



COEXISTENCIA DE REGÍMENES DISCIPLINARIOS APLICABLES
A LOS TRABAJADORES OFICIALES

UNIVERSIDAD LIBRE DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO

MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO

BOGOTÁ D.C.

2013

COEXISTENCIA DE REGÍMENES DISCIPLINARIOS APLICABLES
A LOS TRABAJADORES OFICIALES

MARTHA LUDMILA ÁVILA TRIANA
AYDÉ TRUJILLO BAQUERO
JORGE LUIS ARZUAGA CADENA

MONOGRAFÍA PRESENTADA PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE
-MAGÍSTER EN DERECHO ADMINISTRATIVO-

Doctor JOSÉ RORY FORERO SALCEDO
ASESOR

UNIVERSIDAD LIBRE DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO

BOGOTÁ
2013

Dedicatoria

A Dios.

*Por habernos permitido llegar hasta este punto para lograr los
Objetivos propuestos, además de su infinita bondad y amor.*

A nuestros padres

*Por ser pilar fundamental en toda nuestra educación, tanto académica, como
de la vida, por su incondicional apoyo perfectamente mantenido a través del
tiempo. Todo este trabajo ha sido posible gracias a ellos.*

*A los docentes que nos han acompañado durante el largo camino,
brindándonos siempre su orientación con profesionalismo ético en la
adquisición de conocimientos y afianzando nuestra formación.*

*Igualmente a nuestro maestro y asesor el Prof. José Rory Forero, quien ha
orientado en todo momento la realización de este proyecto.*

PÁGINA DE ACEPTACIÓN

(Contendrá Espacio Para Las Observaciones Del Jurado)

Autoridades Académicas y Directivas

*Dr. VICTOR HERNANDO ALVARADO A.
Presidente Nacional Universidad Libre*

*Dr. NICOLÁS ZULETA HINCAPIÉ
Rector Nacional Universidad Libre*

*Dr. PABLO EMILIO CRUZ SAMBONI
Secretario General Universidad Libre*

*Dr. EURIPIDES DE JESÜS CUEVAS CUEVAS
Presidente Seccional Bogotá D.C.*

*Dr. RAUL CARO PORRAS
Rector Seccional Bogotá D.C.*

*Dr. JESÚS HERNÁNDO ÁLVAREZ MORA
Decano Facultad de Derecho*

*Dr. NESTOR RAÚL SÁNCHEZ BAPTISTA
Director Instituto de Postgrados de Universidad Libre*

*Dr. JOSÉ RORY FORERO SALCEDO
Docente Investigador Universidad Libre
Director Trabajo de Investigación*

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN.....	12
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	12
HIPOTESIS.....	15
OBJETIVO GENERAL.....	16
OBJETIVOS ESPECÍFICOS.....	17
PROPUESTA METODOLÓGICA.....	17
MARCO CONCEPTUAL.....	19
ACOTACIÓN MATERIAL.....	21

CAPÍTULO I

EL EMPLEO PÚBLICO EN COLOMBIA

1.	LA POTESTAD ADMINISTRATIVA LABORAL DEL ESTADO.....	22
1.1	FORMAS DE VINCULACIÓN.....	26
1.1.1	Miembros de corporaciones públicas de elección popular.....	30
1.1.2	Empleados públicos, dentro de esta categoría encontramos.....	30
1.1.2.1	De carrera administrativa.....	30
1.1.2.2	De libre nombramiento y remoción.....	31
1.1.2.3	Funcionarios que desempeñan actividades de dirección y confianza en empresas industriales y comerciales del Estado.....	31
1.1.2.4	Empleos de periodo fijo.....	32
1.1.3	Trabajador Oficial.....	32
1.2	REGÍMEN DISCIPLINARIO DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS.	32
1.2.1	Potestad disciplinaria y naturaleza jurídica.....	33

1.2.1.2	Relaciones especiales de sujeción.....	37
1.2.2	Código Disciplinario Único, Ley 734 de 2002.....	45
1.2.2.1	Exposición de motivos.....	45
1.2.2.2	La moralidad administrativa como bien jurídico protegido.....	49
1.2.2.3	Sanciones consagradas por el régimen disciplinario de los servidores públicos.....	59
	CONCLUSIONES CAPITULO PRIMERO.....	61

CAPÍTULO II

DEL TRABAJADOR OFICIAL

2	CONSIDERACIONES.....	63
2.1	LA RELACIÓN ADMINISTRATIVA LABORAL.....	68
2.1.1	Elementos de la relación administrativa Laboral.....	69
2.1.1.1	La prestación personal del servicio.....	69
2.1.1.2	Subordinación o dependencia.....	69
2.1.1.3	Retribución Económica.....	70
2.2	RÉGIMEN JURÍDICO-NORMATIVO DEL TRABAJADOR OFICIAL.....	70
2.2.1	Del contrato de trabajo.....	72
2.2.2	De la potestad de dirección del empleador.....	73
2.2.3	De la potestad reglamentaria.....	75
2.2.4	De la potestad disciplinaria o poder disciplinante del empleador..	77
2.3	TRABAJADOR OFICIAL Y EL DERECHO LABORAL COLECTIVO.....	82

2.3.1	El derecho laboral colectivo.....	83
2.4.	REGIMEN LABORAL SANCIONADOR.....	86
2.4.1	Las sanciones consagradas en la legislación laboral.....	89
2.4.1.1	El despido.....	90
2.4.1.2	La suspensión.....	97
2.4.1.3	La multa.....	97
2.4.2	Despido y derecho internacional del trabajo.....	98
2.4.3	Procedimiento para surtir el despido disciplinario.....	99
2.4.4	Límites al despido con carácter disciplinario.....	100
2.5	APLICACIÓN CONCURRENTE DE ESTATUTOS DISCIPLINARIOS.....	103
2.5.1	Principio de <i>non bis in ídem</i>	103
2.5.2	Principio de favorabilidad.....	106

CAPÍTULO III

HACIA LA CONSOLIDACIÓN DE UNA PROPUESTA QUE MATERIALICE EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

3	CONSIDERACIONES.....	109
3.1	PROPUESTA DE PROYECTO DE LEY.....	115
3.1.2	INTRODUCCIÓN.....	116
3.1.3	EXPOSICIÓN DE MOTIVOS.....	116
3.1.4	JUSTIFICACIÓN.....	116
3.1.5	EL PROBLEMA EN DISCUSIÓN.....	119
3.1.6	PROBLEMA JURÍDICO.....	120

3.2	TEXTO DEL PROYECTO DE LEY.....	121
	CONCLUSIONES.....	124
	BIBLIOGRAFÍA.....	129
	ANEXOS	
	ANEXO A.....	137
	ANEXO B.....	142

TABLA DE GRÁFICAS

	Gráfica No 1. Clasificación de los servidores públicos en Colombia.....	28
	Gráfica No 2. De la Potestad sancionadora.....	34
	Gráfica No 3. Clasificación sanciones disciplinarias de la ley 734 de 2002.....	59
	Gráfica No 4. Flujograma procedimiento Ecopetrol.....	115

RESUMEN

La Carta Política de 1991, en materia de empleo público dio nuevos horizontes en la organización estatal, al unificar las diversas clases de trabajadores al servicio de la administración, bajo la categoría de servidores públicos. Sin embargo, al mismo tiempo mantuvo las categorías, siempre diferenciadas, de empleado público y trabajador oficial. Esta paradoja, plantea cuestionamientos frente a la coexistencia y concurrencia de regímenes disciplinarios aplicables al trabajador oficial, consecuencia de su especial forma de vinculación con la administración. Con la expedición del Código Disciplinario Único, Ley 734 de 2002, la problemática se hizo evidente, pues tal normativa se predica aplicable a todo servidor público, no obstante, la situación del *trabajador oficial*, no resulta del todo clara, toda vez que históricamente su régimen disciplinario se ha diferido al contrato de trabajo, forma en que se vincula con la administración. De allí la afirmación de una coexistencia de normas disciplinarias aplicables. A pesar de lo anterior las entidades han delegado exclusivamente el disciplinamiento de estos trabajadores al CDU, con ello desconociendo principios en materia sancionatoria como el del non bis ídem y el de favorabilidad.

ABSTRACT

The 1991 constitution, in what respect to public employment gave new horizons in the state organization, trying to unify the various classes of workers in the service of the administration, under the category of public servants. However, at the same time conserved, the categories historically differentiated of public employee and official worker. This paradox raises questions facing disciplinary procedures applicable to official worker, due to its special form of relationship with the administration. With the issuance of Single Disciplinary Code, Act 734 of 2002, the problem became visible as such rules are applicable to all State's Servants, but the official worker's situation, it is not entirely clear, since historically their discipline regime has been deferred to the employment contract, the way they are linked to the administration. Hence, the affirmation of a coexistence of applicable disciplinary rules. Despite the above, entities have delegated exclusively the disciplining of these workers to the CDU, and thus lack the punitive principles like the non bis idem and favorability.

INTRODUCCIÓN

Este trabajo de investigación pretende realizar un estudio analítico y comparativo entre el régimen disciplinario establecido en el CDU, que materializa la potestad sancionadora de la administración, en defensa del bien general y de la moralidad pública, y el régimen disciplinario propio de las relaciones laborales que se presentan entre el Estado-patrono y su trabajador oficial, y que tiene como fin el cumplimiento de las obligaciones que emanan del vínculo contractual cuya naturaleza guarda relación con las que se desarrollan entre particulares. Así, se parte del presupuesto de que esta categoría de trabajadores por regla general no cumplen una “función pública”, toda vez que su vinculación con el Estado-patrono no se genera a través del vínculo legal y reglamentario, como sí lo hacen otros servidores, por lo que no desempeñan un **empleo público en estricto sentido**, por el contrario, desarrollan actividades propias de los particulares, las cuales se pactan a través del acto contractual.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El problema de investigación que guiará la disertación se concreta en la delimitación de cuándo el trabajador oficial puede ser sujeto disciplinable bajo las normas del Código Disciplinario Único y cuándo la aplicación de dicho Estatuto se presenta excesivo para sancionar a dicho trabajador, teniendo en cuenta que no todos los trabajadores oficiales prestan su servicio personal, asumiendo responsabilidades que ante el incumplimiento de sus obligaciones o prohibiciones pongan en peligro o transgredan bienes jurídicos del Estado, como sería el caso de aquellos que son vinculados para la construcción y el mantenimiento de obras públicas, para quienes bastaría el simple ejercicio de la potestad subordinadora del empleador, que lo faculta bajo los parámetros del contrato de trabajo, disciplinar a sus

trabajadores con fundamento en el reglamento de trabajo o la convención colectiva si a ello hubiere lugar.

Sin embargo, siendo evidente la coexistencia de regímenes disciplinarios aplicables a los trabajadores oficiales, es indispensable que sea el legislador quien defina cuando utilizar uno u otro régimen, pues en la actualidad ante este vacío legislativo, ha sido la jurisprudencia la que se ha ocupado de señalar que prevalece siempre la imposición del CDU, olvidando que el trabajador de la construcción y mantenimiento de la obra pública, nunca tendrá dentro de sus responsabilidades la de la representación del Estado.

Lo anterior nos conduce, a analizar qué es entonces la moralidad del servidor público como medio de protección de los intereses del Estado y de la sociedad, base filosófica de la Ley 200 de 1995 y actualmente de la Ley 734 de 2002, CUD, ya que en el pasado, el régimen disciplinario de estos trabajadores oficiales estaba diferido exclusivamente al contrato de trabajo, al reglamento interno y a la convención colectiva, por ser esta última una forma legítima para el mejoramiento de los derechos colectivos y mínimos contractuales. Para ello se tendrá en consideración la categoría conceptual de “relaciones especiales de sujeción”.

Por otro lado, los criterios organicista que se han planteado como herramientas en la determinación de los sujetos disciplinables, resultan insuficientes, toda vez que no brindan un criterio absoluto a la posibilidad de la aplicación del régimen disciplinario contenido en la Ley 734 de 2002 a los trabajadores oficiales.

En Colombia, como ya se mencionó, parece haberse dado una respuesta absoluta a la discusión, sin embargo hasta ahora no es del todo pacífica. Sectores de la doctrina han investigado y escrito sobre el tema. Para Villegas

Arbeláez, es claro que existe un problema respecto de la aplicación del régimen disciplinario previsto en la Ley 734 de cara a la categoría “trabajador oficial”¹.

Recuperando la pregunta que guía el presente intento académico, y dando respuesta afirmativa respecto al vacío legal que existe ante la coexistencia de regímenes disciplinarios, entendida como la presencia de dos normativas en un mismo espacio-tiempo, ambas vigentes, y que nos lleva a una aplicación concurrente de las misma como normativas reguladoras de un caso concreto, es pertinente preguntarse si estamos ante eventos violatorios al principio *non bis in ídem* o de la necesaria aplicación del principio de favorabilidad en materia laboral. En respuesta a lo anterior se plantea que la situación disciplinaria de un trabajador oficial, no puede predicar la aplicación concurrente entre la normatividad sancionatoria contenida en la legislación laboral y las disposiciones disciplinarias de la Ley 734 de 2002, pues ello conlleva a la violación del principio *non bis in ídem*, como principio propio y de necesaria observación en el ejercicio del *ius puniendi*, pues, ante la coexistencia de regímenes sancionatorios -laboral y disciplinario-, en el caso de los trabajadores oficiales, sería pertinente estudiarla a la luz del principio de favorabilidad, respecto al cual la jurisprudencia se ha opuesto invocando la prevalencia del interés general.

Cabe resaltar la especial relevancia que adquiere la discusión de cara al valor “seguridad jurídica” y con ello, la necesidad del presente intento académico, por dar claridad y elementos de juicio, desde lo jurídico, a un planteamiento integrador que brinde respeto y garantía a derechos fundamentales y principios angulares del Estado Social de Derecho. Igualmente, se hace perentoria una amplia disertación en razón al

¹ Villegas Arbeláez, Jairo. Derecho administrativo laboral, principios, estructura y relaciones laborales, 8ª edición, Bogotá D.C, Editorial Legis, P 35.

compromiso con principios jurídicos, como el de legalidad, el del juez natural, el del *non bis in ídem*, cosa juzgada, favorabilidad, entre otros.

HIPOTESIS

La coexistencia y concurrencia de regímenes sancionatorios aplicables al trabajador oficial, los cuales se encuentran contenidos en la legislación laboral que rige el contrato de trabajo suscrito con este tipo de trabajadores – Decreto 2127 de 1945, reglamento interno de trabajo y convención colectiva de trabajo y en la ley 734 de 2002, Código Único Disciplinario, aplicable a los servidores públicos entre los cuales se encuentran igualmente los trabajadores oficiales y ante la posibilidad de incurrir en violación del principio de *non bis in ídem* o el desconocimiento del principio de favorabilidad en materia laboral, por la discrecionalidad con la que el Estado-patrono puede utilizar uno u otro o en algunas ocasiones los dos regímenes², apoyados en la jurisprudencia y en el estudio que se desarrolla en esta monografía en la cual se distingue la forma como se vinculan dichos trabajadores con la Administración, se hace evidente la necesidad de expedir una ley que, en aras de aplicar el principio de legalidad, establezca en forma clara cuándo

² Ejemplo de esta discrecionalidad se encuentra documentada en la sentencia de tutela T- 171/11 la cual tiene como fundamento el despido de 248 trabajadores de la Empresa Ecopetrol por participar en una huelga que duró 36 días y que fue declarada ilegal por el Ministerio de Protección Social. Allí inicialmente la empresa terminó unilateralmente por justa causa los contratos de trabajo, de conformidad con lo pactado en la convención colectiva de trabajo. Posteriormente mediante el laudo arbitral proferido el 21 de enero de 2005 por un Tribunal de Arbitramento conformado para el levantamiento de la huelga, se ordenó el reintegro de los trabajadores con el propósito de que se les aplicara el Código Disciplinario Único. Dentro de esta investigación la conducta se tipificó como un abandono del cargo, de la función y del servicio, conducta calificada dentro de dicho estatuto como falta gravísima, por lo que fueron destituidos e inhabilitados por 10 y 20 años para el ejercicio de cargos públicos.

ante una falta cometida por el trabajador oficial se debe aplicar el Decreto 2127 de 1945, el reglamento de trabajo o la convención colectiva y cuando el CDU, teniendo en cuenta que éste último tiene como objetivo que los trabajadores con su actuar no hagan nugatorio la eficiencia en la prestación de los servicios a cargo del Estado y no lesionen el bien jurídico de la moralidad administrativa, aspectos que muy difícilmente pueden realizar los trabajadores oficiales pues, en la generalidad, la prestación de su servicio personal no conlleva el ejercicio de poder y autoridad, tampoco ejercen función representativa, direccional, o funciones administrativas determinadas en la ley o reglamento, como quiera que estos trabajadores laboran en actividades en las cuales el Estado- empleador actúa como un particular.

OBJETIVO GENERAL

Constatar la presencia de regímenes disciplinarios coexistentes y concurrentes, aplicables a los trabajadores oficiales y plantearemos como salida a la disyuntiva la expedición de una ley que defina claramente cuándo aplicar uno u otro Estatuto disciplinario, teniendo en cuenta que el trabajador oficial por lo general no cumple función pública, recuperando así la estabilidad del sistema jurídico con la garantía de derechos de carácter fundamental de los cuales el mismo Estado es garante.

La praxis ha demostrado que, en el caso del trabajador oficial, la administración no hace un análisis a la cuestión sino que al presentarse el hecho u omisión que a su vez infringe ambas disposiciones de los catálogos de sanciones, esta escoge adelantar la investigación disciplinaria en el marco del Código Disciplinario Único, desechando las normas laborales sancionatorias, sin consideración alguna al principio de favorabilidad, o a la eventual vulneración del principio *non bis in ídem*.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

1. Identificar el esquema y organización del empleo público en Colombia bajo la fórmula del Estado social de Derecho promulgada por la Constitución de 1991, y con ello ubicar su correlato en la potestad disciplinaria de la administración, en torno a la aplicabilidad de las disposiciones sancionatorias contenidas en la Ley 734 de 2002, ubicando la moralidad administrativa como eje central en la discusión bajo la forma constitucional del bien general.
2. Definir la naturaleza jurídica propia del trabajador oficial y con ello determinar el conjunto normativo que regula su situación, haciendo especial énfasis en las disposiciones laborales con carácter sancionatorio, mediante las cuales la administración ejerce una potestad sancionatoria, frente a los hechos u omisiones cometidos por un trabajador oficial.
3. Finalmente, se propone un proyecto de ley como salida a la problemática existente; conclusión a la que se llega teniendo en cuenta que por la naturaleza del vínculo laboral de carácter privado de que goza el trabajador oficial, no puede dársele igual tratamiento al momento de aplicar la sanción disciplinaria, que cuando su actuar sea en el cumplimiento de función pública.

PROPUESTA METODOLÓGICA

Con el fin de abordar el presente fenómeno jurídico, se parte de un método hermenéutico de carácter sistemático, que busca dar horizontes interpretativos en pro de un análisis holístico del ordenamiento jurídico, que evidencie contradicciones y posibles deficiencias en la comprensión del

problema planteado. Sin embargo, como es de necesario entendimiento, todo análisis en este punto no puede desprenderse sin más de una realidad histórico-concreta, que limita el análisis interpretativo del fenómeno, como lo son, la forma Estado, la política, el desenvolvimiento histórico de los medios de producción, entre otros. Todo esto, en razón a que el fenómeno objeto de análisis encuentra importantes raíces en la historia de la modernidad, antecedentes que sin duda han moldeado la complejidad del mismo.

También se considerará un plan de trabajo *comparativo y dialéctico, el primero* para determinar las divergencias de los preceptos normativos, así como buscar el punto de convergencia de los regímenes en cuestión. En segundo lugar y en aplicación de la teoría dialéctica inicialmente propuesta por Hegel, como un proceso de interacción constante y circular entre la tesis y antítesis con un producto final, la síntesis, nos lleva, como lo proponía el filósofo, a una dialéctica entre varios planos, a saber, el fenomenológico, el metafísico y el ontológico.

En cortas líneas, podemos decir que este proceso parte de la consideración de la norma como ser fenomenológico, constituida en el presente caso por los regímenes disciplinarios laboral y administrativo; su consideración metafísica o del deber ser, para luego, en el seno de la reflexión, llevar la discusión al plano ontológico y con ello lo real, entendido como la mismidad del ser. Con lo anterior se busca desentrañar la conceptualización de tales categorías y para el caso concreto determinar la sanción de carácter disciplinario como concepto transversal presente en los regímenes objeto de análisis, situación que permitirá afirmar la coexistencia y concurrencia de regímenes y sanciones disciplinarias³.

³Como escribe Kojève: “[superando el plano de la descripción metafísica] el filósofo se eleva al plano ontológico, para responder al interrogante de saber cuál debe ser el propio ser, tomado en tanto que ser, para que pueda realizarse o existir como ese Mundo natural y humano descrito en la metafísica, de la manera descrito en la fenomenología. Y esa

MARCO CONCEPTUAL

Para el desarrollo de este trabajo, haremos especial énfasis en los conceptos claves de estudio como lo son la función pública, el de la relación especial de sujeción, empleado público y trabajador oficial entre otros dirigidos al entendimiento de la organización del empleo público en Colombia y el régimen disciplinario que se instituyó para la protección de bienes sociales superiores, teniendo presente como se estableció el régimen disciplinario sus destinatarios y siempre de cara a la especial situación del trabajador oficial.

Función Pública, entendida en estricto sentido como *" la reglamentación que se hace de la manera como debe desenvolverse la relación laboral entre el empleado y el Estado en todos los elementos que necesariamente enmarcan la situación de cada una de las partes, precisando las condiciones de ingreso, permanencia y retiro del servicio, los deberes y derechos de unos y otros así como las responsabilidades, sistemas de control, régimen disciplinario y prestacional y demás aspectos que se desprenden de la naturaleza de esa relación o que por definición legal hacen parte de ella."*⁴

Funcionario público: *"Las personas naturales que ejercen la función pública establecen una relación laboral con el Estado y son en consecuencia funcionarios públicos. Desde el punto de vista general, la definición es simple. Sin embargo, existen diversas formas de relación y por consiguiente diferentes categorías de funcionarios públicos. La clasificación tradicional comprende los empleados públicos y los trabajadores oficiales. Esta clasificación se remonta a la ley 4a de 1913 la cual siguiendo el criterio finalista definió a los empleados públicos como los que tienen funciones*

descripción de la estructura del Ser en tanto que tal se efectúa en la ontología que Hegel llama *Logik* (Kojève, A., *La dialéctica de lo real y de la idea de la muerte en Hegel*. Buenos Aires, La Pléyade, 1972)

⁴ Corte Constitucional. C-090 de 2002. MP. Dr. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

*administrativas y los trabajadores oficiales aquéllos que realizan las obras públicas y actividades industriales y comerciales del Estado. El decreto 3135 de 1968 siguió el criterio organicista para definir los empleados públicos, quienes están vinculados a los Ministerios, departamentos administrativos y demás entidades que ejercen la función pública”.*⁵

Trabajador oficial: se entenderá por este a aquel servidor público vinculado por medio de contrato laboral a diferencia del empleado público cuya vinculación se hace por medio de concurso y con ello de forma legal y reglamentaria.

Contrato de trabajo: está definido como aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración.

El contrato de trabajo tiene tres elementos que lo identifican: i) la prestación de servicios u oficios de manera personal, ii) la subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y, iii) la contraprestación a los dos anteriores que se denomina salario⁶.

Relaciones especiales de sujeción: categoría dogmática del derecho público, de origen constitucional y aplicable al ámbito de la función pública, es la especial posición jurídica que tiene un servidor público frente al Estado, del cual surgen obligaciones y deberes reforzados de exigencias en el resorte de la conducta oficial en búsqueda de su configuración y encauzamiento en el ámbito de una ética de lo público, que prefiguran de una manera *sui generis*

⁵ *Ibíd.*

⁶ Corte Constitucional C.-614 de 2009 MP. Dr. Dr. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

la estructura de la responsabilidad disciplinaria en el marco del respeto de los derechos fundamentales

ACOTACIÓN MATERIAL

El presente escrito abordará el planteamiento en tres capítulos, el primer capítulo desarrollará las generalidades del empleo público en Colombia, el segundo realizará un análisis profundo de la categoría de trabajador oficial concretando el régimen aplicable en materia disciplinaria a los trabajadores vinculados mediante contrato de trabajo a la administración, y buscará centrar el análisis de cara al despido como sanción disciplinaria en el marco de la potestad que la ley le otorga al Estado-patrono.

Finalmente, se dispone el acápite que busca proponer una salida al problema objeto de la presente investigación, cual es la presentación de un proyecto de ley.

CAPÍTULO I

EL EMPLEO PÚBLICO EN COLOMBIA

1. LA POTESTAD ADMINISTRATIVA LABORAL DEL ESTADO

El origen del Estado como institución parece ubicarse en el principio de la modernidad, Thomas Hobbes en el Leviatán expone las bases de la organización social, bajo la idea de una relación contractual que funda la necesidad de salvaguardar al hombre de sí mismo. El medio dispuesto para ello consiste en la entrega de libertades individuales en pro de la paz social.

En su fase final, el proceso de institucionalización del Estado, se da en razón a una profunda separación entre el monarca, la institución que gobierna y los gobernados⁷, y con ello el resquebrajamiento de la idea, mejor expresada por Luis XIV como “el Estado soy yo”. Así, la nueva institución conlleva un ejercicio de poder y formación de estructuras organizativas necesarias para el correcto y eficaz funcionamiento del aparato Estatal. Aunado a lo anterior con la consolidación hegemónica de las monarquías sobre la iglesia y la respectiva reivindicación territorial, conjuntamente con el sedentarismo de los monarcas y el establecimiento de ciudades donde se centralizó el ejercicio del reinado, dio paso al surgimiento de la burocracia y grupos administradores que se hicieran cargo del control de los bienes del monarca. Con lo anterior el Estado no se veía más como una institución a favor del monarca y del poder divino de los reyes, sino que iniciaría un cambio de perspectiva ubicando como objetivo de las acciones del Estado el bienestar social de la comunidad y sus integrantes.

⁷ Patiño Villa, Carlos Alberto, El origen del poder de occidente: Estado, Guerra y orden internacional. Bogotá Siglo del hombre editores.2005

Siguiendo a Julio Rodolfo Comadira, quien recuerda a Sayagués Laso, “El Estado, para cumplir su fin de bien común, asume, históricamente, diversos cometidos a los que procura satisfacer mediante actos jurídicos y operaciones materiales. Y esa actividad la realiza a partir de poderes sujetos a regímenes jurídicos diversos, configuradores de las distintas funciones jurídicas: legislación, jurisdicción, administración”⁸. Dichas funciones “... son sociales y abarcan las necesidades de las colectividades nacionales, distritales, departamentales y municipales. Es la acción social que emplea medios adecuados para el ejercicio de sus fines y el progreso de la comunidad”⁹, Con esta brevísima reseña se evidencia un origen primario del concepto de “*función pública*”, que podemos definir como la facultad de que goza el Estado para determinar, definir, ejecutar y vigilar los medios, actos y demás mecanismos dispuestos para el efectivo alcance de los fines¹⁰ del aparato estatal. El término “función pública” se concreta, a su vez, en diversas funciones, sub-funciones si se quiere, y cada una de ellas expresa una potestad particular del Estado, la función legislativa (muestra de la potestad configurativa), la función jurisdiccional (muestra del poder o potestad sancionatoria), la función de control y vigilancia (potestad de control), la función administrativa (potestad laboral, organizacional contractual, presupuestal), entre otras.

Por ser objeto central de estas páginas la función administrativa, nos referiremos exclusivamente a esta, definiéndola como la facultad del Estado

⁸ Escola, Héctor Jorge; Comadira, Julio Rodolfo y Comadirá, Juan Pablo (Actualizador). Curso de derecho administrativo- 1ª ed vol.I Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2012, p.3

⁹ Obando Garrido, José María. Tratado de derecho administrativo laboral. Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 2010. p. 68.

¹⁰ En Colombia, la Carta Política de 1991, en su artículo 2, establece como fines del Estado: *servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.*

para la elección de medios legales, eficaces, adecuados, y eficientes para el alcance de los fines propuestos por el Estado.

Mediante la función administrativa, el Estado satisface, por fin, el bien común con inmediatez, en forma directa, concretando los mandatos legislativos, judiciales o, en su caso, directamente constitucionales, a través de una estructura orgánica caracterizada por la relación de jerarquía, estricta o atenuada (tutela), que actúa con arreglo a un procedimiento dirigido a garantizar la legalidad y eficacia del accionar administrativo. Respecto de la función administrativa, se puede afirmar que su régimen jurídico se impone, en nuestro ordenamiento, a la mayor parte de la actividad cumplida por el Poder Ejecutivo (Segunda Parte, Título Primero, Sección Segunda de la Constitución Nacional), y a la parte de la actividad de los otros poderes que, en cada caso, no asuman condición legislativa o jurisdiccional con arreglo a la caracterización que de ellas se hizo¹¹.

