

TECNOLOGIAS DE LA INFORMACION Y LAS COMUNICACIONES - Régimen general de los actos y contratos de las empresas con participación estatal, que conforman el sector / SECTOR DE TECNOLOGIAS DE LA INFORMACION Y LAS COMUNICACIONES - El régimen general de los actos y contratos de las empresas que conforman el sector es el de derecho privado / TECNOLOGIAS DE LA INFORMACION Y LAS COMUNICACIONES - Régimen laboral de las empresas con participación estatal, que conforman el sector / EMPLEADOS DEL SECTOR DE TECNOLOGIAS DE LA INFORMACION Y LAS COMUNICACIONES - Quienes se vinculen por medio de un contrato individual de trabajo se les aplica el Código Sustantivo del Trabajo, quienes se vinculen por medio de una relación legal y reglamentaria se rigen por normas de derecho público. LEY 1341 DE 2009 - Principios orientadores / TECNOLOGIAS DE LA INFORMACION Y LAS COMUNICACIONES - Su desarrollo constituye una política de Estado que involucra a la sociedad

Para efectos de dar respuesta a los interrogantes formulados por el señor Ministro, la Sala considera necesario ocuparse de los siguientes puntos: i) el contexto en que fue discutida y aprobada la ley 1341 de 2009, resaltando la libre competencia como punto central en la explotación del espectro radioeléctrico, ii) el régimen general de los actos y contratos de las empresas con participación estatal, que conforman el sector de las tecnologías de la información y las comunicaciones y iii) el régimen laboral de las empresas con participación estatal, que conforman el sector de las tecnologías de la información y las comunicaciones. Y responde: 1. ¿Cuál es el régimen general de los actos y contratos de las empresas que conforman el sector de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones? Independiente de las reglas de derecho aplicables a su creación y organización, el régimen general de los actos y contratos de las empresas que conforman el sector de tecnologías de la información y las comunicaciones es el de derecho privado. 2. ¿Cuál es el régimen laboral de dichas empresas? 3. 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? 4. ¿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? 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.

NOTA DE RELATORIA: Autorizada la publicación con oficio 000159 de 26 de julio de 2012.

FUENTE FORMAL: LEY 1341 DE 2009

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: LUIS FERNANDO ALVAREZ JARAMILLO

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de junio de dos mil doce (2012)

Radicación número: 11001-03-06-000-2012-00035-00(2102)

Actor: MINISTERIO DE TECNOLOGIAS DE LA INFORMACION Y LAS COMUNICACIONES

Referencia: Régimen general de los actos y contratos de las empresas que conforman el sector de tecnologías de la información y las comunicaciones. Normativa laboral aplicable a las empresas del sector.

El señor Ministro de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones consulta a la Sala sobre el régimen general de los actos y contratos de las empresas que conforman dicho sector.

I. ANTECEDENTES

Sostiene el Ministro, que uno de los presupuestos necesarios para el adecuado desarrollo de la competencia en cualquier actividad empresarial, lo constituye el hecho de contar con reglas de juego claras y generalmente aceptadas por todos aquellos que participan en la respectiva industria.

Explica, que la ley 1341 del 2009 tiene como componente relevante de su objeto, la determinación del *“marco general para la formulación de las políticas públicas que regirán el sector de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, su ordenamiento general, el régimen de competencia, la protección al usuario, así como lo concerniente a la cobertura, la calidad del servicio, la promoción de la inversión en el sector y el desarrollo de estas tecnologías, el uso eficiente de las redes y del espacio radioeléctrico.”*

Señala que para todos los partícipes del sector, existe la premisa de que la concurrencia en igualdad de condiciones propicia un adecuado y eficiente desarrollo de la industria.

