



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
CENTRO- AVENIDA VENEZUELA -EDIFICIO NACIONAL PISO 1
TELEFAX: 664-2718

EDICTO N° 015

LEY 1437 DE 2011 (ORALIDAD)

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
MAGISTRADO PONENTE: Dra. HIRINA MEZA RHENALS
RADICADO: 13001-33-33-013-2012-00003-01
DEMANDANTE: RODOLFO VECINO ACEVEDO
DEMANDADO: ECOPETROL S.A.
PROVIDENCIA: SENTENCIA
FECHA DE LA PROVIDENCIA: 13 DE JUNIO DE 2014

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR, SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN LA PAGINA WEB DE LA RAMA JUDICIAL Y EN LA SECRETARIA GENERAL DE ESTA CORPORACION, POR EL TERMINO LEGAL DE TRES (3) DIAS, HOY, DIECISIETE (17) DE JUNIO DE DOS MIL CATORCE (2014), A LAS OCHO DE LA MAÑANA (8:00 A.M.).

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

EN LA FECHA VENCE EL TERMINO DE TRES (3) DÍAS QUE PERMANECIO FIJADO EL PRESENTE EDICTO; HOY, DIECINUEVE (19) DE JUNIO DE DOS MIL CATORCE (2014), SIENDO LAS CINCO (5:00) DE LA TARDE.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

270/10



**REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN 003**

Cartagena de Indias D.T. y C., trece (13) de junio de dos mil catorce (2014)

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

MAGISTRADA PONENTE: HIRINA MEZA RHÉNALIS

MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	RODOLFO VECINO ACEVEDO
DEMANDADO:	ECOPETROL S.A.
RADICADO:	13-001-33-33-013-2012-00003-01
SENTENCIA:	18

Procede el Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha 09 de agosto de 2013, proferida por el Juzgado Décimo Tercero Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda.

1.1 Pretensiones.

La demanda se dirige concretamente a que: i) se declare la nulidad de la decisión disciplinaria de primera instancia, de seis (6) de octubre de 2011, proferida por la Jefe de la Oficina de Control Disciplinario Interno de ECOPETROL S.A., dentro del proceso disciplinario radicado PD - 2977 - 2010, por medio del cual sancionó al demandante con multa de diez (10) días de salario básico mensual devengado para el 22 de abril de 2010; ii) se declare la nulidad de la decisión disciplinaria de segunda instancia, de

fecha 22 de diciembre de 2011, proferida por el Presidente de ECOPETROL S.A., por medio de la cual resolvió recurso de apelación interpuesto por el demandante contra el fallo de primera instancia proferido dentro del proceso PD-2077 - 2010, confirmándolo.

A título de restablecimiento del derecho se condene a ECOPETROL S.A. a reintegrar la suma de \$ 784.590, debidamente indexada, que por concepto de multa, fue pagada por el demandante y que se condene en costas a la accionada como consecuencia de la presente acción.

1.2. Hechos

Se relatan así:

RODOLFO VECINO ACEVEDO, es trabajador de ECOPETROL S.A. con contrato a término indefinido desde el 13 noviembre de 1984. Desempeña el cargo de Operador Integral de Planta F12 de la Coordinación de Materias Primas y Productos, en la Refinería de ECOPETROL S.A. en Cartagena de Indias, y devengaba para el 22 de abril de 2010 un salario básico mensual de \$ 2.735.880 mil pesos.

Para la época de los hechos, el demandante era dirigente sindical, ocupando el cargo de Fiscal de la Junta Directiva Nacional de la organización UNION SINDICAL OBRERA DE LA INDUSTRIA DEL PETROLEO-USO.

El demandante inició su vinculación a la accionada a través de la Empresa Colombiana de Petróleos – ECOPETROL -, cuya naturaleza jurídica fue la de empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional, creada por autorización de la Ley 165 de 1948 mediante Decreto 030 de 1951.

Mediante Decreto 1760 de 26 de junio de 2003 del Ministerio de Minas y Energía y la escritura pública 2931 de 7 de julio de 2003 de la Notaría 02 de Bogotá, se escindió la Empresa Colombiana de Petróleos - ECOPETROL, modificando su estructura orgánica, pasando a tener la naturaleza jurídica

de sociedad pública por acciones, vinculada al Ministerio de Minas y Energía y a denominarse ECOPETROL S.A.