La función administrativa se concreta, de conformidad con José María Obando Garrido, en:

“1. Empleo y ejercicio de atribuciones y competencias asignadas por la constitución y la ley y los reglamentos, según la especialidad de cada entidad administrativa, que no permiten su extralimitación o desbordamiento, pero si la acción coordinada entre el poder central y los demás organismos del Estado.

2. La actividad administrativa que debe ser continua, moldeada por el orden jurídico y enderezada a la armonía, desarrollo y eficacia de los fines públicos o prestación de los servicios sociales, de conformidad con la dirección y división de regladas atribuciones. La actividad

¹¹ Escola, Héctor Jorge; Comadira, Julio Rodolfo y Comadirá, Juan Pablo Ób.cit.

consiste en la realización de hechos y actos administrativos trascendentales, que producen efectos positivos en la sociedad.

3. El esfuerzo humano coordinado. El empleo del recurso humano idóneo es garantía de efectividad de la función pública, pues solo una buena selección de empleados oficiales logra el cumplimiento de las atribuciones y competencias de la actividad administrativa”¹².

El tercer punto se refiere que el alcance de los fines estatales es una tarea que requiere, además de recursos económicos, un capital humano importante. El Estado podrá, por medio de la generación de relaciones de carácter contractual, la vinculación de ciudadanos que permitan la efectiva ejecución de labores que lleven al cumplimiento los objetivos constitucionales. A tal facultad podemos denominarla *potestad administrativa laboral*.

Esta potestad laboral, que se resume en la creación de relaciones, bien sea de carácter contractual o laboral, para la vinculación de sujetos con ciertas calidades requeridas en el cumplimiento de funciones administrativas en el marco de la función pública.

Por mandato Constitucional, en cuanto al ejercicio de la función pública, se estableció que no habría cargo que no tuviera sus funciones predeterminadas y claramente establecidas en la ley o reglamentos¹³. De allí que se diga que la función pública es una función reglada, consecuencia que es plenamente predicable de la función administra. Dicha reglamentación le

¹² Obando Garrido, Ób.cit., pp. 68-69.

¹³ Art. 122: “No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente. Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben. Antes de tomar posesión del cargo, al retirarse del mismo o cuando autoridad competente se lo solicite deberá declarar, bajo juramento, el monto de sus bienes y rentas (...)” Constitución Política de Colombia.1991

corresponderá, por regla general, al Congreso de republica quien es el llamado a determinar la organización, estructura, distribución y orgánica de la administración Nacional, departamental y municipal. También será competencia de dicho órgano el establecimiento de los regímenes laborales y salariales respectivos.

En algunos casos la reglamentación a propósito de las funciones concretas de los cargos oficiales se delega en los representantes, mesas directivas de los diferentes entes estatales. Lo anterior se justifica, al menos por dos razones, la primera por un criterio de especialidad, pues cada órgano en desarrollo de sus actividades es el llamado a determinar las características y acciones propias y necesarias de cada cargo, para el efectivo cumplimiento de las funciones legales o constitucionales que le fueron encomendadas. La segunda por un criterio de imposibilidad legislativa, pues si bien en un principio el legislador puede plantear *a priori* los mínimos para el correcto funcionamiento y viabilidad de los entes estatales de carácter administrativo, no es menos cierta, la complejidad propia de la estructura estatal y las múltiples situaciones posibles *a posteriori*, que son indeterminables e imprevisibles por el constituyente secundario, de allí que se deleguen dichos aspectos al órgano respectivo, con el fin de que los cargos estén previstos de conformidad con las necesidades propias de la realidad y complejidad social, atendiéndolas de manera eficaz y efectiva.

Una vez se han determinado los cargos respectivos, se ha de vincular el capital humano para la satisfacción de dichas plazas, allí surge el planteamiento de las formas de vinculación que han de ser definidas.

1.1 FORMAS DE VINCULACIÓN

Diversas son las formas en que se plantean las relaciones de naturaleza laboral, entre el Estado y la personas naturales, ello obedece a las necesidades propias de las funciones y de la administración, así en algunos casos será de importante consideración factores objetivos y de calidades mínimas para el desarrollo de una determinada función y en otros, factores como la confianza se constituyen en base suficiente para la vinculación. Lo anterior es reconocido por la ley y con ello se da paso a una variedad de regulaciones legales para el acceso al servicio público.

En el ordenamiento jurídico colombiano se consagra una clasificación de los servidores públicos, en cuyo fundamento pueden encontrarse las diversas formas de vinculación de uno u otro.

Como ya se dijo el ordenamiento constitucional es el fundamento jurídico por excelencia para determinar las formas en que el Estado genera vínculos jurídicos de múltiple naturaleza con personas naturales¹⁴. Ello se evidencia en los artículos 122 al 131 de la Constitución política de 1991, siendo de vital importancia lo dispuesto en los artículos 123¹⁵ y 125¹⁶. De las anteriores normas se desprende toda la estructura y sistematización del empleo público¹⁷ en Colombia. Así, dentro de dichas categorías tenemos a los

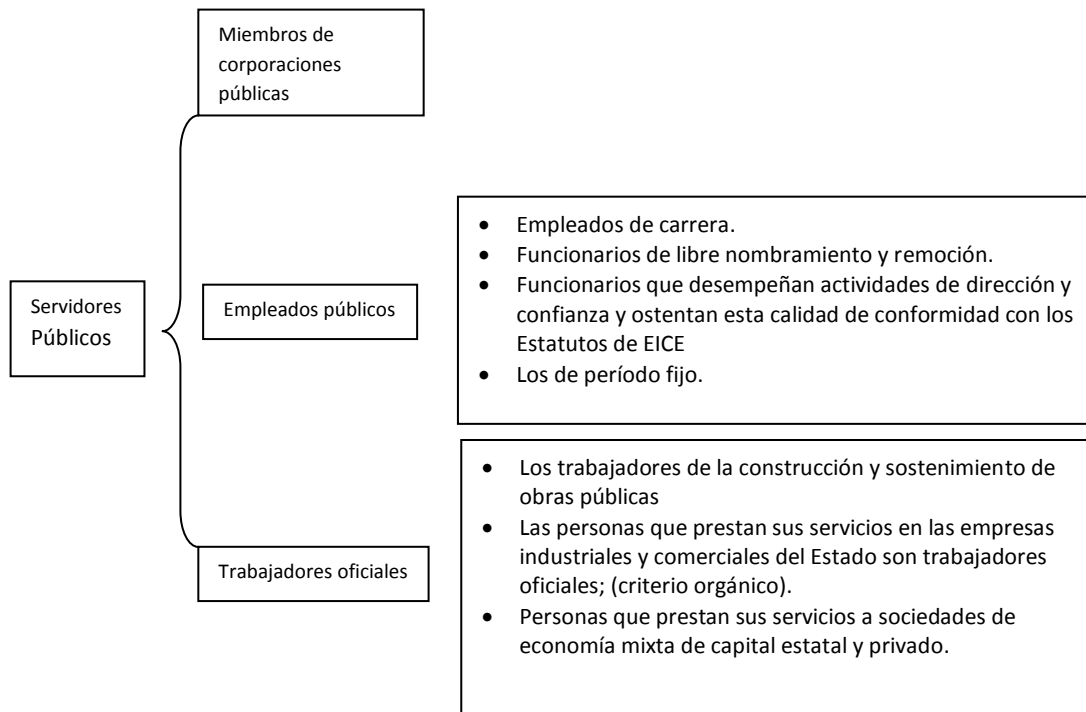
¹⁴ Lo anterior de manera alguna afirma que solo el ordenamiento constitucional pueda plantear estas formas pues se deja al legislador un amplio rango de libertad configurativa para la creación y regulación del empleo público.

¹⁵ art. 123: “Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento. La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.” (Constitución Política de Colombia, Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica. 2012).

¹⁶ Art. 125: “Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley” (Constitución Política de Colombia, Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica. 2012).

¹⁷El art 19 de la ley 909 de 2004 establece la definición de *empleo público* así:

empleados públicos, los trabajadores oficiales y los miembros de corporaciones públicas.



Elaboración propia

Grafica 1 Clasificación de los servidores públicos en Colombia

La anterior clasificación obedece, como ya se dijo, al criterio a propósito de la naturaleza del vínculo jurídico existente entre el Estado y uno u otro servidor público. Así, mientras de los empleados públicos se predica la existencia de una relación legal y reglamentaria con la administración, de los trabajadores

1. El empleo público es el núcleo básico de la estructura de la función pública objeto de esta ley. Por empleo se entiende el conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado.

2. El diseño de cada empleo debe contener:

a) La descripción del contenido funcional del empleo, de tal manera que permita identificar con claridad las responsabilidades exigibles a quien sea su titular;

b) El perfil de competencias que se requieren para ocupar el empleo, incluyendo los requisitos de estudio y experiencia, así como también las demás condiciones para el acceso al servicio. En todo caso, los elementos del perfil han de ser coherentes con las exigencias funcionales del contenido del empleo;

c) La duración del empleo siempre que se trate de empleos temporales.

oficiales se representa la creación de una relación de naturaleza eminentemente contractual. No obstante, se han buscado criterios, entre ellos el de carácter orgánico, para la determinación de si se habla de uno u otro servidor público, tesis que el artículo 5 del Decreto de 3135, de 1968, claramente reproduce¹⁸. Resulta relevante expresar a continuación el concepto que de servidor público se plasmó en la Convención Interamericana contra la Corrupción, suscrita en Caracas el 29 de marzo de 1996 y aprobada por el Congreso de la República de Colombia mediante Ley 412 de 6 de noviembre de 1997, en los siguientes términos:

“Funcionario público”, “Oficial Gubernamental” o “Servidor público”, cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos.

Como queda claro se habla de una categoría que cobija todas las posibles formas de vinculación con la administración, a saber *servidor público*, a esta se le plantea como género y se define como:

la persona natural que presta sus servicios a una entidad estatal para satisfacer las necesidades de la función pública, de carácter laboral, y propias de la dependencia oficial, bajo continuada dependencia y

¹⁸ *Empleados Públicos y Trabajadores Oficiales.* Las personas que prestan sus servicios en los Ministerios; Departamentos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos Públicos son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales.

¹⁸(...)Las personas que prestan sus servicios en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado son trabajadores oficiales; sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos.

*subordinación, en forma permanente temporal o transitoria, y quien como contraprestación recibe una contraprestación*¹⁹.

Las demás podemos llamarlas especies, a saber:

1.1.1 *Miembros de corporaciones públicas de elección popular:*

Hacen parte de esta categoría los servidores que ocupan cargos públicos, en virtud de su previa postulación y lección mediante el sufragio mayoritario, como expresión de la soberanía popular. La forma de vinculación de estos servidores se funda esencialmente en el carácter democrático del régimen constitucional y de la necesidad de legitimidad del Estado, con ello garantiza el principio de representación por medio de la vinculación al ejercicio de la función pública con garantías mínimas. Son a nivel nacional, los congresistas (senadores y Representantes a la Cámara), a nivel departamental los diputados y a nivel distrital y municipal, los concejales, los ediles y los miembros de las juntas administradoras locales

1.1.2 *Empleados públicos, dentro de esta categoría encontramos:*

1.1.2.1 *De carrera administrativa:* la Carta Política de 1991 establece que la carrera administrativa es la regla general para la vinculación con el Estado²⁰. Así, pertenecerá a esta categoría todo aquel funcionario

¹⁹Parra Gutiérrez, William René; Parra Mejía Ernesto y Parra Mejía Natalia. Derecho Administrativo laboral. 4ª ed. Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica 2012, p.125

²⁰ De conformidad con la Corte Constitucional esta decisión responde a la búsqueda porque *la carrera administrativa permita al Estado contar con servidores cuya experiencia, conocimiento y dedicación garanticen, cada vez con mejores índices de resultados, su verdadera aptitud para atender las altas responsabilidades confiadas a los entes públicos, a partir del concepto según el cual el Estado Social de Derecho exige la aplicación de criterios de excelencia en la administración pública. Ello conduce a la instauración de la carrera administrativa como sistema propicio a la obtención de eficiencia y eficacia y, por tanto,*

que por medio de concurso de méritos ha sido objeto de nombramiento y asignación de plaza respectiva. El régimen jurídico que regirá este tipo de vinculación será de carácter legal y reglamentario.

1.1.2.2 De *libre nombramiento y remoción*. En punto de su forma de vinculación se ha de decir que es la que más discrecionalidad representa dentro de las diversas formas de vinculación al servicio público, no con ello se quiere decir que sea una figura que escapa a toda regulación, pues el mismo legislador ha impuesto, en ocasiones, mínimos que han de ser cumplidos sin que ello implique una afectación sustancial a la discrecionalidad propias de esta figura²¹. De igual forma al contemplar estas formas de vinculación como excepcionales, la Ley 909 de 2004, ha buscado determinar las excepciones a la carrera administrativa en punto de cargos de libre nombramiento²².

1.1.2.3 *Funcionarios que desempeñan actividades de dirección y confianza* en empresas industriales y comerciales del Estado, EICE, la

*como técnica al servicio de los fines primordiales del Estado Social de Derecho. Los fines propios de la carrera resultan estropeados cuando el ordenamiento jurídico que la estructura pierde de vista el **mérito** como criterio de selección y sostén del empleo, o cuando ignora la **estabilidad** de este como presupuesto indispensable para que el sistema opere (Corte Constitucional Sentencia. C-479/1992).*

²¹ Por ejemplo para los empleos de carácter gerencial que son de libre nombramiento y remoción, la Ley 909 de 2004, en su artículo 49, establece “2. Para la designación del empleado se tendrán en cuenta los criterios de mérito, capacidad y experiencia para el desempeño del empleo, y se podrá utilizar la aplicación de una o varias pruebas dirigidas a evaluar los conocimientos o aptitudes requeridos para el desempeño del empleo, la práctica de una entrevista y una valoración de antecedentes de estudio y experiencia”. De igual forma, en concepto de 2010 del Departamento Administrativo de la Función Pública se afirmó que “el hecho de que la designación de los empleos de libre nombramiento y remoción se efectúe con base en la comprobación del mérito, la capacidad y experiencia para el desempeño del empleo, no cambia la naturaleza de libre nombramiento y remoción del empleo y, por tanto, no se afecta la discrecionalidad del nominador, ni genera derechos de carrera (concepto 2010-N0004006, disponible en <http://www.cga.gov.co/Departamento%20Administrativo%20de%20la%20Funcin%20Pblica/D AFP-Concepto-2010-N0004006.pdf>)

²² Ley 909 de 2004 modificada por la ley 1093 de 2006, art 5 numeral 2°. Publicación en el Diario Oficial No. 45.680, de 23 de septiembre de 2004. Imprenta Nacional.

ley establece como requisito que los estatutos establezcan la calidad de empleado público de dichos funcionarios (artículo 5 del Decreto ley 3135 de 1968).

1.1.2.4 Empleos de periodo fijo. Esta categoría o forma de vinculación se presenta de formas diversas en diferentes niveles de la función pública. Se definen como aquellos empleos que tienen un periodo de duración determinado por la constitución o la ley.

1.1.3 Trabajador Oficial

Los trabajadores oficiales, de los cuales nos ocuparemos en el siguiente capítulo, son aquellos que laboran en la construcción, mantenimiento o sostenimiento en los distintos órganos del Estado, que tienen a su cargo las obras públicas, también serán trabajadores oficiales quienes presten sus servicios en empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta, en donde el Estado tiene participación mayoritaria. Estos servidores públicos lo son en razón de la existencia de un vínculo contractual con la administración.

1.2 REGÍMEN DISCIPLINARIO DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS

En el régimen constitucional colombiano, instaurado en 1991, se distingue la responsabilidad de los servidores públicos de la de los particulares. El artículo 6º señala que los particulares solo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución o las leyes, mientras que los servidores públicos lo serán por lo mismo y, además, por la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. Por su parte el artículo 123 ibídem, instituye que la ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio;

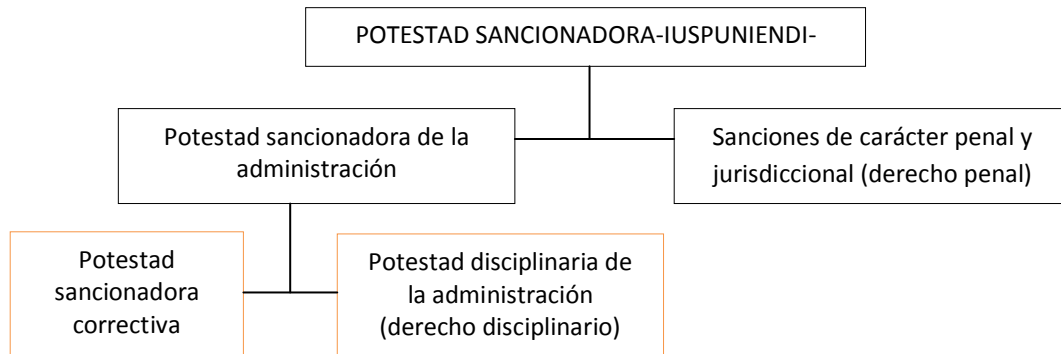
el 124 ordena al legislador establecer el régimen de responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva. En respuesta a tal mandamiento constitucional se profirió la Ley 200 de 1995, por la cual se adoptó el Código Disciplinario Único, CDU, estableció el régimen disciplinario aplicable a los servidores públicos, salvo excepciones previstas en la Carta Política. En el marco de dicha normatividad se estableció que sus disposiciones le eran aplicables a los particulares que ejercen funciones públicas en forma permanente o transitoria, a otros trabajadores e integrantes de organizaciones y a las personas que administren los recursos de que trata el artículo 338 superior. Los destinatarios de la ley disciplinaria están determinados en la Ley 200, básicamente en los artículos 20²³. El artículo 177²⁴ al señalar su vigencia dispone que se aplica a los servidores públicos, género que comprende a los miembros de las corporaciones públicas, a los empleados y a **los trabajadores del Estado** y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios..

1.2.1 *Potestad disciplinaria y naturaleza jurídica*

²³ “Artículo 20º.- Destinatarios de la Ley Disciplinaria. Son destinatarios de la Ley Disciplinaria los miembros de las corporaciones públicas, empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Para los mismos efectos se aplicará a los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitorias, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República, los integrantes de la Comisión de Lucha Ciudadana Contra la Corrupción “y las personas que administren los recursos de que trata el artículo 338 de la Constitución Nacional.”

²⁴ Artículo 177º.- Vigencia. Esta Ley regirá cuarenta y cinco (45) días después de su sanción, será aplicada por la Procuraduría General de la Nación, por los personeros, por las administraciones central y descentralizada territorialmente y por servicios y por todos los servidores públicos que tengan competencia disciplinaria se aplicará a todos los servidores públicos "sin excepción alguna" y deroga las disposiciones generales "o especiales" que regulen materias disciplinarias a nivel Nacional, departamental, distrital o municipal, o que le sean contrarias, salvo los regímenes especiales de la fuerza pública, de acuerdo con lo establecido en el artículo 175 de este Código. Texto subrayado declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C 280 de 1996, Ver la Sentencia de la Corte Constitucional C-614 de 1996. Ver el Concepto del Consejo de Estado 763 de 1995. Ver la Sentencia de la Corte Constitucional C-630 de 1996.

Antes de cualquier consideración, a continuación se presenta un esquema para mejor entendimiento de cómo se plantea, de manera general, por la doctrina, la potestad sancionadora en sus relaciones de género a especie.



Gráfica 2. Potestad sancionadora elaboración propia

Múltiples han sido las discusiones dogmáticas a propósito de la delimitación de las potestades del Estado en materia sancionatoria, sin embargo la más fructífera y mayormente estudiada ha sido la emprendida con el fin de escindir de la unidad conceptual, el Derecho disciplinario y el Derecho penal. Con lo anterior podemos decir que la potestad del Estado para ejercer la violencia, *IUS PUNIENDI*, no puede verse como un todo indiferenciado sino que las finalidades propias perseguidas con el ejercicio de estas capacidades son clara muestras de las diferencias propias entre uno y otro régimen.

“La justificación de un derecho disciplinario, desde un punto de vista técnico, en la organización, es uno de los argumentos más fuerte para defender su autonomía, opinándose que hablar de su sustantividad ayuda a delimitar las fronteras de actuación de la autoridad administrativa. Ahora bien, este iuspunendi disciplinario, al igual que en materia penal se justifica como prerrogativa estatal, si se enmarca dentro de las garantías del debido proceso, es decir si se respeta un conjunto de garantías procedimentales que evitan la arbitrariedad

administrativa y que a su vez asegura el acceso a la justicia, la presunción de inocencia, el derecho de contradicción”²⁵

Con lo anterior, se concreta que si bien puede buscarse su independencia conceptual no podrá argumentarse un deslinde de la fórmula promulgada por la Carta Política de Estado de derecho, en pro de la garantía de derechos fundamentales.

Así las cosas, tenemos que se ha aceptado con cierto consenso por los doctrinantes y la jurisprudencia la diferenciación entre sanciones de carácter Administrativo, entre ellas las disciplinarias, y aquellas de carácter penal o Jurisdiccional, en otras palabras entre la potestad disciplinaria y la potestad con carácter punitivo. Sin embargo, voces de crítica se han levantado y ante estas fórmulas que atomizan las diversas facetas de la potestad sancionadora, encuentran que el único fundamento o razón final a esta distinción es la pretensión de ensanchamiento de las potestades de la administración. No obstante, ha de reconocerse, como se dijo con anterioridad, el relativo éxito de dar autonomía al Derecho disciplinario frente a las demás facultades sancionatorias de la administración, y se puede afirmar, de acuerdo con lo expresado por García de Enterría, la potestad disciplinaria solo conserva como núcleo común con las demás facultades sancionatorias de la administración la posibilidad de no dar aplicación al principio non bis in ídem, frente a las sanciones de carácter jurisdiccional. Lo anterior, es recogido por el precitado maestro así “La única singularidad que hoy resta de las sanciones disciplinarias respecto de las demás sanciones administrativas es, en su relación con las penas judiciales, la inaplicación

²⁵ Rincón Córdoba, Jorge Iván. *Derecho administrativo laboral*, UEC, Bogotá, 2009, p. 576

respecto de ellas del principio *non bis in ídem*, esto es su compatibilidad con dichas penas”²⁶.

De cara a la identificación de una u otra potestad Sayagués Laso²⁷ pone como parámetros de distinción la naturaleza de los actos que imponen las correspondientes sanciones, así mientras las sanciones disciplinarias están contenidas en actos de carácter administrativo, las sanciones penales se materializan en actos jurisdiccionales. Por ello, la naturaleza del régimen disciplinario no comporta el castigo de actos delictivos, sino la sanción por incumplimiento de un deber impuesto por relaciones jurídicas de carácter legal y reglamentario.

Sin lugar a duda, la discusión en el esfuerzo por delimitar tales áreas, y con ello identificar la naturaleza propia de cada una de ellas, ha significado momentos de incertidumbre epistemológica de cara al planteamiento de disciplinas autónomas, incurriendo en pensamientos que vacían de todo contenido a una u otra disciplina.

En este sentido resulta ilustrativo lo expuesto por Ivanega Myriam, cuando dice que:

“Sin entrar a analizar los criterios doctrinarios que giraron en torno a las similitudes y diferencias entre la potestad sancionadora de la Administración y el derecho penal, cabe señalar que tanto la identificación entre ambas, como la discusión acerca de la existencia de un derecho sancionador autónomo, se vieron reflejados en el ámbito disciplinario, de forma tal, que los argumentos a favor y en

²⁶García de Enterría Eduardo y Fernández Tomás Ramón, *Curso de derecho administrativo*, t II, 13ª edición, Madrid, Thomson-Civitas, 2006., p. 170 y ss.

²⁷ Sayagués Laso Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, t I, 4ta. edición, Montevideo, Barreiro Y Ramos 1974, p.325 y ss.

*contra de aquellas posturas, calaron hondo en la explicación de la potestad disciplinaria, ya que por un lado se propició una relación directa con el derecho penal y por el otro llegó a perder su identidad, al ser equiparada, en cuanto a sus efectos, al poder sancionador general.*²⁸

No se puede en ningún caso negar la existencia de un núcleo común de uno y otro respecto de la potestad sancionadora generalmente considerada, de allí que la potestad disciplinaria como parte del *Ius puniendi* puede entenderse, como una facultad legal y con ello derivada del ordenamiento jurídico, conferida al Estado concretamente para ejercer control sobre el comportamiento y las actuaciones de los funcionarios de la Administración, cuyas labores comprometen el bienestar general como bien mayor. Ivanega, citando a José Suay Rincón²⁹, define la potestad disciplinaria como “un auténtico poder jurídico, esto es, de un poder derivado del ordenamiento jurídico y que, como todos los demás atribuidos a la Administración, está encaminado al mejor gobierno de los diversos sectores de la vida social. Es un poder de signo represivo que se acciona frente a cualquier perturbación que de dicho orden se produzca”³⁰

1.2.1.2 *Relaciones especiales de sujeción*

Este criterio adoptado como medio para fundamentar las relaciones existentes entre la administración y sus funcionarios ha tenido una amplia acogida por la doctrina y la jurisprudencia.

²⁸ Ivanega, Miriam Mabel. *Cuestiones de potestad disciplinaria y derecho de defensa*, 2ª ed., Buenos Aires, ediciones RAP 2010

²⁹ Suay Rincón José, *Sanciones Administrativas*, Bolonia Editorial Publicaciones del Real Colegio de España, 1989, p 20

³⁰ Ivanega, Miriam Mabel. *Ób. cit.* Pág.

Tal y como lo recuerda Forero Salcedo³¹, el Estado, al igual que su administración, ha sido objeto de múltiples y trascendentes cambios, concretamente en la forma de relacionarse con sus administrados, lo anterior de cara a la existencia de ciertos vínculos más o menos estrechos entre aquel y estos, que doctrinariamente se han denominado “relaciones generales de sujeción o especiales de sujeción”. La primera se refiere a aquellas normas que de manera genérica están referidas a la población en su totalidad, ejemplo, la determinación de que todo ciudadano ha de respetar la libertad de culto o el derecho al libre desarrollo de la personalidad de sus conciudadanos, tales mandatos, hállese de particulares o funcionarios públicos, es decir todos, deberán cumplir con tales prescripciones. Sin embargo, hay mandatos concretos que solo están dirigidos a cierto sector poblacional, por ejemplo los estudiantes, los presos, militares o funcionarios públicos, en tales eventos estamos ante las llamadas Relaciones Especiales De Sujeción.

En cuanto a la definición de esta última categoría de relaciones, primero se ha de decir que es una tarea inacabada y de difícil determinación, según García Macho³² el concepto de RES responde a un concepto de naturaleza compleja, sin embargo no por ello se deben dejar los intentos por encontrar una definición cada vez más acabada del concepto. López Benítez las define como:

³¹ Forero Salcedo, José Rory. *Estado constitucional, potestad disciplinaria y relaciones especiales de sujeción*. Bogotá, IEMP Instituto de Estudios del Ministerio Público, 2007.

³² “A pesar de la dificultad de sintetizar aquello que constituye una relación de sujeción especial, no por ello se debe dejar a un lado la existencia de una teoría general de esta institución” Cfr. Ricardo García Macho, “En torno a las garantías de los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones especial sujeción”, p. 64, en: *Revista Española de Derecho Administrativo*, pp. 521- 531, (1989). Citado por Ramírez, María Lourdes. “Consideraciones a la figura jurídica de las relaciones de sujeción especial en el ámbito español” en *Universitas*, N° 118, Bogotá, pp.273-291, enero-junio de 2009. (En línea) http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/documents/11Consideracionesalafigura_000.pdf

“... aquellas por las que un administrado se inserta de forma duradera y efectiva a la esfera organizativa de la administración, en su esfera doméstica, es esa inserción en efecto, la que motiva que sea él mismo una pieza importante del funcionamiento de la organización administrativa, o del servicio que desempeña (voluntaria u obligatoriamente) o que utiliza con carácter duradero... las relaciones especiales de sujeción siguen siendo, en definitiva, una institución necesaria. Podrá rechazarse este concepto pero habrá que acudir a otros que respondan a la misma finalidad: que nuestros hospitales funcionen que nuestra administración pueda cumplir con eficacia los fines que tiene encomendados”³³.

Más adelante afirma que esta categoría “(...) se reserva para un tipo concreto de relación, enfatizando claramente la autonomía de su propuesta respecto de posiciones doctrinales anteriores por la sustantividad que adquiere tal clase de relación frente a la sujeción general del súbdito (...)”³⁴

La doctrina colombiana las define como:

“categoría dogmática del derecho público, de origen constitucional y aplicable al ámbito de la función pública, es la especial posición jurídica que tiene un servidor público frente al Estado, del cual surgen obligaciones y deberes reforzados de exigencias en el resorte de la conducta oficial en búsqueda de su configuración y encauzamiento en el ámbito de una ética de lo público, que prefiguran de una manera sui generis la estructura de la

³³ López Benítez, Mariano. *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, Madrid, Editorial Civitas, 1994, p. 37

³⁴ *Ibíd.*, P. 66.

