

EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE SANTA FE DE BOGOTA - Transformación de establecimiento a Empresa de Servicios Públicos Oficial / ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS - Naturaleza Jurídica. Características

El Certificado de Existencia y Representación Legal de la Empresa de Telecomunicaciones de Santa Fé de Bogotá S.A. E.S.P. E.T.B., da cuenta que mediante Escritura Pública N° 0004274 de la Notaría 32 de Bogotá, de 29 de diciembre de 1997, inscrita en la misma data bajo el número 00616188 del Libro IX se constituyó la Sociedad Comercial denominada Empresa de Telecomunicaciones de Santa Fé de Bogotá S.A., E.S.P. E.T.B.; el documento referido también da cuenta que la Representación Legal de la Sociedad está en cabeza tanto del Presidente como del Secretario General, cargo en el cual aparece nombrada la señora Luz Marina Consuelo Toro Suárez; esa representación podía ser ejercida de manera conjunta o separada (fls. 217-218 cdo. ppl.). Dentro de las funciones señaladas al Presidente están la de ejercer la facultad nominadora dentro de la Empresa (num. 14) y nombrar y remover libremente los funcionarios y empleados de la compañía (num. 15). Con ocasión de la transformación de la Empresa de Telecomunicaciones de Santa Fé de Bogotá, en sociedad comercial por acciones, constituida como una empresa de servicios públicos, conforme a las disposiciones de la Ley 142 de 1994 y demás normas concordantes, se expidieron los respectivos Estatutos Sociales. El 6 de diciembre de 1997, el Concejo Distrital de Bogotá, dictó el Acuerdo N° 21, Por el cual se transforma la naturaleza jurídica de la Empresa de Telecomunicaciones de Santa Fé de Bogotá y se dictan otras disposiciones"; el Cabildo local dictó el referido acto administrativo, invocando para el efecto las facultades constitucionales y legales y en especial las contempladas en los artículos 12 y 55 del Decreto N° 1421 de 1993, artículos 17 y 180 de la Ley 142 de 1994 y segundo de la Ley 286 de 1996. En sus artículos 1° y 2° el Acuerdo citado señaló: "Artículo 1°.- Transformación. La Empresa de Telecomunicaciones de Santa Fé de Bogotá constituida mediante el Acuerdo 72 de 1967 como establecimiento público descentralizado y modificada en su razón social por medio del Acuerdo 01 de 1992, se transforma en Empresa de Servicios Públicos del Orden Distrital con la totalidad de aportes oficiales, bajo la forma jurídica de Sociedad por Acciones, la que se denominará EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE SANTA FE DE BOGOTÁ, D.C. E.S.P - S.A. pudiendo identificarse para todos los efectos con la sigla E.T.B. El artículo 5° del Decreto N° 1050 de 1968 indica que los Establecimientos Públicos son organismos creados por la ley o autorizados por ésta, encargados principalmente de atender funciones administrativas, conforme a las reglas del derecho público, excepcionalmente, en materia de contratación, se aplica el derecho privado y en materia laboral son empleados públicos, sin embargo quienes se dediquen a actividades de construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales (art. 5° D. 3135 de 1968); dichas entidades reúnen las siguientes características: personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, constituido con fondos públicos comunes o con el producto de impuestos, tasas o contribuciones de destinación especial. Es decir que antes de su transformación, cuando la ETB era un establecimiento público, la demandante era empleada pública.

FUENTE FORMAL : LEY 142 DE 1994 / DECRETO 1050 DE 1968 - ARTICULO 5

EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE SANTA FE DE BOGOTA - Transformación de establecimiento Público a Empresa de Servicios Públicos Oficial: régimen de sus servidores / SOCIEDAD COMERCIAL POR ACCIONES - Empresa de Servicios Públicos Oficial. Empresa de Telecomunicaciones de Santa Fe de Bogotá / SOCIEDAD COMERCIAL POR

ACCIONES - Naturaleza jurídica de los empleados de la Empresa de Telecomunicaciones de Santa Fe de Bogotá

Quiere ello decir que para cuando ocurrió el hecho por el cual se le adelantó investigación y se sancionó disciplinariamente a la demandante (27 de enero de 1998), la ETB ya no era un Establecimiento Público Descentralizado sino la Sociedad por Acciones, en la que se transformó por medio de la Escritura Pública N° 0004274 de la Notaría 32 de Bogotá, de 29 de diciembre de 1997, inscrita en la misma data bajo el número 00616188 del Libro IX. Pues bien, de acuerdo con su composición accionaria, en la que la totalidad de los aportes a la nueva sociedad es estatal, como dispuso el artículo 1° del Acuerdo N° 21 de 1997, es evidente que nos encontramos frente a una Empresa de Servicios Públicos Oficial, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 14, numeral 5, de la Ley 142 de 1994 que dice: (...) ... “14.5. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS OFICIAL. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen el 100% de los aportes” (Subrayas y negrillas fuera del texto). El artículo 38 de la Ley 489 de 1998 se refiere a la Integración de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional y dentro de los organismos que la componen en el sector descentralizado (num. 2), señala las empresas sociales del Estado y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios (lit. d) y el párrafo 1° del artículo 38 ibídem prevé. “Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta en las que el Estado posea el noventa por ciento (90%) o más de su capital social, se someten al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado” (subrayas y negrillas fuera del texto). Por su parte, el párrafo del artículo 2° de la ley en comento dispone que las reglas relativas a los principios propios de la función administrativa, sobre delegación y desconcentración, características y régimen de las entidades descentralizadas, racionalización administrativa, desarrollo administrativo, participación y control interno de la Administración Pública se aplicarán, en lo pertinente, a las entidades territoriales, sin perjuicio de la autonomía que les es propia de acuerdo con la Constitución Política.

FUENTE FORMAL: LEY 489 de 1998 - ARTICULO 38

ENTIDADES DESCENTRALIZADAS - Clases / EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO - Naturaleza jurídica / EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO - Los actos realizados en desarrollo de actividades comerciales e industriales están sujetos al derecho privado / EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO - Los actos realizados en cumplimiento de funciones administrativas se rige por el derecho público / EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO - Naturaleza de sus servidores

Al referirse a las Entidades Descentralizadas, el artículo 1° del Decreto N° 3130 de 1968 prevé que los Institutos y Empresas Oficiales son de tres tipos: Establecimientos Públicos, Empresas Industriales y Comerciales del Estado y Sociedades de Economía Mixta. El artículo 6° del Decreto N° 1050 de 1968 define a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado como organismos creados por ley, o autorizados por esta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagra la ley y reúnen las siguientes características: personería jurídica, vale decir que pueden adquirir derechos y contraer obligaciones; autonomía administrativa, lo cual les permite cumplir las funciones que les asigna la ley o los estatutos y capital independiente, constituido totalmente con bienes o fondos públicos comunes, los productos de ellos, o el rendimiento de impuestos, tasas o

contribuciones de destinación especial. El artículo 30 del Decreto N° 1050 de 1968 dispone que, en cumplimiento de sus funciones, las Empresas Industriales y Comerciales del Estado se ceñirán a la ley o norma que los creó y a sus Estatutos. Del contenido del artículo 31 del Decreto N° 3130 de 1968 se infiere que dichas empresas desarrollan actividades sujetas al derecho público y al derecho privado, en cuanto indica que los actos y hechos que realicen para el desarrollo de sus actividades comerciales e industriales están sujetos a las reglas del derecho privado y a la Jurisdicción Ordinaria; los que realicen en cumplimiento de funciones administrativas, para los fines señalados en la ley son de carácter administrativo regidos por el derecho público; sus bienes y fondos son de carácter público y su manejo debe conformarse a los preceptos legales. Las personas que prestan servicios en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado son trabajadores oficiales cuando su vinculación es por contrato de trabajo y empleados públicos, cuando tiene origen en una relación legal y reglamentaria y en los Estatutos se debe determinar quienes pertenecen a una u otra categoría.

