

Referencia: expedientes D-5474, D-5475 y D-5489 (acumulados).

Demanda de inconstitucionalidad contra el literal c) y el parágrafo 1º del artículo 41 de la Ley 909 de 2004.

Demandantes: Ariel de Jesús Cuspoca Ortiz, José Duván Jaramillo Ramírez y Néstor Ricardo Vélez García.

Magistrado Ponente:

Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL

Bogotá, D.C., veinticuatro (24) 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

Los ciudadanos Ariel de Jesús Cuspoca Ortiz, José Duván Jaramillo Ramírez y Néstor Ricardo Vélez García, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, de forma independiente demandaron la inexequibilidad del literal c) y el parágrafo 1º del artículo 41 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.”

En sesión llevada a cabo el 20 de octubre de 2004, la Sala Plena de la Corte Constitucional resolvió acumular los expedientes D-5475 y D-5489 a la demanda D-5474, con el fin de que se tramitaran conjuntamente y se resolvieran en la misma sentencia.

Mediante Auto del 8 de noviembre de 2004, el Magistrado Sustanciador decidió admitir las tres demandas acumuladas. En la misma providencia, ordenó notificar de la iniciación del proceso al Presidente del Congreso de la República, al Ministro del Interior y de Justicia, al

Ministro de Protección Social, al Director del Departamento Administrativo de la Función Pública, al Presidente de la Comisión Nacional del Servicio Civil, al Director del Colegio de Abogados especializados en Derecho del Trabajo, al Director de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, al Presidente de la Central Unitaria de Trabajadores (CUT) y a los Decanos de las Facultades de Derecho de las Universidades del Rosario y Nacional, para que intervieran impugnando o defendiendo la disposición acusada, si lo consideraban conveniente.

Una vez cumplidos los trámites previstos en el artículo 242 de la Constitución Política y en el Decreto 2067 de 1991, procede la Corte a resolver sobre las demandas de la referencia.

II. NORMA DEMANDADA

A continuación se transcribe el texto de la norma demandada conforme a su publicación en el Diario Oficial número 45.680 de septiembre 23 de 2004, destacando y subrayando los apartes demandados, previa aclaración que el inciso segundo del parágrafo 1º sólo fue acusado dentro del proceso D-5475.

LEY 909 DE 2004

(septiembre 23)

“por la cual se expiden normas que regulan el empleo público,

la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan

otras disposiciones.”

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:

a) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción;

b) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento, como consecuencia del resultado no satisfactorio en la evaluación del desempeño laboral de un empleado de carrera administrativa;

- c) Por razones de buen servicio, para los empleados de carrera administrativa, mediante resolución motivada;
- d) Por renuncia regularmente aceptada;
- e) Retiro por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez;
- f) Por invalidez absoluta;
- g) Por edad de retiro forzoso;
- h) Por destitución, como consecuencia de proceso disciplinario;
- i) Por declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del mismo;
- j) Por revocatoria del nombramiento por no acreditar los requisitos para el desempeño del empleo, de conformidad con el artículo 5° de la Ley 190 de 1995, y las normas que lo adicionen o modifiquen;
- k) Por orden o decisión judicial;
- l) Por supresión del empleo;
- m) Por muerte;
- n) Por las demás que determinen la Constitución Política y las leyes.

Parágrafo 1º. Se entenderá que hay razones de buen servicio cuando el incumplimiento grave de una o algunas funciones asignadas al funcionario afecten directamente la prestación de los servicios que debe ofrecer la entidad, caso en el cual se procederá al retiro del empleado, mediante resolución motivada que incluya la descripción del incumplimiento de la función y el nexo causal entre este y la afectación del servicio; contra la cual procederán los recursos del Código Contencioso Administrativo.

El uso indebido o arbitrario por parte del nominador de esta facultad acarreará las sanciones contempladas en el Código Único Disciplinario.

Parágrafo 2º. Es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de

conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado.

La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado.