*responsabilidad disciplinaria en el marco del respeto de los derechos fundamentales*³⁵

Sin embargo, igualmente detractores de esta categoría se han pronunciado al respecto, por ejemplo Lasagabaster, citado por Forero Salcedo³⁶, afirma que respecto de la definición de la naturaleza y contenido del concepto, este se ha visto afectado por una línea casuística que ha dejado de lado la elaboración o construcción teórica, obviando su contenido y, sin embargo, justificándolo, en otras palabras los esfuerzos por la determinación de casos particulares sujetos a este tipo de relaciones, resulta una atomización de la discusión, abriendo con bastante amplitud una práctica de inserción ilimitada de casos en que puede declararse la existencia de relaciones especiales de sujeción, que sin un límite adecuado terminarán haciéndose extensivas a cualquier grupo y con él se desdibuja claramente el límite entre RES y RGS³⁷. Frente a lo anterior se han levantado varios intentos de delimitación del concepto. De acuerdo con García Macho, citado por Hernández Meza³⁸,

³⁵ Gómez Pavajeau, Carlos Arturo. *Estudios de derecho disciplinario*, Bogotá, Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez y Ediciones Nueva Jurídica,: 2004 p 31.

³⁶ Forero Salcedo, José Rory. *Ób. cit.*, pp 47 y 48.

³⁷ “La jurisprudencia del TC y del TS pone de manifiesto la ausencia de trabajos doctrinales, utilizando la categoría RSE sin conceptuarla, como útil comodín para resolver los entuertos que el legislador provoca, especialmente en cuestiones de legalidad, evitando dictar sentencias que en una recta aplicación de los principios jurídicos o de la teoría del derecho acarrearían consecuencias gravemente perjudiciales para la comunidad. En otros casos los tribunales se dejarán llevar por la comodidad que tiene la utilización de una cláusula tan agradecida como la de las RSE. En su virtud se pueden solucionar problemas jurídicos intrincados, sin que el juzgador precise la realización de un esfuerzo especial”. A lo que añade el autor: “El tratamiento doctrinal de la figura de las RSE es muy escaso, no existiendo un concepto suficientemente elaborado que permita fijar el alcance de la categoría y su funcionalidad. Con frecuencia se procede a enunciar las situaciones que se definen como RSE, así los militares, estudiantes, funcionarios, concesionarios, etc., sin tener en cuenta que aquellas características que se predicen de las RSE ya no se dan en esos casos. Esta ausencia de elaboración teórica de la figura provoca que muchas de las referencias que recibe sean meramente descriptivas, dando razón de la institución, pero sin aclarar su contenido” Iñaki Lasagabaster Herrarte, *Las relaciones de sujeción especial*, Madrid, Civitas, 1994, p. 171

³⁸ Hernández Meza, Nelson. “Nociones del concepto de relaciones de sujeción especial.” En *Ensayos sobre derecho disciplinario*, t.II, Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2011, pp 115-135

considera como principio limitador a la clasificación de las relaciones especiales de sujeción el denominado “*favor libertatis*”, según el cual ante la incertidumbre se habrá de adoptar la interpretación más favorable al ciudadano, de allí que ante la duda de la existencia de RES ha de adoptarse el criterio de cara a la presencia de una relación general de sujeción³⁹. Lo anterior es igualmente abordado desde la perspectiva constitucional, acorde con la forma de Estado adoptada por la Constitución de 1991 y de cara a los derechos fundamentales, con especial énfasis en la libertad. Forero Salcedo⁴⁰ explica que la verdadera comprensión del Estado constitucional está en ver la libertad como valor supremo y piedra angular del Estado moderno, así este se convertiría en un principio rector no solo de la forma Estado, sino que adquiere una carácter de garantía fundamental que ha de respetarse por parte de la administración en el ejercicio de sus múltiples potestades. Así el autor, ubicando el renacimiento de una concepción *iusnaturalista* ínsita en la organización Estatal, adoptada en el contexto de la posguerra, constata la adopción de medidas contra la arbitrariedad. En palabras del autor “los derechos fundamentales estaban supeditados a la ley, principalmente en la segunda mitad del siglo XX, serán estos los que van a determinar la ley”, de allí que concluya el necesario cambio de cara al entendimiento de la teoría de las relaciones especiales de sujeción, pues estas últimas conllevan la restricción de derechos fundamentales como el de la cláusula general de libertad consagrada en el artículo 16 constitucional.

Lo anterior genera importantes tensiones, así lo reconoce López Benítez, “En cualquier caso, el juego de los derechos fundamentales en las relaciones especiales de sujeción solo puede ser determinado casuísticamente

³⁹ En el mismo sentido ver José María Michavila Núñez, “El principio de legalidad en la potestad sancionadora de la administración: nuevas aportaciones del TC” En *Poder judicial No 6*, Madrid, 1987, pp. 73-93.

⁴⁰ Forero Salcedo, José Rory. “Garantía de los derechos fundamentales de los servidores públicos y cumplimiento de sus deberes funcionales.” En *Ensayos sobre derecho disciplinario* t.II, Bogotá, Ediciones Nueva jurídica, pp 47-112

(derecho por derecho, relación por relación). Finalmente, es signo característico de algunas relaciones especiales de sujeción la exigencia de determinados plus de moralidad o de honor, circunstancia esta que adquiere una extraordinaria importancia en relación con el derecho disciplinario”⁴¹

Por otro lado, hay quienes sostienen que las relaciones especiales de sujeción no solo presentan un problema de delimitación frente a las RGS, sino que el concepto considerado puede presentar discusión en razón a la existencia de grados dentro del mismo; así en palabras de Gómez Pavajeau, tenemos que:

“...resulta claro que la categoría dogmática de la “relación especial de sujeción” tiene aptitud para explicar otras especies del derecho sancionador administrativo, incluso, podríamos afirmar que se abren posibilidades plenamente coherentes de explicación de muy particulares instituciones: 1. La existencia al interior de la “relación especial de sujeción” de grados de exigencia mayor o menor, esto es, de relaciones especiales de sujeción intensificadas y relaciones de sujeción moderadas que explicarían el por qué en algunos ámbitos del servicio público existen regímenes especiales de carácter disciplinario o tratamientos diferenciales en materia de exigencia de deberes”⁴²

El efecto, lo que busca limitar esta categorización es la fuerza de intervención del Estado-patrono a partir de la intensidad del vínculo de la RES, así en ciertos casos, como sucede a propósito de las fuerzas militares tales relaciones se expresan en su mayor intensidad mientras que en otros eventos como cuando los particulares ejercen función pública tal sujeción se

⁴¹ López Benítez, Mariano. Naturaleza y presupuestos constitucionales...Ób. cit.

⁴² Pavajeau Gómez, Carlos Arturo, Molano López, Mario Roberto. *La relación especial de sujeción*. Estudios. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 25 -27.

muestra moderada, así las exigencias serán menores⁴³. En el anterior contexto, el derecho disciplinario cobra un importante rol y se constituye en muestra del *ius puniendi* del Estado, en razón a que este pone a los funcionarios en una situación especial de sujeción, dice Forero Salcedo⁴⁴. Sin embargo, y de la forma en que el autor lo expresa, parece no considerar que sea la RES la causa de la aplicación del Derecho disciplinario sino la consecuencia del mismo, en otras palabras, es el Derecho disciplinario y su aplicación sobre el funcionario del Estado lo que genera la existencia de la RES. Todos estos matices parecen tener lugar en la propia zona de penumbra que refleja el concepto mismo.

Trayter Jiménez⁴⁵, sostiene que recopilando las críticas frente a la figura, las disfunciones que presentan las RES son principalmente tres, la primera, referida a la expansión desmedida del concepto y con ello a su aplicación, la segunda, una supresión de los principios que guían la potestad sancionadora de la administración y, en tercer lugar, una matización cuando no hay una supresión absoluta de derechos fundamentales como el de la libertad, como lo sostiene Forero Salcedo.

De cara a la legislación, no se encuentra referencia expresa a este tipo de relaciones, al menos no en la Carta Política, la cual se limita a establecer deberes y obligaciones impartiendo directrices en pro de la conservación de una eticidad administrativa. Sin embargo, la jurisprudencia ha fundamentado la aplicación de tal construcción doctrinaria, en el artículo 6 constitucional,

⁴³ *Ibíd.*

⁴⁴ El derecho disciplinario, constituye sin duda la exteriorización más radical de la categoría dogmática objeto de estudio, en tanto que la potestad disciplinaria del Estado Social y Democrático de Derecho pone a los funcionarios públicos en una típica relación especial de sujeción, que será válida en cuanto cumpla con cada una de las exigencias que le demanda el actual modelo de Estado... (Forero Salcedo, José Rory. *Estado constitucional, potestad disciplinaria y relaciones especiales de sujeción*. Bogotá, IEMP Instituto de Estudios del Ministerio Público, 2007 p50.

⁴⁵ Trayter Jiménez, Juan Manuel. *Derecho administrativo sancionador: Materiales*, Barcelona editorial Cedes, 1995, pp 30 y 31

abriendo paso a la justificación en la aplicación de estatutos disciplinarios a quienes tienen dicho tipo de relación. Dicho artículo tiene directa conexión con la aplicabilidad del régimen disciplinario. Al respecto la jurisprudencia ha sostenido que:

“el derecho disciplinario ha sido entendido como un conjunto de principios y de normas jurídicas conforme a las cuales se ejerce la potestad sancionadora del Estado con respecto a los servidores públicos no solo por infracción de la Constitución, de la ley o el reglamento, sino también, por la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones (art. 6, CP), en orden a hacer efectivos los mandatos que regulan el ejercicio de la función pública”⁴⁶.

Así, la relación entre Derecho disciplinario y las denominadas relaciones especiales de sujeción, adquiere especial relevancia en la determinación de los llamados sujetos disciplinables. Para la Corte Constitucional colombiana hay claridad respecto de los destinatarios de la ley disciplinaria, así afirmó en pronunciamiento de 2008⁴⁷ que:

“El Congreso de la República expidió la ley 734 de 2002, contentiva del Código Disciplinario Único, determinando como destinatarios de sus mandatos a los servidores públicos, a los particulares que ejerzan funciones públicas o labores de interventoría en los contratos estatales, a los indígenas que administren recursos del Estado, así como a los gerentes de cooperativas, fundaciones, corporaciones y asociaciones que se creen y organicen por el Estado o con su participación mayoritaria”

⁴⁶Corte Constitucional. Sentencia C-315 del 2 de mayo 2012. M.P. doctora María Victoria Calle Correa

⁴⁷Corte Constitucional. Sentencia C-1193 del 3 de diciembre del 2008. M.P. doctor. Jaime Araújo Rentería.

Sin embargo, la posición asumida por la jurisprudencia y por la misma Constitución respecto de la naturaleza propia del trabajador oficial representa, sin duda, importantes cuestionamientos en la definición de las RES y el criterio de aplicabilidad, o no, de las normas disciplinarias. Conclusión de lo anterior es que el concepto de RES parece erigirse como criterio absoluto en la determinación de los sujetos disciplinables.

1.2.2 *Código Disciplinario Único, Ley 734 de 2002*

La Constitución Política de Colombia, al establecer como fundamento de la organización Estatal su carácter de social y democrático, estableció principios del ejercicio de la función y los conceptos de descentralización, desconcentración y delegación. No obstante, tal actividad no podría verse desligada de un control efectivo de la administración respecto de los diversos medios entregados y destinados al alcance de los objetivos constitucionales de la estructura estatal. Tal control, que ejerce la administración, ha de ser riguroso y lo ha de hacer frente a todo el capital humano que se involucra en el ejercicio de la función. Lo anterior con el fin de salvaguardar el bienestar general, pilar del Estado Social y Democrático de Derecho.

1.2.2.1 *Exposición de motivos*

A continuación presentamos, de manera sucinta, la exposición de motivos que dio origen al Código Disciplinario Único. En dicho discurso se reconoció el importante precedente que tenía en el sistema disciplinario la Ley 200 de 1995, sin embargo, en razón a importantes fenómenos sociales se hacía imperativo la reestructuración del régimen disciplinario, pues las sanciones se hacían inocuas respecto de la gravedad de las faltas. Así, a más de

generar impunidad, *la gestión disciplinaria pierde eficacia y poder de disuasión para evitar la comisión de faltas.*

De conformidad con el texto, presentado por el entonces procurador general de la nación, Jaime Bernal Cuéllar, justificaba la expedición de un nuevo régimen disciplinario entre otras en el vacío normativo en cuanto a los particulares que ejercen función pública. Textualmente se dijo:

“El código vigente no consagra un verdadero régimen especial para los particulares que ejerzan funciones públicas; se limita a mencionar que son destinatarios de la ley disciplinaria pero no regula lo relacionado con los deberes y prohibiciones que les son propios, las faltas específicas en que incurrir, ni las sanciones que pueden imponérselas, salvo la suspensión o terminación del contrato de prestación de servicios, sanción esta que no se puede aplicar porque fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional⁴⁸.

Igualmente, se sostuvo que la Ley 200 de 1995 limitaba la acción de las autoridades competentes toda vez que no ofrecía herramientas necesarias para combatir nuevas formas de corrupción y no ofrecía, según el Ministerio Público, sanciones adecuadas a las conductas que representan importante desmedro del erario, como, por ejemplo, el enriquecimiento ilícito.

En tal discurso no se hace expresa mención al tratamiento de los trabajadores oficiales toda vez que se asume por parte de la institucionalidad la aplicabilidad del régimen disciplinario a estos en razón de la subordinación propia que tienen frente a la administración⁴⁹ y, además, parece asimilarse su tratamiento al de los particulares en ejercicio de función pública. Tal

⁴⁸ República de Colombia, *Gaceta Del Congreso*. No 291, de julio 27 de 2000, p 1

⁴⁹ “El derecho disciplinario se aplica en el marco de relaciones de subordinación entre el funcionario y el Estado” (República de Colombia, *Ibíd.*)

representación se da como consecuencia de su naturaleza en gran parte compartida con los particulares.

Así, al referirse a los particulares recordó:

“El código vigente no consagra un verdadero régimen especial para los particulares que ejerzan funciones públicas; se limita a mencionar que son destinatarios de la ley disciplinaria pero no regula lo relacionado con los deberes y prohibiciones que les son propios, las faltas específicas en que incurrir, ni las sanciones que pueden imponérselas”⁵⁰

Igualmente, en la exposición de motivos del proyecto, al definir el fin de la reforma y con ello lo perseguido por la normativa disciplinaria se advirtió:

*“El derecho disciplinario se aplica en el marco de relaciones de subordinación entre el funcionario y el Estado, para exigir obediencia y disciplina en el ejercicio de la **función administradora** e imponer sanciones por la violación de los deberes, las obligaciones y la inobservancia de las prohibiciones e incompatibilidades que la ley establece **para el ejercicio de la función pública**. Como su nombre lo indica, el objetivo que persigue el derecho disciplinario consiste en mantener la disciplina al interior de la institución estatal, lo cual constituye un objetivo político del Estado diferente al que busca garantizar mediante el derecho penal”⁵¹.*

De otra parte se afirmó:

⁵⁰ Ibíd.

⁵¹ Ibíd. p 5.

Así mismo, se plasmó como principio rector la función propia de la sanción administrativa disciplinaria, que es de naturaleza preventiva y correctiva, y mediante la cual se garantiza la efectividad de los principios y fines constitucionales y legales que deben observarse al ejercer la función pública.⁵²

De lo anterior podemos concluir que el bien supremo que busca tutelarse por medio de la precitada normativa, es, en general, el buen funcionamiento de la administración, el cual se concreta en la búsqueda por parte del funcionario del cumplimiento de los principios y valores que han de guiar el ejercicio de la función pública, establecidos por la Carta Política en su artículo 209⁵³. En última instancia se tutela una eticidad en el ejercicio de la función, si se quiere de una moralidad. Ya de antaño son conocidas las importantes discusiones a propósito de las relaciones entre moral y derecho, bastará decir que lo moral en este campo se reduce a las acciones que buscan concretar los pilares y principios de la administración. Lo anterior se concreta en lo que la jurisprudencia y la doctrina ha dado por llamar, moralidad administrativa.

Múltiples críticas surgen de la lectura de la exposición de motivos, por ejemplo la pretensión de un ensanchamiento del Derecho disciplinario a ámbitos propios del derecho penal, tales como la cuestión de violaciones graves al derecho internacional de los derechos humanos, aun cuando el ordenamiento penal consagra como sanciones las que se pretenden instaurar como sanciones disciplinarias, no solo es un desgaste en el

⁵² *Ibíd.*

⁵³ La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.

ejercicio legislativo sino una inminente trasgresión al *non bis in ídem*, que no es posible sustentar so pretexto del cumplimiento de compromisos de carácter internacional, cuando estos han sido honrados por medio de otras formas legales y, además, salen del ámbito de protección propio del derecho disciplinario, que como se vio no es otra que la moralidad administrativa.

1.2.2.2 *La moralidad administrativa como bien jurídico protegido*

La moral como concepto normativo no parece de fácil delimitación así. por ejemplo, ha tomado importantes matices dentro de la discusión *ius* filosófica. Platón recuerda en uno de sus más memorados diálogos (Menón) el problema en términos de la virtud. En tal pasaje Sócrates, en diálogo con Menón, se ocupa de la “virtud”, su definición, su esencia, de si esta es una sola, “La virtud”, o por el contrario es el género que asume formas diversas de virtud, “virtudes”, como lo justo, lo honesto, lo responsable. Menón plantea en el marco del diálogo una definición de la virtud según el sujeto, así será diversa la virtud del hombre a la de la mujer, del niño a la del anciano⁵⁴. A lo anterior Sócrates parece escéptico, pues sin duda ve que a pesar de la existencia de múltiples virtudes, a ellas subyace una esencia común, tras varias líneas parece llegarse a un acuerdo de cara a la virtud como esencia, así Menón vuelve a dar una nueva definición así:

⁵⁴ “La cosa no es difícil de explicar, Sócrates. ¿Quieres que te diga, por lo pronto, en qué consiste la virtud del hombre? Nada más sencillo: consiste en estar en posición de administrar los negocios de su patria; y administrando, hacer bien a sus amigos y mal a sus enemigos, procurando, por su parte, evitar todo sufrimiento. ¿Quieres conocer en qué consiste la virtud de una mujer? Es fácil definirla. El deber de una mujer consiste en gobernar bien su casa, vigilar todo lo interior, y estar sometida a su marido. También hay una virtud propia para los jóvenes, de uno y otro sexo, y para los ancianos; la que conviene al hombre libre, también es distinta de la que conviene a un esclavo, en una palabra, hay una infinidad de virtudes diversas. Ningún inconveniente hay en decir lo que es la virtud, porque cada profesión, cada edad, cada acción, tiene su virtud particular.” Platón *Obras completas*, t.4, Madrid, Medina y Navarro, 1871, pp. 275-345 (277-282, Menón: 283-345).

“Menón. Me parece, Sócrates, que la virtud consiste, como dice el poeta, en complacerse con las cosas bellas y poder adquirirlas. Así, yo llamo virtud a la disposición de un hombre que desea las cosas bellas y puede procurarse su goce.

“Sócrates. Desear las cosas bellas, ¿es, en tu concepto, desear las cosas buenas?

“Menón. Sin duda”⁵⁵.

De lo anterior se sigue la discusión a propósito del bien y el mal, de lo bueno y lo malo. Es así como la cuestión se torna hacia la consideración final de que la virtud no parece ser otra cosa que el poder de procurarse el bien. Pero en tal evento, como lo reconoce Menón, con bastante facilidad se pasa de la virtud al vicio. Sócrates, sostiene que los medios para procurarse el bien han de estar ligados a valores de la justicia, o la templanza, o la santidad, o cualquiera otra parte de la virtud, de allí que existan eventos en que no procurarse el bien resulta lo más virtuoso lo que sin duda cuestiona la definición dada por su interlocutor. Posteriormente se sostiene que la virtud primero ha de ser indagada en su concepto, y que este solo es alcanzable por el recordar del alma la cual en su inmortalidad lo conoce todo y que vuelve a la vida gracias a Perséfone.

En resumen podemos decir que para Sócrates la virtud “*areté*” es alcanzable a través del acto de pensar, en otras palabras, solo quien goza de intelecto puede ser bueno, de allí que a su teoría se le haya dado el nombre de intelectualismo moral⁵⁶.

⁵⁵ Platón, *Obras completas*, t.4, Madrid, Medina y Navarro, 1871, págs. 275-345 (277-282, Menón: 283-345).

⁵⁶ L. Vallmajo, Riera. *Historia de la Filosofía*. Guadiel, 2003.pp. 290-295

Por su parte, la modernidad sin duda ha impuesto paradigmas a propósito de lo que resulta moral. En el marco de la discusión filosófica, i.g., Kant lo sitúa en el campo del imperativo categórico. Con este último se focalizó la situación de la moral en un problema de carácter práctico, restando centralidad a la preocupación teórica que había guiado la discusión sin referente en la razón práctica. “Qué he de hacer” y no la cuestión de lo qué es la moral o cuáles son sus mandatos o imperativos, es la preocupación kantiana. Al suponer la existencia de un imperativo universal que obliga a considerar al ser humano como fin y no como medio, generó la idea de un comportamiento moral que se oponía a la concepción utilitarista de lo moral.

La preocupación por lo moral asumió importantes estadios de la vida académica y pública, Hegel, en su sistema filosófico comprende el problema de lo moral y más allá de ello, el problema de lo ético como problema del desarrollo del Espíritu y, finalmente, del Estado, visto como eticidad: “porque hay que saber que el Estado es la realización de la libertad, es decir el fin último absoluto, él mismo es el motivo de su existencia”⁵⁷.

Este filósofo exponente por antonomasia del idealismo alemán propone un sistema tríadico partiendo de la razón como principio y fin del todo, de allí que todo lo real tenga por condición lo racional y todo lo racional ha de ser finalmente real. Basta con citar su *Filosofía del espíritu* la cual podría describirse como la condensación del proceso de reconciliación entre la idea y su negación, la naturaleza o fenómeno. Así, la idea exteriorizada en la naturaleza renace en el sujeto como forma de libertad: “El espíritu, mediante la libertad creadora (espíritu subjetivo) se hace objeto de las instituciones humanas y en su historia (espíritu objetivo) y finalmente toma conciencia de

⁵⁷ Hegel, Georg Wilhelm Friedrich. *Lecciones sobre filosofía de la historia*. Fondo de Cultura Económica.

sí mismo...”⁵⁸, en otras palabras es pasar de lo individual a lo comunal, del yo al nosotros. El espíritu objetivo se concreta en tres momentos, legalidad; moralidad y eticidad. Una vez el hombre como espíritu toma conciencia de su libertad plasma tal subjetividad en instituciones que permitan la construcción de un orden exterior. Ya en el plano de la moralidad tales instituciones o no son el principal factor en este estadio el orden y el comportamiento en sí obedece no a motivaciones provenientes del exterior sino por el deber moral y la intencionalidad. El tercer momento del espíritu positivo es el de la eticidad el cual es la síntesis de los dos anteriores estadios y es la concordancia entre las instituciones y las costumbres de la sociedad⁵⁹. Este último se concreta tras el proceso dialéctico en el Estado como fin en sí mismo, en pro de la libertad como bien supremo.

Con lo anterior hemos esbozado algunas de las más amplias discusiones a propósito de lo moral. Como vimos con Hegel la moralidad constituye un elemento esencial en la fundamentación de una eticidad estatal. Todo lo antes dicho, en el caso del funcionamiento del Estado, se concreta en lo que se ha dado en llamar moralidad administrativa. En términos hegelianos podríamos decir que este tipo de moralidad es la objetivación de las normas jurídicas establecidas para el buen funcionamiento de la administración desde diversos ámbitos que permiten llegar a un estado ético que hace parte de la costumbre de núcleos esenciales de lo ético, a saber, la familia, la sociedad y el Estado.

La moralidad administrativa fue consagrada en el artículo 209 de la Carta Política como un principio de la función pública y, de igual manera, el artículo 88 constitucional lo estableció como un derecho sujeto a protección y del

⁵⁸ L. Vallmajo, Riera. Ób, Cit. p.292

⁵⁹ Ibíd.

cual el Estado es garante⁶⁰. Con lo anterior se le concedió a la figura una doble naturaleza: principio y derecho.

Al respecto de la moralidad administrativa como derecho se ha dicho por la jurisprudencia que es "el derecho colectivo a que los servidores públicos se ajusten a la Constitución y a las leyes que rigen las actuaciones de los funcionarios públicos"⁶¹, sin embargo, tal naturaleza, como derecho, aparece tan solo hasta los trabajos preparatorios de la Constituyente de 1991, sin precedente alguno y se justificó así:

*"Ni la Constitución de 1886 ni ninguna de las reformas realizadas hasta el presente han reconocido en forma explícita los derechos colectivos. Por tanto, su existencia se infiere indirectamente de la norma que menciona los deberes sociales del Estado (art. 16). En efecto, puesto que cada deber se encuentra asociado de manera indisoluble a un derecho, el reconocimiento de deberes sociales del Estado implica, necesariamente, el de los derechos sociales o colectivos Sin embargo, la dimensión e importancia de los derechos colectivos se evidencia cuando se vulneran o se desconocen los intereses que ellos encarnan, ya que, en tales circunstancias, se produce un agravio o daño colectivo"*⁶²

Tal disposición constitucional sería posteriormente desarrollada por la Ley 472 de 1998 la cual, y como lo recuerda la jurisprudencia en su ponencia para primer debate, definió la moralidad administrativa así:

⁶⁰ "La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad pública, la moral administrativa (...)."

⁶¹ Tribunal Administrativo De Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, Exp. No. a.p.2005-0828 M.P. doctor. Juan Carlos Garzón Martínez, Bogotá D.C., del primero de diciembre de 2.005.

⁶²República de Colombia. *Gaceta Constitucional* No. 46. p 24. Lunes 15 de abril de 1991.

“Se entenderá por moral administrativa el derecho que tiene la comunidad a que el patrimonio público sea manejado de acuerdo con la legislación vigente, con la diligencia y cuidado propios del buen funcionario”. Sin embargo, esta definición fue eliminada en el segundo debate, de acuerdo con la propuesta presentada por “Fundepúblico”, sin que exista constancia de las razones de la decisión. Sobre el particular el Consejo de Estado ha precisado reiteradamente que la moralidad administrativa es una norma en blanco que debe ser interpretada por el juez bajo la hermenéutica jurídica y aplicada al caso concreto conforme a los principios de la sana crítica”⁶³.

En este mismo sentido la sección tercera del Consejo de Estado afirmó que:

“Para evaluar la moralidad administrativa, no existen fórmulas de medición o análisis, se debe acudir al caso concreto, para sopesar la vulneración a éste derecho colectivo, derecho que en todos los casos debe estar en conexidad con otros derechos o principios legales y constitucionales para que pueda ser objeto de una decisión jurídica, a su vez, debe existir una transgresión al ordenamiento jurídico con la conducta ejercida por la autoridad. Sin estos elementos no se configura, la vulneración de éste derecho colectivo y las afirmaciones de los actores no pasarían de ser meras abstracciones, y los casos analizados se transformarían en dogmas. Sin embargo, como ya lo había manifestado esta Sala, no toda ilegalidad atenta contra el derecho colectivo a la moralidad administrativa, hace falta que se pruebe la mala fe de la administración y la vulneración a otros derechos colectivos”⁶⁴

⁶³Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, C.P: Ligia López Díaz, Rad.: 25000-23-24-000-1999-9001-01(AP-300) de 31 de mayo de 2002.

⁶⁴Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Exp.: AP-163 del 6 de septiembre de 2001

En salvamento de voto dentro del radicado 25000-23-26-000-2002-1204-01(AP) IJ, y consciente de la inexistencia de una claridad de cara a la moralidad administrativa como concepto, el consejero hace una importante afirmación: “Pese a que aún no se ha decantado el concepto, lo que sí pretendo es dejar claro que la moralidad administrativa en principio, solamente es exigible de quienes ejercen función administrativa”⁶⁵, lo anterior es una importante paso en la delimitación de los sujetos que tienen capacidad de afectación a este bien jurídico objeto de protección del derecho disciplinario.

Es de resaltar igualmente cómo el derecho colectivo a la moralidad administrativa ha sido objeto de múltiples desarrollos posteriores por vía jurisprudencial, destacándose por su importancia y claridad el siguiente pronunciamiento:

“la moralidad administrativa como derecho colectivo no se encuentra definida en la Ley 472 de 1998, dado que al desarrollar las acciones populares y de grupo, sencillamente se limita a reconocer su carácter de derecho colectivo (artículo 4). Sin embargo, y consciente de que en muchas oportunidades las definiciones no son siempre deseables porque con las palabras se imponen limitaciones artificiales a la realidad, la Sala, partiendo del fallo de la Corte Constitucional No T-503 de 1994, y acogiendo la definición de moral que en el mismo se hace, ha dado en definir la moralidad administrativa como el conjunto de principios, valores y virtudes fundamentales aceptados por la generalidad de los individuos, que deben informar permanentemente las actuaciones del Estado, a través de sus organismos y agentes, con el fin de lograr la convivencia de sus miembros, libre, digna y

⁶⁵Consejo de Estado, Sala Plena de Lo Contencioso Administrativo, C.P: Camilo Arciniegas Andrade Rad.: 25000-23-26-000-2002-1204-01(AP)IJ del 9 de diciembre de 2003. pp 70 y ss.

respetuosa, así como la realización de sus asociados tanto en el plano individual como en su ser o dimensión social.