FUENTE FORMAL: DECRETO 3130 DE 1968 - ARTICULOS 1 Y 31/ DECERTO 1050 DE 1968 - ARTICULOS 6 Y 30

REGIMEN DISCIPLINARIO EN EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO - Sujeción a la Ley 200 de 1995 / EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE SANTA FE DE BOGOTA - Régimen disciplinario de sus servidores / PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION - Competencia para conocer proceso disciplinario contra empleado público de Empresa Oficial de Servicios Públicos / EMPRESA OFICIAL DE SERVICIOS PUBLICOS - Régimen disciplinario

Por su parte, el artículo 20 de la Ley 200 de 1995, vigente para la época en que ocurrieron los hechos al precisar quienes eran destinatarios de la ley disciplinaria indicó: los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. En sus expresiones “empleados y trabajadores”, el artículo 20 precitado fue declarado exequible por la Corte Constitucional y en cuanto se refiere al punto en cuestión dijo: (...) Por una parte, el A-quo sugirió en el proveído apelado que, dada la naturaleza de la ETB, de Empresa de Servicios Públicos Mixta, que, como quedó demostrado, no lo es, la demandante era trabajadora de carácter particular, mientras que la accionante se considera servidora pública, pues en los alegatos presentados en esta instancia expuso: “... el esfuerzo que implica ser funcionario público, y el afán de acertar, fueron siempre mis faros y guías ...” (fl. 702 cdo.ppl.); tal condición se reafirma con el hecho de que la Secretaria General, cargo que desempeñaba la demandante, integraba los órganos de dirección, administración, fiscalización y organización de la Empresa de Telecomunicaciones de Santa fe de Bogotá S.A. E.S.P. E.T.B. (art. 38 Estatutos Sociales), contando además, con que junto con el Presidente ostentaban la Representación Legal de dicha sociedad, representación que bien podía ser ejercida de manera conjunta o separada. Así entonces, de conformidad con la normatividad precitada, la jurisprudencia transcrita y la convicción de la demandante de ser empleada pública, e independientemente de su forma de vinculación a la ETB, es evidente que la Procuraduría General de la Nación tenía competencia para investigarla y sancionarla disciplinariamente en su condición de Secretaria General de la ETB y en consecuencia, por este aspecto, la sentencia recurrida que accedió a las pretensiones de la demanda debe ser revocada para en su lugar denegar las pretensiones de la demanda.

FUENTE FORMAL: LEY 200 DE 1995 - ARTICULO 20

NOTA DE RELATORIA: Se cita sentencia C-280 de 1996 M.P. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA SUBSECCION "B"

Consejera ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ

Bogotá D.C., veintisiete (27) de mayo de dos mil diez (2010)

Radicación número: 25000-23-25-000-2002-11466-01(0867-09)

Actor: LUZ MARINA CONSUELO TORO SUAREZ

Referencia: AUTORIDADES NACIONALES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la Procuraduría General de la Nación contra la sentencia de 23 de octubre de 2008, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió a las pretensiones de la demanda incoada por Luz Marina Consuelo Toro Suárez.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA Y SUS FUNDAMENTOS

En ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo y en nombre propio, la señora Luz Marina Consuelo Toro Suárez demandó los siguientes pronunciamientos: *i)* la nulidad del fallo de 9 de abril de 2002, proferido por el Procurador General de la Nación, que la sancionó disciplinariamente por las irregularidades observadas en la compra del inmueble ubicado en la Avenida 19 N° 114-65, en su condición de Secretaria General de la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. - ETB; *ii)* la nulidad del fallo de 18 de junio de 2002, mediante el cual la Procuradora General de la Nación (E) confirmó el primero de los fallos citados, al resolver el recurso de reposición interpuesto contra el mismo.

A título de restablecimiento del derecho solicitó: *i)* se declare que no hay lugar al pago de la multa impuesta en los fallos cuya nulidad depreca y en el evento de que se hubiese cancelado se ordene su restitución, con los rendimientos financieros de conformidad a la ley; *ii)* que no hay inhabilidad alguna para el desempeño de funciones públicas; *iii)* se ordene la cancelación del registro de los fallos acusados en el Registro de Sanciones de la División de Registro y Control y Correspondencia de la Procuraduría General de la Nación, o la Entidad que haga sus veces y por lo tanto se eliminen dichas anotaciones del certificado de antecedentes disciplinarios de la demandante y *iv)* se declare que los actos administrativos demandados nunca produjeron efectos.

Los fundamentos fácticos de las pretensiones se resumen así:

Entre el 13 de diciembre de 1995 y el 4 de septiembre de 1998, la demandante se desempeñó como Secretaria General de la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá - ETB.

El 29 de diciembre de 1997, la E.T.B. se transformó de Establecimiento Público Descentralizado del orden Distrital a Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios, en la forma jurídica de sociedad por acciones regida por la Ley 142 de 1994, ello, en cumplimiento de lo ordenado por el Concejo Distrital en Acuerdo No. 21 de 19 de diciembre de 1997.

En el artículo 2° de los Estatutos de la nueva Sociedad estableció: *“... la Empresa de Telecomunicaciones de Santafé de Bogotá S.A. E.S.P., es una sociedad comercial, por acciones, constituida como una empresa de servicios públicos conforme a las disposiciones de la Ley 142 de 1994 y demás normas concordantes. La sociedad tiene autonomía administrativa, patrimonial y presupuestal, y ejerce sus actividades dentro del ámbito del derecho privado como empresario mercantil”*; y el artículo 84 *ibídem* determinó: *“El régimen jurídico de contratación de la sociedad es el de derecho privado, conforme a la Ley 142 de 1994”*.

Mediante la Resolución No. 10179 de 24 de enero de 1996 y antes de que la ETB se transformara en sociedad por acciones, el Gerente de la Entidad delegó en los Subgerentes las funciones de contratación; en desarrollo de dicha delegación, el Subgerente Comercial de la época (1997), inició la negociación tendiente a la

compra de un inmueble donde funcionaría esa Subgerencia, habiendo suscrito la respectiva Promesa de Compraventa el 1º de agosto de 1997, para adquirir los inmuebles ubicados en el Edificio Nueva Avenida Empresarial, de la Avenida 19 No. 114-65.

En la Cláusula Décima Cuarta de la Promesa de Compraventa se pactó: *“Los gastos que ocasione el perfeccionamiento de este contrato, tales como notariales y de registro serán asumidos de acuerdo a lo estipulado para tal fin en la ley. El impuesto de beneficencia será asumido por la Empresa. Se hace expresa mención que la Empresa goza de excepción legal en cuanto al impuesto de registro.”*; en la misma Cláusula se estableció que la firma de la Escritura tendría lugar el 15 de enero de 1998, a las 10.00 a.m. en la Notaría 45 del Círculo de Bogotá.

El proceso de contratación estuvo a cargo de la Subgerencia Financiera, dependencia que estudió los títulos, en ella se acordaron las condiciones económicas, modalidad de pago, fecha y Notaría para la firma de la escritura.

En el interregno de la firma de la promesa y de la Escritura Pública, la ETB se transformó en sociedad por acciones, regida en materia contractual por lo dispuesto en el Derecho Privado, conforme a los artículos 32 y 33 de la Ley 142 de 1994.

Para la fecha en que debía firmarse la Escritura Pública -15 de enero de 1998- el régimen de delegación de contratación de la Empresa había desaparecido, pues con la transformación a sociedad por acciones, la representación legal de la ETB se regulaba por el Código de Comercio, el cual establece que a las sociedades las obliga su representante legal, principal o suplentes.

Según los estatutos sociales de la ETB, su representación legal la tendrían conjunta o separadamente, el Presidente de la Empresa y el Secretario General, cargo desempeñado por la demandante cuando se firmó la Escritura Pública (15/1.98); razón por la cual la compraventa de los inmuebles ubicados en el Edificio Nueva Avenida Empresarial, ya no debía ser firmado por el Subgerente Comercial, quien había adelantado todo el proceso de contratación, sino por el Representante Legal de la nueva sociedad, el Presidente y la Secretaria General.