Manifiesta que dentro de los principios orientadores de la ley 1341 de 2009, el artículo 2 establece que el desarrollo de las tecnologías de la información y las comunicaciones constituye una política del Estado que involucra a la sociedad, *“... para contribuir al desarrollo educativo, cultural, económico, social y político e incrementar la productividad, la competitividad...”*, y que en consecuencia, el Estado al expedir e interpretar la respectiva normativa, debe propiciar escenarios de libre y leal competencia, que permitan la concurrencia al mercado en condiciones de igualdad.

Advierte el Ministro que, si bien es cierto que el origen de los recursos públicos que gestionan y administran las entidades estatales que se desenvuelven en el sector de las tecnologías, impone obligaciones adicionales a las de las entidades privadas, no puede minarse su productividad y competitividad, ni hacer nugatorios los derechos que el ordenamiento otorga a los agentes económicos.

Recuerda que en Colombia el Estado actúa directamente en la actividad económica y por ende debe velar porque su participación se realice en condiciones de igualdad, lo que implica que todos los competidores estén bajo circunstancias idénticas en materia contractual, laboral, impositiva, de respeto y garantía de los derechos de los usuarios, así como de protección de la información y estrategias competitivas, para lo cual el artículo 55 de la ley 1341 prescribe que *“Los actos y los contratos, incluidos los relativos a su régimen laboral y las operaciones de crédito de los proveedores de las Tecnologías de la Información y las*

Comunicaciones, cualquiera que sea su naturaleza, sin importar la composición de su capital, se regirán por las normas de derecho privado”.

Finalmente anota que, a pesar de la disposición legal mencionada, en algunas oportunidades, cuando se trata de empresas con participación de capital público, existen sectores que son reacios a aceptar la aplicación integral del régimen de derecho privado.

Así las cosas, formula las siguientes preguntas:

“1. ¿Cuál es el régimen general de los actos y contratos de las empresas que conforman el sector de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones?

2. ¿Cuál es el régimen laboral de dichas empresas?

3. 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?

4. ¿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?”

II. 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 contexto en que fue discutida y aprobada la ley 1341 de 2009, resaltando la libre competencia como punto central en la explotación del espectro radioeléctrico, ii) el régimen general de los actos y contratos de las empresas con participación estatal, que conforman el sector de las tecnologías de la información y las comunicaciones y iii) el régimen laboral de las empresas con participación estatal, que conforman el sector de las tecnologías de la información y las comunicaciones.

A. El contexto en que fue discutida y aprobada la ley 1341 de 2009, resaltando la libre competencia como punto central en la explotación del espectro radioeléctrico

En la exposición de motivos del proyecto que posteriormente se aprobó como la ley 1341 de 2009 *“Por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones -TIC-, se crea la Agencia Nacional del Espectro y se dictan otras disposiciones”*, la Ministra de Comunicaciones explicó al Congreso de la República que Colombia se dirigía hacia la masificación de las tecnologías de la información y la expansión de la inversión privada para mejorar la infraestructura y la diversificación de servicios, por lo que era necesario dinamizar y cohesionar las políticas públicas, en beneficio de la seguridad jurídica para los inversionistas.

Recordó, igualmente, que el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010 promueve el acceso, mediante mecanismos competitivos, al espectro electromagnético y en particular al espectro radioeléctrico (porción del espectro electromagnético utilizado para radiocomunicaciones), pero que la reglamentación era heterogénea y dispersa, lo que desorienta la inversión y dificulta la explotación del sector.

Finalmente, advirtió sobre la necesidad de adoptar principios internacionalmente aceptados, que deben prevalecer para lograr un mayor aprovechamiento del espectro electromagnético, como el que se refiere a la introducción de medidas de competencia que garanticen el equilibrio entre los prestadores de servicios.¹

En la ponencia para primer debate del proyecto se anotó que es pertinente tener, como referente, que las tecnologías de la información y la comunicación son un sector estratégico para el crecimiento económico y el desarrollo de la producción, que requiere de la adaptación de la normativa y las instituciones para incentivar la competencia y la convergencia tecnológica y lograr una infraestructura apropiada, integrada y sostenible.