Es de anotar que a diferencia de lo que puede suceder con la moral en general, en el campo de la moralidad administrativa existen conductas no solo generalmente aceptadas como inmorales, sino ilegales y hasta penalmente sancionadas, tales como el cohecho por dar u ofrecer, el tráfico de influencias y la celebración indebida de contratos. Así mismo, el artículo 40 de la Ley 472 de 1998 reconoce como acto de inmoralidad administrativa, por ejemplo, los sobrecostos en la contratación.

Lo anterior facilita evidentemente la labor de determinar si cierta conducta dentro de la Administración es o no inmoral y obedece al interés supremo que envuelve el ejercicio de la función pública en cualquier orden: el interés general, pues la actividad del Estado debe ser transparente dado que los asociados han depositado en este ente, en todos sus órdenes, la confianza de que a través suyo pueden y deben desarrollarse en toda su dimensión personal, familiar, social y colectiva.

Esa transparencia implica, entre otros aspectos, el impecable manejo de los bienes y dineros públicos en beneficio de todos, y si todos somos los beneficiarios y por qué no, si constitucionalmente se tiene el deber de contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de los conceptos de justicia y equidad (artículo 95 ib.), uno de los derechos correlativos es el de reclamar la debida transparencia en su manejo, puesto que es elemental que repugne a los asociados no sólo que se haya defraudado su confianza, sino que

*se hayan malversado sus fondos, porque suyos y para su beneficio son*⁶⁶.

Se ha de aclarar que a pesar de la doble naturaleza que ostenta este principio se debe diferenciar el carácter de principio y/o de derecho que adquiere este instituto. Tal esfuerzo lo realiza el Consejo de Estado al expresar que:

*“a la luz de la Constitución Política, la moralidad administrativa ostenta naturaleza dual (...). En el primer caso, esto es como principio, orienta la producción normativa infra-constitucional e infra-legal a la vez que se configura como precepto interpretativo de obligatoria referencia para el operador jurídico; y como derecho o interés colectivo, alcanza una connotación subjetiva, toda vez que crea expectativas en la comunidad susceptibles de ser protegidas (...)*⁶⁷

En el mismo fallo, respecto de los eventos que vulneran el derecho a la moralidad administrativa ha señalado que:

*“... puede resultar vulnerado o amenazado cuando se verifiquen varios supuestos. En primer lugar, resulta necesario que se pruebe la existencia de unos bienes jurídicos afectados y su real afectación. Al entender de esta Sala dichos bienes jurídicos comprenderían la buena fe, la ética, la honestidad, la satisfacción del interés general, la negación de la corrupción, entre otros; y habrá lugar a que se configure de forma real su afectación, si se prueba el acaecimiento de una acción u omisión, **de quienes ejercen funciones***

⁶⁶Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección cuarta. C.P. doctor Delio Gómez Leyva, Radicación número: AP-054 del 9 de febrero de 2001.

⁶⁷Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera. C.P: doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Bogotá D.C., 8 de junio de 2011.

administrativas, con capacidad para producir una vulneración o amenaza de dichos bienes jurídicos, que se genera a causa del desconocimiento de ciertos parámetros éticos y morales sobre los cuales los asociados asienten en su aplicación. En segundo término, la jurisprudencia constitucional y contencioso administrativa han reiterado que la vulneración a la moralidad administrativa supone generalmente el quebrantamiento del principio de legalidad. (...) Por último, la jurisprudencia ha reiterado que la vulneración de la moralidad administrativa coincide con "el propósito particular que desvíe el cumplimiento del interés general al favorecimiento del propio servidor público o de un tercero", noción que sin duda se acerca a la desviación de poder⁶⁸.

Todo lo anterior se concreta en la forma en que finalmente se configuró el artículo 22 del CDU cuyo tenor contempla:

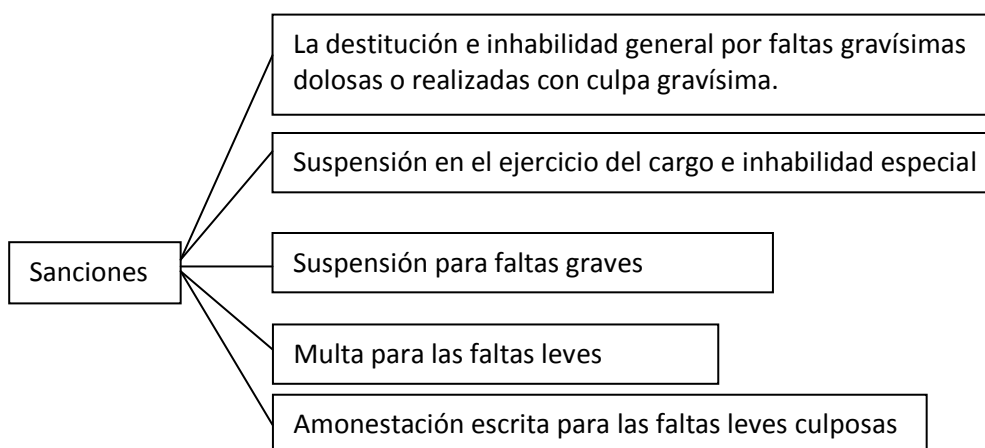
“Garantía de la función pública. El sujeto disciplinable, para salvaguardar la moralidad pública, transparencia, objetividad, legalidad, honradez, lealtad, igualdad, imparcialidad, celeridad, publicidad, economía, neutralidad, eficacia y eficiencia que debe observar en el desempeño de su empleo, cargo o función, ejercerá los derechos, cumplirá los deberes, respetará las prohibiciones y estará sometido al régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflictos de intereses, establecidos en la Constitución Política y en las leyes”

Con lo anterior no queda duda de que el régimen disciplinario encuentra su razón última en la garantía del cumplimiento de la Función Pública bajo los valores constitucionales ya mencionados.

⁶⁸ *Ibíd.*

1.2.2.3 Sanciones consagradas por el régimen disciplinario de los servidores públicos.

En su título V la Ley 734 de 2002, capítulo II, establece lo pertinente a la clasificación y límites de las sanciones. A continuación, y conforme el articulado pertinente, se presenta la estructura en materia de sanciones.



Gráfica 3. Clasificación de las sanciones disciplinarias de la ley 734 de 2002.

Elaboración propia.

Cada una de estas sanciones se concreta según el artículo 45 de la siguiente manera: al respecto de la destitución e inhabilidad general se materializa en la terminación de la relación del servidor con la administración; la destitución en el caso de los empleados públicos, la desvinculación del cargo en los eventos de los artículos 110⁶⁹ y 278⁷⁰ constitucionales; la terminación del

⁶⁹ “Artículo 110. Se prohíbe a quienes desempeñan funciones públicas hacer contribución alguna a los partidos, movimientos o candidatos, o inducir a otros a que lo hagan, salvo las excepciones que establezca la ley. El incumplimiento de cualquiera de estas prohibiciones será causal de remoción del cargo o de pérdida de la investidura”.

⁷⁰ “Artículo 278. El Procurador General de la Nación ejercerá directamente las siguientes funciones:

1. Desvincular del cargo, previa audiencia y mediante decisión motivada, al funcionario público que incurra en alguna de las siguientes faltas: infringir de manera manifiesta la Constitución o la ley; derivar evidente e indebido provecho patrimonial en el ejercicio de su

contrato de trabajo, la cual es exclusivamente aplicable a los trabajadores oficiales, que como se vio son aquellos que dentro de la organización administrativa se vinculan por medio de contrato laboral. Aunado a lo anterior, la norma establece que en todos los casos comprendidos por la destitución e inhabilidad general por faltas gravísimas dolosas o realizadas con culpa gravísima, van acompañadas por la imposibilidad de ejercer la función pública en cualquier cargo o función, según lo determine el fallo, además de la exclusión del escalafón o carrera. Sin embargo, esta última consecuencia claramente no es aplicable a los trabajadores oficiales pues estos, y como se dijo, a diferencia de los empleados públicos, no están en régimen de carrera y con ello no son susceptibles de escalafonar dentro del mismo.

Cabe resaltar en este punto la imprecisión terminológica de la ley, toda vez que en ningún caso puede entenderse destitución como terminación del contrato de trabajo o despido. El legislador yerra al subsumir la segunda dentro de la primera, pues parece diáfana la existencia de la diferencia doctrinaria entre una y otra categoría jurídica, pues la destitución solo puede predicarse de funcionarios vinculados por medio de una relación legal y reglamentaria y con ello han sido nombrados y posesionados en los cargos.

cargo o de sus funciones; obstaculizar, en forma grave, las investigaciones que realice la Procuraduría o una autoridad administrativa o jurisdiccional; obrar con manifiesta negligencia en la investigación y sanción de las faltas disciplinarias de los empleados de su dependencia, o en la denuncia de los hechos punibles de que tenga conocimiento en razón del ejercicio de su cargo.

2. Emitir conceptos en los procesos disciplinarios que se adelanten contra funcionarios sometidos a fuero especial.

3. Presentar proyectos de ley sobre materias relativas a su competencia.

4. Exhortar al Congreso para que expida las leyes que aseguren la promoción, el ejercicio y la protección de los derechos humanos, y exigir su cumplimiento a las autoridades competentes.

5. Rendir concepto en los procesos de control de constitucionalidad.

6. Nombrar y remover, de conformidad con la ley, los funcionarios y empleados de su dependencia”.

Mientras la terminación va exclusivamente a aquellos servidores vinculados por medio de un contrato de trabajo.

Respecto de la suspensión el CDU la concibe como la separación del ejercicio del cargo, y no de cualquier cargo sino de aquel que en ejercicio y con ocasión de la función desempeñada dio lugar a la comisión de una conducta calificada como falta. Al igual que en el anterior evento, la suspensión va acompañada de la imposibilidad de ejercer la función pública en cualquier cargo o función, por el tiempo y según lo determine el fallo. En este evento el legislador no contempló la pérdida del escalafón para el caso de los empleados públicos, como sanción.

En cuanto a la multa solo establece que es una sanción de tipo pecuniario e impone un límite a tal sanción en el artículo 46, según el cual la multa no podrá ser inferior a 10 ni superior a 180 días de salario básico mensual devengado por el funcionario al momento de la comisión de la falta.

Finalmente, encontramos la amonestación como forma de sanción, la cual consiste en un llamado de atención con carácter formal, que deberá hacerse por escrito y, además de ello, deberá ser registrada en la hoja de vida.

CONCLUSIONES

Como conclusión de este primer capítulo podemos enumerar las siguientes

1. La estructura que del empleo público en Colombia se mantuvo en la Carta política de 1991 diferencia las categorías de trabajador oficial y de empleado público.

2. El régimen disciplinario consagrado tanto en la Ley 200 de 1995 como la Ley 734 de 2002 tiene por bien jurídico el de la moralidad administrativa en el ejercicio de la función pública.

3. En los servidores públicos vinculados por contrato de trabajo, no es cierto que transgredan la moralidad administrativa, pues no todos ellos cumplen función pública.

CAPÍTULO II

DEL TRABAJADOR OFICIAL

2 GENERALIDAD

Por ser objeto central de análisis, esta categoría de trabajadores, se vincula a través de un contrato laboral, es decir, por una relación contractual, que según Villegas Arbeláez⁷¹, se relaciona con la noción de Estado interventor o empresario, pues aquí el Estado busca optimizar sus recursos, en este caso el capital humano, para la consecución de unos objetivos específicos que le permiten competir en igualdad de condiciones con los particulares que ejercen similares actividades empresariales. En estos eventos, el ente estatal se somete, en cierto grado, a regularse por instituciones propias de los particulares, con ello se desprende de la condición intrínseca de poder, para adentrarse en un juego, como ya se dijo, de igualdad de condiciones.

La legislación y la doctrina, de conformidad con aquella, han establecido que serán trabajadores oficiales aquellos que ofrecen su fuerza de trabajo en la construcción, mantenimiento o sostenimiento de obras públicas en los distintos órganos del Estado, también lo serán, por regla general, quienes presten sus servicios a empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta, en donde el Estado tenga participación mayoritaria. Estos servidores públicos lo son en razón de la existencia de un vínculo contractual con la administración. Obando Garrido establece dentro de tales categorías de trabajadores oficiales además de los aquí mencionados, a los trabajadores de departamentos y municipios en desarrollo de funciones de construcción, mantenimiento o sostenimiento de

⁷¹ Arbeláez, Villegas. Jairo. Derecho administrativo laboral T1, 8a ed., Bogotá 2008. Legis. p. 245

obras públicas, trabajadores oficiales en contratos por administración delegada⁷². De igual forma se encuentran los trabajadores oficiales de empresas sanitarias⁷³, los trabajadores oficiales del sector salud⁷⁴; personas naturales que prestan servicios al Banco de la República, con excepción de los directivos y empleados de responsabilidad⁷⁵; los trabajadores del Instituto Nacional de la Reforma Urbana, y los demás que la ley determine.

Villegas Arbeláez⁷⁶, afirma que los trabajadores oficiales no son únicamente los mencionados, sino que también han de considerarse como tales, en virtud del artículo 5 de la Ley 4ª de 1913, los servidores cuyas actividades puedan ser desempeñadas por cualquier otra persona o que trabajen en entidades que compartan una naturaleza similar a la de los particulares⁷⁷.

La Corte Suprema de Justicia se pronunció al respecto, afirmando:

⁷² Se considerarán como del servicio oficial los empleados de contratistas de obras que se ejecutan por cuenta de las entidades públicas cuando los contratistas, en la realización de los trabajos, son meros agentes de las obras y los sueldos son pagados con fondos oficiales. (Decreto 652 de 1935 art 4º inc. 2º por el cual se reglamenta la Ley 10 de 1934, en lo relativo a los derechos de los empleados particulares.) Estas relaciones se rigen de conformidad con las normas de trabajadores oficiales (Decreto legislativo número 3153 de 1953 por el cual se reglamentan las disposiciones laborales que rigen algunos trabajadores oficiales).

⁷³ Son trabajadores oficiales las personas vinculadas a entidades dedicadas al tema sanitario con excepción de los gerentes quienes tienen la calidad de empleados públicos. (Decreto Ley 1157 de 1976, artículo 23, p:33)

⁷⁴ Serán trabajadores oficiales quienes presten servicios destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria o de servicios generales en entidades oficiales dedicadas a la salud (Ley 10 de 1990 Art 26 Parágrafo)

⁷⁵ Ver, Ley 31 de 1992 publicada en el Diario Oficial. año CXXVIII. No. 40707. 4, enero, 1993. p.1.

⁷⁶ Villegas Arbeláez, Jairo. Ób. Cit.

⁷⁷ Decreto 2127 de 1945, Por el cual se reglamenta la Ley [6a.](#) de 1945, en lo relativo al contrato individual de trabajo, en general. "Artículo **4o.** No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, las relaciones entre los empleados públicos y la administración Nacional, Departamental o Municipal no constituyen contratos de trabajo, y se rigen por leyes especiales, a menos que se trate de la construcción o sostenimiento de las obras públicas, o de empresas industriales, comerciales, agrícolas o ganaderas que se exploten con fines de lucro, o de instituciones idénticas a las de los particulares o susceptibles de ser fundadas y manejadas por estos en la misma forma".

“de tal modo están dispuestas las cosas en el artículo 4 del Decreto 2127 de 1945 que la excepción es de contenido más amplio que la presunción, pues siempre serán más numerosos los trabajadores amparados con el contrato de trabajo que los que no lo estén (...)”

“Con la excepción muy notoria de los servicios de las ramas ejecutiva, legislativa y jurisdiccional del poder público, los miembros de las fuerzas armadas, empleados de los resguardos y empleados políticos (...) Quizá no haya ninguna otra actividad que no sea susceptible de fundarse al modo de los particulares, Tanto es así, que la mayoría de ellas son hoy día son servidas al mismo tiempo por el Estado y particulares.

“Quedan así excluidos del derecho individual del trabajo únicamente aquellos funcionarios de la administración cuya relación de trabajo por las funciones puestas en actividad por el Estado deban ser consideradas como ligadas a éste por una relación de Derecho público, ya que obran en ejercicio de las que son atribuciones exclusivas de aquel”⁷⁸.

De lo anterior se puede deducir que de no ser posible encuadrar las funciones como propias de alguna de las ramas del poder público, como la legislativa, la judicial y/o la ejecutiva, por ser actos jurídicos propios de las ramas del poder público, no realizables por particulares, al menos no *motu proprio*, debe entenderse la existencia de un contrato laboral de carácter privado y no una relación de Derecho público.

⁷⁸Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 6 de julio de 1955 citada por, Villegas Arbeláez, Jairo Ob. Cit., p. 45

No obstante, la anterior clasificación no ha sido pacífica, así, otros autores sugieren a esta división como insuficiente, por ejemplo, Villegas Arbeláez⁷⁹, sostiene que además de dichas categorías ha de hablarse también de “funcionario público”, lo cual va más allá de la descripción dada por el legislador, reafirmando lo dispuesto por el art. 5 de la Ley 4 de 1913, sobre régimen político y municipal⁸⁰. Sin embargo, se considera que en virtud del régimen constitucional la categoría funcionario queda hoy subsumida por la de empleado público, descrita en la Carta Política.

Resulta importante resaltar que la calidad “trabajador oficial” no la da la mera existencia de un contrato de trabajo, sino que dicha categoría se la reserva la ley, así, será la misma la que determine quién ostenta tal calidad dentro de la administración y quien no, determinando la calidad de empleado público en sus diversas modalidades o contratista en cuales quiera situación. Al respecto, resulta ilustrativo citar a la Honorable Corte Suprema de Justicia, que en reciente oportunidad afirmó:

⁷⁹ Ibíd. Este autor enumera las insuficiencias en la clasificación hecha por el Decreto 3135, la primera, la ausencia de la categoría de “funcionario público” ya anteriormente contenida en el régimen político y municipal de 1913, en segundo lugar la falta de precisión de los elementos y criterios de determinación de las diversas categorías de trabajadores; acusa la vaguedad de la disposición y la no definición de lo que implica la expresión “construcción y sostenimiento de obras públicas”. Así en cada una de estas críticas establece la existencia de normas que de mejor forma atienden la problemática, en su consideración, si se encargan de ello otras normas, Decreto reglamentario 2127 de 1945 y el precitado régimen político y municipal.

⁸⁰ Artículo 5o. Son empleados públicos todos los individuos que desempeñan destinos creados o reconocidos en las leyes. Lo son igualmente los que desempeñan destinos creados por ordenanzas, acuerdos y decretos válidos. Dichos empleados se clasifican en tres categorías, a saber:

1. Los magistrados, que son los empleados que ejercen jurisdicción o autoridad.
2. Los simples funcionarios públicos, que son los empleados que no ejercen jurisdicción o autoridad, pero que tienen funciones que no pueden ejecutar sino en su calidad de empleados; y
3. Los meros oficiales públicos, que son los empleados que ejercen funciones que cualquiera puede desempeñar, aun sin tener la calidad de empleado.

“No escapa a la Sala que el actor pudo estar afiliado a la organización sindical, haber estado vinculado por un contrato de trabajo y ser beneficiario de lo estatuido en la convención colectiva de trabajo, pero ello, per se, no significa que fuera trabajador oficial, pues resulta insoslayable que es la propia ley, y no las partes, la que determina la naturaleza del vínculo laboral de los servidores distritales, que, como se dijo en antes, por regla general son empleados públicos.

Sobre el particular, la Sala en sentencia de 18 de marzo de 2003, radicación 20173, sostuvo:

“La circunstancia de que la entidad demandada haya aportado la copia de un contrato de trabajo en nada podía modificar la decisión impugnada, puesto que la definición de la relación personal de servicio con la administración pública corresponde al legislador y no a las parte”.

Y en fallo de 5 de febrero de 2008, radicación 31.678, razonó:

“Al margen de esa contradicción lógica, se tiene que la posición del Tribunal de negarle vocación a esa documental para ver de establecer la calidad de trabajador oficial, como que esa determinación está reservada a la ley, de modo que ni la convención colectiva de trabajo, ni el contrato de trabajo, ni la voluntad del empleador tienen aptitud para perfilar tal condición jurídica, se corresponde, a plenitud, con la orientación doctrinaria que, al respecto, ha consolidado esta Sala de la Corte. Así, por ejemplo, en sentencia de 3 de noviembre de 2000 (Rad. 14.140), expresó: Ya ha tenido oportunidad de manifestar esta Sala, que la facultad de fijar la categoría de los empleos públicos, aún antes de la expedición del Decreto 1333 de 1986, es exclusiva del legislativo, en todos los

órdenes territoriales. Solo pudiendo, las Asambleas y Concejos, en lo que respecta a los departamentos y municipios y dentro de los cánones legales, regular la categoría de los empleos de los entes descentralizados territoriales a través de los estatutos de personal, pero no la categoría de los empleados vinculados directamente con el ente territorial, como lo es el actor. En sentencia del 29 de enero de 1997, dijo esta Corporación en caso similar y que para el presente asunto resulta pertinente:

“Bajo el régimen constitucional y legal vigente en 1986 solo el legislador podía establecer la categoría de los empleos públicos. Así surge del artículo 76 de la Constitución de 1886 y así se desarrolló este mandato constitucional, como ocurrió con la expedición del artículo 1º de la Ley 6ª de 1945 reglamentado por el artículo 4º del Decreto 2127 del mismo año; el artículo 5º del decreto legislativo 3135 de 1968; y el propio artículo 292 del Decreto 1333 de 1986 que igualmente tiene fuerza de ley por ser emanación de precisas facultades pro-tempore cedidas por el Congreso al Ejecutivo “La facultad de fijar la categoría de los empleos públicos como facultad exclusiva del Congreso se refería a todos los órdenes territoriales y desde luego a las entidades descentralizadas (nacionales o regionales)”⁸¹.

2.1 LA RELACIÓN ADMINISTRATIVA LABORAL

Respecto del trabajador oficial la legislación colombiana le reconoce el régimen laboral en la Ley 6 de 1945, reglamentada por el Decreto 2127 de 1945 cuyo contenido no difiere en mucho de la legislación que regula las

⁸¹ Corte Suprema De Justicia, Sala de Casación Laboral. Exp. No. 38805, sentencia del 06 de julio de 2011. M.P., doctor Carlos Ernesto Molina Monsalve. pp.13-15.

relaciones laborales entre particulares, contenida en el Código Sustantivo del Trabajo.

2.1.1 Elementos de la relación administrativa Laboral

La relación administrativa laboral, aplicable a los trabajadores oficiales, se constituye por la existencia de los elementos que clásicamente se han señalado en el desarrollo doctrinario y jurisprudencial del derecho laboral, a propósito de la existencia del contrato de trabajo, que como se dijo con anterioridad es la forma de vinculación del trabajador oficial. Así, brevemente, son elementos de la relación administrativa laboral.

2.1.1.1 La prestación personal del servicio. En líneas generales este dispone que la labor pactada debe ser ejecutada por la parte contratada, por sí mismo, lo que excluye la posibilidad de que alguien más, un tercero, cualesquiera sean sus calidades, pueda relevar, sustituir, delegar la labor referenciada.

2.1.1.2 Subordinación o dependencia. La Corte Constitucional definió este elemento como

“un poder jurídico permanente de que es titular el empleador para dirigir la actividad laboral del trabajador, a través de la expedición de órdenes e instrucciones y la imposición de reglamentos, en lo relativo a la manera como éste debe realizar las funciones y cumplir con las obligaciones que le son propias, con miras al cumplimiento de los objetivos de la empresa, los cuales son generalmente económicos. Se destaca dentro del elemento subordinación, no solamente el poder de dirección, que condiciona la actividad laboral del trabajador, SINO EL PODER DISCIPLINARIO que el empleador ejerce sobre éste para

*asegurar un comportamiento y una disciplina acordes con los propósitos de la organización empresarial y el respeto por la dignidad y los derechos de aquél*⁸².

2.1.1.3 *Retribución económica. Es la contraprestación a la labor realizada.*

2.2 RÉGIMEN JURÍDICO-NORMATIVO DEL TRABAJADOR OFICIAL

Dados los elementos expuestos y de conformidad con el planteamiento de una teoría desde el carácter y naturaleza propia de las formas de vinculación con la administración, para el caso concreto de los trabajadores oficiales, podemos afirmar sin temor que el régimen jurídico propio de dicha forma de vinculación con la administración y según lo expuesto con anterioridad, resulta ser la legislación laboral. En este sentido la Corte Suprema de Justicia, CSJ, expuso:

*“La similitud en el tratamiento que surge de la regulación de las relaciones individuales de trabajo del sector privado y de la aplicable a los trabajadores oficiales ha llevado a que exista una jurisprudencia que, en muchos aspectos, resulta común, pues corresponden a unos mismos principios e instituciones del derecho laboral, que rigen tanto para el sector privado como para el caso de los servidores del Estado, vinculados por contrato de trabajo.”*⁸³

Con ello les son plenamente aplicables las siguientes normas:

- Artículo 150, numerales 7, 19, literal f) y 123 de la C.P.

⁸² Corte Constitucional. Sentencia C-386/00, del 5 de abril de 2000 M.P. doctor. Antonio Barrera Carbonell.

⁸³ Corte Suprema De Justicia. Sala de Casación Laboral. Exp. N° 37656, fallo del 10 de mayo de 2011, M.P., Gustavo José Gnecco Mendoza.

- Ley 6ª de 1945.
- Decretos 2127 de 1945, 3153 de 1953, 3135 de 1968, 3148 de 1968, 1848 de 1969, 1042 de 1978, 1045 de 1978.
- Leyes 10 de 1990 y 4ª de 1992
- Código Sustantivo Del Trabajo - Decreto Ley 3743 de 1950, el cual fue publicado en el *Diario Oficial*, No 27.622, del 7 de junio de 1951, compilando los decretos 2663 y 3743 de 1950 y 905 de 1951>, artículo 4º.
- Ley 142 de 1994 (empresas de servicios públicos). Banco de la República, Ecopetrol, etc.

Del anterior conjunto de normas resulta necesario resaltar que ellas, en su mayoría, refieren el carácter esencial que tiene el contrato laboral, la convención o pacto colectivo, y el reglamento de trabajo, en la regulación de la relación administrativa laboral. Hemos de aclarar que de manera expresa el art. 4º del Código Sustantivo del Trabajo establece que las relaciones individuales de trabajo de los trabajadores Oficiales no se rigen por dicho Código, sino “por estatutos especiales”. En lo fundamental los Estatutos Especiales, que el citado art. 4º anuncia y que “posteriormente se dicten”, sin embargo después de décadas no se han expedido, por lo que es forzoso remitirnos a lo poco que con alguna particularidad subsiste. Se trata de la Ley 6ª/45 y su Decreto reglamentario. 2127 de 1945. De conformidad con lo establecido por el artículo 19 de dicho decreto reglamentario se sabe que:

“En todo contrato de trabajo se consideran incorporadas, aunque no se expresen, las disposiciones legales pertinentes, las cláusulas de las convenciones colectivas o fallos arbitrales respectivos, y las normas del reglamento interno de la empresa, las cuales, por otra

*parte, sustituyen de derecho las estipulaciones del contrato individual, en cuanto fueren más favorables para el trabajador.*⁸⁴

2.2.1 *Del contrato de trabajo*

Conforme a lo expuesto, es necesario señalar que la Ley 6ª de 1945, en su artículo primero, consagra la existencia de contrato de trabajo con la presencia de los tres elementos constitutivos de la relación laboral. El Decreto 2127 de 1945 en su artículo 2º confirma lo hasta aquí dicho, cuando establece que:

*para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos tres elementos: a. La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo; b. La dependencia del trabajador respecto del patrono, que otorga a éste la facultad de imponerle un reglamento, darle órdenes y vigilar su cumplimiento, la cual debe ser prolongada, y no instantánea ni simplemente ocasional, c. El salario como retribución del servicio*⁸⁵.

Sin embargo, y como se afirmó con anterioridad, el carácter de trabajador oficial no pende única y exclusivamente de la existencia o no, de un contrato laboral con la administración, pues más allá de este elemento se requiere que la ley así lo establezca de conformidad con criterios funcionales u orgánicos, como hasta hoy lo ha hecho. No obstante aquí se ha de resaltar la existencia de una relación laboral que va más allá de la teoría contractualista-laboral clásica.

⁸⁴ República de Colombia. Decreto 2127 de 1945. Por el cual se reglamenta la ley 6ª de 1945, en lo relativo al contrato individual de trabajo, en general, art. 19.