A través de la Ley 1118 de 2006 y por escritura pública 5314 del 14 de diciembre de 2007 de la Notaría 2 de Bogotá, se autoriza la colocación de acciones de ECOPETROL S.A. al sector privado, transformando su naturaleza jurídica a sociedad de economía mixta, de carácter comercial, organizada bajo la forma de sociedad anónima, del orden nacional, regida por el régimen privado y vinculada al Ministerio de Minas y Energía.

Mediante providencia de 13 de mayo de 2010, la Oficina de Control Disciplinario Interno de ECOPETROL S.A, resolvió abrir investigación disciplinaria radicada con el No. PD 2977-2010, a efectos de verificar o descartar la sustracción por parte del demandante de un libro de minutas que reposaba en la portería principal de la Refinería de Cartagena, en hechos acaecidos el 22 de abril de 2010. En fecha 06 de octubre de 2011, la Jefe de la Oficina de Control Disciplinario Interno de ECOPETROL S.A., resolvió declarar responsable al demandante del cargo formulado y como consecuencia lo sancionó con multa de diez (10) días del salario básico mensual que devengaba para el 22 de abril de 2010.

A través de la providencia de fecha 22 de diciembre de 2011, la Presidencia de ECOPETROL S.A., actuando como Segunda Instancia, resolvió el recurso de apelación, confirmando en todas sus partes la decisión de primera instancia.

El 27 de enero de 2012, el demandante pagó a ECOPETROL S.A., la suma correspondiente a la multa que ésta le impuso.

1.3 Normas violadas y cargos de nulidad.

La demandante señaló como normas violadas las siguientes: artículos 29 de la Constitución Política; 25 y 143 numeral 1 de la Ley 734 de 2002.

En síntesis los cargos de violación expuestos en la demanda se concretan en que mediante la Ley 1118 de 2006 y por escritura pública 5314 del 14 de diciembre de 2007 de la Notaría 2 de Bogotá, se autorizó la colocación de acciones de ECOPETROL S.A. al sector privado, transformando la naturaleza jurídica y organizándola como sociedad de economía mixta, de carácter comercial, bajo la forma de sociedad anónima, teniendo el Estado colombiano una participación mayoritaria aunque inferior al 90% de la totalidad de acciones emitidas.

Dada la nueva organización de la sociedad y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley 734 de 2002, sólo serán sujetos disciplinables en ECOPETROL S.A. quienes actúen como gerentes de la sociedad, excluyéndose del campo de aplicación de la Ley 734 de 2002, a los restantes servidores públicos de la organización asociativa.

Señala que el párrafo 3º del artículo 25 de la Ley 734 de 2002, fue cuestionado en su constitucionalidad, bajo el señalamiento de ser discriminatorio, en cuanto se excluyó de ese régimen disciplinario a la generalidad de los servidores públicos vinculados a sociedades como ECOPETROL S.A., creadas y organizadas por el Estado en asocio con particulares, a pesar de tener aquel participación mayoritaria. No obstante, mediante sentencia C-127 de 2003, la Corte Constitucional, enseñó frente a éste cuestionamiento, que la: *"Aplicación de la ley disciplinaria únicamente a los gerentes de las cooperativas, fundaciones, corporaciones y asociaciones que se creen y organicen por el Estado o con su participación mayoritaria y no a todos los funcionarios que laboran en las mencionadas entidades, no vulnera el derecho a la igualdad (...)"*.

Así mismo, el inciso 1º del artículo 143 de la Ley 734 de 2002, establece como causal de nulidad de las decisiones disciplinarias, la falta de competencia del funcionario para proferir el fallo, siendo la competencia un factor fundamental para la validez de la investigación disciplinaria, es por ello, que los operadores disciplinarios antes de iniciar una investigación, deben verificar si legalmente se encuentran facultados para ejercer la

potestad disciplinaria, y si lo están, deben verificar si el régimen es aplicable a quien se señala como sujeto pasivo de la acción.

De conformidad con lo señalado por la Corte Constitucional, no es suficiente, tener como única condición para ser sujeto de la Ley 734 de 2002, la calidad de servidor público, pues de conformidad con el párrafo 3 del artículo 25 de esa norma, se debió tener en cuenta otros prepuestos allí consagrados, esto es, que el servidor público disciplinado, tuviere la condición de gerente de la sociedad de economía mixta.