I. LAS DEMANDAS

En términos generales, los tres accionantes solicitan la inexequibilidad del literal c) y del parágrafo primero del artículo 41 de la Ley 909 de 2004, por vulnerar los artículos 25, 29, 53 y 125 de la Constitución Política. Los actores sustentan sus demandas en varios cargos que serán señalados a continuación, indicando el proceso en el que fueron alegados.

En las tres demandas se parte del supuesto que el retiro del servicio “por razones de buen servicio” corresponde realmente a una sanción administrativa. Al respecto resaltan que, como quiera que dicha causal de retiro está llamada a ser aplicada ante el incumplimiento grave de una o varias funciones a cargo del servidor público que resulten por afectar el servicio que presta la entidad, debiendo existir una relación de causalidad entre el incumplimiento del deber y la desvinculación del funcionario, su naturaleza es claramente sancionatoria, independientemente de la calificación dada por el legislador.

Bajo este entendido, se estructuran los siguientes cargos de inconstitucionalidad:

- Vulneración de los artículos 25, 29, 53 y 125 de la Constitución por la ausencia de criterios preestablecidos para definir la gravedad del incumplimiento.

Los demandantes dentro de los procesos D-5474 y D-5475 señalan que la ausencia de criterios previamente definidos sobre los cuales el nominador deba calificar la levedad o gravedad de las faltas, favorece su subjetividad al momento de aplicar la sanción demandada. Advierten que una causal de retiro del servicio debe ser objetiva y que el legislador tiene la obligación constitucional de expresarla de tal manera que excluya cualquier posibilidad de discrecionalidad por parte del agente que la aplique. En consecuencia, la vaguedad en la redacción de la causal de retiro por razones de buen servicio, permitiendo la aplicación subjetiva de una sanción, vulnera el derecho a un debido

proceso y los principios de continuidad y estabilidad laboral propios del régimen de carrera administrativa protegidos por los artículos 25, 29, 53 y 125 de la Carta Política.

-Violación del artículo 29 de la Constitución por la ausencia de un procedimiento administrativo previo a la imposición de la sanción.

Los demandantes en los tres procesos (D-5474, D-5475 y D-5489) cuestionan la constitucionalidad de los textos normativos demandados, por la inexistencia de un procedimiento previo a la imposición de la sanción en el cual el servidor público pueda ejercer su derecho de defensa. Resaltan que al empleado público no se le garantiza un procedimiento administrativo en el que pueda solicitar, aportar y controvertir las pruebas allegadas, toda vez que los apartes normativos demandados no le exigen al nominador el agotamiento de un trámite previo.

Si bien el legislador exigió la motivación del acto administrativo sancionador y previó la procedencia de recursos y demandas judiciales en su contra, para los accionantes en los procesos D-5474 y D-5489 dichas oportunidades procesales resultan insuficientes para garantizar el derecho de audiencia y de defensa del empleado público sancionado. En particular, el demandante dentro del expediente D-5489 manifestó que la interposición de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto de retiro por razones de buen servicio resultaría ineficaz para proteger los derechos afectados, teniendo en consideración que a través de esta acción contenciosa lo que se cuestiona es la materialidad del acto y no la conducta de sancionado.

- Vulneración del artículo 29 de la Constitución por desconocer el principio del non bis in idem.

En las mismas demandas anteriormente mencionadas se resaltó que la finalidad perseguida por la norma acusada, de separar de manera pronta al funcionario de su cargo ante el incumplimiento grave de funciones que perjudiquen el servicio prestado por la entidad, se puede lograr actualmente a través de otros mecanismos procesales más garantistas del derecho al debido proceso. Por un lado, los artículos 175 a 181 del Código Disciplinario Único establecen un procedimiento verbal para este fin, y por el otro, el artículo 157 del mismo

estatuto señala la potestad de suspender provisionalmente al funcionario público que está siendo investigado por faltas calificadas como gravísimas o graves cuando “se evidencien serios elementos de juicio que permitan establecer que la permanencia en el cargo, función o servicio público posibilita la interferencia del autor de la falta en el trámite de la investigación o permite que continúe cometiéndola o que la reitere.”