⁸⁵ *Ibíd.* Art. 2

2.2.2 De la potestad de dirección del empleador

Esta facultad que se concede al patrono, y cuyo ejercicio encuentra como límites los lineamientos trazados por la relación contractual-laboral, las disposiciones legales y constitucionales pertinentes, consiste en la potestad del empleador de tomar decisiones en pro del buen desarrollo y ejecución de la labor contratada, como protección de los intereses propios de la empresa, o para el caso de los servidores públicos del Estado. De acuerdo con Hernández Rueda:

“Esto se traduce, en hecho y en derecho, en la facultad de dar órdenes, impartir instrucciones y trazar directivas, en la facultad de legislar en el seno de la empresa, en la facultad de imponer sanciones disciplinarias y en diversas facultades o derechos (de control, de ordenar la empresa, de variar las condiciones de trabajo), reconocidos al empleador como necesarios para conducir la empresa.”⁸⁶.

De conformidad con el mismo autor, la doctrina ha buscado el fundamento de este poder de dirección en al menos tres teorías, la tesis contractualista⁸⁷, la tesis institucional⁸⁸ y una tesis intermedia⁸⁹.

⁸⁶ Hernández Rueda, Lupo. “Poder de Dirección del empleador”. En *Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social*. Buen Lozano, Néstor de, Morgado Valenzuela, Emilio (coord.). [online] México 1997 Instituto De Investigaciones Jurídicas, Serie G: Estudios Doctrinales Núm. 188 [ISBN 968-36-6126-2](#).

Disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=139>

⁸⁷ Esta tesis sostiene que el fundamento esencial del poder de dirección a favor del empleador se deriva directamente del contrato laboral, de las leyes que regulan la relación patrono-trabajador y de las convenciones colectivas que igualmente buscan reglamentar, definir y dar límites a las potestades u obligaciones emanadas del contrato laboral. (Hernández Rueda, p.408).

⁸⁸ “La tesis institucional o institucionalista considera a la empresa como una agrupación de personas reunidas y organizadas permanentemente, conforme a los estatutos que confieren determinados poderes a los órganos de dicha asociación, semejantes ----guardando la distancia---- a los poderes del Estado. De este modo, el poder disciplinario es una cualidad inherente al jefe de la empresa, complemento necesario del derecho de dirección” (Hernández Rueda, p.408).

Son características de esta potestad las siguientes: a) es un derecho reconocido por la ley o el contrato. La gran mayoría de las legislaciones nacionales lo establecen, reglamentan y protegen legalmente dentro de su ordenamiento jurídico; b) es una facultad unilateral del empleador, que no requiere de la aceptación o el consentimiento del trabajador; c) es un poder discrecional, ni injusto ni arbitrario; d) tiene carácter funcional, atendiendo a los fines de la empresa y a las exigencias de la producción, sin perjuicio de la preservación de los derechos personales y patrimoniales del trabajador; e) es delegable, el empleador puede y generalmente se hace representar por el personal de dirección; f) es un derecho esencial o fundamental de la relación de trabajo; g) no es un derecho absoluto, sino una facultad limitada, que debe ejercitarse sin desmedro de los derechos del trabajador, y h) comprende funciones ejecutivas, de instrucción y de control, entre las que se incluyen las medidas de seguridad o deber de seguridad a cargo del empleador⁹⁰.

Igualmente la Corte Constitucional se ha referido en los siguientes términos al poder de dirección que se ha concedido al empleador:

“Dentro del elemento subordinación se destaca, como ya lo ha sostenido la jurisprudencia, el poder de dirección en la actividad laboral y la potestad disciplinaria que el empleador ejerce sobre sus trabajadores para mantener el orden y la disciplina en su empresa.

⁸⁹ Esta entiende y considera las dos anteriores tesis, así ve en el poder de dirección una facultad legal otorgada al empleador, pero complementada con una visión integradora de la empresa como un ente que cumple con función social y pública. “El interés público en la empresa y en la buena marcha de la empresa, se evidencian también en la circunstancia de que en el ordenamiento jurídico, la libertad de empresa es una garantía constitucional, universalmente reconocida, con los alcances y limitaciones previstos en la ley. De modo que queda garantizada la unidad, que es la empresa, dentro de una pirámide funcional de poder de dirección o autoridad del empleador y subordinación del trabajador, productora de dichos bienes y servicios, en interés de la sociedad y no únicamente de los integrantes de la empresa” (Hernández Rueda, p.409).

⁹⁰ Hernández Rueda. Óp. Cit. P 409

Esa facultad, como es obvio, se predica solamente respecto de la actividad laboral y gira en torno a los efectos propios de esa relación laboral. Sin embargo, aun en ese ámbito de trabajo la subordinación no puede ni debe ser considerada como un poder absoluto y arbitrario del empleador frente a los trabajadores. En efecto, la subordinación no es sinónimo de terca obediencia o de esclavitud toda vez que el trabajador es una persona capaz de discernir, de razonar, y como tal no está obligado a cumplir órdenes que atenten contra su dignidad, su integridad o que lo induzcan a cometer hechos punibles. El propio legislador precisó que la facultad que se desprende del elemento subordinación para el empleador no puede afectar el honor, la dignidad ni los derechos de los trabajadores y menos puede desconocer lo dispuesto en tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen a Colombia⁹¹.

Finalmente, podemos concretar el poder de dirección en al menos tres facultades, una potestad reglamentaria, otra de control o de vigilancia y, finalmente, una disciplinaria. Interesa a los fines del presente escrito enfocar la facultad de dirección de cara a la capacidad del patrono para expedir reglamentos de trabajo; y la facultad disciplinaria que la ley y los reglamentos le otorgan.

2.2.3 De la potestad reglamentaria

El poder reglamentario otorgado al empleador se concreta en el reglamento interno de trabajo que en algunos países, en especial los europeos, responde a un proceso complejo de negociación entre los trabajadores y el empleador, sin embargo, en Latino América se ha impuesto la facultad unilateral en la expedición de los mismos, siempre y cuando se respete el

⁹¹ Corte Constitucional. Sentencia C-934/04. M.P. doctor. Jaime Córdoba Triviño p 2

marco constitucional y legal contentivo de las garantías mínimas de los trabajadores, aunque la Corte constitucional ha expresado que los trabajadores tienen derecho de participación en la construcción de tales reglamentos.

En el caso colombiano, la Ley 6ª de 1945, consagra lo referente a los reglamentos internos⁹², que solo producirán efectos y, en consecuencia, serán vinculantes, en cuanto se encuentren aprobados por las autoridades competentes, además, que ha de cumplir con un requisito de publicidad, es decir, que se haya dado a conocer públicamente al interior de la empresa. Advierte la normativa que las sanciones disciplinarias contenidas en dichos reglamentos no podrán tener carácter corporal, y de conformidad con una interpretación extensiva e integradora de principios constitucionales, de conformidad con el bloque de constitucionalidad, se deberá interpretar *in extenso* a cualquier otra pena o sanción proscrita por el ordenamiento constitucional e internacional. Con lo anterior, resulta imperativo concluir que los reglamentos laborales adoptados de conformidad con la legalidad están llamados a regir la relación individual de trabajo. Además, queda claro que en la configuración propia de los reglamentos se regula la facultad disciplinante del empleador frente a sus trabajadores. La Corte Constitucional ha recordado el tratamiento y definición de esta figura, reglamento de trabajo, sosteniendo que:

“una de las expresiones de esa subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador es el poder de dirección que conlleva a la facultad de impartir órdenes, de establecer las directrices que han de guiar la actividad laboral y por supuesto la de imponer un

⁹² Ley 6ª de 1945. **Artículo 2.-** Ningún reglamento interno de trabajo tendrá validez en cuanto a las obligaciones de los trabajadores, mientras no sea aprobado por las autoridades del ramo y debidamente publicado en la empresa. Las sanciones disciplinarias, en ningún caso, podrán consistir en penas corporales (...)

reglamento interno que contenga las normas no sólo de comportamiento dentro de ella sino las disposiciones reguladoras de la actuación de ambas partes de la relación laboral. Dicho reglamento regirá las políticas de la empresa, las relaciones laborales y regulará las condiciones en que debe desarrollarse el trabajo. Este ha sido definido como “el conjunto de normas que determinan las condiciones a que deben sujetarse el patrono y sus trabajadores en la prestación del servicio”⁹³

Sobre el punto la Corte Suprema de Justicia sostuvo:

“El Reglamento de Trabajo es un conjunto normativo, impersonal y estable, objetivo e interno, que tiene por fin procurar el orden y la paz, la seguridad y la solidaridad, como factores indispensables a la actividad laboral y a la dignidad humana, en el proceso económico de una empresa que, al igual que otras formas del derecho de propiedad privada, debe cumplir una función social según exigencia de la misma Constitución Nacional”⁹⁴.

Como aparece diáfano de lo transcrito, por medio de los reglamentos también se concreta la facultad disciplinante del patrono, que a continuación se aborda.

2.2.4 De la potestad disciplinaria o poder disciplinante del empleador

El poder de dirección se muestra ineficaz si las disposiciones tomadas en su ejercicio no se acompañan de amenazas ante la desobediencia,

⁹³Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-934 de 2004 del 29 de septiembre de 2004, Sala Plena.

⁹⁴Sala de Casación Laboral. Sentencia del 11 de diciembre de 1980. Radicación N° 6199. M.P. César Ayerbe Chauv.

constituyéndose en meras obligaciones de carácter moral, y sin respaldo jurídico alguno. De allí que se invista al patrono de dicha facultad para lograr el buen funcionamiento de la empresa (Estado) y el eficaz cumplimiento de los fines Estatales.

“El poder disciplinario del empleador resulta de una combinación del derecho de obligaciones con la teoría institucional de la empresa. Es preciso una falta, pero la más pequeña basta para justificar el ejercicio del poder disciplinario, si tiene relación con los hechos imputados.”⁹⁵

Este poder ha sido reconocido expresamente por el alto Tribunal de lo constitucional en sentencia C-397 de 2006, al afirmar que:

*“El poder jurídico del empleador en relación con el trabajo como factor de la producción económica es un poder de disposición de la energía o fuerza de trabajo del trabajador, de acuerdo con los fines de la empresa. Lógicamente, dicho poder sólo es aplicable mientras exista la relación laboral y en las actividades directamente relacionadas con ella y se traduce de manera general en la dirección de las mismas, en la imposición de reglamentos y en el **ejercicio del poder disciplinario**”⁹⁶.*

A este punto se hace necesario aclarar que el aquí poder disciplinario corresponde al derivado de la relación contractual existente entre patrono y trabajador y que tiene como referente y límite el contrato, el reglamento interno e incluso las convenciones colectivas. En este sentido, la Suprema Corte de Justicia Argentina, afirma:

⁹⁵ Hernández Rueda, Óp.cit, p416.

⁹⁶ Corte Constitucional, Sentencia. C-397 de 2006 M.P., Jaime Araujo Rentería. Negrillas fuera del texto.

“que si bien la legislación laboral le concede al empleador facultades disciplinarias, en virtud de las facultades jerárquicas que naturalmente tiene en su carácter de titular de la organización empresarial, también limita en su extensión sus potestades para garantizar una aplicación efectiva de las normas de protección, limitaciones que no solo provienen de la ley, sino también de los convenios colectivos o usos y costumbres que no pueden dejarse sin efecto en la medida en que constituyen un orden normativo que integra el Iuscogens (cfr. Ackerman, Mario E., “Tratado de derecho laboral”, t.I, Rubinzal-Culzoni, año 2005, ps.729/731)”⁹⁷.

La Corte Constitucional en sentencia SU-667 de 1998, en Sala Plena señaló que:

“..., al igual que el resto de derechos y facultades reconocidas a los particulares, la potestad de dar por terminada de manera unilateral y sin justa causa una relación laboral en forma alguna puede ser considerada absoluta, razón por la cual no sólo se encuentra circunscrita dentro de los límites esenciales que hagan posible su desenvolvimiento sin comprometer otras garantías igualmente reconocidas a otros titulares; sino que, adicionalmente, se halla sometida a los límites propios de los principios de razonabilidad y proporcionalidad”⁹⁸

Es de resaltar que este poder disciplinante en cabeza del empleador se justifica en esencia por la existencia de una relación laboral, poder que está sujeto a límites, que se imponen ya sea por los respectivos reglamentos internos de la empresa, por convenciones colectivas o el contrato laboral

⁹⁷ Suprema Corte De Justicia De Mendoza, 23/2/06. Procedimiento conciliatorio En línea en <http://www.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/fallo.php?fallo=06199121&ta=sc>

⁹⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-054 de 2009, Dr. Humberto Antonio Sierra Porto

mismo. Además se imponen como límite las garantías y derechos de los trabajadores, que son objeto de reconocimiento nacional e internacionalmente.

Igualmente, se ha de distinguir este poder disciplinante que tiene origen en virtud de una relación contractual de naturaleza privada de aquella cuyo génesis se encuentra en una relación legal y reglamentaria de naturaleza pública, así se ha de destacar que *para los servidores públicos existe un derecho disciplinario, pero esto desborda las relaciones de trabajo del sector privado.*⁹⁹

Este poder disciplinante se concreta en las llamadas faltas disciplinarias que podrían definirse, según Hernández Rueda¹⁰⁰, como aquella *falta contractual*, Constituida por toda infracción de la disciplina: violación del reglamento del régimen interior, negativa a obedecer una orden expresa del empleador. El cargo imputado al trabajador por el empleador es apreciado por el propio empleador. Esto diferencia el poder disciplinario del empleador de la legalidad de los delitos y las penas que se impone a los jueces, junto a la materialidad y a la gravedad de los hechos.

A esta definición hemos de dar claridad en punto de la noción de “falta contractual”, pues este término, por demás amplio, puede llevar a un interpretación desde la teoría contractual, negando el carácter disciplinario de dichas medidas es así que para una correcto y apropiado entendimiento de la “falta disciplinaria” en el marco del contrato de trabajo resulta imperativo dirigirnos a la teoría del relacionismo, la cual se opone a la teoría del contractualismo laboral, pues mientras esta pone el acento en la existencia de la relación contractual, imbuida por la tradición civilista del derecho, la

⁹⁹ Hernández Rueda, Ob., cit., p.416.

¹⁰⁰ *Ibíd.*

primera va más allá y plantea un punto de referencia diversa a la existencia de un estipulación contractual, sea esta expresa o tácita. Lo anterior, con el fin de que no se entienda la sanción como una mera acción contractual sino como ejercicio de una potestad disciplinaria como producto de la existencia de una relación de carácter personal.

Como señala Graham Fernández¹⁰¹, Alfred Huek y H. C. Nipperdey al tratar este problema, mencionan un ejemplo muy ilustrativo que facilita la comprensión de este conflicto doctrinal:

“Si se celebra un contrato de trabajo el día dos de marzo, con el acuerdo de que el trabajador comience a trabajar el día uno de abril y por cualquier causa aquél no empieza su prestación hasta el día diez, según la teoría del contrato, la relación de trabajo, que inicialmente estuvo aplazada, comienza el día uno; y, según la teoría de la incorporación, el día diez de abril”¹⁰².

Es importante señalar que el régimen disciplinario aplicable a los trabajadores oficiales histórica y legalmente se ha diferido a los reglamentos internos de trabajo, por cuanto el reglamento es un instrumento normativo en materia disciplinaria que es aplicado a los trabajadores oficiales que incurrir en alguna de las sanciones previstas en la ley como las previstas en el acápite de sanciones del reglamento.

De lo anterior se concluye que es a partir de la teoría del relacionismo sobre la cual se abordará el objeto de estudio de las presentes páginas, pues, sin duda, se apropia del fenómeno jurídico laboral de una manera sistémica y de conformidad con una hermenéutica integradora de los derechos humanos y

¹⁰¹ Graham Fernández, Leonardo. “El contrato y la relación de trabajo” en *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana* N° 9. 1977. ISSN 1405-0935.

¹⁰² *Ibíd.*

la dignificación del trabajador como sujeto especial de protección en razón de la desigualdad presente en la relación laboral.

2.3 TRABAJADOR OFICIAL Y EL DERECHO LABORAL COLECTIVO

Otro aspecto que adquiere gran relevancia para el desarrollo de esta Monografía tiene que ver con la posibilidad que tienen los trabajadores oficiales de celebrar convenciones colectivas de trabajo para mejorar sus condiciones laborales; lo anterior por cuanto ha sido tema objeto de negociación colectiva entre los trabajadores oficiales sindicalizados y el Estado –empleador incluir dentro de los temas de negociación aspectos relacionados con el procedimiento para imponer sanciones disciplinarias. Por eso en 1995 con la expedición del Régimen Disciplinario Único, Ley 200, ley que unificó los regímenes disciplinarios existentes aplicables a los servidores del Estado, dejó plasmado que se respetarían los procedimientos disciplinarios acordados en convenciones colectivas, pactos, laudos arbitrales; sin embargo lo que en la práctica se ha venido observando es la inaplicación de dichos procedimientos por parte de las Entidades Públicas, para quienes prevalece el CDU, sin hacer ninguna distinción si el trabajador oficial, cumple o no función pública.

Esta inobservancia violenta la constitución de 1991, que integró a través de los artículos 53 y 93 los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso sobre derechos humanos, dentro de los cuales se encuentran los convenios 87/48¹⁰³, 98/49¹⁰⁴, 151/78¹⁰⁵, 154/81¹⁰⁶ y 158/82¹⁰⁷ de la

¹⁰³ Sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicalización, aprobado por la Ley 26 de 1976

¹⁰⁴ Relativo a la aplicación de los principios del derecho de sindicalización y negociación colectiva, aprobado por la Ley 27 de 1976

¹⁰⁵ Sobre la protección del derecho de sindicalización y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración pública, aprobado por la Ley 411 de 1997

¹⁰⁶ Sobre el fomento de la negociación colectiva, aprobado por la Ley 524 de 1999

OIT¹⁰⁸. Convenios que hacen parte de legislación interna por así estipularlo el artículo 53 de la CP.

2.3.1. *El derecho laboral colectivo*

El artículo 55 constitucional garantiza el derecho a la negociación colectiva para la regulación de las relaciones de trabajo con las excepciones que consagre la ley. Una de tales excepciones es la contenida en el art. 416 del Código Sustantivo del Trabajo, que la Corte ha denominado norma con fuerza material legislativa, la cual establece, de cara a los empleados públicos, la imposibilidad para la presentación de pliegos de peticiones y, en consecuencia la imposibilidad de ejercer el derecho a la huelga. Sin embargo, tal excepción no es aplicable a los trabajadores oficiales. Así lo confirmó la Corte Constitucional en Sentencia C-110 de 10 de marzo de 1994, al hacer reconocimiento expreso a propósito de la diferenciación plenamente constitucional y existente en el ordenamiento jurídico colombiano entre empleado público y trabajador oficial.

Cabe anotar que esta diferenciación, también plasmada en las leyes 3a. y 11 de 1986 (artículos 13 y 42, respectivamente), para los niveles departamental y municipal, está hoy incorporada al propio texto constitucional, pues el artículo 123 de la Carta, en su primer inciso, señala: "Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios"¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, convenio no ratificado

¹⁰⁸ Órgano especializado en temas laborales, fundado desde 1919 y del cual es miembro activo el Estado colombiano desde su fundación

¹⁰⁹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-110 del 10 de marzo de 1994 M.P., doctor José Gregorio Hernández Galindo.

Las razones que fundamentan tal diferenciación también fueron tratadas en dicha ocasión, de cara a la discusión del derecho a la huelga, en relación con el compromiso de la función pública para el caso de los empleados públicos y no para el caso de los trabajadores oficiales

Así, pues, aquellos de los servidores públicos que tienen con el Estado una relación de mayor vínculo a las responsabilidades que le son propias, es decir los empleados públicos, no pueden interrumpir su actividad sino en los términos que la ley contemple y, por tanto, no les es dable ejercer el derecho de huelga -que implica dicha interrupción- si la ley se lo ha prohibido.

El análisis varía tratándose de los trabajadores oficiales, quienes tienen con el Estado una relación de índole contractual. Sus sindicatos, de acuerdo con la norma bajo examen, tienen todas las atribuciones de los otros sindicatos de trabajadores, lo cual no pugna con la Constitución y, por el contrario, la desarrolla, de conformidad con lo expuesto ¹¹⁰.

Las convenciones colectivas de trabajo, como ya se dejó dicho, con gran frecuencia establecen procedimientos para surtir procesos de carácter disciplinario laboral, no en pocos casos se destina un acápite o articulado especial, en el cual se plasman los acuerdos dados entre empleador y trabajadores, de cara a los procedimientos previos a la imposición de sanciones disciplinarias al trabajador. Igualmente, por medio de las convenciones se busca tipificar conductas consideradas como disciplinables.

Como consecuencia de lo anterior se han originado dos tesis a propósito de la posibilidad de convenir y concretar en las convenciones colectivas temas disciplinarios, la primera de ellas, la sostenida por el Honorable Consejo de

¹¹⁰ *Ibíd.*

Estado, el cual determina que el régimen disciplinario de los servidores públicos, entre ellos los trabajadores oficiales, debe ser gobernado por la ley disciplinaria, razón por la cual lo previsto en la convención colectiva resultaría inaplicable por inconstitucional¹¹¹. La segunda tesis se encuentra orientada, si se quiere, por una visión garantista del derecho de negociación, la cual con fundamento en los convenios internacionales sostiene que los procedimientos disciplinarios establecidos en las convenciones colectivas deben ser acatados en su totalidad, toda vez que nacen de la negociación entre los trabajadores y el empleador, acto que legitima y obliga a las partes a acatar el procedimiento concertado. En el caso colombiano igualmente se ha de resaltar que el gobierno al momento de suscribir los tratados de la OIT concernientes a la convención colectiva y al derecho de asociación no hizo reserva alguna que justifique la inaplicación de los mismos, que como se vio hacen parte integral del bloque de constitucionalidad. Lo cual, sin duda alguna, plantea un debate constitucional en pro de una definición de la discusión, la cual deberá resolverse en favor del respeto de la garantía del derecho de negociación y el respeto de compromisos adquiridos.

Como conclusión de lo dicho y en concreto de cara a la situación del trabajador oficial se ha de concluir que le son aplicables en su totalidad y sin reserva las disposiciones que regulan las instituciones del Derecho colectivo, por lo anterior no resulta comprensible que en muchos casos se niegue la posibilidad de negociación y consagración de procedimientos de carácter disciplinario cuando, como se dijo, en ningún caso hay reserva frente a tratados adoptados por Colombia en esta materia, que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

¹¹¹ Consejo De Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección A. 16 de julio de 1998. ACU – 337. Consejera Ponente: Clara Forero de Castro.

Apoya la anterior, conclusión el hecho de que la Corte Constitucional, a propósito del estudio de la constitucionalidad de la Ley 796 de 2003, en términos generales, dijo que toda reforma al régimen laboral debía considerarse de cara y con observancia a los convenios de la OIT, que para materia de negociación colectiva son los ya reseñados y adicionó que tal examen debe igualmente considerar como criterios de evaluación constitucional los informes de la Comisión de Expertos de la OIT y de los casos examinados por el Comité de Libertad Sindical, con lo cual, tales convenios, sin duda, han sido ratificados, no solo por la carta magna sino, igualmente, por la doctrina y la jurisprudencia, como elementos integradores del bloque de constitucionalidad y con ello del ordenamiento interno.

2.4 RÉGIMEN LABORAL SANCIONADOR

Con fundamento en lo expuesto, abordaremos las sanciones que contempla el régimen laboral, y cuya imposición se da en el ejercicio del poder disciplinante entregado al empleador. Se fijará la atención en la terminación unilateral del contrato de trabajo por parte del patrono, en razón a que resulta la más gravosa dentro del conjunto de las sanciones previstas dentro del estatuto laboral.

Se ha de decir que las consecuencias derivadas del ejercicio del poder disciplinario otorgado al empleador, v. gr. el despido, son sanciones propiamente dichas, pues ya Kelsen¹¹² y, en general, la teoría de la norma jurídica desarrollada por la doctrina ha considerado que la sanción no es más que la respuesta a la trasgresión de una norma prescriptiva de una conducta, como por ejemplo “*todo acto grave de violencia, injurias o malos tratamientos*

¹¹² Kelsen, Hans. *Introducción a la teoría pura del derecho*. 3ª ed. México, UNAM, :2001. pp. 23-31.

*en que incurra el trabajador, fuera del servicio, en contra del patrono...*¹¹³, la norma prescribe omitir la comisión de actos de grave violencia, injurias o malos tratamientos, así en caso de desobediencia a tal comportamiento, se faculta al empleador para proceder al despido.

La presencia de una sanción como carácter esencial de la norma jurídica resulta característica definitoria para los *ius positivistas*, con el fin de diferenciar las normas jurídicas de las normas morales o sociales, pues estas últimas si bien llegan a presentarse como prescripciones no conllevan una respuesta institucionalizada a su infracción.

Además de lo anterior, es necesario resaltar el carácter disciplinario de la sanción toda vez que responde al ejercicio de una vigilancia y control que busca obediencia por parte del trabajador. Aquí es necesario citar la obra de Michel Foucault que dio luz a nuevas concepciones de cara al concepto de disciplina y del actuar performativo en el sujeto de las instituciones como medios de dominación. Lo anterior, sin duda es un aporte interesante y por demás útil en el marco de la aplicación del Derecho. Como se advirtió desde la introducción esto hace parte sin duda de una visión holística e interdisciplinaria de la problemática objeto del presente trabajo.

En su obra *Vigilar y castigar* el autor parte de un estudio amplio, propone al cuerpo como parte de un análisis político y con él, del papel que este juega en el seno de una concepción económica. De allí reconoce que el cuerpo está imbuido, inmerso, en relaciones de poder y de dominación que en palabras del autor “lo marcan, lo dominan, lo someten a suplicio, lo fuerzan a unos trabajos, lo obligan a unas ceremonias, exigen de él unos signos”¹¹⁴. Adicional a lo anterior el autor expresa que a pesar de lo expuesto el cuerpo

¹¹³ República de Colombia. Decreto 2127 de 1945, Ob., cit., artículo 48, núm. 3

¹¹⁴ Foucault, Michel. *Vigilar y castigar*, México, 27^a ed., siglo XXI editores, 1998. p.32.

y su constitución como fuerza de trabajo solo es posible en la medida de la existencia de un sistema de sujeción, en el que la necesidad se hace un instrumento político para generar patrones de obediencia, “el cuerpo solo se convierte en fuerza útil cuando es a la vez cuerpo productivo y cuerpo sometido”¹¹⁵, con ello se habla y se propone la existencia de relaciones de poder que afectan en su totalidad la relaciones humanas a todo nivel, es lo que el autor daría en llamar la “microfísica del poder”.

Con lo anterior, no hay duda a propósito de que las sanciones previstas por el reglamento interno de trabajo, del contrato y la ley laboral misma, son en su esencia y naturaleza actos de disciplinamiento.

Como sustento a lo anterior, basta con hacer referencia a la jurisprudencia constitucional y observar cómo, el simple uso del lenguaje evidencia la naturaleza disciplinaria que tienen las sanciones dadas en el marco de la relación laboral e impuestas por el empleador, con fundamento en el contrato de trabajo, reglamento interno o convención colectiva:

*Esta corporación ha señalado que la relación de subordinación del trabajador es determinante de la relación laboral, que el poder subordinante del empleador comprende de modo general la dirección de las actividades de aquel, la imposición de reglamentos y la función disciplinaria y que el empleador está sujeto en su ejercicio a los límites constitucionales que imponen el respeto a la dignidad humana.*¹¹⁶

Finalmente, y materializando lo dicho dentro de lo jurídico, se ha de decir que tal atribución a dichas sanciones con un carácter disciplinario no son un mero capricho para hacer posible el presente discurso, sino que ha

¹¹⁵ *Ibíd.*, p. 33

¹¹⁶ Corte Constitucional, Sentencia C 397 de 24 de Mayo de 2006, M.P. doctor. Jaime Araujo Rentería.

sido el mismo legislador quien le ha reconocido tal naturaleza, así y como lo vemos el artículo 35 del tantas veces citado Decreto 2127 de 1945, al referirse a tales sanciones las adjetiva de disciplinarias.

A continuación se abordará de manera general, lo pertinente a las sanciones establecidas por el régimen legal laboral vigente, y posteriormente se analiza con mayor detenimiento el despido como forma de sanción disciplinaria en razón a que representa la sanción que reviste mayor gravedad.

2.4.1 Las sanciones consagradas en la legislación laboral

De la atenta y sistemática lectura del Decreto 2127 de 1945 se puede determinar la existencia de tres grandes consecuencias de la aplicación del poder disciplinante del empleador, las cuales son impuestas a título de sanción disciplinaria, a saber la multa, la suspensión y el despido, este último si bien no expresamente vinculado al reglamento interno de trabajo, no menos cierto es que tal sanción hace parte de la ley, en este caso del Decreto 2127 el cual, como se ha reiterado, está llamado a regular, junto con el contrato, el reglamento y la convención colectiva, la relación de carácter laboral.