Así las cosas, debido a la falta de competencia por no ser el señor RODOLFO VECINO ACEVEDO, sujeto pasivo disciplinable mediante la Ley 734 de 2002, todas las decisiones asumidas por funcionarios de ECOPETROL S.A., en ejercicio de acciones disciplinarias carecen de fundamento legal por cuanto son emanadas de un funcionario que carece de la facultad de ejercer el derecho sancionatorio administrativo y por lo tanto, al actuar dentro del proceso disciplinario, se configura también la causal 2º del artículo 143 ídem, como violación del derecho de defensa del investigado..

2. Contestación de la demanda.

2.2.1 Contestación de ECOPETROL S.A.

En la primera instancia, se decidió por parte del A quo, no tener en cuenta el escrito de contestación visible a folios 145-150 del expediente, por no haberse acompañado del memorial de poder que acreditara la condición de apoderado, de quien lo presenta. Decisión que fue recurrida en su oportunidad y que se encuentra ejecutoriada.

3. Sentencia de Primera Instancia¹.

En sentencia de fecha nueve (09) de agosto de dos mil trece (2013) proferida en audiencia inicial, el Juzgado Décimo Tercero Administrativo

¹ Folios 215B CD y 207-215

de Cartagena, negó las pretensiones de la demanda, bajo los siguientes argumentos:

En síntesis, consideró el A quo que, si bien de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 1118 de 2006, una vez fueran emitidas las acciones que se colocarían en el mercado para ser adquiridas por personas naturales o jurídicas, ECOPETROL S.A. quedaría organizada como una sociedad de economía mixta de carácter comercial del orden nacional vinculada al Ministerio de Minas y Energía y a que en el artículo 7º ibídem se estableció que ocurrido el cambio de naturaleza, la totalidad de los servidores públicos de la sociedad, tendrían el carácter de trabajadores particulares, la Corte Constitucional en sentencia C-722 de 2007 concluyó que los trabajadores de ECOPEROL S.A. son servidores públicos, siendo disciplinados bajo las normas y directrices de la Ley 734 de 2002, así para sus relaciones laborales se les aplican las normas de derecho privado.

Señaló que conforme a lo previsto en el artículo 8º de la Ley 1118 de 2006 y lo sostenido por la Corte Constitucional en sentencia C-026 de 2009, el control disciplinario interno de ECOPETROL S.A., continúa a cargo de dicha entidad, en dependencia establecida para dicho fin, sin que ello implique que la Procuraduría General de la Nación no pueda ejercer el control preferente.

Que los argumentos de la falta de competencia de ECOPETROL S.A. para adelantar el proceso disciplinario con fundamento en la Ley 734 de 2002 y, el no ser el demandante un sujeto pasivo de dicha normatividad, porque a su relación laboral se le aplican las normas de derecho privado, fueron argumentos que no se expusieron en la etapa administrativa y solo se traen a colación en esta instancia judicial.

Finalmente expuso, que no se aplica el inciso 3º del artículo 25 de la Ley 734 de 2002, porque ECOPETROL S.A., no es una cooperativa, fundación, corporación y asociación, sino una entidad descentralizada por servicios,

bajo la forma de sociedad de economía mixta y que su capitalización obedeció por disposición legal.

4. Recurso de apelación.

4.1 Apelación de la parte demandante².

Considera que el A quo erró al estimar que dada la condición de servidores públicos de los trabajadores de ECOPETROL S.A. estarían por ello sometidos al régimen disciplinario establecido en la ley 734 de 2002, puesto que conforme al parágrafo 3º del artículo 25 de dicha ley, se tiene que el legislador excluyó a los servidores públicos de las empresas de economía mixta del régimen disciplinario establecido allí, con excepción de los gerentes de dichas sociedades.

De igual manera señaló que el A quo entendió que, la inexecutable de apartes del artículo 8º de la Ley 1118 de 2006, proferida mediante sentencia C-026 de 2009, implicaba la permanencia en el tiempo de las funciones que hasta entonces ejercía la oficina de control disciplinario de ECOPETROL S.A., que podía conocer de hechos acaecidos después de la transformación y la consecuente condición de sujetos disciplinables de quienes como servidores públicos continuaron laborando para la ahora sociedad de economía mixta. Conclusión que es errada, si se tiene en cuenta que lo regulado por el artículo 8º de la mencionada ley, fue una transición en materia disciplinaria, que continúa vigente y que se entiende en los términos de la sentencia C-026 de 2009 para que la oficina de control disciplinario, continúe conociendo de los procesos de investigación disciplinaria, por conductas de los servidores públicos de Ecopetrol S.A., mientras fueron disciplinables de conformidad con la Ley 734 de 2002, es decir antes de la colocación de acciones de la sociedad en manos de particulares o conversión en sociedad de economía mixta.