Finalmente, el demandante en el proceso D-5474 le hace a la Corte los siguientes cuestionamientos para efectos de guiar su análisis de los textos normativos demandados:

“a) El trabajador es retirado por grave incumplimiento a un deber. Se debe iniciar un proceso disciplinario contra el servidor público retirado porque es evidente, inicialmente, que transgredió la ley disciplinaria. Que ocurre si es absuelto en el proceso disciplinario o es sancionado pero la falta es calificada de leve? b) El trabajador es retirado por grave incumplimiento a un deber; demanda el acto administrativo que ordenó su retiro; pero mientras se produce el fallo de la jurisdicción contenciosa se le está adelantando un proceso disciplinario, Habrá lugar a esperar el resultado del proceso disciplinario y la calificación de la falta?”

IV. INTERVENCIONES

1. Departamento Administrativo de la Función Pública.

La apoderada del Departamento Administrativo de la Función Pública intervino en el presente proceso a través de apoderado, solicitando se declaren exequibles las normas acusadas.

Comenzó por reafirmar la competencia otorgada por el constituyente al legislador, para establecer otras causales de retiro de la carrera administrativa diferentes a aquellas previstas en el mismo texto constitucional. Por ello resaltó que claramente el artículo 125 Superior dice que: “(...) El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación al régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución y la ley (...)”

Continuó resaltando que dentro de la libertad configurativa que le asiste al Congreso de la República, le compete definir los criterios que considere pertinentes para lograr la finalidad

perseguida por el régimen de la carrera administrativa, siempre y cuando se ajusten a los principios rectores de la carrera administrativa y a la Constitución, según lo ha reiterado la Corte Constitucional en las sentencias C-479 de 1992, C-063 de 1997 y C-1037 de 2003. Teniendo en cuenta lo anterior, la interviniente consideró que la causal de retiro del servicio contenida en el literal c) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004 se aviene a las normas constitucionales, pues pretende lograr una mejor prestación del servicio público y una mayor eficiencia en el cumplimiento de los fines esenciales del Estado.

Por otro lado, resaltó que el principio de estabilidad laboral en la carrera administrativa no ha sido entendido por la Corte Constitucional como un derecho a la inamovilidad del empleado, pues la condición de permanencia exige también someterse a un régimen de deberes que deben ser observados de manera idónea, eficiente y eficaz (C-434 de 1992, C-023 de 1994, C-195 de 1994, C-527 de 1994, C-048 de 1997 y C-003 de 1998). En este orden de ideas, la Ley 909 de 2004 mantiene como uno de los principios fundamentales de la carrera administrativa, la estabilidad de los funcionarios escalafonados en sus cargos, la cual se encuentra limitada únicamente por la propia conducta y por la eficiencia en el desempeño de sus funciones.

Así mismo, sostuvo que los actos administrativos originados en la causal de retiro por razones de buen servicio se deben regir por el debido proceso establecido en el Código Contencioso Administrativo, al igual que cualquier otro acto proferido por la Administración. Es más, luego de la expedición del Decreto 3543 de 2004 que precisamente reglamenta el literal acusado, no queda duda que la actuación administrativa se sujeta al procedimiento establecido en los Títulos I y II del Código Contencioso Administrativo, es decir, comunicándole al servidor público de la actuación iniciada de oficio, permitiéndole aportar y solicitar la práctica de pruebas e interponer los recursos de la vía gubernativa y las acciones contencioso administrativas procedentes. Con el cumplimiento de estas etapas, entonces, consideró que se satisfacen las garantías mínimas del debido proceso.

Por otro lado, hizo un recuento de los diferentes poderes que le han sido otorgados al Estado con el fin de garantizar el cumplimiento de los objetivos de la función pública, y que, a su juicio, son similares a aquel contenido en la norma acusada. Mencionó la potestad de declarar la caducidad del contrato, la justa causa para dar por terminado un contrato de trabajo (declarado exequible mediante sentencia C-299 de 1998), la suspensión provisional

del servidor público dentro del procedimiento disciplinario, así como la existencia de una norma similar a la que es objeto de revisión dentro de la carrera de servicio en la Registraduría General de la Nación.