Así, el artículo 35 del mencionado Decreto y de cara al régimen aplicable a los trabajadores vinculados por medio de contrato de trabajo a la administración, establece:

Artículo 35. Las sanciones disciplinarias no podrán consistir en penas corporales, ni en medidas lesivas de la dignidad del trabajador, en ningún caso. Las multas que se prevean sólo podrán causarse por retardos o faltas al trabajo sin excusa; no

*podrán exceder de la quinta parte del salario y su importe se consignará en cuenta especial para dedicarse exclusivamente a premios o regalos para los trabajadores del mismo establecimiento. Cuando la sanción consista en suspensión del trabajo, ésta no podrá exceder de ocho días, por la primera vez, ni de dos meses en caso de reincidencia. Todo procedimiento para la aplicación de sanciones disciplinarias garantizará alguna oportunidad para que el trabajador sea oído y presente sus descargos.*¹¹⁷

2.4.1.1 El despido

Es aquella forma de terminación de la relación laboral y con ello del contrato de trabajo, en la cual el empleador en razón a la comisión, por acción u omisión, de conducta preestablecida como causal de justa causa de despido, sea por la ley, el reglamento interno de trabajo o por las convenciones colectivas, da por terminado el vínculo existente entre trabajador – empleador.

Hemos de enfatizar que si bien el Decreto 2127 de 1945 habla de justas causas en sus artículos 48 y 49, la naturaleza propia de estas disposiciones es el de faltas disciplinarias. Con lo anterior se quiere decir que las denominadas justas causas responden en su materialidad a la tipificación de conductas, acciones y otras que una vez cometidas por el trabajador dan la facultad al patrono de dar por terminada la relación laboral. Por ello, y de aquí en adelante, hablaremos de justas causas de despido como verdaderas faltas disciplinarias, pues en esencia y materialmente ello es lo que

¹¹⁷ República De Colombia. Decreto 2127 DE 1945, Ob.,cit.,

representan. Veamos, los artículos 48¹¹⁸ y 49¹¹⁹ del precitado Decreto contemplan dos capítulos, uno de las justas causas que dan la facultad al empleador y otro de las que dan paso a la terminación unilateral por parte del trabajador. Por razones que se inducen de lo dicho, a este punto nos resultan importantes las referidas a la terminación unilateral por parte del empleador, pues solo estas pueden considerarse como faltas de carácter disciplinario, ya que solo en él (el empleador) radica, como se ha dicho, la potestad

¹¹⁸ Artículo 48. Son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo, sin previo aviso:

¹¹⁸Por parte del patrono: **1o.** El haber sufrido engaño por parte del trabajador, mediante presentación de certificados falsos para su admisión; **2o.** Toda falta de honradez y todo acto de violencia, injurias, malos tratamientos o grave indisciplina en que incurra el trabajador, durante sus labores, contra el patrono, los miembros de su familia, el personal directivo o los demás trabajadores del establecimiento o empresa; **3o.** Toda falta de honradez y todo acto grave de violencia, injurias o malos tratamientos en que incurra el trabajador, fuera del servicio, en contra del patrono, de los miembros de su familia, de sus representantes y socios, o de los jefes de taller, vigilantes o celadores; **4o.** Todo daño material causado intencionalmente a la otra parte, a los edificios, obras, maquinarias, materias primas, instrumentos y demás objetos relacionados con el trabajo y toda grave negligencia que ponga en peligro la seguridad de las personas o las cosas; **5o.** Todo acto inmoral que el trabajador cometa en el taller, establecimiento o lugar de trabajo o fuera de estos sitios, cuando revelen falta de honradez y sean debidamente comprobados ante autoridad competente; **6o.** El que el trabajador revele los secretos técnicos o comerciales o dé a conocer asuntos de carácter reservado, con perjuicio de la empresa; **7o.** La detención preventiva del trabajador, por más de treinta días, a menos que posteriormente sea absuelto; o el arresto correccional que exceda de ocho días, o aún por un tiempo menor cuando la causa de la sanción sea suficiente por sí misma para justificar la extinción del contrato, y **8o.** Cualquier violación grave de las obligaciones y prohibiciones consignadas en los artículos 28 y 29 o cualquier falta grave calificada como tal en las convenciones colectivas, en los contratos individuales o en los reglamentos internos aprobados por las autoridades del ramo, siempre que el hecho esté debidamente comprobado y que en la aplicación de la sanción se sigan las correspondientes normas de la ley, la convención o el reglamento interno.

¹¹⁹ Artículo 49. Son justas causas para dar por terminado, unilateralmente el contrato de trabajo, con previo aviso dado por escrito a la otra parte, con antelación por lo menos igual al período que regule los pagos del salario, o mediante el pago de los salarios correspondientes a tal período: Por parte del patrono: **1o.** La ineptitud plenamente comprobada del trabajador para prestar el servicio convenido. Esta causal no podrá ser alegada después de sesenta días de iniciado el cumplimiento del contrato; **2o.** La sistemática inejecución sin razones válidas por parte del trabajador, de las obligaciones convencionales o legales; **3o.** Todo vicio habitual del trabajador que perturbe la disciplina de la empresa; **4o.** La renuencia sistemática del trabajador a aceptar las medidas preventivas, profilácticas o curativas prescritas por los médicos de la empresa o por las autoridades para evitar enfermedades o accidentes; **5o.** La enfermedad del trabajador, por seis meses o más; pero el patrono quedará obligado para con el trabajador a satisfacer todas las prestaciones e indemnizaciones legales y convencionales. **6o.** Las demás que se hayan previsto, con esta modalidad, en la convención o en el reglamento interno.

disciplinante y con ello él es el único con la capacidad de imponer el despido como sanción de tipo disciplinario. Aquí se ha de resaltar que si bien en el Decreto 2127, en su artículo 35, no se establece el despido como sanción a una falta disciplinaria expresamente y limita tal potestad a la imposición de multas y suspensiones, no resulta menos cierto que la ley misma faculta, conforme lo dicho antes, al empleador a ejercer el despido en razón a la existencia de las causales expuestas, y finalmente se ha de resaltar como el artículo 19 de la misma normativa expresamente contempla que las disposiciones legales se incorporan, de manera absoluta e incondicional, a los contratos de trabajo y con ello tal capacidad de despido en razón a tales causales esta ínsita en todo contrato de trabajo.

En apoyo a las anteriores disertaciones se encuentra la sentencia radicado 7551 de 4 de diciembre de 1995, M.P. Francisco Escobar Henríquez, citada por Villegas Arbeláez, en su obra Derecho Administrativo Laboral, donde esa alta corporación hizo una interesante diferencia entre las normas que contemplan las justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo por parte del empleador previstas en el art. 7 del Decreto 2351 de 1965, norma aplicable a los trabajadores privados y el art. 48 del Decreto 2127 de 1945, aplicable a los trabajadores oficiales, para señalar que si bien era cierto ambos preceptos eran similares al establecer como justa causa de terminación del contrato de trabajo por parte del empleador la violación grave de una de las obligaciones y prohibiciones previstas en los estatutos laborales respectivos, lo cierto era que la distinción fundamental que contenían los mencionados cánones, correspondían a que la norma que regía las justas causas para los trabajadores oficiales asimilaba el despido a una sanción, al exigir que previa a la terminación del contrato, se siguieran los trámites previstos para imponer las sanciones, pronunciamiento que sea de paso decir, no ha sido nuevamente mencionado por la Corte; por el contrario, su criterio se dirige a enfatizar que las justas causas producen una

terminación del contrato pero no como sanción sino como discrecionalidad del empleador.

Sin embargo lo dicho en precedencia tiene como fin dentro de este trabajo el afirmar como hasta aquí se ha hecho, que los hechos que se enumeran en los artículos 27 y 29 del decreto 2127 de 1945 y que corresponden a las obligaciones y prohibiciones que le incumben a los trabajadores oficiales, las cuales ante su incumplimiento dan lugar a la justa causa para terminar el contrato de trabajo, no son otra cosa que faltas disciplinables pues éstas buscan mantener el orden y la disciplina dentro de la empresa; así lo ha entendido desde épocas pretéritas nuestro Alto Tribunal, como cuando en la sentencia de casación de 16 de mayo de 1950, dijo¹²⁰:

“ ... El concepto de honradez a que aluden las indicadas disposiciones no puede restringirse al buen manejo material de los bienes puestos al cuidado del empleado. La honradez abarca un dilatado ámbito, una zona moral muy extensa, dentro de la cual caben las diversas acciones humanas..., y es por esto por lo que al través de los hechos que se enumeran en el art. 48 del decr. 2127 de 1945, como causas para dar por terminado el contrato de trabajo unilateralmente, sin previo aviso, se relieva el criterio de la conducta, mucho más cuando el num. 8° hace referencia expresa a la violación de las obligaciones y prohibiciones consignadas en los arts. 28 y 29 del mismo decr. 2127, entre las cuales se tiene como deber esencial del trabajador el de “observar buenas costumbres durante el servicio y guardar a sus superiores y compañeros el debido respeto. “No debe perderse de vista que la legislación laboral, no solo en lo que dice relación con la ejecución

¹²⁰ CONSTAIN, Miguel Antonio, Jurisprudencia del Trabajo Vol. 2 Editorial Temis, Bogotá D.C 1997, P. 237-239.

del contrato de trabajo, sino aun con lo relativo a las prestaciones respectivas viene desde la ley 10 de 1934 orientándose a través de la buena o mala conducta del trabajador, ...Más, si la enumeración del art. 48 del decr.2127 de 1945, estimado en una forma restringidamente literal, pudiera hacer creer que la acción del actor no está comprendida dentro de sus cláusulas, una concepción más amplia y comprensiva, lleva decididamente a la conclusión de que los casos que allí se contemplan miran celosamente al mantenimiento de la disciplina y orden en el desarrollo de las actividades de los trabajadores, y es sabido que la disciplina es un concepto que dice relación a la observancia no solo, de los reglamentos de la empresa en lo tocante al servicio material, sino que abarca aspectos atinentes a la conducta misma del trabajador.”

O cuando en sentencia de casación de 30 de junio de 1950, señaló¹²¹:

“Que el Juzgado mencionado hubiese puesto en libertad incondicional a Villamizar por no existir prueba contra él para dictar auto de detención preventiva, conforme al art. 379 del C.de P.P., en las sumarias que por abuso de confianza le fueron adelantadas, en virtud de la denuncia de Parodí, como representante de la Home Products Inc. apenas significará, como lo apreció el juez a quo, que el hecho de garantizar una deuda particular con los instrumentos de trabajo, no configuró para la justicia penal el ilícito que se le imputaba; mas es notorio que, aunque no sea punible criminalmente, sí constituye causal de mala conducta, y conforme al art. 48 del decr. 2127 de 1945 es justa causa para despedir....En otras palabras, puede ser cierto

¹²¹ CONSTAIN, Miguel Antonio, Ób. cit., pp 240-241.

que el demandante no haya cometido el ilícito que le imputa Parodi, pero esto no pese a que el acto ejecutado por él, aun sin ser punible criminalmente, como ya se dijo, si constituya causa de mala conducta laboral y autorice para despedirlo, que es lo que propiamente le corresponde calificar a esta jurisdicción y decidir en este pleito.”

Por tanto, se puede afirmar que para los trabajadores oficiales siempre se han contemplado las faltas y sus respectivas sanciones, tanto en la ley, como en el reglamento de trabajo y la convención colectiva, pues el hecho de que el Estado los vincule a su servicio mediante un contrato de trabajo, no es meramente por capricho legislativo, sino que el manejo que de ellos se debe hacer, es diferente al de los servidores vinculados mediante una relación legal y reglamentaria, para quienes no es posible acordar con su empleador ninguna de las condiciones de trabajo, ya que corresponde exclusivamente a la ley determinar todos los aspectos relacionados con el cargo, las condiciones para acceder al mismo, las funciones a realizar, las asignaciones económicas, etc., al punto que para éstos últimos trabajadores no existen justas causas para terminar su vinculación laboral, sino que existen causales legales para el retiro del servicio.

Por tanto, es claro que por la forma de vinculación de estos trabajadores a la administración y las responsabilidades que cumplen, se debe preferir al momento de adelantar una investigación disciplinaria las normas propias laborales. Villegas Arbeláez¹²², frente a este tema trae a colación el salvamento de voto que fija la posición defendida por varios integrantes de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia frente a la Sentencia del 08 de

¹²² Villegas Arbeláez, Jairo. Ób. cit., pp 742 - 745

agosto de 1985, mediante la cual esa Corporación declaró exequibles varios artículos demandados de la Ley 25 de 1974 *“por la cual se expiden normas sobre organización y funcionamiento del Ministerio Público y régimen disciplinario ...”*, para quienes era suficiente las normas laborales para sancionar al trabajador oficial considerando un despropósito someterlo a la función de fiscalización de la Procuraduría, pues en su consideración se atentaba contra las circunstancias propias de la vinculación contractual amparada por la misma Constitución Nacional:

“Y resulta obvio que todo poder disciplinario es incompatible con el contrato de trabajo, y con los reglamentos y convenciones colectivas que suelen hacer parte de él, pues ningún procedimiento convencional o reglamentario se aviene a la brevedad del término, a la inmutabilidad de la pena escogida por el sancionador – que sin duda sería el Ministerio Público y no el patrono-, a su operancia automática, fatal y fulminante, y menos aún a que la misma pena se aplique también, del mismo modo sumario, al superior inmediato, quien bien puede ser otro trabajador oficial, protegido laboralmente por legislación especial, con base, se repite, en la constitución misma.

De suerte que el régimen general de fiscalización y supervigilancia que prevé la Carta, si resulta abiertamente incompatible con el régimen laboral contractual que protege al trabajador –así sea oficial- en desarrollo de otra norma también constitucional. Se requiere por tanto una interpretación armónica de la Carta para evitar el exabrupto de que el Ministerio Público sustituya al patrono oficial para todos los efectos disciplinarios, y además una interpretación restrictiva y también lógica de la ley acusada, la cual

como se ha visto hace referencia tan sólo a los empleos públicos, ligados mediante una relación legal y reglamentaria.

El trabajador oficial, porque la ley expresamente lo permite, acepta las responsabilidades que le son propias frente al Estado, pero solo dentro de una situación o status contractual amparado en materia de estabilidad y régimen disciplinario por una legislación protectoria o tuitiva que emana directamente de la Constitución y que el Estado moderno no ha encontrado incompatible con su actividad. Bien por el contrario, la ha considerado útil a sus intereses y propósitos – que se han diversificado y tecnificado en gran medida en los últimos tiempos -, y es por ello que resulta admisible que una razón de Estado como la necesidad de fiscalizar, y supervisar todas las actividades oficiales, se esgrima ahora para desconocer la esencia misma de una relación laboral-contractual, libremente convenida entre el trabajador oficial y su patrono, pese a que estén ambos, en último término, al servicio del Estado.”¹²³

2.4.1.2 *La suspensión*

La suspensión prevista en el artículo 35 del Decreto 2127 de 1945 no puede exceder de ocho días, por la primera vez, ni de dos meses en caso de reincidencia.

2.4.1.3 *La multa*

¹²³ Corte Suprema De Justicia. Sala Plena, Rad. 1303 del 8 de agosto de 1985. *Gaceta Judicial* 2422, pp.123-131.

Solo puede imponerse por retardos o faltas a trabajo sin justificación y el importe corresponde tan solo a la quinta parte de un salario diario.

2.4.2 Despido y derecho internacional del trabajo

El derecho internacional del trabajo, a través de la OIT, ha sido importante observatorio de cara a las preocupaciones y condiciones del despido por parte del Empleador. Así, desde 1950 ha mostrado dicho interés, materializándolo, en un primer momento, en la Recomendación 119¹²⁴ de 1963 *sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador*. En ella se establecen importantes parámetros que hoy constituyen un mínimo de las legislaciones en esta materia, por ejemplo, la definición por negativa de lo que pueda llegarse a considerar como justa causa, además de la necesidad de una justa causa para proceder al despido y de consagrar la necesaria existencia de medios que permitan la garantía de los derechos del trabajador frente a un despido arbitrario. Resulta ser relevante decir que en materia del despido, como consecuencia de la comisión de una falta gravísima dicha, recomendación delimitó, en gran medida, las facultades propias del empleador y aun en dichos eventos buscó garantizar los derechos del trabajador a la defensa y a un debido proceso¹²⁵.

¹²⁴ R119, Recomendación sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador. Adopción: Ginebra, 47ª reunión CIT (26 junio 1963) Disponible en http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312457

¹²⁵ *Ibíd.* Art. 11. (1) En caso de despido por falta grave, el preaviso o, en su lugar, la indemnización compensativa pudieran no ser necesarios y la compensación por fin de servicios u otras prestaciones pagaderas por el empleador al término del empleo del trabajador, cuando sean aplicables, podrían ser denegadas. (2) El despido por falta grave debería limitarse a aquellos casos en que no puede esperarse que el empleador, según las reglas de la buena fe, haya tenido posibilidad de obrar de otro modo. (3) Debería considerarse que el empleador ha renunciado a su derecho de despedir a un trabajador por falta grave si no hubiera adoptado esta medida dentro de un plazo razonable, una vez enterado de la falta cometida. (4) Debería considerarse que el trabajador ha renunciado a su derecho de recurrir contra su despido por falta grave si no hubiere apelado dentro de un plazo razonable a partir de la fecha en que le fue notificado el despido. (5) Antes de que pase a ser definitivamente efectiva una decisión de despido por falta grave, el trabajador

El valor histórico de la recomendación sería reconocido por la misma organización Internacional del Trabajo¹²⁶, a tal punto que sus contenidos y propuestas serían recogidas en forma de convenio, por medio del Convenio núm. 158 y en la Recomendación 166. Estos últimos establecen la justa causa como *conditio sine qua non* para el despido. Tal justa causa estará ligada ya sea a la capacidad o conducta del trabajador y/o a las necesidades de funcionamiento de la empresa. Igualmente se establece que no son justa causa, la participación en sindicatos, por ser participe en acción emprendida contra el patrono por desconocer la ley, reglamento interno o convenios colectivos, la raza, el color, el sexo, el estado civil, las responsabilidades familiares, el embarazo, la religión, las opiniones políticas, la ascendencia nacional o el origen social; y la ausencia del trabajo durante la licencia de maternidad¹²⁷.

2.4.3 Procedimiento para surtir el despido disciplinario

interesado debería tener la posibilidad de exponer inmediatamente su caso, asistido, cuando fuere oportuno, por una persona que lo represente. (6) Para la aplicación de este párrafo, tanto la definición o la interpretación de "falta grave" como la determinación del "plazo razonable" deberían dejarse a los métodos de aplicación previstos en el párrafo 1.

¹²⁶ OIT. 1974. Estudio General de los informes relacionados con la Recomendación sobre la terminación de la relación de trabajo, 1963 (núm. 119), párrafo 3. "Aunque el objetivo fundamental de la Recomendación es proteger la seguridad en el empleo de los trabajadores, trata también de equilibrar los distintos intereses. Por ejemplo, el interés del trabajador en la seguridad en el empleo, puesto que la pérdida del empleo puede entrañar la pérdida, para él y su familia, de los medios de vida indispensables; el del empleador en mantener la autoridad en las cuestiones que influyen en el funcionamiento eficaz de la empresa, y, por último, el interés de la comunidad en mantener relaciones de trabajo pacíficas y evitar desequilibrios innecesarios causados ya sea por el desempleo o por unidades económicas improductivas"

¹²⁷ Organización Internacional Del Trabajo, Departamento de Normas Internacionales del Trabajo. *Instrumentos sobre despido. Documento de referencia para la reunión tripartita de expertos para el examen del Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 158) y la Recomendación sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 166)*. Ginebra. 2011. ISBN: 978-92-2-324786-7 (impreso) ISBN: 978-92-2-324787-4 (web pdf) disponible en http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@normes/documents/meetingdocument/wcms_153218.pdf

Respecto de algunas formalidades propias del acto de despido como consecuencia de la comisión de una conducta u omisión, con carácter de falta, los instrumentos internacionales presentan procedimientos previos a la terminación de la relación laboral o en ocasión de esta. Si se establece que al trabajador se le ha de ofrecer la oportunidad de ejercer su derecho a la defensa frente a conductas relacionadas con su conducta y rendimiento. La Recomendación precisa que la relación de trabajo no debería darse por terminada por una falta del trabajador a menos que el empleador lo haya prevenido por escrito de manera apropiada (párrafo 7); que no debería darse por terminada por desempeño insatisfactorio a menos que el empleador le haya dado las instrucciones apropiadas (párrafo 8); que el trabajador debería tener derecho a contar con la asistencia de otra persona cuando se defienda de cargos acerca de su conducta o su trabajo (párrafo 9); que debería considerarse que el empleador ha renunciado a su derecho de dar por terminada la relación de trabajo de un trabajador a causa de una falta de éste si no ha adoptado esta medida dentro de un período razonable (párrafo 10); que el empleador podría consultar a los representantes de los trabajadores antes de adoptar una decisión definitiva en los casos de terminación individual de la relación de trabajo (párrafo 11); y que empleador debería notificar por escrito al trabajador la decisión de dar por terminada su relación de trabajo (párrafo 13)¹²⁸.

2.4.4 *Límites al despido con carácter disciplinario*

No se puede afirmar que el despido con carácter disciplinario sea una facultad dejada al arbitrio del patrono. Si bien el poder disciplinario permite al empleador mantener el orden necesario para que la empresa logre sus finalidades, y con ello se le autorice la aplicación de medidas disciplinarias con el fin de restituir el orden perturbado, tal potestad está sujeta, según

¹²⁸ *Ibidem*.

Alonso García¹²⁹, al cumplimiento de unos supuestos, que tienen por función garantizar y regular tal Instituto evitando así el uso arbitrario y abusivo de dicha facultad en detrimento de los derechos del trabajador. Entre dichos supuestos podemos encontrar

- a) Que el incumplimiento contractual se encuentre tipificado como falta disciplinaria, sea por la ley, el contrato, el reglamento de trabajo o la convención colectiva.
- b) Para proceder a la aplicación del despido resulta necesaria la efectiva ocurrencia de la conducta constitutiva de la falta, es decir, cambio de Estado de cosas existente como consecuencia de la acción o la omisión.
- c) Que la conducta se haya cometido bajo la modalidad de dolo o culpa¹³⁰.

“El incumplimiento contractual debe tener como causa el dolo o la culpa grave e inexcusable del trabajador. Al valorar la naturaleza dolosa o culpable del incumplimiento, deben tenerse presente las circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes, como el descuido ocasional del trabajador; la presencia de factores concurrentes de responsabilidad del empleador, tales como la supervisión negligente o insuficiente, la inadecuada calidad de los insumos o de la mantención de la maquinaria y equipos, la ineficiente organización o gestión de la empresa; la reiteración de las faltas; la naturaleza del incumplimiento y de su daño”¹³¹.

¹²⁹ Alonso García, Manuel. *Curso de derecho del trabajo*, 5a. ed., Barcelona, Ariel 1975.

¹³⁰ El concepto de dolo o culpa en el ámbito disciplinario se aproxima, de manera especial, a las instituciones propias del derecho sancionador por excelencia, El derecho penal, de allí que las consideraciones de tales conceptos en este ámbito sean en principio aplicables al ordenamiento disciplinario.

¹³¹ Morgado Valenzuela, Emilio. “El despido Disciplinario”. En *Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social*. Buen Lozano, Néstor de, Morgado Valenzuela Emilio (coord.). [online] México 1997, Instituto de Investigaciones Jurídicas, serie G: Estudios

- d) Existencia de un nexo causal entre conducta y resultado.
- e) Condición de proporcionalidad entre la sanción y la conducta. Por tal motivo, siendo el despido una excepción del principio de la vocación de continuidad de la relación laboral (Vázquez Vialard), la falta disciplinaria que lo justifica sólo es aquella que, por su gravedad o reiteración, no permite o no aconseja mantener vigente la relación de trabajo. Esa falta grave lesiona irreversiblemente al vínculo laboral (Pasco).¹³²
- f) Contemporaneidad entre la sanción y la conducta. Se explica mejor de conformidad con el principio de prescripción de la acción disciplinante, pues aquí y como en el derecho en general, el tiempo constituye elemento perentorio para la aplicación de sanciones al entender que la prescripción tiene por fundamento garantizar el principio de la seguridad jurídica, ya que su finalidad esencial está vinculada con el derecho que tiene todo sujeto pasivo del derecho sancionatorio a que se defina su situación jurídica, y así no estar sometido a la incertidumbre, en palabras de Morgado Valenzuela

“La falta disciplinaria faculta al empleador para terminar la relación de trabajo. Si no ejerce tal facultad dentro de un plazo razonable desde que tuvo conocimiento de la falta, se considera que ha renunciado a su derecho. El incumplimiento pierde paulatinamente su pertinencia para justificar el despido y se debilita la penalidad de la falta. Para identificar lo que constituye un plazo razonable, se debe tener en cuenta la naturaleza y gravedad de la falta, así como sus circunstancias agravantes y atenuantes. Ese plazo debe permitir al empleador ponderar apropiadamente todos los factores de hecho y de derecho que estén presentes en la falta cometida,

¹³²Ibíd., p.578

en forma tal que la decisión de despedir sea adoptada con mayor ecuanimidad. Así, se evita que la sanción se aplique en forma inmediata, repentina y brusca (Morales Filho).¹³³

g) la existencia de un debido proceso, previo que garantice otros derechos fundamentales como el derecho a la defensa.

2.5 APLICACIÓN CONCURRENTES DE ESTATUTOS DISCIPLINARIOS

Con fundamento en lo dicho hasta aquí, daremos paso a un análisis concreto de como en el caso de la aplicación concurrente del código disciplinario único y las disposiciones disciplinarias propias del contrato de trabajo para el caso de los trabajadores oficiales podríamos incurrir en la violación del principio *non bis in ídem* o en la falta de aplicación del principio de favorabilidad en materia laboral.

Por tanto, previo a realizar este análisis nos referiremos a los principios del *non bis in ídem* y el principio de favorabilidad, cuyo respeto y observación son garantía de derechos fundamentales.

2.5.1. Principio de *non bis in ídem*

Su característica es la prohibición del doble enjuiciamiento:

- (i) Tiene el carácter de derecho fundamental de aplicación directa e inmediata.
- (ii) Principio que materializa de manera efectiva la seguridad jurídica.
- (iii) Se fundamenta en los principios de seguridad jurídica y justicia material, los cuales, a su vez, se amparan en el principio de la cosa juzgada que en

¹³³Ibíd., pp 579

esencia no permite que los mismos hechos sean objeto de sucesivos e indeterminados procesos judiciales, administrativos, etc. Así, impidiendo vuelvan a ser discutidos por otro funcionario en un juicio posterior.

(iv) Imperativo, es decir, que tal prohibición del doble enjuiciamiento se extiende a todo el derecho sancionador.

(V) Este principio es de forzosa observación por parte de las autoridades públicas titulares del *ius puniendi* del Estado y de particulares investidos legalmente de potestad sancionatoria.

(vi) No tiene carácter absoluto, pueden llegarse a dar lugar a diversas investigaciones y sanciones.

La Honorable Corte Constitucional¹³⁴ ha dejado establecido que es posible juzgar y sancionar varias veces un mismo comportamiento, sin que ello implique una violación del *non bis in ídem*, (i) cuando la conducta imputada ofenda distintos bienes jurídicos que son objeto de protección en diferentes áreas del derecho; (ii) cuando las investigaciones y las sanciones tengan distintos fundamentos normativos; (iii) cuando los procesos y las sanciones atiendan a distintas finalidades; y (iv) cuando el proceso y la sanción no presenten identidad de objeto y causa.

Respecto de la primera condición, protección de diversos bienes jurídicos, no resulta aplicable al caso del trabajador oficial para sustentar la aplicación concurrente de los regímenes disciplinarios, a saber del Código Disciplinario Único y del régimen disciplinario derivado del contrato de trabajo celebrado con la administración pues como lo hemos expuesto se tiene que la conducta del trabajador oficial en muchos casos no comporta función pública. Sin embargo, los defensores de la concurrencia alegan que no hay correspondencia entre el bien jurídico protegido con uno y otro régimen, haciendo posible la aplicación de una doble sanción y un doble

¹³⁴ Corte Constitucional de Colombia, sentencias C-870 de 2002 y C-478 de 2007.

enjuiciamiento sin trasgresión a dicho principio, pues mientras el CDU busca tutelar el bien general derivado del ejercicio eficaz de la función pública, la normativa disciplinaria laboral tiene por bien jurídico el contenido obligacional de carácter contractual.

Consideramos que tal apreciación es errada, pues es un hecho poco considerado, que la contratación que hace la administración genera un compromiso de actuar adecuadamente para la consecución de unos fines específicos que no son otros que el bien común y con ello, sin duda, se compromete el bien general, sin embargo el Estado consciente de ello, decide con plena voluntad diferir las formas de control y disciplinamiento al régimen disciplinario contenido en el contrato de trabajo, convenciones colectivas y, especialmente, en el reglamento interno de trabajo. Tal aceptación se expresa en la suscripción del contrato.

