legislador

la facultad para determinar el régimen aplicable a los servidores públicos, su responsabilidad y la manera de hacerla efectiva.

Por tanto, al establecer la ley 489 de 1998, que algunas las entidades descentralizadas por servicios, se rigen por el derecho privado, se puede considerar que corresponde al legislador establecer los eventos en que dichos trabajadores pueden ser considerados como servidores públicos, según el grado de responsabilidad en la ejecución y manejo de los recursos del Estado”⁴².

De igual manera, al proferir un fallo de tutela de los derechos de un ex – funcionario de Bancafe, la Corte tuvo ocasión de aludir a la naturaleza jurídica de las normas que rigen las relaciones laborales en las sociedades de economía mixta con una participación estatal inferior al 90% de su capital, así:

“Finalmente, los artículos 2° y 3° del Decreto 930 de 1976 en los que se repite que a las personas vinculadas a sociedades de economía mixta con participación estatal en su capital igualo superior al 90% se les aplican las normas que regulan a las empresas industriales y comerciales del Estado; por tanto, a sus servidores los rigen las disposiciones, propias de los trabajadores oficiales y se aclara que en el caso contrario, cuando en esa sociedad de economía mixta el capital tiene una participación estatal inferior al 90 %, ellas “se someten a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagra la ley”.

-Ahora bien, hasta el 4 de julio de 1994, los funcionarios del Banco Cafetero hoy en liquidación, ostentaban la calidad de trabajadores oficiales y a partir de julio 5 de 1994, la de trabajadores particulares a raíz de la participación privada en el capital del Banco Cafetero en porcentaje superior al 10 % . Así las cosas, los trabajadores del Banco Cafetero a partir del 5 de julio de 1994, están sometidos en sus relaciones laborales, al régimen de derecho privado”⁴³.

En el mismo sentido, la Corte tuvo ocasión de aludir a la potestad legislativa para definir el régimen jurídico de los servidores públicos, tanto en los casos de creación de entidades como en aquellos de escisión de una entidad ya existente, así:

“7.10. Así, cuando se crea una entidad o cuando de la escisión de una existente surgen nuevas entidades, ese proceso de “creación” lleva implícito la precisión de sus objetivos y de

su estructura orgánica y, por lo tanto, la regulación de todos los elementos del órgano; esto es, la determinación de su naturaleza jurídica, la composición del ente, las competencias atribuidas a la nueva entidad a través de las cuales llevará a cabo los objetivos que el mismo ordenamiento jurídico le asigna, la integración de su patrimonio – como atributo de su personalidad jurídica –, el régimen jurídico de sus actos y contratos y, finalmente, la definición del régimen jurídico de los servidores a través de los cuales va a actuar, que, por lo demás, incluye el señalamiento de los órganos de dirección y administración y la forma de integración y designación de sus titulares”⁴⁴.(Negrillas fuera de texto).

Otro reconocimiento expreso de la aludida potestad de configuración que tiene el legislador, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 7º. del artículo 150 de la Constitución lo hizo la Corte en los siguientes términos:

“En este orden de cosas, y por la pertinencia de la materia regulada, la disposición inicialmente acusada se ajusta necesariamente a lo que se entiende por definición de la estructura orgánica de la entidades del orden nacional y a la reglamentación del funcionamiento de las Corporaciones autónomas Regionales; pero además, nada se opone en la Constitución de 1991 a que dentro del proceso legal de reestructuración de las entidades administrativas del orden nacional adelantada con fundamento en el mencionado numeral 7o. del artículo 150 de la Carta, se incluya la definición del régimen laboral de los empleados y trabajadores de la entidad a reestructurar, siempre que se respeten sus derechos adquiridos tal y como lo ordenan, de modo genérico, el artículo 58 constitucional y, de modo específico para las materias laborales, el artículo 53 de la misma Carta, que es la base del ordenamiento jurídico parcial y especialmente previsto desde la Constitución, para regular las relaciones y los vínculos laborales en el régimen jurídico colombiano”⁴⁵. (Negrillas fuera de texto).