La actora en calidad de Secretaria General de la ETB, suscribió la escritura Pública N° 078 de 15 de enero de 1998, otorgada por la Notaría 45 de Bogotá,

mediante la cual se adquirió para la Empresa, el derecho de dominio y posesión sobre los inmuebles mencionados; la minuta de la Escritura Pública fue preparada y revisada por la Subgerencia Financiera y particularmente por la asesora de la Subgerencia Comercial. En la Cláusula Décima Primera de dicha escritura se pactó: *“... los gastos notariales que por ocasión de este contrato se causen serán cubiertos así: los gastos notariales correspondientes a la compraventa serán asumidos por partes iguales, pero los impuestos de beneficencia y registro y los notariales son de cargo exclusivo del COMPRADOR”*.

En su condición de Secretaria General Representante Legal de la ETB, la actora preguntó al Subgerente Comercial y a su Asesora si la minuta a firmar se encontraba íntegramente conforme a la Ley y a lo acordado en la promesa de compraventa, habiéndole respondido afirmativamente y señalado además la imperiosa necesidad de suscribirla, en razón de que existía una cuantiosísima cláusula penal de incumplimiento y así entonces, con la confianza de que cada uno de los responsables de la negociación había realizado su trabajo, suscribió la Escritura Pública antes mencionada.

Con ocasión de la negociación, se iniciaron varios procesos contra funcionarios de la ETB: un disciplinario, instruido inicialmente por la Empresa y luego investigado por la Procuraduría General de la Nación; uno penal ante la Fiscalía General de la Nación y otro de responsabilidad fiscal ante la Contraloría General de la República.

Mediante providencia de 23 de diciembre de 1998, el Fiscal Quinto Delegado ante los Jueces Penales del Circuito de la Unidad de Fiscalía Especializada en Delitos contra la Administración Pública, precluyó la investigación adelantada en contra de la actora, cuyos supuestos fácticos y pruebas eran idénticos a los de la investigación disciplinaria que terminó con sanción; el proceso penal que continuó contra Liliana Olarte Contreras, Juan Carlos Lee Corradine y Augusto García Pinilla, terminó con sentencia absolutoria, es decir que nadie cometió ningún delito.

Mediante providencia de 28 de junio de 2002, confirmada por la de 27 de septiembre del mismo año, la Contraloría General de la República ordenó archivar el expediente y en cuanto al pago del impuesto de registro, manifestó que,

teniendo en cuenta que la ETB se regía por el derecho privado, dicho impuesto se debía y que si la interpretación fuera contraria no hubo detrimento patrimonial, porque en todo caso el pago ingresó a las arcas del Estado.

El único proceso fallado en contra de la demandante fue el disciplinario, adelantado inicialmente por la ETB sin su vinculación, pero luego, en virtud del poder disciplinario preferente, la Procuraduría General de la Nación asumió la competencia, la vinculó y concluyó con los actos administrativos demandados, los cuales son nulos por haber sido proferidos sin tener competencia.

En el proceso disciplinario se le formuló el siguiente cargo: *“... haber suscrito la Escritura Pública No. 0078 del 15 de enero de 1998, sin haber estudiado previamente si los términos en que estaba redactada favorecían o comprometían a la Empresa, si los mismos se ajustaban a los estipulados en la Ley, a la realidad fáctica de la negociación y al contrato de promesa de compraventa: No se advirtió entonces que la empresa no estaba obligada a asumir la totalidad de los gastos notariales y desconoció que la empresa no debía asumir el costo del impuesto de registro”. “La conducta imputada se reputó violatoria de los artículos 227 y 229 de la Ley 223 de 1995. Lo cual constituye falta disciplinaria de acuerdo con lo normado en el artículo 40.1 del C.D.U. La falta se imputa a título de culpa y se calificó como grave”.*

En el proceso disciplinario se demostró que el pacto era legal y que la ETB no pagó el impuesto de registro del que estaba exenta, sino que asumió el pago que le correspondía al vendedor, todo dentro del acuerdo propio y la autonomía de la voluntad que le asistía dentro del régimen de contratación del derecho privado que la rige.

El proceso disciplinario adelantado en contra de la actora y otros, concluyó con los actos administrativos acusados, que calificaron de grave la supuesta falta de no haber estudiado la escritura, sancionándola con noventa (90) días de suspensión, convertidos en multa, por no encontrarse ejerciendo el cargo al momento de la sanción.

El fallo acusado es nulo en lo que respecta a la demandante, en tanto fue proferido por autoridad que carecía de competencia, dado que para la época en

que se suscribió la Escritura Pública no era destinataria del derecho penal disciplinario, teniendo en cuenta que la ETB era una de Empresa Comercial, regida por el derecho privado no sometida al poder disciplinario público.

NORMAS VIOLADAS

La demandante considera que los actos impugnados infringen las siguientes disposiciones: artículos 1º, 2º, 4º, 6º, 29, 83, 122, 123, 124 y 210 de la Constitución Política; 17, 32 y 33 de la Ley 142 de 1994; 1862 del Código Civil; 227 y 228 de la Ley 223 de 1995; artículos 4º, 5º, 6º, 20, 24 y 25 de la Ley 200 de 1995.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Procuraduría General de la Nación dio contestación a la demanda (Fls. 133-141 cdo. ppl.), con los argumentos que se resumen así:

La actora sostiene que la ETB se convirtió en una sociedad prestadora de servicios públicos domiciliarios, anónima por acciones y que en consecuencia, por disposición de la Ley 142 de 1994, todos sus actos y contratos quedaron sujetos a las disposiciones de derecho privado, razón por la cual no existía mérito para imponerle sanción en su calidad de Secretaria General de dicha Empresa.

Sobre el punto indicó que el régimen general sobre organización y funcionamiento de la Administración Pública está contenido en la Ley 489 de 1998, la cual consagró, entre otras entidades descentralizadas del orden nacional, las empresas oficiales de servicios públicos y las demás entidades creadas cuyo objeto principal sea “... *el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio...*” (art. 68); el artículo 84 ibídem indicó que las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios, son aquellas que tienen por objeto la prestación de éstos, e indicó que se sujetan a la Ley 142 de 1994 en los aspectos no regulados por aquélla y a las normas que las complementen, sustituyan o adicionen.

El artículo 17 de la ley citada, definió a las Empresas de Servicios Públicos como sociedades por acciones, cuyo objeto es la prestación de los servicios públicos regulados por esa ley y señaló que éstas podían ser de carácter oficial, mixto o

privado; que el régimen de sus actos es de derecho privado (art. 30), el de sus contratos es el especial previsto en la norma en comento (art. 39 y ss y 128 y ss), que remite a las leyes civiles y comerciales, excepcionalmente son derecho público como el de concesión (art. 39 L. 142/94) y las personas que prestan sus servicios a las empresas de servicios públicos privadas o mixtas, tendrían carácter de trabajadores particulares, sometidas a las normas del Código Sustantivo del Trabajo y a lo dispuesto en la ley en comento; que quienes prestaran sus servicios a partir de la vigencia de la ley se acogían a lo establecido en el parágrafo del artículo 17 y se regirían por las normas establecidas en el artículo 5º del Decreto N° 3135 de 1968 (art. 41).

Al existir norma especial, en relación con los servidores públicos domiciliarios, que regula en forma expresa lo relativo a la clasificación de las Entidades que los prestan y a la categoría de sus trabajadores, se excluye cualquier aplicación de las normas generales; en ese orden de ideas, por mandato de la Ley 142 de 1994, quienes están vinculados a las empresas de servicios públicos, tienen carácter de trabajadores particulares aun cuando en ellas tenga participación el Estado (50%),

De tal premisa queda excluido el personal de las entidades que están constituidas como empresas industriales o comerciales del Estado, en las que necesariamente la condición es la de servidores públicos, en razón de que su estructura y organización no se encuentra regulada por la ley citada y por consiguiente debe hacerse remisión a lo que sobre el particular determina el Decreto N° 3135 de 1968. Sobre el régimen disciplinario que cobija a las personas que laboran en servicios públicos, no se presenta ninguna confusión respecto de las que prestan sus servicios como trabajadores oficiales y como empleados públicos en empresas industriales y comerciales del Estado, según lo establecido en la Ley 142 de 1994, pues éstos como servidores del Estado (art. 123 C.N.), son destinatarios de la Ley 734 de 2002 (art. 25).