Por todo lo anterior, el proyecto definió que la organización de las tecnologías de la información y la comunicación debería regirse por los siguientes principios:

- Prioridad del acceso a las tecnologías de la información y la comunicación.
- El avance de la sociedad de la información en los segmentos de población de menores ingresos.
- Prioridad al equilibrio en fuentes de fondeo para acceso y/o servicio universal.
- Libre competencia y promoción de la inversión.
- Uso eficiente de la infraestructura y de los recursos escasos.²

En la discusión del proyecto en la Comisión Sexta de la Cámara, nuevamente la Ministra explicó que era necesario promover la inversión nacional y extranjera, garantizando la libre competencia, el acceso en igualdad de condiciones a las oportunidades, y aboliendo el poder monopólico, mediante medidas que deben ser garantizadas por el Gobierno y el órgano regulador, para evitar las posiciones dominantes que puedan obstruir con la entrada o la competencia en el mercado.³

La ponencia para segundo debate en Plenaria de Cámara, aseveró que en la medida que el sector migre hacia un modelo de competencia mayorista de infraestructura, que sirva de soporte a una amplia gama de proveedores minoristas de servicios y aplicaciones, el país requerirá contar con un marco legal, normativo e institucional, que le permita hacer frente a la realidad tecnológica del sector y su interacción con las estructuras del mercado, con miras a una mayor eficacia en la maximización del bienestar social de los colombianos.⁴

Asimismo, en la ponencia para primer debate en el Senado de la República, se dijo que los modelos de negocio de las empresas del sector debían adaptarse rápidamente a las nuevas generaciones de redes y servicios, para establecer patrones de eficiencia y optimización en la administración y operación de infraestructura y servicios, acorde con la diversificación y opciones personalizadas para los usuarios.

También se expuso que la adecuación del marco normativo adquiere mayor importancia si se considera el fenómeno de la globalización de la economía, que aumentará los niveles de competencia y las posibilidades de nuevas inversiones en el sector, fenómeno que se acentuará con la negociación de nuevos acuerdos internacionales en materia comercial.

¹ Gaceta del Congreso 426, miércoles 5 de septiembre de 2007, página 11.

² Gaceta del Congreso 633, miércoles 5 de diciembre de 2007, páginas 7 y 9.

³ Gaceta de Congreso 69, jueves 28 de febrero de 2008, páginas 10 y 11.

⁴ Gaceta del Congreso 317, miércoles 4 de junio de 2008, página 1.

De tal forma, se consideró trascendental iniciar el desarrollo del marco legal sugerido en el proyecto en pro del uso eficiente del espectro radioeléctrico, fortaleciendo la capacidad regulatoria del Estado para garantizar la competencia con base en un esquema de redes y mercados con seguridad jurídica plenamente compatible con la competencia y los incentivos a la inversión.⁵

De lo expuesto, la Sala observa que el establecimiento de la libre competencia en el sector de las tecnologías de la información y las comunicaciones fue una preocupación manifiesta desde la misma presentación del proyecto de ley y durante todo el trámite parlamentario. Tanto es así, que en los artículos 2, 4 y 7 de la ley 1341 se consagra la libre competencia como principio orientador en la materia. Dicen los citados artículos:

“ARTICULO 2o. PRINCIPIOS ORIENTADORES. La investigación, el fomento, la promoción y el desarrollo de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones son una política de Estado que involucra a todos los sectores y niveles de la administración pública y de la sociedad, para contribuir al desarrollo educativo, cultural, económico, social y político e incrementar la productividad, la competitividad, el respeto a los Derechos Humanos inherentes y la inclusión social.

Las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones deben servir al interés general y es deber del Estado promover su acceso eficiente y en igualdad de oportunidades, a todos los habitantes del territorio nacional.

