

## **Sentencia C-502/05**

**COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL**-Configuración en causal de retiro del servicio de empleado público

Referencia: expediente D-5519

Demanda de inconstitucionalidad contra el Art. 41 parcial de la ley 909 de 2004

Actor: Franklin Moreno Millán y otro.

Magistrado ponente:  
Dr. JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Bogotá, D. C., diecisiete ( 17 ) de mayo de dos mil cinco (2005).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámite establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

### **SENTENCIA**

#### **I. ANTECEDENTES**

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, el ciudadano Franklin Moreno Millán y otro, presentó demanda contra el Art. 41 parcial de la ley 909 de 2004 *“Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.”*

Mediante auto del diez ( 10 ) de Diciembre de 2004 , el Magistrado Sustanciador admitió la demanda presentada contra el artículo 41 parcial de la ley 909 de 2004

Así las cosas, cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de los procesos de constitucionalidad, la Corte Constitucional procede a decidir acerca de la demanda de la referencia.

#### **II. NORMA ACUSADA**

A continuación se transcribe el texto de la disposición demandada y se resalta la parte acusada:

**LEY 909 DE 2004**  
(septiembre 23)  
Diario Oficial No. 45.680, de 23 de septiembre de 2004

**PODER PÚBLICO - RAMA LEGISLATIVA**

*Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.*

*El Congreso de Colombia*

**DECRETA:**

( ... )

**TITULO VII.**  
**RETIRO DE LOS EMPLEADOS PUBLICOS.**

**ARTÍCULO 41. CAUSALES DE RETIRO DEL SERVICIO.** *El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos:*

( ... )

**c) Por razones de buen servicio, para los empleados de carrera administrativa, mediante resolución motivada;”**

**III. DEMANDA**

El demandante considera que la disposición acusada vulnera el artículo 29 de la Constitución Política. Los argumentos se centran en los siguientes aspectos:

*La indeterminación semántica. Los conceptos jurídicos indeterminados no pueden servir de base para la imposición de sanciones por cuanto violan el principio de tipicidad estricta. Señala el demandante, que en la norma que describe una conducta y/o que impone una sanción , no pueden existir términos vagos , imprecisos o abstractos que dejen espacio a la arbitrariedad del interprete o que le impida a los sujetos a quienes va dirigida la norma conocer de antemano y con exactitud la licitud o ilicitud de sus conductas.*

Se indica, que la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados está sujeta a las siguientes reglas : *i.* La aplicación del concepto jurídico indeterminado está sujeta a que éste se interprete de conformidad con la Constitución Política , *ii.* no puede limitarse o restringirse injustificadamente el ejercicio de los derechos fundamentales y *iii.* Debe realizarse una sólida y correcta argumentación . Se agrega, que es más riguroso este análisis cuando

se trata de imposición de sanciones por parte del Estado , por cuanto está de por medio el ejercicio de garantías fundamentales que estructuran el debido proceso . Así las cosas, el concepto jurídico indeterminado es la última opción que se tiene para sancionar una conducta por cuanto sus presupuestos son de difícil aplicación.

Indica el demandante, que en el presente caso, el término “ ... *razones de buen servicio* ...” constituye lo que en teoría jurídica se denomina un concepto jurídico indeterminado , esto es aquella expresión gramatical que no aparece bien delimitada en su enunciación. Al ser una norma demasiado vaga e imprecisa resulta violatoria de la Constitución, por cuanto no es posible determinar con claridad que ha de entenderse por *razones de buen servicio*. No existe ni en la doctrina ni en la jurisprudencia un concepto claro de lo que es *buen servicio* ni mucho menos unos parámetros para definir en cada caso si estamos frente a un *buen servicio* o a un *mal servicio* . En este sentido, la norma desconoce el principio de tipicidad estricta y por tanto es violatoria del debido proceso.

Así entonces, se expresa, que en toda norma administrativa sancionadora se debe establecer los elementos básicos de la conducta o las debidas remisiones si es un tipo en blanco. En el párrafo 1° de la norma acusada , se intenta decir que ha de entenderse por *buen servicio* pero tal idea viene a convertirse en otro concepto indeterminado por cuanto términos como *incumplimiento grave* y *afectación del servicio* son conceptos no fáciles de asimilar y que se presentan para muchas interpretaciones. Por lo tanto , desconoce esta norma las reglas del derecho administrativo sancionador en cuanto a los supuestos elementos básicos de la conducta – *incumplimiento grave* y *afectación directa del servicio* – no son lo suficientemente claros y por tanto no son viables para servir de base a la imposición de una sanción. En esencia, al decir que los elementos básicos de la conducta eran el *incumplimiento grave* y *la afectación directa del servicio* no se solucionó el problema sino que se trasladó : primero no sabíamos que era *buen servicio* y ahora no sabemos que es *incumplimiento grave* ni *afectación directa del servicio* .