El artículo 2º de la ley 80 de 1993 prevé que dicho estatuto se aplica, entre otras entidades, a las sociedades de economía mixta, en las que el Estado tenga participación superior al 50%, así como a las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria.

Si bien es cierto la citada ley exceptúa del procedimiento de selección de contratistas, a través de la realización de licitaciones y concursos, los contratos que tienen por objeto las actividades comerciales o industriales propias del objeto de la sociedad (art. 24, lit m.), también lo es que el objeto y razón de la ETB, no es la compraventa de inmuebles sino la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones. Así entonces no se puede concluir como concluye la demandante, que el régimen jurídico de los contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios, es de derecho público con exclusión del privado, o al contrario, porque se trata de un régimen mixto y así se pronunció el Consejo de Estado en sentencia de 23 de septiembre de 1997, exp. S-107, con ponencia del doctor Carlos Betancur Jaramillo.

La demandante hizo referencia a la responsabilidad de otras dependencias, como las Subgerencias Comercial y Financiera, en el proceso de compraventa que finalizó con la firma de la Escritura Pública No. 078 de 15 de enero de 1998; lo cual no constituye eximente de su responsabilidad, al desconocer el principio de responsabilidad establecido en el artículo 26, num. 5°, de la Ley 80 de 1993.

Concluyó que las pruebas allegadas a la investigación disciplinaria fueron suficientes para determinar la responsabilidad de la actora, a quien por mandato legal y constitucional le correspondía responder disciplinariamente por las irregularidades contractuales que se presentaron.

LA SENTENCIA

El 23 de octubre de 2008 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió a las súplicas de la demanda (fls. 645-662 cdo. ppl.), con los siguientes argumentos:

Mediante los actos demandados la Procuraduría General de la Nación sancionó disciplinariamente a la demandante, con multa equivalente a noventa (90) días del salario devengado, e inhabilidad para ejercer funciones públicas por el mismo término; la sanción tuvo como causa la comisión de una falta disciplinaria calificada de grave (art. 40, num. 1° CUD), en consideración a que, con respecto a la inaplicación de los artículos 227 y 229 de la Ley 223 de 1995, presuntamente vulneró los artículos 23 y 26 de la Ley 80 de 1993.

Las sanciones impuestas obedecieron a que, dentro de la investigación disciplinaria que se originó en la solicitud de supervigilancia al proceso disciplinario N° 075-98, adelantada por la Dirección de Investigaciones Disciplinarias de la Empresa de Telecomunicaciones de Santa Fé de Bogotá, la Procuraduría General de la Nación estableció que la demandante inaplicó los artículos 227 y 229 de la Ley 223 de 1995, en el proceso de adquisición del inmueble localizado en la Avenida 19 N° 114-65.

La Empresa de Teléfonos de Bogotá, ETB, entidad a la que se encontraba vinculada la demandante, fue transformada en sociedad por acciones mediante Acuerdo N° 21 de 1997, expedido por el Concejo Distrial y así quedó sometida al régimen de la Ley 142 de 1994.

Por su composición accionaria esa sociedad se cataloga como Empresa de Servicios Públicos Mixta, en razón de que el Estado tiene aportes iguales o superiores al 50% del capital social y en ese orden de ideas, la ETB es una sociedad comercial, con autonomía administrativa, patrimonial y presupuestal para ejercer sus actividades dentro del derecho privado y la Ley 142 de 1994.

Teniendo en cuenta que la ETB es una Empresa de Servicios Públicos Mixta, su régimen laboral se encuentra definido en el artículo 41 ibídem, el cual prevé que las personas que presten sus servicios en las empresas de servicios públicos privadas o mixtas tendrán el carácter de trabajadores particulares y estarán sometidas a las normas del Código Sustantivo del Trabajo y a lo dispuesto en esa ley.

La jurisprudencia ha establecido que el tipo de actividad desarrollada define la naturaleza de la Entidad y la clasificación de sus empleados y adicionalmente ha manifestado que el cambio de naturaleza jurídica de la Entidad determina el cambio del vínculo de sus servidores.

A partir del 29 de diciembre de 1997 la ETB se transformó en una sociedad por acciones y entonces la vinculación de sus trabajadores automáticamente cambió para acomodarse a la nueva naturaleza de la Entidad, razón por la cual, el cargo de Secretario General de una Empresa Industrial y Comercial del Estado, como la que ostentaba la ETB, durante el período que desempeñó la actora entre el 28 de octubre de 1994 y el 29 de diciembre de 1997, fue mutado automáticamente al de Secretario General de una sociedad por acciones.

En cuanto al régimen disciplinario aplicable a los trabajadores de la ETB, el Consejo de Estado¹ ha manifestado que los servidores de las Empresas de Servicios Públicos Oficiales, con relación a los representantes legales son servidores públicos y destinatarios de la Ley 200 de 1995, a diferencia de los trabajadores de las empresas mixtas y privadas que no lo son (art. 41 L.142/94), no obstante están obligados a observar el régimen disciplinario propio de los particulares que establezca la ley.

Lo anterior aunado al Concepto de 27 de noviembre de 1996, de la Sala de Consulta y Servicio Civil, con ponencia del doctor César Hoyos Salazar, en cuanto señaló que, en relación con las conductas que aparecen regladas y sancionadas en el Código Disciplinario, los particulares vinculados laboralmente a las empresas de servicios públicos domiciliarios no pueden ser investigados y menos sancionados, pero ello no significa que estén exentos de la vigilancia estatal y de las sanciones disciplinarias impuestas a las Empresas a través de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

Por lo anterior, la demandante quien para la fecha en que ocurrieron los hechos, 15 de enero de 1998, ostentaba el cargo de Secretaria General de la Empresa de Teléfonos de Bogotá ESP, S.A., no podía ser sujeto de investigación y sanción disciplinaria alguna.

EL RECURSO

La Entidad demandada interpuso recurso de apelación para que se revoque la sentencia dictada por el Tribunal y en su lugar se nieguen las pretensiones de la demanda (fls. 674-682). Sustenta la alzada así:

Reitera los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y previa cita de los artículos 365 y 267 de la Constitución Política y de las Leyes 142 de 1994 (arts. 15, 17, 30, 39 y s.s. y 128 y s.s.) y 489 de 1998 (arts. 68, 84, 85 y 97) y concluyó que, al existir norma especial en relación con los servicios públicos domiciliarios, que regula en forma expresa lo relativo a la clasificación de las

¹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto No. 1192 de 5 de agosto de 1999, Consejero Ponente: Dr. Luís Camilo Osorio.

entidades que los prestan y a la categoría de sus trabajadores, de conformidad con las reglas de hermenéutica jurídica, se excluye cualquier aplicación de normas generales y en ese orden de ideas, por mandato de la Ley 142 de 1994, quienes están vinculados a las empresas de servicios públicos tienen carácter de trabajadores particulares, aun cuando en ellas tenga participación el Estado (50%), la norma especial no hace alusión a entidades con aportes estatales superiores al 90%, referencia que tan solo hace la Ley 489 de 1998, que no rige para las empresas prestadoras de servicios públicos y por ende para esos casos no puede tomarse en cuenta dicha diferenciación.

El artículo 38 de los Estatutos de la ETB, ESP. S.A., determina que la dirección, administración, fiscalización y organización de la sociedad serán ejercidas por la Asamblea General de Accionistas; la Junta Directiva; el Presidente; el Revisor Fiscal y el Secretario General.

Así entonces, el cargo de Secretario General es de dirección y para la época de los hechos lo ejercía la demandante, quien debía desempeñar las funciones establecidas en el artículo 70 ibídem, como empleada de libre nombramiento y remoción.

Respecto del régimen disciplinario aplicable a quienes laboran en las empresas de servicios públicos, no existe confusión en cuanto a quienes prestan sus servicios como trabajadores oficiales o empleados públicos en empresas industriales y comerciales del Estado, pues éstos como servidores del Estado (art. 123 C.N.), según lo establecido en la Ley 142 de 1994, son destinatarios de la Ley 200 de 1995 (art. 20).