En el mismo sentido se pronunció igualmente esta Corporación en la Sentencia C-209 de 1997⁴⁶, de la siguiente manera:

“El ordenamiento constitucional colombiano atribuye al Legislador la facultad de regular la organización y el funcionamiento de las entidades administrativas del orden nacional. Aun cuando el Constituyente de 1991 asignó mayores poderes al Ejecutivo para que la administración pública fuera dinámica y se adecuara más fácilmente a las necesidades

inherentes al ejercicio de la función administrativa, mantuvo para el Congreso de la República la competencia constitucional de determinar la estructura de la administración nacional, con el respectivo señalamiento de sus objetivos y estructura orgánica, así como, de regular los asuntos relacionados con el régimen jurídico de los trabajadores, con la contratación y con las materias de índole presupuestal y tributario, entre otras.”

(...)

“Para la Corte es claro que la reestructuración de una entidad u organismo estatal, también puede comprender una nueva regulación legal del régimen laboral de sus trabajadores, a fin de concordarlo con la modificación o redefinición de funciones, siempre y cuando se respeten las garantías necesarias para la protección de los derechos adquiridos de los trabajadores”. (Negrillas fuera de texto).

De conformidad con lo precedentemente expuesto se puede concluir que no le asiste razón al demandante al afirmar que la norma acusada, en cuanto dispone que “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”, comporta la vulneración del artículo 123 superior, según el cual tanto los miembros de las corporaciones públicas, como los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios son servidores públicos.

En efecto, contra lo que parece entender el demandante, en la disposición acusada no se está disponiendo que, al producirse el cambio de naturaleza jurídica de Ecopetrol S.A., quienes laboran para la aludida empresa perderán su condición de servidores públicos para pasar a convertirse en trabajadores particulares.

Si se toma el texto integral de la disposición contenida en el artículo 7º. de la Ley 1118 de 2006, se pone en evidencia cómo, de lo que se trata es de señalar el régimen laboral aplicable a los servidores de Ecopetrol S.A. y, para tal efecto, se empieza por ratificar su condición de servidores públicos, para señalar luego que dichos servidores públicos tendrán el carácter de trabajadores particulares para efectos de la determinación del régimen jurídico aplicable a sus contratos individuales de trabajo, disposición que se encuentra en consonancia con lo dispuesto en el artículo 123 de la Constitución, según el cual los empleados y los trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente

y por servicios son servidores públicos.

Significa lo anterior que la asignación del carácter de trabajadores particulares a los servidores públicos – para efectos de la aplicabilidad de las normas del Código Sustantivo de Trabajo y para asegurar la vigencia de las prerrogativas plasmadas en las convenciones colectivas de trabajo y demás acuerdos que puedan existir entre la entidad empleadora y sus trabajadores – resulta constitucionalmente admisible en la medida en que se respeten los derechos adquiridos de los trabajadores y se asegure la plena observancia de lo dispuesto en los artículos 53 y 58 de la Constitución Política.

De otra parte, hay que tener en cuenta que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5° del Decreto 3135 de 1968 y los estatutos de la empresa (Decretos 1209 de 1994 y 2933 de 1997), todas las personas vinculadas a la entidad son trabajadores oficiales, con excepción del Presidente y el jefe de la oficina de control interno, quienes son empleados públicos de libre nombramiento y remoción (artículo 35)47.

Esta circunstancia implica que, en el caso del Presidente y del jefe de la oficina de control interno, no concurren los presupuestos que dieron lugar a la asignación del carácter de trabajadores particulares a la totalidad de los servidores públicos de Ecopetrol S.A., en la norma acusada en cuanto, dada su condición de empleados públicos, no pueden negociar las cláusulas económicas de su vinculación a la administración, ni sus prestaciones sociales pueden aumentarse convencionalmente por virtud de conflicto colectivo, de negociación o de huelga.

Las connotaciones particulares derivadas de la condición jurídica de empleados públicos propia del Presidente y del jefe de control interno de Ecopetrol S.A., si bien no pueden constituir un límite para el ejercicio de la potestad de configuración que en esta materia compete al legislador, han de ser tenidas en cuenta sin embargo para efectos del reconocimiento de sus derechos adquiridos.

La Corte, en virtud de los análisis efectuados, llega a la conclusión de que el cargo formulado por el actor contra el artículo 7° de la Ley 1118 de 2006 no está llamado a prosperar, razón por la cual declarará la exequibilidad de dicha disposición.