² Folios 216-225

En ese sentido, solicita que se revoque la sentencia apelada, reiterando que existe falta de competencia de la demandada, para iniciar investigación disciplinaria en contra del demandante.

5. Trámite procesal de segunda instancia.

Mediante auto de fecha 14 de febrero de 2014, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 247 de la Ley 1437 de 2011, se admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandante y se ordenó correr traslado para alegar de conclusión y para que el Ministerio Público rindiera concepto.

5.1 Alegatos de conclusión.

La parte demandante presentó alegatos de conclusión, solicitando se revocara la sentencia de primera instancia, reiterando los argumentos de su demanda y del recurso de apelación (folios 262-268).

Por su parte, a folios 260-261 obra memorial suscrito por quien dice ser apoderado sustituto de ECOPETROL S.A., doctor LEONARDO BERRÍO CHAMORRO, contentivo de alegatos de conclusión que no serán tenidos en cuenta por no acreditar dicho abogado el mandato en cuyo ejercicio manifiesta actuar³.

La Agente del Ministerio Público, no rindió concepto.

II. CONSIDERACIONES

1. ASUNTO PREVIO.

1.1. Control de legalidad.

Revisado el expediente se observa que de conformidad con lo previsto en el artículo 207 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo

³ El último poder otorgado por ECOPETROL S.A. obra a folio 231, a favor de WILLINGTONTON ALÍ PLATA VILLAMIZAR, sin que con posterioridad se hubiere incorporado a autos sustitución alguna.

Contencioso Administrativo, en el desarrollo de las etapas procesales desarrolladas por el juez de primera instancia no se ejerció control de legalidad de las mismas. Sin embargo, ninguna de las partes ni el ministerio público objetaron el trámite procesal adelantado. Por ello y como en esta instancia no se observan vicios procesales que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión, se procede a resolver la alzada.

2. ASUNTO DE FONDO

2.1. Problema jurídico.

La Sala encuentra que el problema jurídico, determinado por el sustento de la alzada, se concreta en el siguiente cuestionamiento:

¿Tenía competencia ECOPETROL S.A. para adelantar y culminar, a través de su oficina de control interno disciplinario, investigación disciplinaria en contra del demandante?

2.2. Marco normativo y jurisprudencial.

Naturaleza jurídica de ECOPETROL S.A.

La ley 1118 del 27 de diciembre de 2006, "Por la cual se modifica la naturaleza jurídica de ECOPETROL S.A. y se dictan otras disposiciones", establece en el artículo 1º la transformación de esa sociedad en los siguientes términos:

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

PARÁGRAFO 1o. Para la determinación por parte de la Asamblea General de Accionistas, del valor inicial de los títulos a emitir, Ecopetrol S. A. contratará, atendiendo los principios de gobierno corporativo, dos diferentes

bancas de inversión de reconocida idoneidad y trayectoria en procesos similares en el sector de hidrocarburos. Una de las bancas de inversión además de realizar la valoración de la empresa, se encargará de la estructuración del proceso en todas sus fases.

Como se aprecia, en virtud de la norma antes transcrita la Empresa Colombiana de Petróleos ECOPEPETROL S.A. transformó su naturaleza jurídica de sociedad pública por acciones, según lo determinaba el artículo 33 del Decreto Ley 1760 de 2003, a la de una sociedad de economía mixta, a raíz de la participación de los particulares en su capital⁴, pues la misma ley autorizó a la Empresa a realizar la emisión y la colocación de acciones en el mercado para ser adquiridas por personas naturales y jurídicas, hasta el veinte por ciento (20%) del capital, conforme al artículo 2º.

A su turno en el artículo 7º de la Ley 1118 de 2006 se señaló:

“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 aplicándose las disposiciones contenidas en el Código Sustantivo del Trabajo, en la Convención Colectiva de Trabajo y en el Acuerdo 01 de 1977, según sea el caso, con las modificaciones y adiciones que se presenten.

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

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

⁴ El inciso primero del artículo 97 de la ley 489 de 1998, Estatuto de la Administración Pública, prescribe:

“Artículo 97.- Sociedades de economía mixta.- Las sociedades de economía mixta son organismos autorizados por la ley, constituidos **bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado**, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagra la ley.