En aplicación del criterio funcional, quienes están vinculados a entidades particulares o mixtas de servicios públicos, que no tienen una relación de subordinación con el Estado, debe tenerse en cuenta que esas empresas prestan un servicio público que implica el ejercicio de una función pública en forma permanente, sin embargo tienen carácter de trabajadores particulares, aun cuando en ellas el Estado tenga participación del 50%.

Por mandato legal, la ETB, debía sujetarse al régimen de contratación establecido en la Ley 80 de 1993 (art. 2º) y aun cuando el contrato de compraventa esta

exceptuado del proceso licitatorio, pudiendo realizarse directamente (art. 24 lit. e) L. 80/93), no implica que esté exceptuado de la aplicación de los principios y demás normas consecuentes con la naturaleza jurídica del contrato de compraventa de inmuebles.

No puede concluirse, como lo hace la demandante, que el régimen jurídico de los contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios, sea de derecho público con exclusión del privado, o al contrario.

CONCEPTO FISCAL

El Procurador Tercero Delegado ante el Consejo de Estado solicitó revocar la sentencia apelada y en su lugar negar las pretensiones de la demanda (fls. 704-711 cdo. ppl.), por las siguientes razones:

Revisados los estatutos allegados, conforme a los cuales la ETB se transformó en una sociedad por acciones, se puede verificar que todo su capital es público y que bajo esas condiciones encaja en lo dispuesto en el artículo 2° de la Ley 489 de 1998, en concordancia con el párrafo 1° del artículo 38 ibídem, según el cual cuando las sociedades públicas y las de economía mixta poseen el 90% o más del capital social, se rigen por las reglas propias de las empresas industriales o comerciales del Estado.

Ello conduce a concluir que no pueden considerarse simples empresas mixtas y menos particulares, sino empresas industriales o comerciales y en este caso del orden territorial, razón por la cual debe verse sometida a las disposiciones de la Ley 489 de 1998 y a las que rijan esas entidades; atendiendo esa circunstancia no puede concluirse que a ella se aplican las normas de la Ley 142 de 1994.

Constituye una equivocada interpretación de la normatividad, la aseveración de la demandante, consistente en que quienes laboran en las empresas de servicios públicos constituidas por acciones, tienen la condición de particulares, pues el hecho de que la ETB se haya constituido en sociedad por acciones, no mudó su naturaleza a la de empresa privada, ya que tratándose de una Entidad cuyo capital social estatal excede el 90%, adquirió la condición de empresa descentralizada del orden territorial, sometida a las reglas que rigen las empresas comerciales del Estado, que en materia de contratación puede aplicar reglas del derecho privado.

Para que una empresa de servicios públicos domiciliarios pueda considerarse mixta o privada, debe tomarse en cuenta la participación societaria estatal, donde es mixta si la participación estatal es superior al 50% y privada si es menor; sin embargo, como en la ETB la participación estatal es del 100%, no puede clasificarse como mixta o privada, sino como una Empresa Comercial del Estado, donde sus trabajadores son empleados públicos o trabajadores oficiales por disposición legal y estatutaria.

Si en gracia de discusión se aceptara que los estatutos de la ETB no hubiesen previsto tal clasificación, por tratarse de una empresa industrial y comercial del Estado del orden territorial, su personal solo admite dos categorías, la de empleado público y la de trabajador oficial y en cualquier caso la demandante en su calidad de Secretaria General era destinataria del régimen disciplinario (art. 20 L. 200/95).

En cuanto al argumento de la actora, consistente en que para la celebración de los contratos no le eran aplicables las reglas propias de la Ley 80 de 1993, la Procuraduría fue clara al manifestar que la sanción impuesta a la demandante no se derivó del proceso de celebración del contrato, sino de la inobservancia de las reglas que son propias de todo servidor público, quien debe actuar con diligencia y el cuidado necesarios y que en el sub-lite debió hacerse respetando los principios de la contratación estatal aplicables a todos los servidores públicos, como la actora.

La Procuraduría tuvo en cuenta la condición de la ETB como empresa de servicios públicos domiciliarios, conforme a la Ley 142 de 1994, pues en todo caso, las disposiciones del régimen de los servicios públicos domiciliarios deben ser compatibles con la Ley 489 de 1998, norma especial y posterior, donde se consagra la estructura de la administración pública y las normas aplicables a la entidades territoriales, en lo que tiene que ver con la descentralización.

Para el momento en que la actora, en su calidad de Secretaria General de la ETB, firmó la Escritura Pública No. 078 de 15 de enero de 1998, la Entidad era una sociedad por acciones, cuya composición accionaria era 100% Estatal y por ello debía considerarse una Empresa Industrial y Comercial del Estado del orden territorial, sujeta a la Ley 489 de 1998, por lo tanto la actora debía ser considerada

servidora pública, destinataria de la Ley disciplinaria y en consecuencia la Procuraduría si era competente para disciplinarla y sancionarla como en efecto ocurrió.

ALEGATOS DE LA DEMANDANTE

Obran a folios 687 a 702 del cuaderno principal y en ellos además de reiterar los argumentos expuestos en la demanda, sostiene que, tratándose de la autoridad disciplinaria, la competencia está limitada por la naturaleza del sujeto pasivo destinatario del proceso disciplinario, siendo claro que solo es aquél que se encuentre unido de la calidad de funcionario público; que, teniendo en cuenta lo afirmado por el A-quo, en el sentido de que, dada la naturaleza jurídica de la ETB, sociedad por acciones y de su relación laboral que la vinculaba mediante contrato de trabajo, la Procuraduría General de la Nación carecía de competencia para investigarla y sancionarla disciplinariamente.

Afirma que para la época en que ocurrieron los hechos, la norma aplicable al caso era el artículo 41 de la Ley 142 de 1994, en cuanto establecía que quien estuviese vinculado a una empresa de servicios públicos privada o mixta, tenía carácter de trabajador particular, sometido a las normas del Código Sustantivo del Trabajo, con un régimen disciplinario especial que no es la Ley 200 de 1994.

Finalmente señala que el esfuerzo que implica ser funcionario público y el afán de acertar fueron siempre sus guías y solicita se confirme la sentencia apelada.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a dictar sentencia, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Se trata de establecer si, en su condición de Secretaria General de la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá, ETB, organizada como sociedad comercial por acciones, la demandante estaba sujeta al régimen disciplinario aplicable a los servidores públicos y en consecuencia la Procuraduría General de la Nación tenía competencia para imponerle las sanciones cuya nulidad se demanda en el sub-lite,

o si se trataba de una particular sometida a las reglas del derecho privado, en especial a las del Código Sustantivo del Trabajo.

LOS ACTOS DEMANDADOS

- a)** Fallo de 9 de abril de 2002, mediante el cual el Procurador General de la Nación declaró disciplinariamente responsable a Luz Marina Consuelo Toro Suárez, en su condición de Secretaria General de la Empresa de Telecomunicaciones de Santa Fé de Bogotá, por las faltas definidas en la parte considerativa de ese fallo y en consecuencia sancionarla con multa de noventa (90) días del salario devengado para la época de los hechos, equivalente a \$19'020.540, e inhabilidad para ejercer funciones públicas por el término de noventa (90) días, contados a partir de la ejecutoria de esa decisión (fls. 1-75 cdo. ppl.).
- b)** Fallo de 18 de junio de 2002, mediante el cual el Procurador General de la Nación resolvió los recursos de reposición interpuestos por los sancionados contra el fallo de 9 de abril de 2002 en el sentido de no reponerlo (fls. 76-95 cdo. ppl.).

LO PROBADO EN EL PROCESO

El Certificado de Existencia y Representación Legal de la Empresa de Telecomunicaciones de Santa Fé de Bogotá S.A. E.S.P. E.T.B., da cuenta que mediante Escritura Pública N° 0004274 de la Notaría 32 de Bogotá, de 29 de diciembre de 1997, inscrita en la misma data bajo el número 00616188 del Libro IX se constituyó la Sociedad Comercial denominada Empresa de Telecomunicaciones de Santa Fé de Bogotá S.A., E.S.P. E.T.B.; el documento referido también da cuenta que la Representación Legal de la Sociedad está en cabeza tanto del Presidente como del Secretario General, cargo en el cual aparece nombrada la señora Luz Marina Consuelo Toro Suárez; esa representación podía ser ejercida de manera conjunta o separada (fls. 217-218 cdo. ppl.). Dentro de las funciones señaladas al Presidente están la de ejercer la facultad nominadora dentro de la Empresa (num. 14) y nombrar y remover libremente los funcionarios y empleados de la compañía (num. 15).