Luego la interviniente resaltó la diferencia entre el régimen disciplinario aplicable a todo funcionario público que puede dar lugar a la destitución del cargo (literal h) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004), y la situación administrativa que trae como consecuencia el retiro por razones de buen servicio (disposición acusada). En particular enfatizó que mientras la aplicación de la primera causal exige la existencia de dolo o culpa gravísima, la segunda se dirige básicamente a garantizar el pleno y correcto funcionamiento de la administración pública. Así mismo, advirtió que la sanción de destitución implica también la prohibición de ejercer la función pública en cualquier cargo o función por un término señalado (literal d) del artículo 45 de la Ley 734 de 2002), lo cual no sucede con la causal de retiro demandada.

1. Central Unitaria de Trabajadores de Colombia -CUT-.

A través de su representante, la Central Unitaria de Trabajadores -CUT- intervino en el proceso de la referencia coadyuvando las acciones de inconstitucionalidad.

Luego de citar varias providencias de esta Corporación, el interviniente expuso que las disposiciones controvertidas no establecen un procedimiento que permita deducir que se respetará el debido proceso, por cuanto el legislador somete a la subjetividad de la Administración la calificación de la gravedad o la levedad del incumplimiento, así como la existencia de su nexo causal con la afectación del servicio por parte de la entidad. A su juicio, esta situación favorece la arbitrariedad en la aplicación de esta causal, vulnerando los principios que rigen la carrera administrativa y, en particular, la estabilidad laboral.

1. Universidad Nacional de Colombia.

El profesor Alberto Yepes Barreiro intervino en nombre de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional, solicitando a esta Corporación que declare inexistente el literal c) y el parágrafo 1º del artículo 41 de la Ley 909 de 2004.

El interviniente consideró que la norma demandada viola los derechos fundamentales al debido proceso y defensa de los servidores que puedan ser eventualmente desvinculados con fundamento en dicha causal de retiro del servicio, y que no se ajusta a la teleología de la carrera administrativa que se erigió en torno al mérito como criterio de estabilidad en el empleo. Para fundamentar su posición señaló lo siguiente:

“El precepto en estudio es vago e impreciso, pues no establece con claridad a cargo de qué funcionario está radicada la potestad discrecional o competencia de desvincular por razones del servicio a un empleado de carrera administrativa, así como tampoco define la existencia de un procedimiento previo (así sea sumario) a la expedición de la resolución motivada de desvinculación, en el que se garantice el debido proceso del funcionario afectado.”

Agregó que no considera admisible que dichos aspectos procesales se regulen a través de un decreto reglamentario, así como tampoco que se pretenda suplantar a la autoridad disciplinaria competente para adelantar este tipo de investigaciones y para calificar la gravedad o levedad de las faltas, previendo una sanción administrativa equivalente a la destitución.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION.

El Procurador General de la Nación, en concepto número 3739 recibido el 25 de enero de 2005, solicita a la Corte Constitucional declarar la exequibilidad de la disposición acusada.

En primer lugar, sostuvo que el contenido de los textos normativos acusados no vulnera el ordenamiento constitucional, porque el artículo 125 Superior facultó al legislador para señalar nuevas causales de retiro de los cargos de carrera administrativa. Sin que pueda entenderse el principio de estabilidad en el empleo como un derecho a la inamovilidad absoluta, el establecimiento de este tipo de causales debe estar acorde a los principios que rige el sistema de carrera administrativa.

Si bien el Ministerio Público aceptó que en la aplicación de la causal de retiro demandada puede existir algún grado de subjetividad en la apreciación de la gravedad o levedad de la conducta del empleado público, así como en la existencia del nexo causal con la afectación del servicio a cargo de la entidad, el Procurador consideró que se trata de una actividad discrecional de la Administración que de todas maneras debe someterse al ordenamiento

jurídico y debe estar dirigida a la realización de los fines del Estado, la protección del interés general y el bien común. Al respecto precisó:

“Es allí donde puede existir algún grado de subjetividad, el cual es imposible eliminar en su totalidad, pues no puede exigirse al legislador que prevea todos y cada uno de los casos en que un empleado de carrera pueda incumplir gravemente sus funciones de manera tal que afecten directamente el buen servicio, luego, a pesar de tratarse de una potestad reglada, el legislador dejó en manos del operador la valoración de los hechos que configuren el incumplimiento grave de la función, situación que debe estar plenamente demostrada y así debe consagrarse en el acto respectivo, señalando siempre la existencia de un nexo causal entre el incumplimiento y la afectación del servicio, es decir, la decisión (el retiro) debe ser razonable y a todas luces proporcional a los hechos que la causaron (incumplimiento grave de una o algunas funciones asignadas al funcionario que afecten directamente la prestación de los servicios que debe ofrecer la entidad).”

En segundo lugar, y en cuanto a la presunta vulneración del derecho al debido proceso por la falta de un procedimiento que garantice una mínima posibilidad de defensa, el Procurador consideró que la norma es exequible bajo el entendido que para su aplicación se de cumplimiento al procedimiento establecido en el Código Contencioso Administrativo para la expedición de cualquier acto administrativo de carácter particular y concreto. Por lo tanto, advirtió que debe comunicársele al empleado la existencia de la actuación y el objeto de la misma, así como permitirle el acceso al expediente y darle oportunidades para ejercer su derecho de contradicción y de defensa. Resaltó, sin embargo, que ya el legislador señaló expresamente que el acto debe ser motivado y que el afectado puede solicitar su control a través de la vía gubernativa y ante la jurisdicción contencioso administrativo.

Para finalizar, explicó las diferencias existentes entre el régimen disciplinario y la causal de retiro por razones de buen servicio, señalando que no le asiste razón al accionante del proceso D-5475 cuando afirma que al empleado público se le está sancionando dos veces por un mismo hecho. Indicó que mientras la medida contenida en el literal c) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004 fue estatuida para asegurar la atención y satisfacción de los intereses generales de la comunidad, el proceso disciplinario se sustenta en la responsabilidad disciplinaria del servidor, y busca sancionarlo por la infracción de la Constitución y las leyes o por la conducta irregular que atenta contra la igualdad, moralidad, eficiencia, economía,

celeridad, imparcialidad, publicidad y buena fe. Por consiguiente, concluye que se trata de dos medidas que no son comparables pues las finalidades perseguidas son diferentes.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Competencia.

Por dirigirse la demanda contra una disposición que forma parte de una ley de la República, la Corte Constitucional es competente para decidir sobre su constitucionalidad, tal como lo prescribe el artículo 241-4 de la Constitución Política.

2. Existencia de cosa juzgada constitucional

La Corte Constitucional, en la Sentencia C-501 del 17 de mayo de 2005 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), resolvió declarar inexistente el literal c) y el párrafo 1º del artículo 41 de la Ley 909 de 2004, “Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, la gerencia pública y se dictan otras disposiciones”. Al respecto, se expresó en la parte resolutiva del citado fallo.

“Primero.- Declarar INEXISTENTE el literal c) y el párrafo 1 del artículo 41 de la Ley 909 de 2004.”

Considerando que las normas acusadas en la presente causa, el literal c) y el párrafo 1º del artículo 41 de la Ley 909 de 2004, ya fueron sometidos al juicio de inconstitucionalidad y retirados del ordenamiento jurídico como consecuencia de su declaratoria de inexistencia, esta Corporación se abstendrá de emitir un nuevo pronunciamiento de fondo por cuanto ha operado respecto de los mismos el fenómeno de la cosa juzgada constitucional (C.P. art. 243).

Así, en lo que toca con las precitadas disposiciones, en la parte resolutiva de este fallo se ordenará estarse a lo resuelto en la Sentencia C-501 del 17 de mayo de 2005.

VII. DECISION

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

ESTARSE A LO RESUELTO en la Sentencia C-501 del 17 de mayo de 2005, que declaró INEXEQUIBLE literal c) y el parágrafo 1º del artículo 41 de la Ley 909 de 2004, “Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, la gerencia pública y se dictan otras disposiciones”.

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

JAIME ARAUJO RENTERIA

Presidente

Magistrado

MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CORDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

CLARA INES VARGAS HERNANDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General