



Función Pública

Concepto Sala de Consulta C.E. 2102 de 2013 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: LUIS FERNANDO ALVAREZ JARAMILLO

Bogotá, D.C., diez (10) de abril de dos mil trece (2013).-

Rad. No. 11001-03-06-000-2012-00035-00

Número interno: 2102 AM

Actor: MINISTERIO DEL TRABAJO.

El señor ministro del Trabajo solicita a la Sala ampliar el concepto proferido el 25 de junio de 2012, con radicación interna 2102, referido al régimen general de los actos y contratos, y la normativa laboral aplicable a las empresas del sector de las tecnologías de la información y las comunicaciones.

1. ANTECEDENTES:

Comienza el ministro explicando que las empresas que conforman el sector de las tecnologías de la información y las comunicaciones tienen dentro de su naturaleza jurídica los siguientes rasgos:

- Son sociedades anónimas de carácter comercial.
- Son sociedades sometidas a las previsiones de la ley 1341 de 2009.
- Pueden ser descentralizadas por servicios del orden municipal, filiales en algunos casos de empresas industriales y comerciales del Estado.
- Según lo establece el artículo 55 de la ley 1341 de 2009, independientemente de su naturaleza jurídica y de la participación estatal en su capital, se rigen por normas de derecho privado, aún en materia laboral.

Anota que UNE EPM TELECOMUNICACIONES S.A. es la única empresa del sector con capital 100% estatal, y si bien es cierto que es de naturaleza pública y descentralizada, también lo es que fue constituida como filial de una empresa industrial y comercial del Estado, con un capital representado en acciones.

Resalta que según las sentencias de la Corte Constitucional C-318 de 1996, C-483 de 1996, C-037 de 2003 y la C- 736 de 2007 reiterada por la sentencia C-910 de 2007, los empleados de UNE son "sui generis", porque su relación laboral se rige por el Código Sustantivo del Trabajo.

También se refiere a la sentencia C-338 de 2011 de la Corte Constitucional y a la ley 1474 de 2011 que modificó el artículo 53 de la ley 734 de 2002, según las cuales impera el criterio del cumplimiento de funciones públicas, para derivar de allí la aplicación del control disciplinario estatal.

Finalmente formula las siguientes preguntas:

"1. Cuando la Ley 1341 de 2009 alude a que son aplicables a las empresas prestadoras de servicios de tecnologías de la información y las comunicaciones, las normas de derecho privado incluyendo su régimen laboral, se entienden incluidos los aspectos disciplinarios?

2. En el caso de una empresa de TICs de las condiciones y naturaleza señaladas para UNE, existe incompatibilidad entre la aplicación del régimen de derecho privado (Código Sustantivo del Trabajo) y el Código Único Disciplinario (Ley 734 de 2002) para aquellos eventos en los que se desarrollen funciones públicas?

3. En una empresa de TICs que se rige por la Ley 1431 de 2009, filial de Empresa Industrial y Comercial del Estado, con capital 100% público, el régimen disciplinario que aplica a los servidores públicos cuando no están cumpliendo función pública se regula conforme al régimen laboral privado contrato individual de trabajo, reglamento, convenciones y acuerdos colectivos?

4. En una empresa de TICs que se rige por la Ley 1341 de 2009, de naturaleza privada o mixta, el régimen disciplinario que aplica a los empleados cuando no están cumpliendo función pública se regula conforme al régimen laboral privado contrato individual de trabajo, reglamento, convenciones y acuerdos colectivos?"

2. CONSIDERACIONES:

Para efectos de dar respuesta a los interrogantes formulados por el señor ministro, la Sala considera necesario ocuparse de los siguientes puntos: i) el concepto 2102 del 25 de junio del 2012 y ii) el control disciplinario sobre las personas cuyo vínculo a las empresas del sector de las tecnologías de la información y las comunicaciones se rige por normas de derecho privado.

A. El concepto 2102 del 25 de junio del 2012.

En este concepto la Sala absolvió una consulta formulada por el señor ministro de Tecnologías de la Información, en la cual se indagó por el régimen general de los actos y contratos de las empresas que conforman el sector de las tecnologías de la información y las comunicaciones, así como por la normativa laboral aplicable a las empresas del sector.