Con ocasión de la transformación de la Empresa de Telecomunicaciones de Santa Fé de Bogotá, en sociedad comercial por acciones, constituida como una empresa de servicios públicos, conforme a las disposiciones de la Ley 142 de 1994 y demás normas concordantes, se expidieron los respectivos Estatutos Sociales (fls. 625-640 cdo. ppl.).

Atendiendo la solicitud del Director de Investigaciones Disciplinarias de la Empresa de Telecomunicaciones de Santa Fé de Bogotá, mediante providencia de 13 de mayo de 1998, la Procuraduría Segunda Distrital de Bogotá dispuso asumir el conocimiento y ejercer el poder preferente sobre la investigación adelantada por la Dirección de Investigaciones Disciplinarias de la Empresa de Telecomunicaciones de Santa Fé de Bogotá, contra los señores Juan Carlos Lee Corradine y Liliana Olarte Contreras, por posibles irregularidades en el proceso de adquisición del inmueble localizado en la Avenida 19 N° 114-65 (fls. 1-6 cdo. 28).

Mediante auto de 10 de junio de 1998, el Despacho mencionado ordenó la ampliación de apertura de investigación disciplinaria y la vinculación de la señora Luz Marina Consuelo Toro Suárez, en su condición de Secretaria General y Representante Legal de la ETB (fls. 9-16 cdo. 28).

El 5 de octubre de 1998, la Procuraduría Segunda Distrital de Santa Fé de Bogotá profirió Auto de Cargos Disciplinarios, contra Juan Carlos Lee Corradine, en calidad de Subgerente Comercial, Liliana Olarte Contreras, en condición de Profesional VI y Luz Marina Consuelo Toro Suárez, como Secretaria General, funcionarios de la Empresa de Telecomunicaciones de Santa Fé de Bogotá (fls. 1-66 cdo. 23).

Mediante auto de 27 de junio de 2001, la Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación Estatal decretó la nulidad de la actuación a partir del Auto de Cargos de 5 de octubre de 1998, por violación del derecho de defensa, en cuanto no se determinó el elemento subjetivo de la conducta, es decir no se calificó si era a título de dolo o culpa, conforme establecían los artículos 92, numeral 7° y 131, numeral 2°, de la Ley 200 de 1995; en la misma providencia se sugirió concretar las conductas irregulares de cada servidor, las pruebas soporte de ellas y las normas violadas como garantía del derecho fundamental del debido proceso (fls. 6 - 23 cdo. 27).

El 17 de septiembre de 2001, la Procuraduría Segunda Distrital de Santa Fé de Bogotá profirió Auto de Cargos, entre otros, contra Luz Marina Consuelo Toro Suárez, en calidad de Secretaria General de la ETB, por infracción de los artículos 227 y 229 de la Ley 223 de 1995 y lo estipulado en la Cláusula Décima Cuarta de la Promesa de Compraventa, lo cual, a la luz de lo normado en el artículo 40, numeral 1°, de la Ley 200 de 1995, constituía falta disciplinaria, que para el caso fue calificada de grave (fls. 35-114 cdo. 27). La diligencia de entrega del Auto de Cargos al apoderado de la sancionada, se llevó a cabo el 28 de septiembre de 2001 y en ella se le informó que disponía de un término de diez (10) días hábiles para presentar sus descargos por escrito y/o aportar o pedir pruebas (fl. 118 cdo. 27).

El 12 de octubre de 2001, el apoderado de la señora Luz Marina Toro Suárez presentó descargos (fls. 121-160 cdo. 27); por auto de 12 de diciembre del mismo año se admitieron las pruebas allegadas por Luz Marina Consuelo Toro y Liliana Isabel Olarte y se negaron las solicitadas por Juan Carlos Lee, además se decretaron otras de oficio (fls. 190-197 cdo. 27).

Con fundamento en el artículo 277, numeral 6°, de la Constitución Política, en armonía con el artículo 7°, numeral 17, del Decreto N° 262 de 2000 y dada la trascendencia del asunto, el Procurador General de la Nación decidió, mediante auto de 6 de febrero de 2002, asumir personalmente el conocimiento del proceso disciplinario adelantado contra Luz Marina Consuelo Toro y otros, transformándolo en proceso de única instancia (fl. 205 cdo. 27).

El 7 de febrero de 2002, la apoderada del señor Juan Carlos Lee Corradine interpuso recurso de apelación contra el auto de 12 de diciembre de 2001 que resolvió sobre la solicitud de pruebas (fls. 330-338 cdo. 27), el cual, mediante auto de 22 de febrero de 2002, fue despachado por el Procurador General de la Nación, de forma adversa al recurrente (fls. 381 - 387 cdo. 27).

Mediante fallo de 9 de abril de 2002, el Procurador General de la Nación sancionó a la actora con multa equivalente a noventa (90) días del salario devengado para la época de los hechos, e inhabilidad para ejercer funciones públicas por el mismo término, contado a partir de la ejecutoria de la decisión, por la comisión de las faltas disciplinarias, previstas en el artículo 40, numeral 1, del Código Único

Disciplinario; dicha providencia fue notificada personalmente al apoderado de la actora el 18 de abril siguiente (fl. 510 cdo. 27).

Contra el fallo precitado, el apoderado de la señora Toro Suárez interpuso recurso de reposición (fls. 526-539 cdo. 27), el cual fue resuelto de forma adversa por el Procurador General de la Nación, mediante providencia de 18 de junio de 2002 (fls. 561-580 cdo. 27).

ANÁLISIS DE LA SALA

El 6 de diciembre de 1997, el Concejo Distrital de Bogotá, dictó el Acuerdo N° 21, *Por el cual se transforma la naturaleza jurídica de la Empresa de Telecomunicaciones de Santa Fé de Bogotá y se dictan otras disposiciones*"; el Cabildo local dictó el referido acto administrativo, invocando para el efecto las facultades constitucionales y legales y en especial las contempladas en los artículos 12 y 55 del Decreto N° 1421 de 1993, artículos 17 y 180 de la Ley 142 de 1994 y segundo de la Ley 286 de 1996.

En sus artículos 1° y 2° el Acuerdo citado señaló:

“Artículo 1°.- Transformación. *La Empresa de Telecomunicaciones de Santa Fé de Bogotá constituida mediante el Acuerdo 72 de 1967 como establecimiento público descentralizado y modificada en su razón social por medio del Acuerdo 01 de 1992, se transforma en Empresa de Servicios Públicos del Orden Distrital con la totalidad de aportes oficiales, bajo la forma jurídica de Sociedad por Acciones, la que se denominará EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE SANTA FE DE BOGOTÁ, D.C. E.S.P - S.A. pudiendo identificarse para todos los efectos con la sigla E.T.B.*

“Artículo 2°.- Régimen. *La EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE SANTA FE DE BOGOTÁ D.C. E.S.P. - S.A. "E.T.B." se someterá al régimen establecido en la Ley 142 de 1994 y demás normas concordantes” (subrayas y negrillas fuera del texto).*

En el expediente no obra copia de la Escritura Pública que cambió la naturaleza jurídica de **establecimiento público descentralizado** que ostentaba la ETB y tal como quedó reseñado en los antecedentes de esta providencia, el Certificado de Existencia y Representación Legal de la Empresa de Telecomunicaciones de Santa fe de Bogotá S.A. E.S.P. E.T.B., que obra a folios 217 y 218 del cuaderno

principal, da cuenta que mediante Escritura Pública N° 0004274 de la Notaría 32 de Bogotá, de 29 de diciembre de 1997, inscrita en esa fecha bajo el número 00616188 del Libro IX se constituyó la Sociedad Comercial denominada Empresa de Telecomunicaciones de Santa fe de Bogotá S.A., E.S.P. E.T.B.