Parece poco justo que el Estado, la administración, acepte regirse por normas laborales del derecho privado, actuando en calidad de un particular, con las consecuencias propias de dichas normativas frente al trabajador y con la ausencia de beneficios propios de la vinculación legal y reglamentaria, para que al momento de ejercer la potestad sancionadora busque salir del marco delimitado por el contrato de trabajo y pretenda dar aplicación a normas de carácter sancionatorio que no solo son ajenas a la relación laboral establecida sino que sin lugar a dudas resultan ser más gravosas para el trabajador.

En segundo lugar se ha de decir que las normas de las que emana el poder disciplinario, si bien son diversas formalmente no tienen finalidades y funciones total e inevitablemente excluyentes para el caso del trabajador oficial. De hecho se puede afirmar, en gran medida, un número de coincidencias evidentes entre y uno y otro régimen como la finalidad última

de protección del bienestar general, y aún más evidente resulta la correspondencia en no pocas ocasiones de las faltas consagradas en el CDU y las establecidas en la ley laboral, reglamentos internos y contrato de trabajo.

Frente a la finalidad de los procesos y sanciones de una y otra normativa resulta necesario afirmar la existencia de una convergencia en este punto, pues los procesos tienen por finalidad el agotamiento de procedimientos, a fin de determinar la existencia de una conducta que afecta el bien general, imputable a un servidor público, en el caso de servidores vinculados por relación reglamentaria y, por otro, los trabajadores vinculados por contrato de trabajo. Consecuencia de la verificación de la ocurrencia de la conducta y de la determinación del responsable se impone una sanción con fines de salvaguardar el buen funcionamiento de la administración.

Por lo anterior, es evidente que en la situación disciplinaria de un trabajador oficial, no puede aplicarse, de manera concurrente, la normatividad sancionatoria contenida en la legislación laboral y en las disposiciones disciplinarias de la Ley 734 de 2002, pues ello implica una violación del principio *non bis in ídem*.

2.5.2 *Principio de favorabilidad*

Entonces ante la coexistencia de regímenes sancionatorios laboral y disciplinaria, en el caso de los trabajadores oficiales, es pertinente estudiar la misma a la luz del principio de favorabilidad previsto en el artículo 53 de la Constitución Política, el cual hace referencia a la coexistencia de normas en distintos estatutos que regulen la misma situación jurídica, se preferirá en aplicación aquella que sea mas favorable al trabajador. Para la Corte

Constitucional¹³⁵ “la condición más beneficiosa” para el trabajador, se encuentra plenamente garantizada mediante la aplicación del principio de favorabilidad que se consagra en materia laboral, no sólo a nivel constitucional sino también legal, y a quien corresponde determinar en cada caso concreto cuál norma es más ventajosa o benéfica para el trabajador es a quién ha de aplicarla o interpretarla. De conformidad con este mandato, cuando una misma situación jurídica se halla regulada en distintas fuentes formales del derecho (ley, costumbre, convención colectiva, etc.), o en una misma, es deber de quien ha de aplicar o interpretar las normas escoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador. La favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones; la norma así escogida debe ser aplicada en su integridad, ya que no le está permitido al juez elegir de cada norma lo más ventajoso y crear una tercera, pues se estaría convirtiendo en legislador¹³⁶.

Así las cosas, siendo evidente la coexistencia de regímenes disciplinarios, es claro que se debe dar aplicación al principio de favorabilidad, es decir, que deberá aplicarse el procedimiento disciplinario más favorable al trabajador, que puede llegar a ser el previsto en la convención colectiva de trabajo.

Como conclusión de este capítulo podemos decir que la ubicación que en Colombia se ha dado a los trabajadores oficiales a través de la teoría organicistas, evidencia que es desde allí desde donde se genera la dificultad para la aplicación del régimen disciplinario a este tipo de trabajadores, pues la ley laboral no hace ninguna distinción para efectos de que se puedan

¹³⁵ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-168 del 20 de abril de 1995. M.P. doctor Carlos Gaviria Díaz

¹³⁶ *Ibíd.*, Pág. 20.

introducir normas de carácter disciplinario tanto en los reglamentos de trabajo como en las convenciones colectivas, situación que este trabajo evidencia como equivocada, pues no es lo mismo los trabajadores que laboran en la construcción, mantenimiento o sostenimiento de obras públicas y aquellos que lo hacen en las empresas Industriales y Comerciales del Estado o en las Sociedades de Economía Mixta, que en algunos eventos por la complejidad de su organización entregan a estos trabajadores funciones administrativas rompiendo límites entre la clásica teoría funcional que ha diferenciado al empleado público del trabajador oficial, pues éste último como lo hemos sostenido no cumple función pública, pues no desempeña un empleo público en estricto sentido.

CAPÍTULO III

HACIA LA CONSOLIDACIÓN DE UNA PROPUESTA QUE MATERIALICE EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

3 CONSIDERACIONES

Evidenciado como se encuentra a través de los capítulos precedentes la coexistencia de regímenes disciplinarios aplicables al trabajador oficial y como respuesta a la pregunta problema, en este capítulo propondremos la expedición de una Ley que regule de manera expresa cuándo un trabajador oficial debe ser disciplinado bajo la normativa de la Ley 734 CDU y cuándo lo puede ser con base en las normas laborales que rigen su contrato de trabajo.

Por tanto, dicho trabajo solo puede emprenderse a partir de la identificación del trabajador oficial que cumple función pública, y que como se dijo con antelación solo puede ser aquel que labore en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado o en las Sociedades de Economía Mixta.

Para este propósito nos apoyaremos en pronunciamientos de la Corte Constitucional, cuando se refirió a la potestad disciplinaria frente a los trabajadores oficiales y expuso de manera diáfana los criterios adoptados por la jurisprudencia a propósito de la aplicabilidad del régimen disciplinario de los funcionarios públicos frente a los particulares, haciendo expresa mención del tratamiento que en tales eventos se ha dado a la figura híbrida del trabajador oficial.

El primer criterio expuesto y acogido por el alto tribunal fue el denominado “criterio subjetivo” según el cual será la existencia de una relación especial de subordinación la que determinará la aplicabilidad o no del régimen

disciplinario a los particulares. Con lo anterior y citando lo afirmado en fallo C-280 de 1996¹³⁷, recuerda la existencia de dos vías, que tiene la administración para ejercer la potestad sancionadora, la correccional y la disciplinaria, la primera referida a los medios de coerción y sanción de particulares que con su actuar cometen infracciones al régimen de higiene, tránsito, fiscal o financiero; y la segunda la potestad disciplinaria, que se ejerce frente a los funcionarios del Estado que incumplan con sus deberes u obligaciones o cometan infracciones a prohibiciones claras, ciertas y previamente determinadas por la ley o por el reglamento de la institución. Y expresamente se afirma que en los eventos en que existe una relación laboral de subordinación entre el Estado y una persona natural sea esta legal y/o reglamentaria o contractual se crea una relación de sujeción, en palabras del alto tribunal esto dijo:

...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 trabajo¹³⁸.

En ocasión anterior se había pronunciado el alto tribunal, en el sentido de que el régimen disciplinario le fuera aplicable a los servidores públicos, de conformidad con lo definido por el artículo 123 de la Carta Política de 1991¹³⁹.

Y es claro que si bien es cierto en aplicación de este primer criterio todos los trabajadores oficiales se encuentran bajo una relación de sujeción, no es

¹³⁷ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-280 del 25 de Junio de 1996. M.P., doctor Alejandro Martínez Caballero

¹³⁸ *Ibíd.*

¹³⁹ Corte Constitucional Sentencia C- 417 de 1993 M.P. doctor José Gregorio Hernández Galindo.

suficiente dicho criterio para decidir sobre la aplicación del CDU, pues como se ha dejado esbozado las sanciones que se imponen en este código son desproporcionadas frente a un trabajador que por su ubicación dentro de la organización del Estado como lo son los del mantenimiento de la obra pública, no está en posibilidad de que con su actuar, ya sea positivo o negativo, transgredan los bienes protegidos por dicho Estatuto disciplinario, y frente al cuál, por el contrario, la aplicación de la sanción de destitución, entendida como terminación del contrato de trabajo, le impediría trabajar, pues esta sanción, -de destitución-, conlleva la de la inhabilidad para ejercer otro empleo público.

El segundo criterio es el material, a propósito de la función pública y el interés general a ella inherente. Según éste, la determinación de la posibilidad de dar aplicación al régimen disciplinario pende no de la calidad o condición de quien actúa sino de la materialidad de la función que desarrolla, es decir la función pública que cumple y el interés público que ella representa. En la Sentencia C-286 de 1996, de cara a la responsabilidad de carácter disciplinario de particulares que ejercen función pública, el alto tribunal declaró que en los eventos en que se radique en cabeza de un particular el cumplimiento de una función de carácter público, este se cualifica no ontológica, más si jurídicamente, sin que dicha cualificación le implique dejar de ser un particular.

“Con todo, es necesario tener en cuenta que no toda relación con el Estado genera de hecho o de derecho la situación prevista en el supuesto anterior, porque la asignación de funciones es una atribución reservada a la ley y ello no podrá ocurrir sino en los casos en que ella misma lo determine, desde luego con arreglo a la Constitución”¹⁴⁰.

¹⁴⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-563 de 1998, M.P. doctor. Antonio Barrera Carbonell y doctor. Carlos Gaviria

Lo anterior es de vital importancia, pues hemos de recordar que el trabajador oficial es, en su misma naturaleza legal, un particular vinculado por una relación laboral de carácter contractual con la administración y con ello le son extensibles, en debidas proporciones, las anteriores consideraciones. Con ello es plausible afirmar que debe ser la ley la que determine cuándo un trabajador oficial cumple función pública, pues es claro que estos temas solo están diferidos al Congreso de la República

Y es que la jurisprudencia no ha dado una explicación satisfactoria, pues solo se ha referido a que el despido del trabajador oficial en razón de la causales contempladas en el Decreto 2127 de 1945 no constituyen, en estricto sentido, una medida de carácter sancionatorio, interpretación que le ha permitido sostener la aplicabilidad y subsistencia de los dos regímenes, el disciplinario propio del CDU, y el de carácter contractual, razonamiento que este trabajo desvirtúa, pues dichas causales son en su esencia y naturaleza actos de disciplinamiento.

En palabras del H. Tribunal, se dijo:

“conviene reiterar que, frente a casos similares al presente, las justas causas contempladas en el Decreto 2127 de 1945, en tratándose de trabajadores oficiales, vinculados mediante contrato de trabajo, no desaparecieron con la expedición del Estatuto Único Disciplinario, ya que si bien el artículo 20 de la Ley 200 de 1995, se dirigió, a “los miembros de las Corporaciones Públicas, empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios”; y, por ende, involucra a los servidores públicos en términos generales, no derogó en forma expresa y especializada en alguna de

sus disposiciones, la normatividad propia de quienes se encuentran vinculados mediante contrato de trabajo”¹⁴¹.

Doctrina que ha sido reiterada en las Sentencias de 26 de septiembre de 2006, radicación 26928, la del 28 de agosto de 2003, radicado 21120 y la de 25 de noviembre de 2002, radicado 18823, en las que señaló:

“Por eso se concluye que las justas causas previstas en el Decreto 2127 de 1945 para terminar el contrato de trabajo, por parte del trabajador o del empleador, continúan vigentes y frente a ellas, se mantiene la misma regulación y el tratamiento que ha sido identificado por la jurisprudencia, que ha reiterado que el despido partiendo de las causales previstas en el Decreto 2127 de 1945, como también de las señaladas en el Código Sustantivo del Trabajo, no corresponde a una medida en estricto sentido de carácter sancionatorio, por lo que en relación con estas no procede la aplicación del trámite contemplado en el Código Disciplinario, el cual, por ser propio de tal estatuto, opera solo frente a las conductas tipificadas en el mismo como configurantes de faltas gravísimas y como tales, de justas causas, también, de terminación de los contratos de trabajo. Además, como ya lo ha señalado esta Sala, frente a las faltas gravísimas, que también configuran justas causas de despido, solo procede el trámite previsto en la ley 200 de 1995, a la que hacen expresa referencia estas consideraciones, por lo que en consecuencia, el procedimiento previsto en ella, desplaza cualquier trámite convencional establecido como previo para terminar el contrato por justa causa, originadas en el acaecimiento de una falta calificada en él como gravísima”¹⁴²

¹⁴¹ Corte Suprema De Justicia. Sala de Casación Laboral. Rad. 33936 del 19 de mayo de 2009.

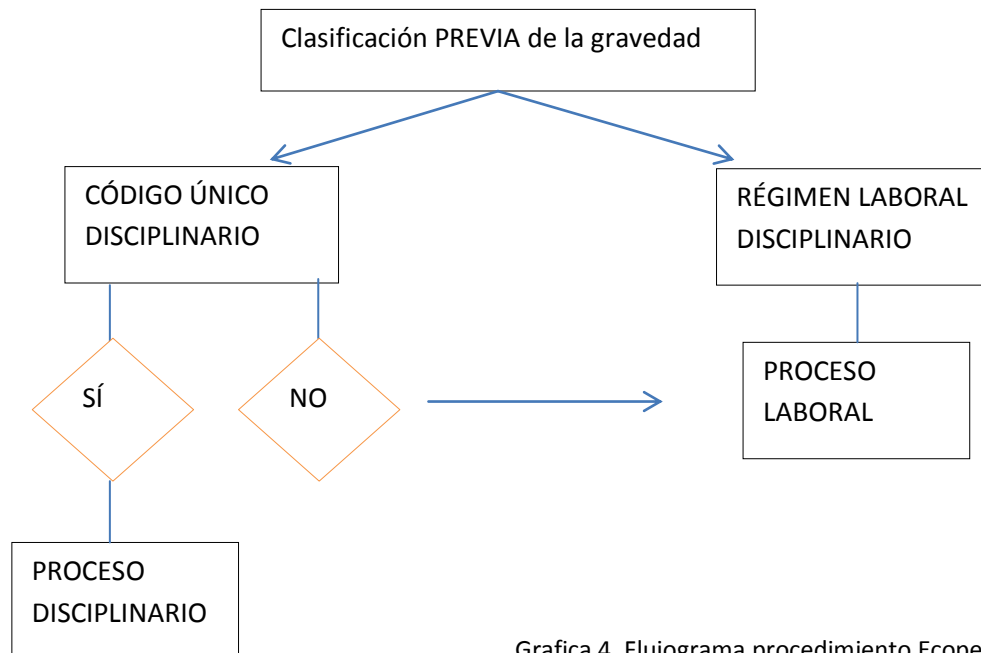
¹⁴² Corte Suprema De Justicia. Sala de Casación Laboral. Rad. 33936 del 19 de mayo de 2009.

En la práctica se evidencia que las oficinas jurídicas y de control interno de las empresas industriales y comerciales del Estado o de las sociedades de economía mixta, no cuentan con un criterio claro y válido para saber cuando dar aplicación al CDU, como fue la mención que se hizo del caso de Ecopetrol, documentada en la sentencia T-171/11.

Los hechos descritos en dicha sentencia, resultan de vital importancia, para este trabajo pues dejan al descubierto el vacío legislativo que aquí anotamos, pues, no existe una razón válida para que ante la infracción a una norma descrita tanto en el Código Disciplinario Único como en el reglamento interno, la ley y la convención colectiva, se escoja aplicar el uno u el otro de forma caprichosa.

Otro criterio, que consideramos no soluciona el problema existente sobre la coexistencia de los regímenes disciplinarios, es la de la connotación de la falta, tal como se señala en la sentencia de 26 de septiembre de 2006, Rad. 26928, en la que la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, afirmó que aquellas faltas cometidas por los trabajadores oficiales por regla general han de ser llevados por los procedimientos convencionales y demás propios del contrato de trabajo y que solo aquellas conductas que constituyen faltas calificadas como gravísimas serán llevadas por el trámite dispuesto por el CDU.

Criterio que se resume con la siguiente gráfica:



Grafica 4. Flujograma procedimiento Ecopetrol.
Elaboración propia

El cual consideramos insuficiente pues como se ha venido diciendo el problema no es de la falta, pues ella puede estar contenida en los dos regímenes disciplinarios, sino que no todos los trabajadores oficiales cumplan o no función pública.

De ahí que no queda otra salida que la de proponer un proyecto de Ley que, como ya se ha venido expresando, concrete los eventos en los cuales se dará aplicación al trabajador oficial del régimen disciplinario previsto en la Ley 734 de 2002, CDU. Así:

3.1 PROYECTO DE LEY No. (...) Por el cual se modifica el Artículo 25 de la ley 734 de 2002 que expidió el Código Disciplinario Único y se dictaron otras disposiciones.

3.1.2 INTRODUCCIÓN

El Derecho disciplinario en Colombia y obedeciendo a las más importantes disertaciones académicas y dogmáticas se ha constituido en una rama autónoma del Derecho. Así la Ley disciplinaria se ha propuesto conjurar de manera contundente fenómenos de corrupción e ineficiencia en la búsqueda del bienestar general como fin de la gestión administrativa estatal. Así como parte del Derecho Sancionatorio, el Derecho disciplinario parte de principios esenciales del Estado Social de Derecho como el de legalidad y el respeto por los derechos ius fundamentales como el debido proceso, juez natural y a la seguridad jurídica. Así la aplicabilidad del régimen disciplinario ha de ser determinada previamente y claramente por la ley y así ante posible duda es el legislador quien ha de hacer las claridades necesarias.

3.1.3 EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

El presente proyecto tiene por objetivo consolidar un derecho disciplinario frente a la situación de los trabajadores oficiales como sujetos en especiales condiciones a fin de dar aplicación al estatuto disciplinario. En aprovechamiento de esta circunstancia se propone a este congreso no solo esbozar preceptos y conceptos precisiones necesarias a fin de que se erradique en materias tan sensibles, posibles criterios unilaterales y arbitrarios respecto a la aplicabilidad de la Ley 734 de 2002 frente a aquellos funcionarios vinculados por medio de contrato de trabajo.

3.1.4 JUSTIFICACIÓN

Diáfano aparece que los regímenes establecidos por la Ley 200 de 1995 y la Ley 734 de 2000 hacen importantes aportes en el desarrollo de un control

efectivo frente a la protección del bien común y de la Moralidad Administrativa de los servidores públicos, sin embargo las relaciones de los trabajadores oficiales en la actualidad ofrecen matices y dificultades que llaman al legislador a determinar soluciones para regular y si es del caso cobijar con la aplicabilidad de los regímenes disciplinarios.

Lo anterior por considerar que como es bien sabido la Ley ha de estar planteada de manera general y permitir a partir de ello regular la mayoría de los casos, sin embargo el posible compromiso de derechos fundamentales y la determinación de la naturaleza propia del trabajador oficial de cara a la aplicabilidad del régimen sancionatorio contenido en la Ley 734 de 2002 nos lleva a hacer claridad y mención concreta frente al trabajador oficial como sujeto que ejerce función pública, aun cuando no en todos los casos.

La realidad muestra como la complejidad social, jurídica y económica plantea nuevos horizontes en el entendimiento de la categoría del trabajador oficial en la estructura del empleo público, toda vez que su naturaleza inicialmente planteada, como la de aquellos trabajadores encargados del mantenimiento y reparación de las obras públicas o como lo ha establecido la jurisprudencia, servidores encargados de todas aquellas actividades que cualquier particular puede llevar a cabo. Pensamiento que sin duda ha sido superado, siendo así no extraño encontrar este tipo de servidores en cumplimiento de verdaderas funciones públicas en compromiso del bien general y cuyo ejercicio ordena la observancia de la moralidad administrativa.

Se ha de resaltar con lo anterior que el presente proyecto normativo, se realiza desde el enfoque socio jurídico, que busca atender a las necesidades sociales a partir de concretar y adecuar normas jurídicas que permitan el tratamiento sistémico de los requerimientos sociales. Lo anterior permite al cuerpo legislativo acercarse a las realidades propias de la administración

eliminando ambigüedades que pueden de manera negativa afectar el bien común.

Pregunta necesaria es ¿están los trabajadores oficiales sujetos al régimen disciplinario contenido en la Ley 734 de 2000 aun cuando se ha entendido que estos por regla general no cumplen función pública y su régimen disciplinario se relegó al contrato laboral?

La Constitución Colombiana al regular la situación de los servidores públicos dijo

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

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

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

ARTICULO 124. La ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva.

ARTICULO 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley... “

Así resulta necesario decir que en no pocos casos se encuentra que las diferencias funcionales entre uno y otro tipo de servidores se desdibujan conforme a el tipo de vinculación con el Estado y con ello se hace necesario establecer criterios y características definitorias de qué actividades y en qué ámbito resulta o no procedente la aplicación de la Ley 734 de 2002 de cara a los trabajadores oficiales que por regla general no cumplen función pública y cuyo régimen disciplinario se ha remitido al del contrato laboral.

3.1.5 EL PROBLEMA EN DISCUSIÓN

Hoy en Colombia existe una indefinición respecto a la jurisdicción que ha de conocer los asuntos originados en una falta disciplinaria del trabajador oficial. Es así como, podemos encontrar procesos adelantados ante la Jurisdicción Ordinaria Laboral, teniendo en cuenta el vínculo contractual que une a las partes ó en otras ocasiones, el asunto se ventila ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, pues se discute la legalidad del acto administrativo que resuelve sobre la sanción impuesta al trabajador oficial.

En salvamento de voto a la sentencia de 2006¹⁴³, el magistrado Eduardo López Villegas, fijo su criterio al considerar erróneo plantear una diversa naturaleza entre la sanción dada en el marco de la Ley 200 de 1995 y aquella causada en cumplimiento de los procedimientos contenidos en el contrato laboral, reglamento interno de trabajo o convención colectiva, por obedecer a filosofías distintas, con lo que no generaban incompatibilidad o un doble juzgamiento.

Bajo dicho entendimiento claramente uno y otro régimen comparten una misma naturaleza, ambas son disciplinarias y pueden tener por objeto los mismos hechos y sujetos, de allí que el criterio de elegibilidad de los

¹⁴³ Corte Suprema de Justicia. Sala laboral. Radicado no. 26928 MP. Gustavo José Génneco Mendoza.

operadores jurídicos en pro de determinar si resulta aplicable uno u otro procedimiento disciplinario debe ser de competencia prioritaria del ente legislativo. Por tanto, es éste órgano quien debe atender los intereses y consideración expuestas por el constituyente a fin de conservar la voluntad de diferenciar tales trabajadores, en pro de la garantía de derechos fundamentales como el de legalidad de los procedimientos, seguridad jurídica, a no poder ser juzgados dos veces por el mismo hecho y la del juez natural, situación que de manera prioritaria ha de solventarse para evitar conflictos de competencia entre la jurisdicción laboral ordinaria y la jurisdicción contencioso administrativa.

3.1.6 PROBLEMA JURÍDICO

Existen en Colombia dos categorías de servidores públicos, diferenciados en razón de las formas de vinculación, bien sea por una relación legal y reglamentaria o por medio de contrato de trabajo, estos últimos denominados trabajadores oficiales. La observancia de los actos desarrollados en el ejercicio de sus funciones son tarea del Estado como patrono, sin embargo en razón de la naturaleza de las formas de vinculación se ha entendido que los trabajadores oficiales tienen su régimen disciplinario contenido en las disposiciones propias de los contratos y reglamentos internos de trabajo, aspecto que no ha sido tan claro después de la expedición de la Ley 200 de 1995 y actualmente la Ley 734 de 2002.

Por esta razón el congreso debe modificar la ley 734 de 2002, en lo referente a sujetos disciplinables y establecer que la aplicación de este Estatuto es solo respecto de los trabajadores oficiales que cumplen función pública, entendida esta como la ejercida por aquellos trabajadores vinculados a las empresas industriales y comerciales del estado y las sociedades de economía mixta en la medida en que sus cargos conlleven la realización de

funciones que implique el ejercicio de las potestades públicas, la administración de bienes o de recursos público u oficiales. Igualmente estarán sujetos a la ley disciplinaria aquellos trabajadores oficiales vinculados a tales empresas Estatales, que en el marco de sus funciones administren, dispongan y/o intervengan de manera directa en decisiones de fondo frente a la asignación, evaluación y valoración de materias que comprometan fondos públicos.

Por esta razón, resulta valido afirmar como lo ha sostenido la Corte Constitucional que es la ley el lugar idóneo en donde el concepto se llena de contenido y donde puede determinarse el régimen aplicable al trabajador oficial que cumple función pública y a aquel que no lo hace, pues la ley debe tener en cuenta los principios mínimos fundamentales del trabajador, como los de la igualdad de oportunidades, la remuneración vital, la estabilidad, la favorabilidad y la primacía de la realidad sobre las formalidades, entre otros (artículo 53 C.N.).

En palabras de la Corte, "... los trabajadores y los empleados del Estado están subjetivamente en situaciones distintas, y corresponde al legislador definir, racional y proporcionalmente, cuándo un servidor público está cobijado por una u otra regulación..."¹⁴⁴

Por lo anterior se pone en consideración del legislador el siguiente proyecto de ley

3.2 TEXTO DEL PROYECTO DE LEY

PROYECTO DE LEY N° ____

¹⁴⁴ Corte Constitucional. Sentencia C 090 de 2002. MP, Dr. Eduardo Montealegre Lynett

“Por el cual se modifica el artículo 25 de la Ley 734 de 2002, por la cual se expidió el Código Disciplinario Único y se dictan otras disposiciones”

El congreso de la republica
DECRETA

El régimen disciplinario de los trabajadores oficiales que excepcionalmente ejercen función publica

Artículo 1º El artículo 25 de la Ley 734 de 2002, quedará así:

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

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

Para los efectos de esta ley y en concordancia con el artículo 38 de la Ley 489 de 1998, son servidores públicos disciplinables, los gerentes de cooperativas, fundaciones, corporaciones y asociaciones que se creen y organicen por el Estado o con su participación mayoritaria. Inciso declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante [Sentencia C-127 de 2003](#)

PARAGRAFO PRIMERO: La presente ley se aplica solamente para los trabajadores oficiales vinculados a empresas Industriales y Comerciales del Estado y Sociedades de Economía Mixta en la medida en que sus cargos,

conlleven la realización de funciones que impliquen el ejercicio de las potestades públicas, la administración de bienes o de recursos públicos u oficiales.

Igualmente estarán sujetos a la ley disciplinaria aquellos trabajadores oficiales vinculados a tales empresas Estatales, que en el marco de sus funciones administren, dispongan y/o intervengan de manera directa en decisiones de fondo frente a la asignación, evaluación y valoración de materias que comprometan fondos públicos.

PARAGRAFO SEGUNDO: Los demás trabajadores oficiales, serán investigados disciplinariamente conforme a las normas propias que regulan su contrato de trabajo.

Artículo 2º Vigencia. La presente Ley entrara a regir a partir de su publicación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.

Ciudadanos

MARTHA LUDMILA AVILA TRIANA

AYDÉ TRUJILLO BAQUERO

JORGE LUIS ARZUAGA CADENA

Maestrandos Universidad Libre

Facultad de Derecho- Instituto de Postgrados

Maestría en Derecho Administrativo.

H. Senador

JUAN MANUEL GALÁN PACHÓN

Comisión Primera de Senado- Constitucional.

CONCLUSIONES

La primera conclusión que se logra destacar en la presente investigación es que la distinción hecha por la jurisprudencia y la doctrina entre las sanciones contenidas en el Código Único Disciplinario, Ley 734 de 2002, frente a las establecidas por los contratos laborales y demás fuentes propias de las relaciones de tipo laboral, no es suficiente para dar respuesta a la aplicación del régimen disciplinario, no puede ni debe ser aceptada acríticamente y, por el contrario, tal distinción no encuentra cimiento absoluto que permita asumir tal posición a título de axioma jurídico. Las mencionadas sanciones comparten elementos de esencialidad que no permiten su segregación absoluta. Con lo expuesto se desvirtúan dos importantes argumentos que se plantean a favor de la distinción entre sanción de tipo disciplinario y sanción de carácter contractual. Aquí se afirma que las dos comparten una doble naturaleza, son ambas sanciones y tienen carácter disciplinario.

Como segunda conclusión encontramos que los criterios funcional y orgánico se han constituido como elementos conceptuales insuficientes en la labor de determinación del régimen disciplinario aplicable a los trabajadores oficiales, pues es claro que ningún trabajador oficial cumple función pública, por cuanto el CDU no les puede ser aplicable, igualmente el criterio orgánico no resulta adecuado pues concretar la posibilidad de aplicación de un estatuto disciplinario por la pertenencia a una determinada entidad del Estado no puede ser criterio absoluto para establecer la aplicabilidad de un régimen u otro.