VII. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional de la República de Colombia, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero.- Declarar EXEQUIBLE el artículo 6º de la Ley 1118 de 2006, por los cargos examinados en la presente sentencia.

Segundo.- Declarar EXEQUIBLE la expresión “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” contenida en el artículo 7º de la Ley 1118 de 2006, por los cargos examinados en la presente sentencia.

Cópiese, notifíquese, publíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

RODRIGO ESCOBAR GIL

Presidente

EN COMISION

JAIME ARAUJO RENTERÍA

Magistrado

EN COMISION

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

EN COMISION

CATALINA BOTERO MARINO

Magistrada (E)

CLARA INÉS VARGAS HERNANDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Sentencia C-209 de 1997. M.P. Hernando Herrera Vergara.

2 Sentencia C-508 de 1997. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

3 Sentencias C-299 de 1994. M.P. Antonio Barrera Carbonell y C-563 de 1998 Ms.Ps. Antonio Barrera Carbonell y Carlos Gaviria Díaz.

4 Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia del 21 de febrero de 1998. M.P. Juan Alberto Polo Figueroa.

5 Sentencia C-283 de 2002.

6 Sentencias C-286 de 1996 y C-181 de 2002.

7 Sentencias C-543 de 2001 y C-233 de 2002.

8 Sentencia C-1052 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

9 Sentencia C-140 de 2007. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

10 Sentencia C-629 de 2003

11 “ “ “

12 Puede consultarse al efecto la sentencia C-629 de 2003 y C-992 de 2006.

13 Sentencia C-629 de 2003

14 El artículo 13 de la ley extiende los efectos del artículo 10 a los yacimientos de hidrocarburos.

15 Su artículo 2A deroga expresamente el Decreto 062 de 197 (antiguos estatutos).

16 Exposición de motivos, Gaceta del Congreso 367 de 2006

17 Al Ministerio de Minas y Energía le corresponde en general “adoptar la política nacional en materia de exploración, explotación, transporte, refinación, procesamiento, beneficio, transformación y distribución de minerales e hidrocarburos” (Art. 3 del Decreto 070 de 2001). De manera específica es función del Ministro de Minas y Energía “Aprobar los contratos que celebren las entidades descentralizadas adscritas o vinculadas al Ministerio cuyo objeto sea la exploración y explotación de yacimientos minerales en proyectos de gran minería, o de hidrocarburos de propiedad del Estado, de conformidad con las normas legales vigentes” (artículo 5° del Decreto 070 de 2001). Igualmente este Ministerio tiene a su cargo fijar los precios de exportación del petróleo crudo para efectos fiscales y cambiarios; fijar los precios de los diferentes minerales e hidrocarburos para efectos de la liquidación de regalías; fijar los volúmenes de producción de petróleo de concesión que los explotadores deben vender para la refinación interna; fijar el precio al cual se debe vender el petróleo crudo de concesión destinado a la refinación interna para el procesamiento o utilización en el país; fijar los precios de los productos derivados del petróleo a lo largo de toda la cadena de producción y distribución, con excepción del Gas Licuado del Petróleo; entre otras funciones (ibídem)

19 El artículo 16 de la Ley 790 de 2002 y el Decreto 1760 de 2003 fueron declarados exequibles en la Sentencia C-350 de 2005, M.P. Álvaro Tafur Galvis, con relación a la facultad del legislador para conceder facultades extraordinarias al Presidente para crear, suprimir, fusionar y escindir departamentos administrativos, ministerios y entidades y organismos administrativos del orden nacional y para determinar sus objetivos y estructura orgánica. Los literales d), e) y f) del artículo 16 de la Ley 790 de 2002 también fueron declarados exequibles en la Sentencia C-121 de 2004, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

20 Otras funciones son: administrar la participación del Estado, en especie o en dinero, en los volúmenes de hidrocarburos que le correspondan en los nuevos contratos de exploración y explotación (numeral 5.8) y administrar y disponer de los bienes que pasen al Estado por finalización de los contratos de exploración y explotación de hidrocarburos, o por reversión de concesiones vigentes (numeral 5.9); apoyar al Ministerio de Minas y Energía en la formulación de la política gubernamental en materia de hidrocarburos (numeral 5.5.); adelantar las acciones necesarias para buscar el adecuado abastecimiento de la demanda nacional de hidrocarburos, derivados y productos (numeral 5.12); fijar los volúmenes de producción de petróleo de concesión que los explotadores deben vender para la refinación interna (numeral 5.13) y fijar el precio al cual se debe vender el petróleo crudo de concesión destinado a la refinación interna (numeral 5.14). Todos estos numerales corresponde al artículo 5° del Decreto 1760 de 2003.