El artículo 5° del Decreto N° 1050 de 1968 indica que los Establecimientos Públicos son organismos creados por la ley o autorizados por ésta, encargados principalmente de atender funciones administrativas, conforme a las reglas del derecho público, excepcionalmente, en materia de contratación, se aplica el derecho privado y en materia laboral son **empleados públicos**, sin embargo quienes se dediquen a actividades de construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales (art. 5° D. 3135 de 1968); dichas entidades reúnen las siguientes características: personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, constituido con fondos públicos comunes o con el producto de impuestos, tasas o contribuciones de destinación especial.

Es decir que antes de su transformación, cuando la ETB era un establecimiento público, la demandante era empleada pública.

Al proceso fueron aportados los Estatutos Sociales de la Empresa de Telecomunicaciones de Santa Fé de Bogotá, transformada ya en sociedad comercial por acciones, constituida como empresa de servicios públicos, conforme a las disposiciones de la Ley 142 de 1994 y demás normas concordantes (art. 2º) y el Capítulo II intitulado “*CAPITAL, ACCIONISTAS Y REGIMEN DE LAS ACCIONES*”, señaló el capital autorizado de la sociedad (\$1.701.504.695.00); la representación en acciones nominativas (1.701.504.695) y el valor nominal de cada una de ellas (\$1.00), representadas en títulos negociables (art. 6º); señaló además el capital pagado (\$1.701.504.695.00) (art. 8º) y el capital suscrito del capital autorizado (\$1.701.504.695.00), por los siguientes accionistas (art. 7º):

ACCIONISTAS	ACCIONES	VALOR	CLASE DE ACCIÓN
<i>Distrito Capital de Santa fe de Bogotá</i>	<i>1.701.501.719</i>	<i>\$1.701.501.719.00</i>	<i>A</i>
<i>Lotería de Bogotá</i>	<i>744</i>	<i>\$744.00</i>	<i>A</i>
<i>Instituto de Desarrollo</i>	<i>744</i>	<i>\$744.00</i>	<i>A</i>

Urbano de Santa fe de Bogota - IDU-			
Fondo de Ahorro y Vivienda Distrital – FAVIDI-	744	\$744.00	A
Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Santa fe de Bogotá –EAAB-	744	\$744.00	A
TOTAL	1.701.504.695	\$1.701.504.695.00	

El Capítulo II, artículo 9º, ibídem determinó que en la sociedad existirían cuatro (4) clase de acciones a saber: estatales ordinarias; estatales con dividendo preferencial y sin derecho a voto; privadas ordinarias y privadas con dividendo preferencial y sin derecho a voto.

Las acciones estatales ordinarias son las suscritas por las entidades públicas que, sin perjuicio de lo dispuesto en los acuerdos entre accionistas, confieren a su titular los derechos de (i) participar en las deliberaciones de la Asamblea General de Accionistas y votar en ella; (ii) percibir una parte proporcional de los beneficios sociales establecidos por los balances de fin de ejercicio de la compañía (iii) negociar las acciones con sujeción a la ley y a los estatutos (iv) inspeccionar libremente los libros y papeles sociales, dentro de los quince (15) días hábiles anteriores a las reuniones de la Asamblea General de Accionistas en que se examinen los balances de fin de ejercicio (v) retirarse la sociedad, el cual únicamente podrá ser ejercicio por aquellos accionistas disidentes o ausentes de acuerdo con lo previsto en el artículo 73 de los estatutos y las normas aplicables del Código de Comercio (vi) recibir, en caso de liquidación de la sociedad, una parte proporcional de los activos sociales una vez pagado el activo externo de la sociedad y (vii) cualesquiera otros inherentes a la calidad de accionista que confiera la ley y agrega que en la emisión de títulos correspondientes esas acciones serán distinguidas como acciones Clase A (art. 10).

El 17 de septiembre de 2001 la Procuraduría Segunda Distrital de Santa Fé de Bogotá profirió Auto de Cargos contra Luz Marina Consuelo Toro, así:

*“2. La doctora **Luz Marina Toro** deberá explicar el hecho de haber suscrito el día 27 de enero de 1998 la Escritura Pública N° 0078 para la adquisición del inmueble ubicado en la Avenida 19 N° 114-65, sin estudiar previamente si los términos en que estaba redactada se ajustaban a lo estipulado en la ley, a la realidad*

fáctica de la negociación y al contrato de promesa de compraventa, lo cual originó las graves consecuencias financieras que se relacionan en el auto de apertura de fecha 7 de mayo de 1998 (fs. 160-164 del C.P. N° 1) y que nuevamente concretará el Despacho al final de este Capítulo...” (fl. 79 cdo. 27).

Quiere ello decir que para cuando ocurrió el hecho por el cual se le adelantó investigación y se sancionó disciplinariamente a la demandante (27 de enero de 1998), la ETB ya no era un Establecimiento Público Descentralizado sino la Sociedad por Acciones, en la que se transformó por medio de la Escritura Pública N° 0004274 de la Notaría 32 de Bogotá, de 29 de diciembre de 1997, inscrita en la misma data bajo el número 00616188 del Libro IX.

Pues bien, de acuerdo con su composición accionaria, en la que la totalidad de los aportes a la nueva sociedad es estatal, como dispuso el artículo 1° del Acuerdo N° 21 de 1997, es evidente que nos encontramos frente a una Empresa de Servicios Públicos Oficial, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 14, numeral 5, de la Ley 142 de 1994 que dice:

“ARTÍCULO 14. DEFINICIONES. Para interpretar y aplicar esta Ley se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:

“... ”

“14.5. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS OFICIAL. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen el 100% de los aportes” (Subrayas y negrillas fuera del texto).

El artículo 38 de la Ley 489 de 1998 se refiere a la Integración de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional y dentro de los organismos que la componen en el sector descentralizado (num. 2), señala las empresas sociales del Estado y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios (lit. d) y el párrafo 1° del artículo 38 ibídem prevé. **“Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta en las que el Estado posea el noventa por ciento (90%) o más de su capital social, se someten al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado” (subrayas y negrillas fuera del texto).**

Por su parte, el párrafo del artículo 2º de la ley en comento dispone que las reglas relativas a los principios propios de la función administrativa, sobre delegación y desconcentración, características y régimen de las entidades descentralizadas, racionalización administrativa, desarrollo administrativo, participación y control interno de la Administración Pública se aplicarán, en lo pertinente, a las entidades territoriales, sin perjuicio de la autonomía que les es propia de acuerdo con la Constitución Política.

Al referirse a las Entidades Descentralizadas, el artículo 1º del Decreto N° 3130 de 1968 prevé que los Institutos y Empresas Oficiales son de tres tipos: Establecimientos Públicos, **Empresas Industriales y Comerciales del Estado** y Sociedades de Economía Mixta.

El artículo 6º del Decreto N° 1050 de 1968 define a las **Empresas Industriales y Comerciales del Estado** como organismos creados por ley, o autorizados por esta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagra la ley y reúnen las siguientes características: personería jurídica, vale decir que pueden adquirir derechos y contraer obligaciones; autonomía administrativa, lo cual les permite cumplir las funciones que les asigna la ley o los estatutos y capital independiente, constituido totalmente con bienes o fondos públicos comunes, los productos de ellos, o el rendimiento de impuestos, tasas o contribuciones de destinación especial.

El artículo 30 del Decreto N° 1050 de 1968 dispone que, en cumplimiento de sus funciones, las Empresas Industriales y Comerciales del Estado se ceñirán a la ley o norma que los creó y a sus Estatutos.

Del contenido del artículo 31 del Decreto N° 3130 de 1968 se infiere que dichas empresas desarrollan actividades sujetas al derecho público y al derecho privado, en cuanto indica que los actos y hechos que realicen para el desarrollo de sus actividades comerciales e industriales están sujetos a las reglas del derecho privado y a la Jurisdicción Ordinaria; los que realicen en cumplimiento de funciones administrativas, para los fines señalados en la ley son de carácter administrativo regidos por el derecho público; sus bienes y fondos son de carácter público y su manejo debe conformarse a los preceptos legales.