(...)”

La Corte Constitucional, en sentencia C-953 de 1999, señaló que basta con que haya una participación privada, así sea mínima, en el capital de la entidad, para que sea considerada como una sociedad de economía mixta, y por tanto declaró inexecutable el segundo inciso del citado artículo 97 que establecía que para que una sociedad comercial fuera calificada como de economía mixta, se requería que el aporte estatal no fuera inferior al 50% del capital de la misma.

Dicha norma fue objeto de demanda de constitucionalidad, respecto de la cual en sentencia C- 722 de 2007, la Corte Constitucional con ponencia de la Magistrada Clara Inés Vargas Hernández, resolvió declarar exequible el aparte subrayado bajo los siguientes argumentos:

"(...)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 5º 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) (...)"

Así las cosas, el artículo 7º de la Ley 1118 de 2006, señaló que a partir de su expedición, los empleados de ECOPETROL S.A., tendrán el carácter de

trabajadores particulares y por ende, a los contratos individuales de trabajo se les continuará aplicando las disposiciones contenidas en el Código Sustantivo del Trabajo. No obstante, según los términos señalados por la Corte Constitucional, dicha estipulación se realizó con el propósito de indicar el régimen laboral aplicable a sus servidores, asegurar sus prerrogativas y derechos adquiridos, sin que ello implique el desconocimiento de la calidad de servidores públicos.

Lo anterior, teniendo en cuenta que continúan vinculados a una entidad Estatal del orden nacional, descentralizada, adscrita al Ministerio de Minas y Energía y a que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 123 de la Constitución Política *"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"*.

Es de precisar, que la Corte Constitucional, en sentencia C-127 de 2003⁵, señaló:

"(...)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 porque 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 servicio 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.

⁵M.P. Doctor: Alfredo Beltrán Sierra.

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 (...)"

Competencia para adelantar investigaciones disciplinarias.

Ahora bien, en materia disciplinaria la Ley 1118 de 2006 en su artículo 8º señaló:

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

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

La Corte Constitucional en sentencia C-026 de 2009⁶, al estudiar la constitucionalidad de dicha norma, resolvió declarar inexecutable los apartes subrayados de la norma antes transcrita, bajo los siguientes argumentos:

"La norma acusada puede tener dos interpretaciones. Según la primera, el precepto le impone a la Procuraduría General de la Nación la obligación de conocer tanto sobre los procesos disciplinarios no culminados por la Oficina de Control Disciplinario Interno de ECOPETROL dentro de los dos años posteriores a su conversión en una sociedad de economía mixta, como de todas las investigaciones y quejas que se encontraren por tramitar en el momento de modificación de la naturaleza jurídica de la empresa. De acuerdo con la segunda, todos los procesos, investigaciones y quejas a que se hace relación en el artículo deben ser trasladados a la Procuraduría General de la Nación para que ella determine, de acuerdo con criterios objetivos, cuáles considera que debe reservarse, para investigarlos y pronunciarse sobre ellos.

La Corte considera que ambas interpretaciones tienen problemas de inconstitucionalidad, pues la obligación que se le impone a la Procuraduría de conocer de todas las investigaciones que queden pendientes al cabo de dos años contradice el poder disciplinario preferente que le ha otorgado la

⁶ M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

Constitución, en la medida en que le impide decidir de manera autónoma, con base en criterios objetivos y razonables relacionados con su misión de Ministerio Público, cuáles procesos, investigaciones y quejas se reserva para investigar y fallar sobre ellos.

La segunda interpretación plantea menos problemas a la luz de la Constitución, en la medida en que, si bien impone el traslado de todos los procesos, investigaciones y quejas a la Procuraduría, le permite decidir con autonomía cuáles son prioritarios para investigar y emitir un fallo disciplinario sobre ellos. No obstante, la norma acusada no resuelve el punto de qué sucede con los procesos, investigaciones y quejas respecto de las cuales la Procuraduría decida no proseguir con la investigación o el proceso. Es decir, en relación con esos procesos e investigaciones, al cabo de dos años la sujeción de los servidores públicos de la antigua ECOPEPETROL al derecho disciplinario queda en una especie de limbo jurídico, lo cual es contrario al principio de Estado de Derecho y las normas de la Carta que lo desarrollan en el ámbito disciplinario.