21 El artículo 11 de la Ley 1118 de 2006 derogó expresamente el parágrafo 2° del artículo 5° del Decreto 1760 de 2003 que establecía que ECOPETROL continuaría el recaudo y comercialización, hasta la finalización de los respectivos contratos y de la operación directa, o la reversión de las respectivas concesiones, de las regalías que se causaran en todos los contratos de exploración y explotación celebrados con anterioridad al 1 ° de enero de 2004. así como de las regalías que se causaran en las concesiones vigentes y en las áreas que hasta esa misma fecha venían siendo operadas directamente por ella.

22 Indica que a su protocolización concurrirán como socios: La Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público; Fiduciaria La Previsora S. A.; Fondo Nacional de Proyectos de Desarrollo, Fonade; Fondo Nacional de Garantías; Financiera de Desarrollo Territorial, Findeter, u otras entidades públicas con capacidad jurídica para participar. Se indica que si alguno de los socios de Ecopetrol ve comprometida su viabilidad financiera deberá vender su participación

accionaria a otro ente ciento por ciento (100%) público (a rt.52) .

23 M.P. Rodrigo Escobar Gil. Salvamento de Voto del Magistrado Jaime Araújo Rentería en cuanto a que el Presidente excedió las facultades extraordinarias y porque el fin del Decreto 1760 de 2003 tampoco es legítimo ‘ya que lo que busca es privatizar el petróleo y extinguir lentamente a ECOPETROL, para entregar a los particulares la exploración y explotación de petróleo, sin tener en cuenta los intereses de la petrolera estatal. ”

24 Ibídem. Además con relación a la derogatoria expresa de los Decretos 030 de 1951 y 2310 de 1974 se indicó: “En efecto, es a partir del Decreto 2310 de 1974 que ECOPETROL adquirió la doble condición de autoridad administrativa en materia petrolera y de empresa encargada de la exploración, explotación y comercialización del recurso. De este modo, una reforma administrativa que tenga como eje central la separación de esas competencias, necesariamente debe derogar las normas que las atribuían a una sola entidad y el régimen de administración del recuso que de ello resultaba. Concretamente, de la reforma en la estructura de la administración pública en materia petrolera, se derivaba la necesidad de derogar el régimen jurídico que se había establecido para permitirle a ECOPETROL administrar el recurso hidrocarburífero del país, que es función que ahora se atribuye a la Agencia Nacional de Hidrocarburos”.

25 Ver sentencias C-953 de 1999 y C-1442 de 2000

26 Sentencia C-953 de 1999

27 Sentencia C-629 de 2003

28 Ver también Sentencias T-406 de 1992 Fundamento Jurídico No. 9 (M.P. Ciro Angarita Barón), T-451 de 1992 Fundamento Jurídico D. (M.P. Ciro Angarita Barón), C-472 de 1992 Fundamento Jurídico No. 2 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo), C-539 de 1999 Fundamento Jurídico No. 24 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

29 Sentencia C-053 de 2001. M.P. Cristina Pardo Schlesinger .

30 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-615 del 8 de agosto de 2002 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra).

31 En la Sentencia C-428 del 4 de septiembre de 1997 (Ms.Ps. José Gregorio Hernández Galindo, Alejandro Martínez Caballero y Vladimiro Naranjo Mesa) se declaró la exequibilidad condicionada del artículo 22 de la Ley 344 de 1996 que establecía que las A.R.S. contratarán por lo menos el 40% con I.P.S. oficiales. Se consideró que ello no implicaba violación del derecho a la igualdad ni de otros principios y preceptos superiores. En la Sentencia C-915 de 2002, ya citada, la Corte declaró ajustado a la Constitución el primer inciso del artículo 51 de la Ley 715 de 2001, según el cual las entidades que administren los recursos del Régimen Subsidiado de Salud contratarán y ejecutarán con las I.P.S. públicas del orden municipal o distrital de la entidad territorial sede del contrato no menos del 40% del valor de la Unidad de Pago por Capitación subsidiada efectivamente contratadas por la respectiva entidad administradora del régimen subsidiado.