*El debido proceso se aplicará a toda clase de procesos judiciales y administrativos.* Expresa el demandante, que no se requiere estar incurso en un proceso judicial sino que la actuación puede tener la naturaleza de administrativa e igualmente tendrán que aplicarse las reglas que estructuran el debido proceso. Así entonces, al ser el procedimiento de retiro de un empleado público de la administración pública una actuación administrativa , es claro que hay lugar a la aplicación de este derecho.

Se adiciona, que la norma es inconstitucional en la medida que no consagra la obligación de adelantar una actuación administrativa previa que le permita al servidor público conocer las pruebas que se allegan en su contra , controvertirlas y presentar otras a su favor, así como presentar los alegatos que le permitan defenderse cabalmente y a su vez ilustrar a quien está a cargo de la imposición de la sanción sobre su procedencia o improcedencia.

Asevera el demandante, que es claro que la norma acusada le entrega a la administración la potestad de desvincular unilateralmente al empleado público que haya incurrido en situaciones que afectan el normal funcionamiento de la entidad. Sin embargo, es una potestad abierta en la medida que lo único que ordena a la administración es a motivar el acto administrativo y a otorgar los recursos de la ley, pero no garantiza al servidor público la oportunidad de conocer y controvertir previamente las pruebas que reposan en su contra. El hecho de que se le otorgue la posibilidad de controvertir posteriormente la decisión no es garantía suficiente pues a la administración le bastará con negar los recursos y enviar al sujeto a iniciar una acción judicial ordinaria que puede demorar doce o más años en ser fallada.

En conclusión, se indica, al no consagrarse en la norma el deber de agotar un debido proceso previo estamos frente a una omisión legislativa relativa que se traduce, en un desconocimiento de la garantía al debido proceso.

#### **IV. INTERVENCIONES**

##### **1. Departamento Administrativo de la Función Pública.**

La ciudadana Susana Montes de Echeverri, actuando en representación del Departamento Administrativo de la Función Pública, intervino para defender la Constitucionalidad del artículo 41 literal c de la ley 909 de 2004, que se resume así:

Se asevera, que a raíz de la Constitución de 1991 se estableció una de las finalidades de la carrera administrativa como era el adecuado cumplimiento de los fines estatales. Se indica, que continuado con el progreso normativo, la ley 909 de 2004 en su artículo 41 literal c determinó que por razones del buen servicio podrán ser retirados del cargo los empleados de carrera, entendiendo por tal la definición dada por el párrafo 1° del mismo artículo.

Se adiciona, que el artículo 125 Constitucional, faculta al legislador para establecer otras causales de retiro de los empleados de carrera administrativa, competencia legislativa reiterada en el artículo 150 numeral 23 de la Carta, esta facultad se deriva de los principios consagrados en el artículo 123 y 209 sobre finalidad de la función pública.

Señala la interviniente, que la norma acusada, no vulnera tampoco el principio de la estabilidad laboral, porque se predica solo frente al caso particular del empleado que, conforme expresa el párrafo del artículo en discusión, afecte el buen servicio. Esto equivale, a que se mantenga la estabilidad de todos los demás empleados que no afecten el buen servicio, esto es, de quienes estén cumpliendo sus deberes y funciones en orden a la satisfacción del interés público o general o del adecuado servicio a la comunidad y de quienes, aun estando en incumplimiento de sus deberes con su conducta no afecten en forma grave el servicio.

Igualmente, asevera la interviniente, que la expedición de cualquier acto administrativo debe reunir los requisitos previos del Código Contencioso Administrativo y del decreto 3543 de 2004 . En este orden de ideas, la norma acusada, exige la observancia previa del procedimiento establecido en el C.C.A. para la expedición de cualquier acto administrativo de carácter particular y concreto y garantiza de otra parte, la procedencia de los recursos de la vía gubernativa conforme al mismo estatuto.