Son principios orientadores de la presente ley:

1. Prioridad al acceso y uso de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (...)

2. Libre competencia. *El Estado propiciará escenarios de libre y leal competencia que incentiven la inversión actual y futura en el sector de las TIC y que permitan la concurrencia al mercado, con observancia del régimen de competencia, bajo precios de mercado y en condiciones de igualdad. Sin perjuicio de lo anterior, el Estado no podrá fijar condiciones distintas ni privilegios a favor de unos competidores en situaciones similares a las de otros y propiciará la sana competencia.*

3. Uso eficiente de la infraestructura y de los recursos escasos. *El Estado fomentará el despliegue y uso eficiente de la infraestructura para la provisión de redes de telecomunicaciones y los servicios que sobre ellas se puedan prestar, y promoverá el óptimo aprovechamiento de los recursos escasos con el ánimo de generar competencia, calidad y eficiencia, en beneficio de los usuarios, siempre y cuando se remunere dicha infraestructura a costos de oportunidad, sea técnicamente factible, no degrade la calidad de servicio que el propietario de la red viene prestando a sus usuarios y a los terceros, no afecte la prestación de sus propios servicios y se cuente con suficiente infraestructura, teniendo en cuenta la factibilidad técnica y la remuneración a costos eficientes del acceso a dicha infraestructura. Para tal efecto, dentro del ámbito de sus competencias, las entidades del orden nacional y territorial están obligadas a adoptar todas las medidas que sean necesarias para facilitar y garantizar el desarrollo de la infraestructura requerida, estableciendo las garantías y medidas necesarias que contribuyan en la prevención, cuidado y conservación para que no se deteriore el patrimonio público y el interés general.*

⁵ Gaceta del Congreso 934, viernes 12 de diciembre de 2008, página 5.

(...)

6. Neutralidad Tecnológica. (...)

“ARTICULO 4o. INTERVENCION DEL ESTADO EN EL SECTOR DE LAS TECNOLOGIAS DE LA INFORMACION Y LAS COMUNICACIONES. En desarrollo de los principios de intervención contenidos en la Constitución Política, el Estado intervendrá en el sector las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones para lograr los siguientes fines:

(...)

5. Promover y garantizar la libre y leal competencia y evitar el abuso de la posición dominante y las prácticas restrictivas de la competencia. (...)

“ARTICULO 7o. CRITERIOS DE INTERPRETACION DE LA LEY. Esta ley se interpretará en la forma que mejor garantice el desarrollo de los principios orientadores establecidos en la misma, con énfasis en la promoción y garantía de libre y leal competencia y la protección de los derechos de los usuarios.”

Lo expuesto se debe a que el sector presenta gran dinámica por los avances vertiginosos que lo afectan, lo que implica que las empresas deben competir permanentemente en investigación y desarrollo de nuevos productos y servicios, lo que aparea la necesidad de contar con modelos ágiles de negocio.

No debe olvidarse que el usuario de las tecnologías de la información y las comunicaciones está inmerso en un mundo globalizado con multitud de ofertas que lo convierten en un consumidor especializado, que demanda productos y servicios de calidad y actualizados, que deben ser ofertados en las mejores condiciones por sus proveedores.

B. El régimen general de los actos y contratos de las empresas con participación estatal, que conforman el sector de las tecnologías de la información y las comunicaciones.

Para el análisis de estos puntos es menester tener en cuenta que, en general, las empresas del sector se califican como proveedoras de redes y servicios de las tecnologías de la información y las comunicaciones y fue pensando en ellas y en su actual entorno de competitividad que se expidió la ley 1341, cuyo artículo 55 dice:

“ARTÍCULO 55. REGIMEN JURIDICO DE LOS PROVEEDORES DE REDES Y SERVICIOS DE LAS TECNOLOGIAS DE LA INFORMACION Y LAS COMUNICACIONES. Los actos y los contratos, incluidos los relativos a su régimen laboral y las operaciones de crédito de los proveedores de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, cualquiera que sea su naturaleza, sin importar la composición de su capital, se regirán por las normas del derecho privado.”