32 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-130 del 19 de febrero de 2004 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

33 Constitución Política de Colombia; artículo 333.- La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. || (...) || El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. || La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.; artículo 334.- 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, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para reconciliar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. (...). (acento fuera del original)

34 En la sentencia T-291 de 1994 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) la Corte indicó que “(...) las limitaciones constitucionales de la libertad de empresa, para que sean legítimas, deben emanar o ser impuestas en virtud de una ley y no afectar el núcleo esencial de este derecho.” (acento fuera del original) En el caso concreto también analizó el derecho a la igualdad. Se consideró que “[l]a actuación de la Alcaldía de Armenia vulneró el derecho a la

igualdad de oportunidades del petente, al dar una tratamiento diferente a la calle donde está situado su local comercial – zona céntrica -, sin justificación objetiva y razonable. No puede la autoridad pública establecer diferencias de trato sin justificación objetiva y razonable entre agentes económicos dedicados a un mismo género de actividad – Casino Bingo de Armenia y T.V. Bingo Familiar -, a riesgo de colocar a alguno de ellos en situación de desventaja, vulnerando así el derecho constitucional de la igualdad (CP Art. 13)”

35 Constitución Política, artículos 333 y 334.

36 Corte Constitucional, sentencia T-291 de 1994. (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz). En esta sentencia la Corte consideró que “[l]as actuaciones administrativas de autorización y control, sean regladas o discrecionales, deben estar soportadas en motivos conocidos y poder ser jurídicamente fundamentadas y judicialmente controlables, según criterios de razonabilidad y proporcionalidad, con el fin de erradicar cualquier asomo de arbitrariedad. El incumplimiento de estas exigencias significaría, por otra parte, la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso, hipótesis que entrará a analizarse inmediatamente en relación con las actuaciones de la autoridad pública acusada.” Corte Constitucional, sentencia C-398 de 1995 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo). En este fallo “(...) insiste la Corte en que la Carta Política no ha acogido un modelo económico determinado, exclusivo y excluyente, y en que sus normas deben ser interpretadas de manera armónica y coherente, evitando posiciones absolutas, por lo cual la libertad del individuo se encuentra atemperada en la preceptiva constitucional por la prevalencia del interés colectivo (artículo 1º), por las competencias de intervención y regulación a cargo del Estado (artículos 333, 334 y 335 C.P.) y por los principios de razonabilidad y proporcionalidad que la doctrina de esta Corte ha prohijado.” Con relación a la norma acusada en esta oportunidad, dijo la Corte: “En el caso de la disposición enjuiciada, si bien no estamos frente a una intervención estatal directa en la economía con base en un mandato de la ley, es claro que se trata del desarrollo de facultades extraordinarias para adecuar la estructura del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural con el objeto de hacerla posible y efectiva, así como para facilitar que se cumplan los aludidos fines constitucionales y los de la Ley 101 de 1993, que necesariamente exigen comprender la libertad económica en su cabal sentido, no absoluto ni exento de controles, ni excluido de las políticas económicas del Estado, sino razonable y adecuado a la finalidad social que la inspira y la condiciona.”

37 Sentencia C-516 de 2004. M.P. Jaime Cordoba Triviño.

38 Ver Gaceta del Congreso No. 538 Senado, pags. 31 a 33

39 Ley 80 de 1993, art. 76.

40 Sentencia C-949 de 2001.M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

41 Sentencia C-508 de 1997. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

42 Sentencia C-127 de 2003. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

43 Sentencia T-1027 de 2006. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

44 Sentencia C-306 de 2004. M.P. Rodrigo Escobar Gil. S.V. Ms. Jaime Araujo Rentarías, Alfredo Beltrán Sierra y Clara Inés Vargas Hernández.

45 Sentencia C-262 de 1995. M.P. Fabio Morón Díaz.

46 M.P. Hernando Herrera Vergara.

47 Cfr. Corte Constitucional. Sala Octava de Revisión. Sentencia T-336 de 2003. M.P. Álvaro Tafur Gálvis.