En lo atinente al régimen laboral, las preguntas concretas fueron: "¿Cuál es el régimen laboral de dichas empresas?

Si como lo prescribe el artículo 55 de la Ley 1341 de 2009, ¿las normas de derecho privado rigen los contratos de las empresas del sector de las TICs, incluyendo los relativos a su régimen laboral, ¿el Código Sustantivo del Trabajo contiene las normas que rigen el manejo de las relaciones individuales y colectivas de trabajo en dichas entidades?

¿La naturaleza jurídica y la composición del capital de las empresas que conforman el sector de tecnologías de la información y las comunicaciones determinan alguna diferencia para el manejo de las relaciones laborales con sus servidores con respecto a la normatividad que les es aplicable?"

La Sala respondió:

"El Código Sustantivo del Trabajo se aplica a las relaciones individuales y colectivas de quienes se vinculen a las empresas del sector por medio de un contrato individual de trabajo. Quienes se vinculen por medio de una relación legal y reglamentaria se rigen por normas de derecho público."

Para arribar a dicha respuesta, se efectuó la siguiente consideración:

"C. El régimen laboral de las empresas con participación estatal, que conforman el sector de las tecnologías de la información y las comunicaciones.

Como ya se dijo, constitucional y legalmente las empresas del sector con participación estatal hacen parte de la Rama Ejecutiva, independientemente de la normativa que rige su creación y organización y, de acuerdo con el artículo 55 de la ley 1341 de 2009 sus actos y contratos se rigen por las normas del derecho privado. Igual planteamiento debe formularse respecto de las relaciones laborales que tienen origen contractual.

En efecto, del análisis del artículo 55 ibídem se concluye que las personas que se vinculen a dichas empresas por medio de un contrato individual de trabajo, se sujetan al régimen individual y colectivo contenido en el Código Sustantivo de Trabajo, mientras que quienes se vinculen a través de una situación legal y reglamentaria se rigen por las normas de derecho público."

B. El control disciplinario sobre las personas cuyo vínculo a las empresas del sector de las tecnologías de la información y las comunicaciones se rige por normas de derecho privado.

La ampliación de la consulta gira en torno al control disciplinario de aquellas personas que tienen un vínculo laboral de derecho privado con empresas del sector de las tecnologías de la información y las comunicaciones, aun cuando se trate de empresas con capital 100% público representado en acciones.

Como se dijo, esta Sala claramente conceptuó que las empresas del sector con participación estatal hacen parte de la Rama Ejecutiva, independientemente de la normativa que rige su creación y organización, y que las relaciones laborales con origen contractual se rigen por las normas del derecho privado, mientras que las de quienes se vinculen a través de una situación legal y reglamentaria se rigen por las normas de derecho público.

En tal medida, es necesario analizar el régimen del control disciplinario de quienes en principio se sujetan al derecho privado, es decir los particulares.

La Constitución Política al respecto prevé:

"ARTÍCULO 118. El Ministerio Público será ejercido por el Procurador General de la Nación, por el Defensor del Pueblo, por los procuradores delegados y los agentes del ministerio público, ante las autoridades jurisdiccionales, por los personeros municipales y por los demás funcionarios que determine la ley. Al Ministerio Público corresponde la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas."

"ARTÍCULO 123. Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio."

"ARTÍCULO 210. Las entidades del orden nacional descentralizadas por servicios sólo pueden ser creadas por ley o por autorización de ésta, con fundamento en los principios que orientan la actividad administrativa.

Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley.

La ley establecerá el régimen jurídico de las entidades descentralizadas y la responsabilidad de sus presidentes, directores o gerentes."

"ARTÍCULO 277. El Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes, tendrá las siguientes funciones:

1. Vigilar el cumplimiento de la Constitución, las leyes, las decisiones judiciales y los actos administrativos.
2. Proteger los derechos humanos y asegurar su efectividad, con el auxilio del Defensor del Pueblo.
3. Defenderlos intereses de la sociedad.
4. Defenderlos intereses colectivos, en especial el ambiente.
5. Velar por el ejercicio diligente y eficiente de las funciones administrativas.
6. Ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes, e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley.
7. Intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales.
8. Rendir anualmente informe de su gestión al Congreso.
9. Exigir a los funcionarios públicos y a los particulares la información que considere necesaria.
10. Las demás que determine la ley.

Para el cumplimiento de sus funciones la Procuraduría tendrá atribuciones de policía judicial, y podrá interponer las acciones que considere necesarias."

Esta Sala ha sostenido que el control disciplinario tiene como finalidad garantizar que la función pública se ejerza de conformidad con los principios que la rigen (art. 209 CP.), en beneficio de la comunidad y en orden a la protección de los derechos y libertades de los asociados (art. 2 CP.)¹

Para la Corte Constitucional², el ámbito del control disciplinario establecido por la Constitución se encuentra claramente delimitado por el

ejercicio de funciones públicas, sean ellas ejercidas por servidores públicos (arts. 123-1 y 2, 124 CP.) o excepcionalmente por particulares (art. 123-3, 116-3, 210-2, 267-2).

Esa tesis ya había sido sostenida por esa Corporación, entre otras, en la sentencia C.037 de 2003, en la que señaló:

"De la evolución jurisprudencial que se ha destacado, se desprende entonces que el criterio esencial para determinar si un particular puede ser sujeto o no del control disciplinario, lo constituye el hecho de que este cumpla o no funciones públicas.

A ello cabría agregar que una lectura sistemática de la Constitución (arts. 118, 123, 124, 256-3 y 277-5 y 6) lleva precisamente a la conclusión de que el control disciplinario fue reservado por el Constituyente para quienes cumplen de manera permanente o transitoria funciones públicas.

Así, el artículo 118 superior señala que al Ministerio Público corresponde la protección del interés público y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas, en tanto que el artículo 277 numeral 5 asigna al Procurador General de la Nación la función de velar por el ejercicio diligente y eficiente de las funciones administrativas al tiempo que el numeral 6 del mismo artículo 277 le encarga la tarea de ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes, e imponer las respectivas sanciones conforme a la Ley."

A nivel legal se encuentran las siguientes disposiciones de la ley 734 de 2002 "Por la cual se expide el Código Disciplinario Único":

"ARTÍCULO 4°. LEGALIDAD. El servidor público y el particular en los casos previstos en este código sólo serán investigados y sancionados disciplinariamente por comportamientos que estén descritos como falta en la ley vigente al momento de su realización.

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.

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

ARTÍCULO 53. SUJETOS DISCIPLINABLES. Modificado por el artículo 44 de la Ley 1474 de 2011. El presente régimen se aplica a los particulares que cumplan labores de interventoría o supervisión en los contratos estatales; también a quienes ejerzan funciones públicas, de manera permanente o transitoria, en lo que tienen que ver con estas, y a quienes administren recursos públicos u oficiales.

Se entiende que ejerce función pública aquel particular que, por disposición legal, acto administrativo, convenio o contrato, realice funciones administrativas o actividades propias de los órganos del Estado, que permiten el cumplimiento de los cometidos estatales, así como el que ejerce la facultad sancionadora del Estado; lo que se acreditará, entre otras manifestaciones, cada vez que ordene o señale conductas, expida actos unilaterales o ejerza poderes coercitivos.

Administran recursos públicos aquellos particulares que recaudan, custodian, liquidan o disponen el uso de rentas parafiscales, de rentas que hacen parte del presupuesto de las entidades públicas o que estas últimas han destinado para su utilización con fines específicos.

No serán disciplinables aquellos particulares que presten servicios públicos, salvo que en ejercicio de dichas actividades desempeñen funciones públicas, evento en el cual resultarán destinatarios de las normas disciplinarias.

Cuando se trate de personas jurídicas la responsabilidad disciplinaria será exigible del representante legal o de los miembros de la Junta

Directiva."

Precisa la Sala, que el transcrito artículo 53 con las modificaciones contenidas en la ley 1474 de 2011, recoge lo que ya había sido señalado por la Corte Constitucional en las sentencias C-037 de 2003 y C-338 de 2011, pues establece como criterio esencial para hacer disciplinable a un particular, el ejercicio de funciones públicas, sea de manera permanente o transitoria.

Es importante anotar que ese mismo artículo prevé que "A/o serán disciplinables aquellos particulares que presten servicios públicos, salvo que en ejercicio de dichas actividades desempeñen funciones públicas, evento en el cual resultarán destinatarios de las normas disciplinarias"³, lo cual es de trascendencia para la consulta, toda vez la ley 1341 de 2009 en su artículo 10 califica la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones como un servicio público.

Así las cosas se concluye que a los empleados de las empresas del sector de las TICS vinculados por contrato individual de trabajo, por regla general no les es aplicable el régimen disciplinario establecido por el Código Único Disciplinario, salvo que ejerzan función pública.

Se precisa que las empresas del sector de las TICS, como UNE EPM TELECOMUNICACIONES S.A, por encontrarse sujetas por regla general al derecho privado, se les exige tener un reglamento interno de trabajo con su respectivo régimen disciplinario, aplicable a quienes se vinculan por contrato de trabajo y no desempeñen funciones públicas, pues si desempeñan funciones públicas, se sujetan exclusivamente a las disposiciones de la ley disciplinaria.⁴

La Sala RESPONDE:

1. Cuando la Ley 1341 de 2009 alude a que son aplicables a las empresas prestadoras de servicios de tecnologías de la información y las comunicaciones, las normas de derecho privado incluyendo su régimen laboral, se entienden incluidos los aspectos disciplinarios?

2. En el caso de una empresa de TICS de las condiciones y naturaleza señaladas para UNE, existe incompatibilidad entre la aplicación del régimen de derecho privado (Código Sustantivo del Trabajo) y el Código Único Disciplinario (Ley 734 de 2002) para aquellos eventos en los que se desarrollen funciones públicas?

Por su unidad temática, se responderán conjuntamente las preguntas 1 y 2.

Quienes están cobijados por la normas del derecho laboral privado en principio no son sujetos de control disciplinario establecido por el Código Único Disciplinario, salvo que ejerzan de manera temporal o permanente funciones públicas.

En caso de que se desarrollen funciones públicas se aplica exclusivamente el régimen establecido en la ley disciplinaria así el vínculo laboral sea de derecho privado.

3. En una empresa de TICS que se rige por la Ley 1431 de 2009, filial de Empresa Industrial y Comercial del Estado, con capital 100% público, el régimen disciplinario que aplica a los servidores públicos cuando no están cumpliendo función pública se regula conforme al régimen laboral privado contrato individual de trabajo, reglamento, convenciones y acuerdos colectivos?

En el caso de personas vinculadas a la empresa mediante una situación legal y reglamentaria, se aplica el derecho público y en consecuencia el Código Disciplinario Único.

Si el vínculo se origina en un contrato laboral y no se cumplen funciones públicas, se aplicará el respectivo contrato individual y colectivo de trabajo y el reglamento interno.

4. ¿En una empresa de TICs que se rige por la Ley 1341 de 2009, de naturaleza privada o mixta, el régimen disciplinario que aplica a los empleados cuando no están cumpliendo función pública se regula conforme al régimen laboral privado contrato individual de trabajo, reglamento, convenciones y acuerdos colectivos?

Los empleados cuya relación se rige por derecho privado y no cumplan función pública deberán sujetarse a los respectivos contratos individuales y colectivos de trabajo y al reglamento interno.

Remítase al señor ministro del Trabajo y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

WILLIAM ZAMBRANO CETINA

PRESIDENTE DE LA SALA

LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO

CONSEJERO DE ESTADO

AUGUSTO HERNÁNDEZ BECERRA

CONSEJERO DE ESTADO

OSCAR ALBERTO REYES REY

SECRETARIO DE LA SALA

LEVANTADA LA RESERVA LEGAL MEDIANTE OFICIO No. 228705 DEL DÍA 27 NOVIEMBRE DE 2013 - MINISTERIO DEL TRABAJO

NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

¹ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 3 de marzo de 2011. Radicado 2046.

² Corte Constitucional. Sentencia C-338 de 2011.

³ La Corte Constitucional en la sentencia C-037 de 2003 ya había sostenido que no se puede confundir el ejercicio de función pública, con la prestación de servicios públicos.

⁴ Ver: Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia 29884 del 11 de julio de 2006.