Se indica, que el artículo 41 de la ley 909 de 2004 en su literal c) determina que la resolución de retiro de que trata , debe ser motivada y que contra ella procederán los recursos del Código Contencioso Administrativo. Procedimiento que reafirma el decreto 3543 de 2004. Estos procedimientos deben llevarse a cabo bajo los principios de imparcialidad y contradicción. La existencia de la actuación administrativa iniciada de oficio se le comunicará al servidor público respectivo, para que pueda pedir y aportar pruebas , tener acceso al expediente que se forme con la actuación , interponer los recursos de reposición y de apelación contra la decisión administrativa.

Concluida la actuación administrativa, se expresa, el servidor dispondrá de la acción contenciosa administrativa de nulidad y restablecimiento del derecho establecida en el C.C.A. En consecuencia, no pueden prosperar los argumentos del demandante en cuanto a la inconstitucionalidad de la norma acusada.

Así pues , el concepto de buen servicio cuando se analiza frente a un funcionario específico, a quien la ley le ha atribuido competencias y funciones determinadas dentro del marco del servicio a cargo de la entidad a la cual está vinculado, tiene un claro contenido y precisión , se trata del incumplimiento de las funciones propias que la ley o el reglamento , le han atribuido para el logro de los cometidos estatales.

Así las cosas, con base en las consideraciones expuestas, la interviniente, solicita se declare la exequibilidad del literal c) del artículo 41 de la ley 909 de 2004 .

## **2. Ministerio de la Protección Social**

La ciudadana Fanny Suarez Higuera, actuando en representación del Ministerio de la Protección Social, intervino para defender la Constitucionalidad del artículo 41 literal c de la ley 909 de 2004.

Señala la interviniente, que cuando una persona acepta un empleo público lo hace sabiendo que su función es desempeñar sus funciones en la mejor forma posible y que todo el trabajo del estado está encaminado a lograr un mejor nivel de vida del pueblo colombiano, razón por la cual debe tener siempre como mira el bienestar comunitario. Agrega, que en todas las entidades del Estado existen manuales de funciones que determinan como se debe comportar el servidor público y si ello no es así deben ser sancionados por tal hecho.

Así entonces, el retiro de un funcionario que incumple reiteradamente sus funciones , o que no las cumple con la ética que debe imperar en toda profesión , es merecedor a ser retirado y la administración no está obligada a mantenerlo en el servicio. Se menciona, que dicho tipo de funciones debe ser retirado de la administración , acción esta que se efectúa a través de un acto motivado

## **V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN**

El Procurador General de la Nación, Edgardo José Maya Villazón, en Concepto No. 3777 presentado el 11 de marzo del presente año, solicita a la Corte se declare la exequibilidad del artículo 41 literal c) parcial de la ley 909 de 2004. Lo anterior con base en las siguientes consideraciones:

Considera el Ministerio Público, que el problema jurídico a resolver consiste en determinar si el literal c) del artículo 41 de la ley 909 de 2004 , al establecer el retiro de los empleados públicos , mediante resolución motivada , por *razones de buen servicio* vulnera el derecho al debido proceso , consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política.

Así entonces se expresa, que la regla general para el acceso a la función pública es la carrera administrativa . Según el artículo 125 Constitucional , el ingreso y el ascenso a los cargos de carrera administrativa se hará previo el cumplimiento de las condiciones y requisitos que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes. Como causales de retiro, la misma disposición señaló las siguientes: la calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; la violación del régimen disciplinario y las demás previstas en la Constitución o la ley.

Afirma el Ministerio Público, *de un lado*, que para efectos de analizar la disposición demandada frente al derecho al debido proceso es preciso tener en cuenta que la causal de retiro cuestionada surgió como un mecanismo para hacer más flexible y expedita la separación del cargo de los empleados de carrera que han incumplido una o varias de sus funciones afectando de manera directa la prestación de los servicios que debe ofrecer la entidad.

Se indica por parte del Señor Procurador General de la Nación , que dado que se trata de un acto administrativo de carácter particular y concreto debe cumplirse el procedimiento establecido para su expedición en el Código Contencioso Administrativo , esto es, que la actuación que de oficio inicie la administración con el fin de retirar del servicio al empleado de carrera debe comunicársele a éste , tal como lo señala el art. 28 del citado ordenamiento, para efectos que pueda tener acceso al expediente, y si lo tiene a bien, pedir, aportar y controvertir las pruebas y, en general , pronunciarse al respecto, no se trata , entonces, de una decisión de plano.