Por estas razones, si bien es entendible que una norma de transición prevea un plazo, los problemas antes mencionados conducen a la Corte a concluir que algunos apartes de la norma acusada son inconstitucionales, v. gr., (i) el plazo de dos años, establecido en el inciso primero, el cual no fue acompañado de una regla de transición mediante la cual se regulara qué sucede con los procesos, investigaciones y quejas respecto de los cuales la Procuraduría decida no proseguir con la investigación o el proceso, y (ii) el traslado en bloque de todas las quejas, investigaciones y procesos a la Procuraduría, como lo estipula el segundo inciso de la norma acusada.

Adicionalmente, el legislador consideró que después de la modificación de la naturaleza jurídica de ECOPEPETROL los procesos disciplinarios debían seguir su curso dentro de la empresa durante dos años, siempre que "se encontraren con apertura de investigación". Como consecuencia de declarar inconstitucionales los apartes mencionados - atinentes al plazo y traslado a la Procuraduría - la norma acusada sólo cobijaría los procesos que "se encontraren con apertura de investigación". Ello plantea el problema señalado anteriormente. En efecto, los demás procesos no seguirían siendo conocidos por la Oficina de Control Disciplinario Interno, lo cual es contrario al principio de Estado de Derecho y las normas de la Carta que lo desarrollan en el ámbito disciplinario. Por esta razón, la Corte declarará inconstitucional también la expresión "se encontraren con apertura de investigación".

Por todo lo anterior, se declarará la exequibilidad de la primera parte de la norma acusada y la inexecuibilidad del inciso segundo, así como de las siguientes expresiones del inciso primero: (i) "se encontraren con apertura de investigación" y (ii) "hasta por el término de dos (2) años, contados a partir de que la Empresa se constituya como sociedad de economía mixta."

Finalmente, recuerda la Corte que en la sentencia C-722 de 2007 (M.P. Clara Inés Vargas) se dijo lo siguiente sobre las implicaciones de la transformación en punto al régimen de personal:

"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. (...)"

De lo anterior se concluye con total claridad que, si bien la Constitución Política y la ley, le otorgaron la competencia preferente a la Procuraduría General de la Nación para ejercer la facultad disciplinaria de los servidores públicos, ello no implica que las entidades públicas, como lo es ECOPETROL S.A., a través de sus Oficinas de Control Disciplinario puedan adelantar las respectivas investigaciones frente a sus empleados, máxime cuando la facultad preferente de la Procuraduría es a la vez autónoma, en la medida en que será dicho órgano quien atendiendo a la importancia de la conducta, la calidad del servidor y/o la aplicación de otros criterios, determinará en qué casos, asumirá el conocimiento de la investigación disciplinaria.

Así las cosas, se radica en ECOPETROL S.A. la competencia para adelantar a través de la dependencia establecida para ello, el conocimiento de las investigaciones disciplinarias de los servidores públicos pertenecientes a dicha entidad e imponer las sanciones que como consecuencia de la investigación, resulten procedentes.

Es de anotar que en sentencia de fecha 6 de diciembre de 2012⁷, la Sección Segunda Subsección B del Consejo de Estado, con ponencia del Consejero Víctor Hernando Alvarado Ardila, para efectos de determinar la competencia que le asistía para conocer el asunto, señaló: "(...) Ahora bien, para el asunto, se pretende la nulidad de los actos administrativos proferidos por la Oficina de Control Disciplinario Interno de ECOPETROL S.A. y el Presidente de dicha empresa, por medio de los cuales se impuso sanción disciplinaria de suspensión en el ejercicio del cargo, por el término de (1) un mes, al señor Luis Hernando Galvis Castañeda. Los referidos actos fueron proferidos en ejercicio del control disciplinario a que están sujetos los servidores públicos -indistintamente del tipo de vinculación laboral que tengan con el Estado- y en virtud de la competencia que

⁷ Expediente no. 110010325000201100575 01, No. interno: 2202-2011, Actor: Luis Hernando Castañeda Galvis.

se les asignó a las Oficinas de Control Interno Disciplinario de las Entidades Públicas, sin perjuicio del poder preferente que ejerce la Procuraduría General de la Nación, previsto en el artículo 278 de la Constitución Política. (...)"

2.3. El caso concreto.

2.3.1 Hechos relevantes probados.

- Está acreditado que el señor Rodolfo Vecino Acevedo es trabajador de ECOPETROL S.A., al haber celebrado contrato de trabajo a termino indefinido con dicha entidad desde el día 13 de noviembre de 1984 (folio 11 y 59-64 del CD contentivo del proceso disciplinario obrante a folio 167 del expediente).
- Que la Oficina de Control Disciplinario de ECOPETROL S.A. inició investigación disciplinaria en contra del demandante, la cual culminó con la imposición de sanción en contra del mismo, a través de los fallos disciplinarios de fechas 06 de octubre de 2011 en primera instancia y del 22 de diciembre de 2011 en segunda instancia (folio 167 CD del proceso disciplinario y 77-82 y 88-103 del expediente).

2.3.2 Del análisis crítico de las pruebas frente al marco normativo y Jurisprudencial.

Analizados los hechos relevantes que resultaron probados en el sub lite, de cara al marco jurídico que fue expuesto, concluye la Sala que hay lugar a confirmar la sentencia recurrida, por cuanto ECOPETROL S.A., sí tenía competencia para adelantar y culminar a través de la Oficina de Control Disciplinario, la investigación disciplinaria que tramitó contra el hoy demandante, en su calidad de trabajador de dicha entidad.

En ese sentido, al estar demostrado que el demandante se encuentra vinculado a ECOPETROL S.A. a través de contrato de trabajo a término indefinido y no haberse probado que la Procuraduría General de la Nación, ejerció su poder preferente y autónomo para conocer la investigación disciplinaria por la conducta que fue sancionada, no hay razón para

desconocer la competencia que le asistía a la demandada para iniciar y culminar la investigación disciplinaria que se cuestiona a través del presente medio de control.

Si bien le asiste razón al demandante, cuando señala que la Ley 1118 de 2006 dispone que a los trabajadores vinculados a la hoy Sociedad de Economía Mixta ECOPETROL S.A., les serán aplicables las normas que regulan la vinculación de trabajadores particulares, ello debe entenderse en los términos indicados por la Corte Constitucional al momento de declarar la exequibilidad de la norma, es decir, que dicho precepto no desconoce la condición de servidores públicos que les asiste a las personas vinculadas en entidades de carácter Estatal y que por el contrario para efectos laborales, desarrolla la diferenciación existente de servidores públicos – empleados públicos y trabajadores oficiales- de acuerdo a la naturaleza de la entidad a la que estén vinculados y a las funciones que ejercen.

En ese sentido, siendo los trabajadores vinculados a ECOPETROL S.A., servidores públicos, resulta aplicable la Ley 734 de 2002 Código Disciplinario Único, por cuanto señala como sujetos disciplinables a los servidores públicos activos o retirados y atribuye la titularidad de la acción disciplinaria tanto en la Procuraduría General de Nación y en las Oficinas de Control Interno de las entidades públicas, en los términos indicados en los párrafos antecedentes. De otro lado, como se indicó con anterioridad, el régimen de transición que se previó en el artículo 8º de la citada norma, fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, estando vigente en consecuencia, la competencia disciplinaria antes señalada.

Debe advertirse igualmente, que la petición del demandante de que se aplique el inciso tercero del artículo 25 de la Ley 734 de 2002⁸, para efectos de

⁸ "Artículo 25. Destinatarios de la ley disciplinaria. Son destinatarios de la ley disciplinaria los servidores públicos aunque se encuentren retirados del servicio y los particulares contemplados en el artículo 53 del Libro Tercero de este código.

Los indígenas que administren recursos del Estado serán disciplinados conforme a este Código. Inciso declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-127 de 2003, únicamente por el cargo formulado por el actor; Ver la Sentencia de la Corte Constitucional C-151 de 2003

entender que al no tener la calidad de Gerente de ECOPETROL S.A., no es sujeto disciplinable, no es de recibo por la Sala por cuanto se reitera que la Corte Constitucional en las sentencias de constitucionalidad de las normas que regularon la transformación de ECOPETROL S.A. a sociedad de economía mixta, sostuvo que ello no cambiaba la naturaleza de servidores públicos de todos los trabajadores vinculados a la misma, cualquiera que fuere el tipo de vinculación. Por otra parte, tal como lo consideró el A quo, dicho inciso tiene aplicación tratándose de cooperativas, fundaciones, corporaciones y asociaciones mixtas, entidades descentralizadas indirectas⁹, por no obedecer su creación, transformación y/o autorización a disposición legal, lo que no ocurre con ECOPETROL S.A. cuya naturaleza es de entidad descentralizada por servicios, de creación legal, bajo la forma de sociedad de economía mixta adscrita al Ministerio de Minas y Energía.

Así las cosas, al no prosperar el único cargo de violación invocado en la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesta por el demandante, la decisión que debe tomarse en el presente asunto es la de negar las pretensiones de la demanda, como en efecto lo hizo el A quo, por lo que se confirmará la misma.

Para los efectos de esta ley y en concordancia con el artículo 38 de la Ley 489 de 1998, son servidores públicos disciplinables, los gerentes de cooperativas, fundaciones, corporaciones y asociaciones que se creen y organicen por el Estado o con su participación mayoritaria."

⁹ En sentencia C-230 de 1995, la Corte al declarar la exequibilidad del ordinal 2 literal a) del artículo 2 de la ley 80 de 1993 señaló que: "... Por no ser de creación legal las asociaciones y fundaciones de participación mixta se las considera bajo la denominación genérica de entidades descentralizadas indirectas o de segundo grado, y están sometidas al mismo régimen jurídico aplicable a las corporaciones y fundaciones privadas, esto es, a las prescripciones del código civil y demás normas complementarias. (...) El encuadramiento de las corporaciones y las fundaciones en las condiciones de entidades estatales y la calificación de sus directivos como servidores públicos, para los efectos indicados, no modifica ni la naturaleza de aquéllas ni la situación laboral particular de estos últimos con las referidas entidades, porque unos y otros siguen sometidos al régimen de derecho privado que les es aplicable, pues, como se dijo en la referida clasificación se consagró exclusivamente para fines de manejo, control y responsabilidad de la inversión de los recursos públicos mediante contratación. (...) Cuando los particulares manejan bienes o recursos públicos, es posible someterlos a un régimen jurídico especial, como es el concerniente a la contratación administrativa, para los efectos de la responsabilidad que pueda corresponder por el indebido uso o disposición de dichos bienes con ocasión de las operaciones contractuales que realicen, en los aspectos disciplinario, penal y patrimonial."

2.3.3 Condena en costas en segunda instancia.

El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala, que *“Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”*. A su turno, el artículo 365 del Código de General del Proceso –C.G.P.- señala que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, **o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación**. En ese sentido, habiendo sido resuelto de manera desfavorable el recurso de apelación interpuesto el demandante, se encuentra procedente la condena en costas en su modalidad de gastos del proceso a favor de la parte demandada, condena que deberá ser liquidada por la Secretaría de conformidad con lo dispuesto en el artículo 366 del C.G.P.

Ahora bien, atendiendo a que en la sentencia que ordena la condena en costas, el juez debe pronunciarse sobre las agencias en derecho las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de la condena en costas, se observará lo dispuesto en el Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura, el cual para el caso de la jurisdicción contencioso administrativa señala que, en segunda instancia las agencias en derecho se reconocerán hasta por el cinco por ciento (5%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

En este caso, se tendrán en cuenta los siguientes factores: i) el trámite del recurso de apelación, ii) la naturaleza del proceso y iii) la gestión de la parte demandada. En consecuencia, las Agencias en Derecho a cargo de de las parte demandante se tasan en 5% de las pretensiones de la demanda¹⁰, valor que corresponde a Treinta y Nueve Mil Doscientos Veintinueve Pesos con Cinco Centavos (\$ 39.229,5).

¹⁰ Para tal efecto, se tomará en cuenta el valor de la cuantía señalada por el demandante, el cual asciende a la suma de \$784.590.00 folio 7.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha nueve (09) de agosto de dos mil trece (2013), proferida por el Juzgado Décimo Tercero Administrativo Oral de Cartagena, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de la referencia, conforme a las razones expuestas en la presente providencia.

SEGUNDO: Condenar a la parte demandante al pago de costas procesales en segunda instancia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia, para cuya liquidación se deberá observar lo dispuesto en los artículos 365 y 366 del Código de General del Proceso, y se incluirán las agencias en derecho que fueron decretadas en la parte motiva de esta providencia y que corresponden a la suma de Treinta y Nueve Mil Doscientos Veintinueve Pesos con Cinco Centavos (\$39.229,5).

TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: el proyecto de esta providencia fue estudiado y decidido en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS


HIRINA MEZA RHÉNAL


LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

JOSÉ FERNÁNDEZ OSORIO
Ausente con permiso