En tercer lugar, y en apoyo a lo anterior, se ha de resaltar que la afirmación según la cual y junto con métodos de interpretación arraigados en la exegesis, sin duda, arriesgan la estabilidad del sistema jurídico con compromiso de importantes derechos *ius*-fundamentales, al sostener

insalvablemente que la voluntad del constituyente de 1991 fue, sin distingo alguno, imponer los mismos deberes a quienes se vinculan legal y reglamentariamente con la administración frente a aquellos cuya vinculación se hace por medio de contrato laboral, bajo la fórmula “servidores públicos” contenida en la Carta Política en su artículo 123 . Ello no solo desconoce el principio de igualdad, pues sin duda las garantías de que gozan los primeros no son siquiera comparables con las recibidas por lo segundos, sino que tal posición desconoce categorialmente la voluntad del mismo constituyente y del legislador. Prueba de ello son las disposiciones respecto de la conformación de las empresas industriales y comerciales del Estado, en donde por regla general sus servidores tienen el carácter de trabajadores oficiales y la excepción serán aquellos cargos que deberán ser ocupados por empleados públicos, en razón del grado de responsabilidad y compromiso de sus funciones frente a los bienes y demás intereses de la administración, que redundan finalmente en el bienestar general. La complejización de las formas de organización del Estado a fin del cumplimiento de objetivos esenciales del Estado social de derecho, ha generado importantes consecuencias como el desdibujamiento de las fronteras entre empleados públicos y trabajadores oficiales.

Como conclusión ineludible del presente intento resulta la afirmación de una coexistencia de regímenes disciplinarios y concurrencia en la aplicación de los mismos. Esta última de importantes consecuencias de cara a la inminente violación de principios propios del derecho sancionador como el *non bis in Ídem*. Ante esta situación se ha de recurrir al legislador para que por medio de la ley determine la aplicabilidad del estatuto disciplinario de conformidad con lo establecido por el alto Tribunal de lo Constitucional en sentencia C - 090 de 2002.

Se ha de afirmar que tal criterio de cara a la favorabilidad resulta un criterio adoptado con fines de ajustar las normativas coexistentes a principios, que garantice derechos de carácter fundamental, sin embargo, es menester decir que en razón de la naturaleza propia del vínculo del trabajador oficial en ningún caso podrá ser justificada la aplicación del CDU, siendo lo propio el seguimiento de los procedimientos laborales dispuestos por la ley, el contrato laboral, el reglamento interno de trabajo y/o la convención colectiva.

El planteamiento de esta situación, trae importantes consecuencias respecto al tratamiento del trabajador oficial de cara al derecho y el principio del juez natural, que necesariamente se vincula de forma directa con el principio de legalidad. Claramente las controversias generadas en el marco de la relación laboral de carácter contractual y privado, son competencia de los jueces laborales, de la justicia ordinaria, de conformidad con lo establecido por el Artículo 2 del Decreto-Ley 2158 de 1948, así

ARTICULO 2o. COMPETENCIA GENERAL. <Artículo modificado por el artículo 2 de la Ley 712 de 2001. El nuevo texto es el siguiente:> La Jurisdicción Ordinaria, en sus especialidades, laboral y de seguridad social conoce de:

1. Los conflictos jurídicos que se originen directa o indirectamente en el contrato de trabajo;
2. Las acciones sobre fuero sindical, cualquiera sea la naturaleza de la relación laboral;
3. La suspensión, disolución, liquidación de sindicatos y la cancelación del registro sindical;
4. <Numeral modificado por del artículo 622 de la Ley 1564 de 2012:> Las controversias relativas a la prestación de los servicios de la seguridad social que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, salvo los de

responsabilidad médica y los relacionados con contratos; 5. La ejecución de obligaciones emanadas de la relación de trabajo y del sistema de seguridad social integral que no correspondan a otra autoridad; 6. Los conflictos jurídicos que se originan en el reconocimiento y pago de honorarios o remuneraciones por servicios personales de carácter privado, cualquiera que sea la relación que los motive; 7. La ejecución de las multas impuestas a favor del Servicio Nacional de Aprendizaje, por incumplimiento de las cuotas establecidas sobre el número de aprendices, dictadas conforme al numeral 13 del artículo 13 de la Ley 119 de 1994; 8. El recurso de anulación de laudos arbitrales; 9. El recurso de revisión; 10. La calificación de la suspensión o paro colectivo del trabajo.

Entonces, la ley concede ampliamente, en el numeral primero el conocimiento de todas aquellas controversias de tipo jurídico emanadas directa o indirectamente del contrato de trabajo, lo que sin duda contiene lo referente a la aplicación de las sanciones disciplinarias por parte del empleador.

Las conductas que constituyen faltas disciplinarias, en una y otra normativa, no pocas veces coincidentes, claramente tiene un origen directo o indirecto en la relación laboral existente entre el trabajador oficial y la administración. Lo anterior permite aseverar que la competencia radica en la justicia ordinaria, sin embargo la aplicación e imposición de sanciones de conformidad con el CDU, remite o traslada la competencia del conocimiento de la controversia a la jurisdicción de lo contencioso administrativo. De allí que se plantee un conflicto de competencia en desmedro del principio de juez natural y con ello comprometiendo el principio de legalidad en materia sancionatoria.

Conscientes de la necesidad de una regulación que clarifique la situación del trabajador oficial se ha de exhortar al órgano legislativo para que defina, de manera clara, el régimen aplicable al trabajador oficial, para que la discrecionalidad de los operadores jurídicos se traduzca en garantía de derechos fundamentales como el de legalidad, juez natural, igualdad, debido proceso y seguridad jurídica.

BIBLIOGRAFÍA

REFERENTE DOCTRINAL

ALONSO GARCÍA, MANUEL. *Curso de derecho del trabajo*, 5^a. ed., Barcelona, Editorial Ariel, 1975.

ARBELÁEZ VILLEGAS, JAIRÓ. *Derecho administrativo laboral*, T I, 8^{va} ed., Bogotá D.C., Editorial Legis, 2008.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Gaceta Del Congreso. N° 291/00.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Gaceta Del Congreso. N° 46/91.

ESCOLA, HÉCTOR JORGE; COMADIRA, JULIO RODOLFO y COMADIRA, JUAN PABLO (Actualizador). *Curso de derecho administrativo*, 1^a ed., vol. I, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 2012.

FORERO SALCEDO, JOSÉ RORY. "Garantía de los derechos fundamentales de los servidores públicos y cumplimiento de sus deberes funcionales." en *Ensayos sobre derecho disciplinario*, T.II, Bogotá D.C., Ediciones Nueva jurídica.

FORERO SALCEDO, JOSÉ RORY. *Estado constitucional, potestad disciplinaria y relaciones especiales de sujeción*, Bogotá D.C., Editorial IEMP-Instituto de Estudios del Ministerio Publico, 2007.

GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN. *Curso de derecho administrativo*, T II, 13^a edición, Madrid, Editorial Thomson-Civitas, 2006.

GERNIGON, BERNARD; ODERO ALBERTO y GUIDO HORACIO. *La negociación colectiva*, Normas de la OIT y principios de los órganos de control, Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2000.

GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS ARTURO. *Estudios de derecho disciplinario*, Bogotá D.C., Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez y Ediciones Nueva Jurídica, 2004.

GRAHAM FERNÁNDEZ, LEONARDO. “El contrato y la relación de trabajo” en *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, N° 9, 1977

HEGEL, GEORG WILHELM FRIEDRICH. *Lecciones sobre filosofía de la historia*, Editorial Fondo de Cultura Económica.

HERNÁNDEZ MEZA, NELSON. “Nociones del concepto de relaciones de sujeción especial.” en *Ensayos sobre derecho disciplinario*, T.II, Bogotá D.C., Ediciones Nueva Jurídica, 2011.

IVANEGA, MIRIAM MABEL. *Cuestiones de potestad disciplinaria y derecho de defensa*, 2ª ed., Buenos Aires, Editorial Ediciones RAP, 2010-

KOJEVE, A. *La dialéctica de lo real y de la idea de la muerte en Hegel*, Buenos Aires, Editorial La Pléyade, 1972

LASAGABASTER HERRARTE, IÑAKI. *Las relaciones de sujeción especial*, Madrid, Editorial Civitas, 1994.

LOCKE, JOHN. *2º tratado sobre el gobierno civil. Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil*, Madrid, Editorial Alianza.

LÓPEZ BENÍTEZ, MARIANO. *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, Madrid, Editorial Civitas, 1994.

MICHAVILA NÚÑEZ, JOSÉ MARÍA. “El principio de legalidad en la potestad sancionadora de la administración: nuevas aportaciones del TC” en *Poder judicial*, N° 6, Madrid, 1987.

OBANDO GARRIDO, JOSÉ MARÍA. *Tratado de derecho administrativo laboral*, Bogotá D.C., Ediciones Doctrina y Ley, 2010.

OSPINA DUQUE, EDGAR. *Derecho colectivo del trabajo*, Bogotá D.C., McGraw-Hill, 2000.

PARRA GUTIÉRREZ, WILLIAM RENÉ; PARRA MEJÍA, ERNESTO y PARRA MEJÍA, NATALIA. *Derecho Administrativo laboral*, 4ª ed., Bogotá D.C., Ediciones Nueva Jurídica, 2012.

PATIÑO VILLA, CARLOS ALBERTO. *El origen del poder de occidente: Estado, Guerra y orden internacional*, Bogotá D.C., Editorial Siglo del hombre editores, 2005.

PAVAJEAU GÓMEZ, CARLOS ARTURO, MOLANO LÓPEZ, MARIO ROBERTO. *La relación especial de sujeción*, Estudios, Bogotá D.C., Editorial Universidad Externado de Colombia, 2007.

PLATÓN. *Obras completas*, T.4, Madrid, Editorial Medina y Navarro, 1871.

RAMÍREZ TORRADO, MARÍA LOURDES. “Principio non bis in ídem en los ámbitos penal y administrativo, en el derecho español”, en *Ensayos sobre derecho disciplinario*, T I, Colección especializada, Bogotá D.C., Editorial Ediciones Nueva Jurídica y CADD, 2010.

RINCÓN CÓRDOBA, JORGE IVÁN. *Derecho administrativo laboral*, Bogotá D.C., Editorial UEC, 2009.

SAYAGUÉS LASO, ENRIQUE. *Tratado de Derecho Administrativo*, T I, 4^{ta}. Edición, Montevideo, Editorial Barreiro y Ramos, 1974.

SUAY RINCÓN, JOSÉ. *Sanciones Administrativas*, Bolonia, Editorial Publicaciones del Real Colegio de España, 1989.

TRAYTER JIMÉNEZ, JUAN MANUEL. *Derecho administrativo sancionador*, Barcelona, Editorial Cedes, 1995.

VALLMAJO RIERA, L. *Historia de la Filosofía*, Editorial Guadiel, 2003.

REFERENTE JURISPRUDENCIAL

CORTE CONSTITUCIONAL

T-418 de 1992. M.P: Simón Rodríguez Rodríguez.

C-168 de 1995. M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

C-280 de 1996. M.P.: Alejandro Martínez Caballero

C-563 de 1998. M.P.: Antonio Barrera Carbonell y Carlos Gaviria

C-386 de 2000. M.P.: Antonio Barrera Carbonell.

SU-1185 de 2001. M.P.: Varios.
C-478 de 2002. M.P.: Rodrigo Escobar Gil.
C-090 de 2002. M.P.: Eduardo Montealegre Lynett.
C-870 de 2002. M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.
C-934 de 2004. M.P.: Jaime Córdoba Triviño.
C-397 de 2006. M.P.: Jaime Araujo Rentería.
C-478 de 2007. MP.: Rodrigo Escobar Gil.
C-1193 de 2008. M.P.: Jaime Araújo Rentería.
C-632 de 2011. M.P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
T-171 de 2011. M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio.
C-315 de 2012. M.P.: María Victoria Calle Correa.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Sala de Casación Laboral, Sentencias:

De 10 de mayo de 2011, Exp. 37656. M.P.: Gustavo José Gnecco Mendoza.
De 11 de diciembre de 1980. Rad. 6199. M.P.: César Ayerbe Chaux.
De 19 de mayo de 2009, Rad. 33936.
De 6 de julio de 2011, Exp. 38805. M.P.: Carlos Ernesto Molina Monsalve.
De 8 de agosto de 1985, Rad. 1303. Gaceta Judicial N° 2422.

CONSEJO DE ESTADO

Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta:

De 31 de mayo de 2002. Rad. 25000-23-24-000-1999-9001-01(AP-300) C.P.:
Ligia López Díaz.
De 9 de diciembre de 2003. Rad.: 25000-23-26-000-2002-1204-01(AP)IJ.
C.P.: Camilo Arciniegas Andrade
De 9 de febrero de 2001. Rad. A.P.-054. C.P.: Delio Gómez Leyva.
Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera:

De 6 de septiembre de 2001. Exp. A.P.163.

C.P: doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Bogotá D.C., 8 de junio de 2011.

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA.

Sección Tercera, Subsección A.

De 1 de diciembre de 2005. Exp. A.P.2005-0828. M.P.: Juan Carlos Garzón Martínez, Bogotá D.C.

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL.

De 2 de junio de 1995. Rad. 688. C.P.: Humberto Mora Osejo, Presidente, con salvamento de voto; Javier Henao Hidrón, Luis Camilo Osorio Isaza, Roberto Suárez Franco.

REFERENTE NORMATIVO

LEGISLACIÓN NACIONAL

- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA DE 1991
- “Código Sustantivo del Trabajo”, publicado en *Diario Oficial*, N° 27.407 del 9 de septiembre de 1950.
- LEY 4 DE 1913.
- LEY 31 DE 1992
- LEY 200 DE 1995.
- LEY 472 DE 1998.
- LEY 734 de 2002
- LEY 909 DE 2004.

- DECRETO 2127 DE 1945.
- DECRETO 3153 DE 1953

LEGISLACIÓN INTERNACIONAL

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Estudio General de los informes relacionados con la Recomendación sobre la terminación de la relación de trabajo*, 1963

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Instrumentos sobre despido: Documento de referencia para la reunión tripartita de expertos para el examen del Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo*, 1982 (núm. 158) y *la Recomendación sobre la terminación de la relación de trabajo*, 1982 (núm. 166). Ginebra, Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, 2011.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. R091: Recomendación sobre los contratos colectivos, Adoptado en Ginebra, 34ª reunión del CIT (29 junio 1951)

ARTÍCULOS DE REVISTAS, PRENSA Y MEMORIAS

HERNÁNDEZ RUEDA, LUPO. “Poder de Dirección del empleador” en *Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social*, BUEN LOZANO, NÉSTOR DE y MORGADO VALENZUELA, EMILIO (COORD.). Serie G: Estudios Doctrinales, No. 188, México, Editorial Instituto De Investigaciones Jurídicas, 1997.

MORGADO VALENZUELA, EMILIO. “El despido Disciplinario” en *Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social*, BUEN LOZANO, NÉSTOR DE, MORGADO VALENZUELA EMILIO (COORD.). Serie G: Estudios Doctrinales, No. 188, México, Editorial Instituto De Investigaciones Jurídicas, 1997.

ANEXOS

ANEXO A

R091 - Recomendación sobre los contratos colectivos, 1951 (núm. 91)

Recomendación sobre los contratos colectivos Adopción: Ginebra, 34ª reunión CIT (29 junio 1951) - Estatus: Instrumento actualizado.

Preámbulo

La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo:

Convocada en Ginebra por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, y congregada en dicha ciudad el 6 junio 1951 en su trigésima cuarta reunión;

Después de haber decidido adoptar diversas proposiciones relativas a los contratos colectivos, cuestión que está comprendida en el quinto punto del orden del día de la reunión, y

Después de haber decidido que dichas proposiciones revistan la forma de una recomendación, cuya aplicación quedaría garantizada por las partes interesadas o por las autoridades públicas, según el método que sea más apropiado a las condiciones nacionales, adopta, con fecha veintinueve de junio de mil novecientos cincuenta y uno, la siguiente Recomendación, que podrá ser citada como la Recomendación sobre los contratos colectivos, 1951:

I. Procedimiento de las Negociaciones Colectivas

1.

(1) Se deberían establecer sistemas adaptados a las condiciones propias de cada país, por vía contractual o legislativa, según el método que

sea apropiado a las condiciones nacionales, para la negociación, concertación, revisión y renovación de contratos colectivos, o para asistir a las partes en la negociación, concertación, revisión y renovación de contratos colectivos.

(2) Los acuerdos entre las partes o la legislación nacional, según el método que sea apropiado a las condiciones nacionales, deberían determinar la organización, el funcionamiento y el alcance de tales sistemas.

II. Definición de los Contratos Colectivos

2.

(1) A los efectos de la presente Recomendación, la expresión contrato colectivo comprende todo acuerdo escrito relativo a las condiciones de trabajo y de empleo, celebrado entre un empleador, un grupo de empleadores o una o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y, por otra, una o varias organizaciones representativas de trabajadores o, en ausencia de tales organizaciones, representantes de los trabajadores interesados, debidamente elegidos y autorizados por estos últimos, de acuerdo con la legislación nacional.

(2) Ninguno de los términos de la presente definición debería interpretarse de suerte que implique el reconocimiento de una organización de trabajadores creada, dominada o sostenida económicamente por empleadores o sus representantes.

III. Efectos de los Contratos Colectivos

3.

(1) Todo contrato colectivo debería obligar a sus firmantes, así como a las personas en cuyo nombre se celebre el contrato. Los empleadores y los trabajadores obligados por un contrato colectivo no deberían poder estipular en los contratos de trabajo disposiciones contrarias a las del contrato colectivo.

(2) Las disposiciones en tales contratos de trabajo contrarias al contrato colectivo deberían ser consideradas como nulas y sustituirse de oficio por las disposiciones correspondientes del contrato colectivo.

(3) Las disposiciones de los contratos de trabajo que sean más favorables para los trabajadores que aquellas previstas por el contrato colectivo no deberían considerarse contrarias al contrato colectivo.

(4) Si la aplicación efectiva de las disposiciones de los contratos colectivos estuviese garantizada por las partes en dichos contratos, las disposiciones previstas en los apartados precedentes no deberían interpretarse en el sentido de requerir medidas legislativas.

4. Las disposiciones de un contrato colectivo deberían aplicarse a todos los trabajadores de las categorías interesadas que estén empleados en las empresas comprendidas por el contrato colectivo, a menos que el contrato colectivo previera expresamente lo contrario.

IV. Extensión de los Contratos Colectivos

5.

(1) Cuando ello fuere pertinente --y habida cuenta a este respecto del sistema de contratos colectivos en vigor--, se deberían adoptar las medidas que determine la legislación nacional y que se adapten a las circunstancias propias de cada país, para extender la aplicación de todas o ciertas disposiciones de un contrato colectivo a todos los empleadores y trabajadores comprendidos en el campo de aplicación profesional y territorial del contrato. 2) La legislación nacional podrá supeditar la extensión de un contrato colectivo, entre otras, a las condiciones siguientes:

- (a) el contrato colectivo debería comprender desde un principio un número de empleadores y de trabajadores interesados que, según la opinión de la autoridad competente, sea suficientemente representativo;
- (b) la solicitud de extensión del contrato colectivo debería, por regla general, formularse por una o varias organizaciones de trabajadores o de empleadores que sean parte en el contrato colectivo;
- (c) debería darse una oportunidad a los empleadores y a los trabajadores a quienes vaya a aplicarse el contrato colectivo para que presenten previamente sus observaciones.

V. Interpretación de los Contratos Colectivos

6. Las diferencias que resulten de la interpretación de un contrato colectivo deberían someterse a un procedimiento de solución adecuado, establecido por acuerdo entre las partes o por vía legislativa, según el método que sea más apropiado a las condiciones nacionales.

VI. Control de la Aplicación de los Contratos Colectivos

7. El control de la aplicación de los contratos colectivos debería estar garantizado por las organizaciones de empleadores y de trabajadores que sean parte en los contratos colectivos, por los organismos de control existentes, o por organismos constituidos a estos efectos.

VII. Medidas Diversas

8. La legislación nacional podrá, en particular, establecer medidas para:

(a) obligar a los empleadores vinculados por contratos colectivos a adoptar medidas adecuadas con objeto de poner en conocimiento de los trabajadores interesados el texto de los contratos colectivos aplicables a sus empresas;

(b) registrar o depositar los contratos colectivos y cuantas modificaciones fueren introducidas subsiguientemente;

(c) fijar un período mínimo durante el cual los contratos colectivos que no contengan disposiciones en contrario deberán considerarse vigentes, a menos que antes de su vencimiento hayan sido modificados o anulados por las partes.

ANEXO B

CONVENIO No.	AÑO ADOPCIÓN	FECHA ENTRADA EN VIGOR INTERNACIONAL	TEMA	APROBADO POR LEY	R
1	1919	13/06/1921	Por el que se limitan las horas de trabajo en las empresas industriales a ocho horas diarias y cuarenta y ocho semanales.	129 de 1931	
2	1919	14/07/1921	Relativo al desempleo.	129 de 1931	
3	1919	13/06/1921	Relativo al empleo de las Mujeres antes y después del parto.	129 de 1931	
4	1919	13/06/1921	Relativo al trabajo Nocturno de la mujer.	129 de 1931	

5	1919	13/06/1921	Por el que se fija la edad mínima de admisión de los niños a los trabajos industriales.	129 de 1931	De 1 r C1
6	1919	13/06/1921	Relativo al trabajo nocturno de los menores en la industria.	129 de 1931	
7	1920	27/09/1921	Por el que se fija la edad mínima de admisión de los niños al trabajo marítimo.	129 de 1931	De de r C1
8	1920	16/03/1923	Relativo a la indemnización De desempleo en caso de pérdida por naufragio.	129 de 1931	
9	1920	23/11/1921	Relativo a la colocación de la gente de mar.	129 de 1931	

10	1921	31/08/1923	Relativo a la edad de admisión de los niños al trabajo agrícola.	129 de 1931	2 Der de r C1
11	1921	11/05/1923	Relativo a los derechos de asociación y de colocación de los trabajadores agrícolas.	129 de 1931	
12	1921	26/02/1923	Relativo a la indemnización por accidentes del trabajo en la agricultura.	129 de 1931	
13	1921	31/08/1923	Relativo al empleo de la cerusa en la pintura.	129 de 1931	
14	1921	19/06/1923	Relativo a la aplicación del descanso semanal	129 de 1931	

CONVENIO No.	AÑO ADOPCIÓN	FECHA ENTRADA EN VIGOR INTERNACIONAL	TEMA	APROBADO POR LEY	FECHA REGISTRO RATIFICACIÓN
16	1921	20/11/1922	Relativo al examen médico obligatorio de los menores empleados a bordo de los buques.	129 de 1931	20/06/1933
17	1925	01/04/1927	Relativo a la indemnización por accidentes de trabajo.	129 de 1931	20/06/1933
18	1925	01/04/1927	Relativo a la indemnización por enfermedades profesionales.	129 de 1931	20/06/1933

19	1925	08/09/1926	Relativo a la igualdad de trato entre los trabajadores extranjeros y nacionales en materia de indemnización por accidentes de trabajo.	129 de 1931	20/06/1933
20	1925	26/05/1928	Relativo al trabajo nocturno en las panaderías.	129 de 1931	20/06/1933
21	1926	29/12/1927	Relativo a la simplificación de la inspección de los migrantes a bordo de los buques.	129 de 1931	20/06/1933
22	1926	04/04/1928	Relativo al contrato de enrolamiento de la gente de mar.	129 de 1931	20/06/1933
23	1926	16/04/1928	Relativo a la repatriación de la gente de mar.	129 de 1931	20/06/1933

24	1927	15/07/1928	Relativo al seguro de enfermedad de los trabajadores de la industria, del comercio y del servicio doméstico.	129 de 1931	20/06/1933
25	1927	15/07/1928	Relativo al seguro de enfermedad de los trabajadores agrícolas.	129 de 1931	20/06/1933
26	1928	14/06/1930	Relativo al establecimiento de Métodos para la fijación de salarios mínimos.	129 de 1931	20/06/1933
29	1930	01/05/1932	Relativo al trabajo forzoso y obligatorio.	23 de 1967	04/03/1969
30	1930	29/08/1933	Relativo a la reglamentación de las horas de trabajo en el comercio y las oficinas.	23 de 1967	04/03/1969

52	1936	22/09/1939	Relativo a las vacaciones anuales pagadas.	54 de 1962	07/06/1963
62	1937	04/07/1942	Relativo a las prescripciones de seguridad en la industria de la edificación.	23 de 1967	04/03/1969; denuncia ipso-iure de 06/09/1994 por ratificación del Convenio 162

CONV No.	AÑO ADOPCIÓN	FECHA ENTRADA EN VIGOR INTERNACIONAL	TEMA	APROBADO POR LEY	FECHA REGISTRO RATIFICACIÓN
80	1946	28/05/1947	Por el que se revisan parcialmente los convenios adoptados por la Conferencia General de la OIT, en sus 28 primeras reuniones, a fin de reglamentar el ejercicio futuro de ciertas funciones de cancillería, confiadas por dichos convenios al Secretario General de la Sociedad de las Naciones, y de introducir las enmiendas complementarias, requeridas por la disolución de la sociedad de las naciones y por la enmienda a la constitución de la OIT.	Confirmado	10/06/1947
81	1947	07/04/1950	Relativo a la inspección del trabajo en la industria y el comercio.	23 de 1967	13/11/1967
87	1948	04/07/1950	Relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicalización.	26 de 1976	16/11/1976

88	1948	10/08/1950	Relativo a la organización del servicio de empleo.	37 de 1967	31/10/1967
95	1949	24/09/1962	Relativo a la protección del salario.	54 de 1962	07/06/1963
98	1949	18/07/1951	Relativa a la aplicación de los principios de derechos de sindicalización colectiva.	27 de 1976	16/11/1976
99	19	23/08/1953	Relativo a los métodos para la fijación de salarios mínimos	18 de 1968	04/03/1969
100	1951	23/05/1953	Relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor.	54 de 1962	07/06/1963
101	1952	24/07/1954	Relativo a las vacaciones pagadas en la agricultura.	21 de 1967	04/03/1969

CONV. No.	AÑO ADOPCIÓN	FECHA ENTRADA EN VIGOR INTERNACIONAL	TEMA	APROBADO POR LEY
104	1955	07/06/1958	Relativo a la abolición de las sanciones penales por incumplimiento de contrato de trabajo por parte de los trabajadores indígenas.	20 de 1967
105	1957	17/01/1959	Relativo a la abolición del trabajo forzoso.	54 de 1962
106	1957	04/03/1959	Relativo al descanso semanal en el comercio y las oficinas.	31 de 1967
107	1957	02/06/1959	Relativo a la protección e integración de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribales y semitribales en los países independientes.	31 de 1967
111	1958	15/06/1960	Relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación	22 de 1967

116	1961	05/02/1962	Por el que se revisan parcialmente los convenios adoptados por la Conferencia General de la OIT en sus 32 primeras reuniones, a fin de uniformar las disposiciones relativas a la preparación, por parte del Consejo de Administración de la OIT, de las memorias sobre la aplicación de convenios.	231 de 1967
129	1969	19/01/1972	Relativo a la inspección del trabajo en la agricultura.	47 de 1975
136	1971	27/07/1973	Relativo a la protección y contra los riesgos de contaminación por el benceno.	44 de 1975
138	1973	19/06/1976	Relativo a la edad mínima de admisión al empleo	515 de 1999
144	1976	16/05/1978	Relativo a consultas tripartitas para promover la aplicación de las normas internacionales del trabajo.	410 de 1997
144	1976	16/05/1978	Sobre la consulta tripartita (normas internacionales del trabajo)	410 de 1997

CONV. No.	AÑO ADOPCIÓN	FECHA ENTRADA EN VIGOR INTERNACIONAL	TEMA	APROBADO POR LEY	FECHA REGISTRO RATIFICACION
151	1978	25/02/1981	Sobre protección del derecho de sindicalización y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo de la administración pública.	411 de 1997	08/12/2000
154	1981	11/08/1983	Sobre el fomento de la negociación colectiva.	524 de 1999	08/12/2000
159	1983	20/06/1985	Sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas.	82 de 1988	07/12/1989
160	1985	24/04/1988	Sobre estadísticas del trabajo.	66 de 1988	23/03/1999
161	1985	17/02/1988	servicio de salud en el trabajo.	378 de 1997	25/01/2001
162	1986	16/06/1989	Sobre la utilización del asbesto en condiciones de seguridad	436 de 98	25/01/2001
167	1988	11/01/1991	Sobre la seguridad y salud en la construcción.	52 de 1993	06/09/1994
169	1989	05/09/1991	Sobre pueblos indígenas y tribunales en países independientes.	21 de 1991	07/08/1994

170	1990	04/11/1993	Sobre la seguridad en la utilización de los productos químicos en el trabajo.	55 de 1993	06/09/1994
174	1993	03/01/1997	Sobre la prevención de accidentes industriales mayores.	320 de 1996	09/12/1997
182	1999	704-2001	Sobre eliminación de las peores formas de trabajo infantil	704 de 2001	28/01/2005

Nota: COLOMBIA TEIENE RATIFICADOS LOS 8 CONVENIOS FUNDAMENTALES EN EL TRABAJO