En los antecedentes del trámite parlamentario de este artículo, la Sala encuentra que en el texto original del proyecto se proponía en este artículo un segundo inciso, en el que se disponía que la Comisión de Regulación de Comunicaciones podía autorizar, a petición de parte, la inclusión de cláusulas exorbitantes en los contratos de obra y compraventa de bienes y servicios, pero en la ponencia para primer debate en el Senado de la República se sugirió retirarlo, con el siguiente argumento:

“Se propone eliminar la expresión que hace referencia a las cláusulas exorbitantes: Si se trata de una actividad económica en el marco de la libre

*competencia, no deberían establecerse cláusulas exorbitantes, pues estas tienen sentido cuando el Estado contrata o cuando son servicios públicos domiciliarios ...*⁶

En consecuencia, en el pliego de modificaciones se dejó consignada la eliminación del mencionado inciso segundo, por cuanto los contratos de dichas empresas se deben regir exclusivamente por el derecho privado,⁷dejando además en claro, como luego consta en su articulado, que las empresas y actividades a que se refiere la ley no hacen parte del régimen de servicios públicos domiciliarios.

De acuerdo con las previsiones constitucionales y legales, independientemente de las normas que rigen su creación y organización, las empresas del sector con participación estatal hacen parte de la Rama Ejecutiva, con sujeción a un régimen especial. Por ello, siguiendo los lineamientos de esta Corporación que en varios de sus fallos ha dicho que el carácter público de una entidad no impide su sujeción al derecho privado cuando la ley así lo dispone⁸, el artículo 55 de la ley 1341 de 2009 estableció que *“cualquiera que sea su naturaleza, sin importar la composición de su capital”*, los actos y contratos de dichas empresas se regirán por las normas del derecho privado.

La afirmación contenida en la disposición analizada, es suficientemente clara y explícita y coincide con los lineamientos contenidos en la ley 1474 de 2011⁹ y en el decreto reglamentario 734 de 2012¹⁰, en cuanto afirman que las empresas con participación estatal que se encuentren en competencia con el sector privado nacional o internacional, como ocurre con los proveedores de las tecnologías de la información y las comunicaciones, se regirán por las disposiciones de derecho privado aplicables a sus actividades económicas y comerciales.

Es preciso recordar que la regla de sujeción general al derecho privado de las empresas con participación estatal que actúan en régimen de competencia e igualdad no es del todo novedosa con la expedición de la ley 1341 de 2009, puesto que ya se había implementado para las empresas de servicios públicos domiciliarios en el contexto de la ley 142 de 1994.

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

⁶ Gaceta del Congreso 934, viernes 12 de diciembre de 2008, página 31.

⁷ Gaceta del Congreso 407, martes 2 de junio de 2009, página 20.

⁸ Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia del 12 de febrero de 2012 y Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia del 2 de marzo del 2006. Expediente 29703.

⁹ “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública.

¹⁰ “Por el cual se reglamenta el estatuto general de contratación de la administración pública y se dictan otras disposiciones”

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,

La Sala RESPONDE:

1. ¿Cuál es el régimen general de los actos y contratos de las empresas que conforman el sector de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones?

Independiente de las reglas de derecho aplicables a su creación y organización, el régimen general de los actos y contratos de las empresas que conforman el sector de tecnologías de la información y las comunicaciones es el de derecho privado.

2. ¿Cuál es el régimen laboral de dichas empresas?

3. 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?

4. ¿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?

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.

Remítase al señor Ministro de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

AUGUSTO HERNANDEZ BECERRA
Presidente de la Sala

LUIS FERNANDO ALVAREZ JARAMILLO **ENRIQUE JOSE ARBOLEDA PERDOMO**
Consejero de Estado Consejero de Estado

WILLIAM ZAMBRANO CETINA
Ausente con Excusa

JENNY GALINDO HUERTAS
Secretaria de la Sala