De igual manera se manifiesta, que la resolución que contenga la decisión de retiro debe ser motivada , en el sentido de expresar con claridad la acción o la omisión que constituye el incumplimiento grave de la función o funciones a cargo del empleado que afectaron directamente la prestación del servicio público, lo mismo que el nexo causal entre tal incumplimiento y la afectación del servicio. Lo anterior, con el fin de que el interesado pueda controvertir la constitucionalidad y legalidad de la decisión mediante recursos de la vía gubernativa.

Se señala por parte del Ministerio Público, *de otro lado*, que la causal de retiro contemplada en el literal c) del artículo 41 de la ley 909 de 2004 , es un mecanismo independiente y tiene un propósito diferente al del derecho administrativo sancionador.

Se afirma, que la norma acusada exige expresamente de la administración que la decisión de retiro se consagre en una resolución motivada que incluya la descripción del incumplimiento de la función, la cual debe ser apreciada por la persona natural que deba manifestar la voluntad de la administración. Es allí , donde puede existir un grado de subjetividad, el cual es imposible eliminar en su totalidad.

Señala el Señor Procurador General de la Nación , que no puede olvidarse que el propósito tanto del derecho sancionador del Estado, del cual forma parte el principio de tipicidad como de la causal de retiro consagrada en la disposición acusada, son diferentes, así en el artículo 1º, inciso segundo, de la ley 909 de 2004 , al señalar el objeto de la ley, determina que en desarrollo de las funciones y en cumplimiento de los cometidos de quienes prestan servicios personales remunerados con vinculación legal y reglamentaria en los organismos y entidades de la administración pública, la función pública asegurará la atención y satisfacción de los intereses generales de la comunidad.

Se concluye por parte del Señor Procurador General de la Nación, que la norma acusada debe declararse exequible ,bajo el entendido que para aplicar la causal en ella contemplada, es requisito indispensable que se de cumplimiento al procedimiento establecido en el Código Contencioso Administrativo para la expedición de cualquier acto administrativo de carácter particular y concreto, esto es, que se le comunique al empleado la existencia de la actuación , el objeto de la misma , se le permita el acceso al expediente y se le de la oportunidad de pronunciarse al respecto en ejercicio de su derecho de contradicción y defensa.

## **VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE**

### **Competencia**

1. Esta corporación es competente para decidir sobre la constitucionalidad de la norma acusada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 241, Num. 4, de la Constitución, por estar contenida en una ley.

## **2. Cosa Juzgada Constitucional**

La Corte Constata que mediante Sentencia C- 501 de 2005 se declaró la inexequibilidad del literal c) del artículo 41 de la ley 909 de 2004.

Esta Corporación consideró, en dicha sentencia, lo siguiente:

*“ la causal de retiro del servicio establecida en el literal c) del artículo 41 demandado constituye una sanción que se proyecta en el ámbito disciplinario y como tal, no puede imponerse sino previo agotamiento de un debido proceso rodeado de todas las garantías de defensa que debe tener el empleado de carrera y como culminación del mismo, de conformidad con los artículos 29 y 125 de la Constitución. Lo anterior, por cuanto, las “ razones de buen servicio “ que se aducen como causal se relacionan con el incumplimiento de los deberes funcionales que corresponden a todo servidor público. De ahí, que el mencionado literal debe ser declarado inexequible.”*

Pues bien, la presente demanda versa sobre **el literal c) del artículo 41 de la ley 909 de 2004**. En consecuencia, esta Corporación habrá de estarse a lo resuelto en la Sentencia C- 501 de 2005 respecto de la acusación formulada en este proceso.

Lo anterior, por configurarse el fenómeno de la cosa juzgada constitucional , en los términos señalados por el artículo 243 de la Constitución Política.

## **VII. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

### **RESUELVE**

1. **ESTARSE A LO RESUELTO** en la Sentencia C- 501 de 17 de mayo de 2005, que declaró inexequible el literal c) del artículo 41 de la ley 909 de 2004.

Notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional, cúmplase y archívese el expediente.

JAIME ARAUJO RENTERIA  
Presidente

ALFREDO BELTRAN SIERRA  
Magistrado

MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA  
Magistrado

JAIME CORDOBA TRIVIÑO  
Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL  
Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA  
Magistrado

HUMBERTO SIERRA PORTO  
Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS  
Magistrado

CLARA INES VARGAS HERNANDEZ  
Magistrada

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO  
Secretaria General