Las personas que prestan servicios en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado son trabajadores oficiales cuando su vinculación es por contrato de trabajo y empleados públicos, cuando tiene origen en una relación legal y reglamentaria y en los Estatutos se debe determinar quienes pertenecen a una u otra categoría.

Por su parte, el artículo 20 de la Ley 200 de 1995, vigente para la época en que ocurrieron los hechos al precisar quienes eran destinatarios de la ley disciplinaria indicó: los empleados y trabajadores del Estado y **de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.**

En sus expresiones “empleados y trabajadores”, el artículo 20 precitado fue declarado exequible por la Corte Constitucional y en cuanto se refiere al punto en cuestión dijo:

“ ...

“Los destinatarios de la ley disciplinaria.

“5- Uno de los actores radica el reproche constitucional al artículo 20 del CDU en la violación a la libertad contractual y al derecho a la negociación sindical que posee el trabajador oficial frente al Estado para definir sus condiciones laborales, entre ellas, el régimen disciplinario. En últimas, el demandante desestima la subordinación laboral como elemento determinante de la calidad de sujeto disciplinable para darle un mayor efecto a la forma de vinculación del servidor público.

“ ...

“Siendo así las cosas, esta Corporación debe precisar quienes son los destinatarios de la ley disciplinaria.

*“6- La Corte recuerda que la potestad sancionadora que tiene la administración se manifiesta en dos dimensiones bien diferenciadas, ‘la disciplinaria (frente a los funcionarios que violan los deberes y prohibiciones) y la correccional (por las infracciones de los particulares a las obligaciones o restricciones en materia de higiene, tránsito, financiera, fiscal, etc.)’. **Esto significa que la potestad disciplinaria se manifiesta sobre los servidores públicos, esto es, sobre aquellas personas***

naturales que prestan una función pública bajo la subordinación del Estado, incluida una relación derivada de un contrato de trabajo. En efecto, en aquellos casos en los cuales existe una relación laboral de subordinación entre el Estado y una persona, se crea una relación de sujeción o supremacía especial debido a la situación particular en la cual se presenta el enlace entre la Administración y la aludida persona. Por ello esta Corporación ya había señalado que el 'régimen disciplinario cubija a la totalidad de los servidores públicos, que lo son, de acuerdo al artículo 123 de la Constitución. los miembros de las corporaciones públicas, **los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios**".

"Este ámbito de aplicación de la ley disciplinaria se explica porque la posición del servidor público en el aparato estatal, como ente físico que actualiza la tarea del Estado, comporta una serie de obvias obligaciones especiales de aquel con éste, llamadas a mantener el orden interno de la organización y el logro de los objetivos estatales. **Así las cosas, un elemento esencial que define al destinatario de la potestad disciplinaria es la existencia de una subordinación del servidor público para con el Estado.**

"7- En ese orden de ideas, los trabajadores del Estado vinculados mediante un contrato laboral de trabajo están bajo la subordinación del Estado. Es así como no tiene relevancia para la determinación de la calidad de sujeto disciplinable, la forma de vinculación del servidor público a la organización estatal. Dado lo anterior, los trabajadores oficiales son destinatarios de un régimen disciplinario impuesto por el Estado de forma unilateral, por lo cual la Corte considera que es admisible constitucionalmente el texto legal acusado "empleados y trabajadores" del artículo 20 del CDU. Esta aplicación de la ley disciplinaria a los trabajadores oficiales no es en manera alguna caprichosa sino que deriva de las funciones de interés general que cumplen estas personas (CP art. 209), por lo cual, como bien lo señala la Vista Fiscal, es razonable que el régimen disciplinario no sea materia de acuerdo entre las partes, porque en este campo están en juego valores sociales y estatales que desbordan los intereses de los partícipes en la relación laboral de derecho público.

"8- La situación es diferente en el caso de la persona que realiza una determinada actividad para el Estado a través de un contrato de prestación de servicios personales o de servicio simplemente, pues allí no se presenta la subordinación de una parte frente a la otra, que es un elemento determinante de la calidad de disciplinable como se señaló anteriormente. En efecto, entre el contratista y la administración no hay subordinación jerárquica, sino que éste presta un servicio, de manera autónoma, por lo cual sus obligaciones son aquellas que derivan del contrato y de la ley contractual. Entonces, no son

destinatarios del régimen disciplinario las personas que están relacionadas con el Estado por medio de un contrato de prestación de servicios personales, por cuanto de trata de particulares contratistas y no de servidores públicos, por lo cual son contrarias a la Carta las referencias a los contratos de prestación de servicios contenidas en las expresiones acusadas de los artículos 29 y 32 del CDU. Lo anterior no significa que frente a estos contratistas la Administración esté desprovista de instrumentos jurídicos para garantizar el cumplimiento de los objetivos estatales, pues para ello cuenta con las posibilidades que le brinda la ley de contratación administrativa, pero lo que no se ajusta a la Carta es que a estos contratistas se les aplique la ley disciplinaria, que la Constitución ha reservado a los servidores públicos, por cuanto el fundamento de las obligaciones es distinto” (Subrayas y negrillas fuera del texto)².

Por una parte , el A-quo sugirió en el proveído apelado que, dada la naturaleza de la ETB, de Empresa de Servicios Públicos Mixta, que, como quedó demostrado, no lo es, la demandante era trabajadora de carácter particular, mientras que la accionante se considera servidora pública, pues en los alegatos presentados en esta instancia expuso: “... el esfuerzo que implica ser **funcionario público**, y el afán de acertar, fueron siempre mis faros y guías ...” (fl. 702 cdo.ppl.); tal condición se reafirma con el hecho de que la Secretaria General, cargo que desempeñaba la demandante, integraba los órganos de dirección, administración, fiscalización y organización de la Empresa de Telecomunicaciones de Santa fe de Bogotá S.A. E.S.P. E.T.B. (art. 38 Estatutos Sociales), contando además, con que junto con el Presidente ostentaban la Representación Legal de dicha sociedad, representación que bien podía ser ejercida de manera conjunta o separada.

Así entonces, de conformidad con la normatividad precitada, la jurisprudencia transcrita y la convicción de la demandante de ser empleada pública, e independientemente de su forma de vinculación a la ETB, es evidente que la Procuraduría General de la Nación tenía competencia para investigarla y sancionarla disciplinariamente en su condición de Secretaria General de la ETB y en consecuencia, por este aspecto, la sentencia recurrida que accedió a las pretensiones de la demanda debe ser revocada para en su lugar denegar las pretensiones de la demanda.

² Sentencia C-280/96 de 25 de junio de 1996. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

En cuanto tiene que ver con la aseveración de la demandante, consistente en que para la celebración de contratos no le era aplicable a la ETB la Ley 80 de 1993, la Sala comparte la apreciación del Colaborador Fiscal, en el sentido de que la sanción impuesta no derivó del proceso de celebración de contratos, sino de la inobservancia de las reglas que deben guiar la actuación de los servidores públicos, v. gr. la diligencia y cuidado necesarios y que en el sub-lite no fueron acatadas por la demandante, según se desprende de la manifestación de su apoderado quien al contestar los cargos manifestó:

“...

“.- El aspecto dogmático del problema

“... mi defendida no tenía obligación de revisar personalmente ni hacer revisar de la Vicepresidencia Jurídica el contrato objeto de esta investigación antes de suscribir la escritura pública que se le remitió para su firma. Por el contrario su obligación era la de proceder a rubricar el documento correspondiente... (fl. 158 cdo.27).

Las anteriores consideraciones son suficientes para revocar la sentencia apelada, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió a las pretensiones de la demanda y en su lugar denegarlas, tal como habrá de decidirse.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

FALLA:

REVÓCASE la sentencia de 23 de octubre de 2008, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió a las pretensiones de la demanda incoada por Luz Marina Consuelo Toro Suárez y en su lugar decide.

DENÍGANSE las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y ejecutoriada esta providencia devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior decisión fue discutida y aprobada en sesión de la fecha.

Cúmplase.

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

GERARDO ARENAS MONSALVE

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA