COPIA DE CONSULTA · DOCUMENTO PÚBLICO OFICIAL

Sentencia C/501/05

Corte	Corte Constitucional
Tipo	Sentencia de constitucionalidad
Referencia	C/501/05
Expediente	D-5440
Fecha	1995-02-09
Sala	Sala Plena
Magistrado ponente	Dr Manuel José Cepeda Espinosa
Partes	los literales c) y e) y el parágrafo 1º del artículo 41, y

Temas que titula la Corte Constitucional

- Principio De Estabilidad Laboral En Carrera Administrativa
- Sistema De Carrera Administrativa
- Libertad De Configuracion Legislativa En Carrera Administrativa
- /Regimen Disciplinario Y Regimen De Carrera
- Principio De Igualdad En Regimen De Carrera Y Regimen De Empleados De Libre Nombramiento Y Remocion
- /Carrera Administrativa

Resumen del caso (según la propia sentencia)

La Corte resolvió: primero.- Declarar IN EXEQUIBLEs el literal c) y el parágrafo 1 del artículo 41 de la Ley 909 de 2004. Segundo.- Declarar Exequible el literal e) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004, en el entendido de que no se pueda dar por terminada la relación laboral sin que se le notifique debidamente su inclusión en la nómina de pensionados correspondiente. Tercero.- Declarar Exequible el numeral 2 del artículo 42 de la Ley 909 de 2004, por los cargos aquí analizados. Notifíquese, comuníquese,…

Texto completo

C-501-05 REPUBLICA DE COLOMBIA Sentencia C-501/05 PRINCIPIO DE ESTABILIDAD LABORAL EN CARRERA ADMINISTRATIVA- Concepto PRINCIPIO DE ESTABILIDAD LABORAL EN CARRERA ADMINISTRATIVA- Finalidad SISTEMA DE CARRERA ADMINISTRATIVA- Importancia PRINCIPIO DE ESTABILIDAD LABORAL EN CARRERA ADMINISTRATIVA- No implica la inamovilidad absoluta del empleado CARRERA ADMINISTRATIVA- Ingreso, ascenso y retiro LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN CARRERA ADMINISTRATIVA- Límites en regulación de causales de retiro LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN CARRERA ADMINISTRATIVA- Alcance LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN CARRERA ADMINISTRATIVA -Regulación de causales de retiro adicionales a las señaladas en la Constitución REGIMEN DISCIPLINARIO Y REGIMEN DE CARRERA- Diferencias /REGIMEN DISCIPLINARIO Y REGIMEN DE CARRERA- Diferencias en cuanto a las implicaciones que su incumplimiento genera El empleo del término “incumplimiento” conduce a un examen de la conducta de un funcionario en dos ámbitos posibles: (i) en el de la evaluación del desempeño y (ii) en el del régimen disciplinario. Dependiendo del sistema en el que se encuentre, ese incumplimiento puede tener un alcance totalmente distinto. Así, por ejemplo, en el ámbito disciplinario, el

incumplimiento generalmente implica un juzgamiento de la conducta del funcionario frente a normas destinadas a proteger la eficiencia, la eficacia o la moralidad de la administración pública y está asociado a conductas cometidas con dolo o culpa del funcionario. En ese evento, la sanción o consecuencia negativa prevista en la norma –el retiro de la carrera– , tiene como finalidad prevenir y corregir la conducta del funcionario y establecer su responsabilidad individual, mediante la imposición de una sanción disciplinaria, y es por eso que además de la desvinculación, se generan antecedentes disciplinarios, e inhabilidades para el ejercicio de otros cargos. Igualmente, en este ámbito es procedente examinar si a pesar de la conducta del funcionario, existen situaciones que excluyen su responsabilidad. Si por el contrario, se emplea el término "incumplimiento" en el contexto de una evaluación del desempeño del funcionario para referirse a la imposibilidad de alcanzar las metas y objetivos concretos definidos para cada cargo y función, dado que no hay dolo o culpa, el retiro del funcionario no tiene como finalidad sancionarlo, sino asegurar que la gestión pública sea eficiente y esté a cargo de personal calificado para que se cumpla la finalidad de "servir a la comunidad" de manera armónica con los mandatos constitucionales (Art. 2, CP). En ese evento, su retiro no es una sanción, ni produce antecedentes disciplinarios, ni apareja consecuencias tales como inhabilidades para el ejercicio de otros cargos. La determinación del incumplimiento puede ocurrir dentro de un período de tiempo específico, por ejemplo, el período de prueba, o al realizar las evaluaciones periódicas previstas por la entidad; pero también puede hacerse frente a un evento puntual que permita determinar que se ha afectado el servicio público en perjuicio de la comunidad a la cual todos los funcionarios del Estado deben servir.

PRINCIPIO DE ESTABILIDAD LABORAL EN CARRERA ADMINISTRATIVA- Legislador debe establecer la oportunidad de controvertir las razones de la desvinculación/ CARRERA ADMINISTRATIVA- Debido proceso en evaluación de desempeño Cualquiera que sea el ámbito al que se refiera una causal de retiro, y con el fin de garantizar los principios generales de estabilidad y de carrera administrativa consagrados en la Carta, así como el respeto de los derechos fundamentales , es preciso que el legislador establezca un debido proceso que excluya la arbitrariedad y brinde al funcionario la oportunidad de controvertir las razones de su desvinculación. Así, cuando se trata de un proceso de evaluación del desempeño, es necesario que exista una definición objetiva de las responsabilidades, metas y objetivos de cada cargo y función, que el funcionario conozca previamente las obligaciones a su cargo y las metas fijadas para el ejercicio de sus funciones, y la forma en que será examinado su desempeño, así como los mecanismos a través de los cuales podrá controvertir esa evaluación.

PROCESO DISCIPLINARIO- Garantías NORMA DISCIPLINARIA- Criterios jurisprudenciales para determinar cuando una disposición legal se encuentra en el ámbito disciplinario Con el fin de determinar cuándo una disposición legal se encuentra en el ámbito disciplinario, la Corte ha acudido a diversos criterios tales como: (i) la finalidad de la norma; (ii) el contexto normativo en el que se encuentra ubicada la norma; (iii) el texto y la estructura de la norma misma; y (iv) el bien jurídico protegido.

LEY DE CARRERA ADMINISTRATIVA- Finalidad PRINCIPIO DE IGUALDAD EN REGIMEN DE CARRERA Y REGIMEN DE EMPLEADOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION- No vulneración en el establecimiento de causal de retiro por tratarse de regímenes jurídicos diferentes CARRERA ADMINISTRATIVA- Causal de retiro por razones de buen servicio constituye una sanción que se proyecta en el ámbito disciplinario/ CARRERA ADMINISTRATIVA- Norma sobre causal de retiro por razones de buen servicio permite que la sanción de retiro sea impuesta sin el lleno de las garantías para el funcionario de carrera Les asiste la razón a los demandantes al considerar que la causal cuestionada tiene claras connotaciones disciplinarias.

Al leer conjuntamente el literal c) y el parágrafo que define "mal servicio", se concluye que la causal de retiro por razones del buen servicio equivale a (i) una sanción que (ii) tiene una proyección necesaria hacia el ámbito disciplinario. Se trata de una sanción, no de una medida administrativa, porque implica una consecuencia jurídica negativa que afecta

de manera severa el derecho básico del funcionario de carrera consistente en permanecer en ella. En efecto, este será retirado de la carrera. La consecuencia en ese aspecto es semejante a la que se seguirá de la sanción disciplinaria de destitución, así el retiro por razones de buen servicio no genere antecedentes disciplinarios per se. Además, la proyección de esta causal hacia el ámbito disciplinario no es eventual sino necesaria. Como se dijo anteriormente, el incumplimiento grave de funciones según la descripción que hace la norma bajo estudio, equivale a una de las conductas que dan lugar a investigación disciplinaria por trasgresión de los deberes funcionales. La ocurrencia del incumplimiento a que hacen referencia el literal c y el parágrafo del artículo 41 cuestionados, además, conduce necesariamente a que el nominador deba efectuar un juicio sobre la conducta del funcionario y referir dicho juicio al incumplimiento de sus deberes funcionales, no sólo en el ámbito previsto en la Ley 909 de 2004, sino también en el ámbito disciplinario. Finalmente, si bien las finalidades que orientan la aplicación de la Ley 909 de 2004 son garantizar una prestación eficiente de los servicios y asegurar el logro del interés general, tales finalidades también orientan las acciones que se emprendan en el ámbito disciplinario. Dadas estas proyecciones necesarias hacia el ámbito disciplinario, el debido proceso aplicable es el propio del derecho disciplinario, con la plenitud de garantías en él previstas. No es esto lo que prevén las normas acusadas puesto que éstas permiten que la sanción de retiro sea impuesta sin el lleno de las garantías para el funcionario de carrera.

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN CARRERA ADMINISTRATIVA- Regulación de causales de retiro distintas al régimen disciplinario o al sistema de evaluación de desempeño /CARRERA ADMINISTRATIVA- Causal de retiro por pensión opera a partir de que el funcionario es incluido en la nómina de pensionados de la entidad Dada la amplia potestad que le reconoce el artículo 125 de la Carta al legislador para determinar otras causales de retiro de la carrera, distintas al régimen disciplinario o al sistema de evaluación del desempeño, puede éste establecer razones ajenas a la conducta de los funcionarios que de presentarse pueden afectar la eficaz y eficiente prestación de los servicios públicos y el cumplimiento de los fines función pública, siempre y cuando respete los límites, principios y valores constitucionales que pretende promover a través del sistema de carrera. Tal es el caso de la causal de retiro por la obtención de la pensión de jubilación. Cuando un servidor público ha laborado durante el tiempo necesario para acceder a la pensión de vejez, resulta razonable que se prevea la terminación de su relación laboral cuando la disminución de su producción laboral puede afectar la eficiente y eficaz prestación del servicio a cargo de la entidad. Esta posibilidad a la vez que permite el acceso a dicho cargo a otras personas en condiciones de igualdad, garantiza el derecho del ex funcionario a disfrutar de la pensión.

Sin embargo, a fin de garantizar la efectividad de los derechos del pensionado y asegurar que pueda gozar del descanso, en condiciones dignas, es preciso, que dicha causal opere a partir del momento en que se hace efectivo ese derecho, esto es, a partir de la inclusión del funcionario en la nómina de pensionados de la entidad.

FUNCIONARIO DE CARRERA ADMINISTRATIVA -Circunstancias en las que tiene la posibilidad de posesionarse en un cargo de libre nombramiento y remoción/ CARRERA ADMINISTRATIVA -Retiro de empleado que toma posesión de un cargo de libre nombramiento y remoción sin haber mediado comisión no desconoce el principio de estabilidad laboral El retiro de la carrera y la correspondiente pérdida de los derechos, se presenta cuando un funcionario de carrera se posesiona en un cargo de libre nombramiento y remoción sin que medie la comisión respectiva.

Según la Ley 909 de 2004, la posibilidad que un funcionario de carrera se posesione en un cargo de libre nombramiento y remoción ocurre en las siguientes circunstancias:

a) Por encargo hasta por tres meses, cuando el empleo de libre nombramiento y remoción se encuentre vacante, según lo establece el artículo 24 de la Ley 909 de 2004.. b) Por comisión hasta por tres años, prorrogables hasta por otros tres, cuando el empleado de carrera haya obtenido una calificación de desempeño sobresaliente, de conformidad con lo que establece el inciso primero del artículo 26 de la Ley 909 de 2004. En este evento, el empleado de carrera tiene un

derecho a que se le otorgue la comisión para posesionarse en el cargo de libre nombramiento y remoción para el cual ha sido nombrado, o elegido. c) Por comisión hasta por tres años, prorrogables hasta por otros tres, cuando el empleado de carrera haya obtenido una calificación de desempeño satisfactoria, de conformidad con lo que establece el inciso final del artículo 26 de la Ley 909 de 2004.

En este evento, queda a discreción de la entidad decidir si otorga o no la comisión. El funcionario de carrera no tiene un derecho a que se le otorgue la comisión, por lo tanto, si se posesiona en el cargo de libre nombramiento y remoción, asume las consecuencias de su decisión. d) Por posesión en el cargo de libre nombramiento y remoción, aunque no medie la comisión respectiva, caso en el cual, se entiende que el funcionario en cuestión acepta las consecuencias de su decisión, de conformidad con lo previsto en el inciso 2 del artículo 42 de le Ley 909 de 2004. No encuentra la Corte que las anteriores alternativas desconozcan el principio de estabilidad laboral o que con ellas se haya establecido una causal de retiro de la carrera que resulta arbitraria o irrazonable. Dado que las condiciones que ha fijado el legislador para el nombramiento y posesión de funcionarios en los distintos cargos son públicas y conocidas, la decisión de un funcionario de carrera de posesionarse en un cargo de libre nombramiento y remoción sin que medie la comisión exigida, supone su aceptación de la pérdida de los derechos de carrera.

Referencia: expedientes D-5440, D-5449 y D-5462 Demandantes: Andrés de Zubiría Samper (D-5440); Augusto Gutiérrez Arias, Luís Francisco Maltes Tello, Germán Humberto García Delgado, Víctor Hugo Castellanos (D-5449); Jairo Villegas Arbeláez, Roberto Chamucero Castro, José Antonio González Bustos y Ricardo Díaz Rodríguez (D-5462) Demanda de inconstitucionalidad contra los literales c) y e) y el parágrafo 1º del artículo 41, y el numeral 2 del artículo 42 de la Ley 909 de 2004.

Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa 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 de los trámites establecidos en el decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente, SENTENCIA I.

ANTECEDENTES En ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 241 de la constitución, los ciudadanos Andrés de Zubiría Samper (Expediente D-5440); Augusto Gutiérrez Arias, Luis Francisco Maltes Tello, Germán Humberto García Delgado, Víctor Hugo Castellanos (Expediente D-5449);

Jairo Villegas Arbeláez, Roberto Chamucero Castro, José Antonio González Bustos y Ricardo Díaz Rodríguez (Expediente D-5462), interpusieron demanda de inconstitucionalidad contra los literales c) y e) y el parágrafo 1º del artículo 41, y el numeral 2 del artículo 42 de la Ley 909 de 2004.

Mediante Auto del 22 de octubre de 2004, la Corte admitió las demandas de la referencia contra los literales c) y e) y el parágrafo 1º del artículo 41, y el numeral 2 del artículo 42 de la Ley 909 de 2004.

Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de los procesos de constitucionalidad, la Corte Constitucional procede a decidir acerca de la demanda en referencia.

II. NORMAS DEMANDADAS A continuación se transcriben los artículos 41 y 42 de la Ley 909 de 2004, [1] con los apartes cuestionados por los actores en el presente proceso de inconstitucionalidad, en negrilla y subrayados:

Ley 909 de 2004 (Septiembre 23) (…) 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 5o. 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.

Artículo 42. Pérdida de los derechos de Carrera Administrativa . 1. El retiro del servicio por cualquiera de las causales previstas en el artículo anterior, implica la separación de la carrera administrativa y la pérdida de los derechos inherentes a ella, salvo cuando opere la incorporación en los términos de la presente ley.

2. De igual manera, se producirá el retiro de la carrera administrativa y la pérdida de los derechos de la misma, cuando el empleado tome posesión de un cargo de libre nombramiento y remoción sin haber mediado la comisión respectiva.

3. Los derechos de carrera administrativa no se perderán cuando el empleado tome posesión de un empleo para el cual haya sido designado en encargo.

III. LAS DEMANDAS En el Expediente D-5440, el demandante Andrés de Zubiría Samper acusa la inconstitucionalidad del literal c) y del parágrafo 1 del artículo 41 de la Ley 909 de 2004, que establecen como causal de retiro del servicio de los funcionarios de carrera administrativa, las “ razones de buen servicio ”. Para el accionante, estas disposiciones desconocen los artículos 1, 93 y 125 de la Constitución Política, al establecer una causal subjetiva para el retiro de funcionarios cuya estabilidad está protegida por la Constitución y por los Convenios 151 y 154 de la OIT, ratificados por las leyes 411 de 1997 y 524 de 1999, respectivamente”:

“(…) mientras la norma superior (Art. 1º, CP.91) en forma nítida establece un principio general de garantía de la efectividad de los derechos de las personas en Colombia, incluyendo el de los servidores públicos de gozar de la garantía de estabilidad laboral a través de la carrera administrativa, de otra parte, la disposición interior (artículo 41 literal c), de la Ley 909 de 2004), acaba con la carrera administrativa al permitir retirar del servicio público a los empleados de carrera por “razones de buen servicio”, pero qué se puede entender por esto último?, ya que lo que se hace es consagrar un postulado de subjetividad, al tiempo que se lleva de bulto los criterios de objetividad que siempre deben prevalecer en un Estado Social de Derecho.

(…) “De acuerdo con el esbozo histórico normativo anterior, con base en las normas constitucionales (Art. 125), en Colombia existe como garantía de los servidores públicos para mantenerse en los cargos públicos, el principio general de la carrera administrativa, salvo las excepciones ya precisadas: a) los empleados de libre nombramiento y remoción; b) los de elección popular; c) los trabajadores oficiales; y d) los demás que determinen las normas jurídicas.

“Pero de otro lado, la Ley 909 de 2004 (…) en forma abiertamente inconstitucional estableció como causal de retiro de los funcionarios, pro “razones de buen servicio, para los empleados de carrera administrativa, mediante resolución motivada” (Art. 41) haciendo nugatoria la garantía de la estabilidad laboral, quedando en el capricho de la administración el mantener o retirar a los servidores públicos, porque, reiteramos, se entroniza en el ordenamiento jurídico nacional el postulado e la arbitrariedad estatal, porque la única condición es expedir una resolución motivada para separar a algún servidor del respectivo cargo (…), vulnerando no solamente la norma superior (artículo 125 de la Carta Constitucional), sino normas de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que prevalecen en el orden interno, al haber sido incorporadas al ordenamiento jurídico nacional, porque han sido ratificadas por el Congreso Nacional, como son el Convenio 151 de la OIT (sobre la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo de la administración pública), ratificado por la Ley 411 de 1997 y el Convenio 154 de la OIT (sobre el fomento de la negociación colectiva), ratificado por la Ley 524 de 1999) y forma parte del denominado bloque de constitucionalidad y, por ende, priman en el derecho interno.” Por su parte, en el Expediente D-5449, los demandantes Augusto Gutiérrez Arias, Luis Francisco Maltes Tello, Germán Humberto García Delgado, y Víctor Hugo Castellanos acusan la inconstitucionalidad del literal c) y del parágrafo 1 del artículo 41 de la Ley 909 de 2004, por violar el debido proceso, la presunción de inocencia y la garantía de estabilidad laboral que protegen los artículos 25, 29, 53 y 125 de la Carta. Para el accionante las disposiciones demandadas permiten que mediante resolución motivada se retire del servicio a un funcionario de carrera por una falta disciplinaria prevista en el Código Único Disciplinario (Ley 734 de 2002, Artículos 35, 67 y 70), pero sin seguir el debido proceso y sin respetar las garantías de presunción de inocencia y del derecho de defensa:

“Dice la norma acusada que se retirará del servicio a un servidor de carrera administrativa “… cuando el incumplimiento grave de una o algunas de las funciones asignadas al funcionario afecten directamente la prestación de los servicios que debe ofrecer la entidad…” (…) sin formalidad diferente a la expedición de una resolución motivada donde se exponga el incumplimiento de la función y el nexo causal entre la omisión y la afectación del servicio, tal como se dice en el parágrafo primero (…) (…) Al tratarse de la nueva causal de retiro del servicio (…) de una indudable falta disciplinaria, el deber de la administración es iniciar, desarrollar y concluir el condigno proceso disciplinario al servidor público que en ella incurra, para sancionarlo o eximirlo de responsabilidad, brindándole todas las garantías que el proceso conlleva, entre ellas, sin duda alguna, la presunción de inocencia (el artículo 128 del CDU establece que la carga de la prueba la tendrá el Estado), el sagrado derecho de defensa, que incluye el aporte y solicitud de pruebas, la controversia de las mismas, etc., normas y procedimientos que al ser pretermitidos, lo que han conducido en la práctica es a la abrogación de la Ley 734 de 2002, con las gravísimas consecuencias para la estabilidad de los servidores públicos, pero también para la estabilidad jurídica del país.

Cuando el Estado utiliza la llamada “razón del buen servicio”, es indudable que tales garantías constitucionales que incluso son de estirpe supranacional, son vulneradas, porque la norma impugnada permite el retiro del servidor inscrito en la carrera administrativa, sin ninguna de tales garantías, por una actuación que aparece nítidamente configurada como “típica” en el Código Disciplinario.

Los artículos 67 y 70 del mencionado CDU establecen como obligatoria la acción disciplinaria en caso de la ocurrencia del incumplimiento de una función asignada al servidor y, entonces, con la nueva disposición, la Administración tan sólo

necesitaría motivar el acto de retiro, y proceder al mismo, con trasgresión inobjetable de las garantías del debido proceso, (…).

Finalmente, en el Expediente D-5462 los demandantes Jairo Villegas Arbeláez, Roberto Chamucero Castro, José Antonio González Bustos y Ricardo Díaz Rodríguez acusan la inconstitucionalidad del literal c) y del parágrafo 1 del artículo 41 de la Ley 909 de 2004, por desconocer los artículos 2, 123 inciso 2, 124, 125, así como los artículos 13 y 53 de la Carta, al establecer una causal nueva e independiente a las previstas en el Código Único Disciplinario, relativa a uno de los fines del Estado, cual es el de servir a la comunidad, pero sólo aplicable a los funcionarios de carrera administrativa.

"(…) el parágrafo 1º acusado, del artículo 41, al desarrollar y definir la causal de retiro del literal c) acusado, sobre "razones de buen servicio", por el "incumplimiento grave de una o algunas funciones asignadas al funcionario", no es ni puede ser una causal autónoma por estar comprendida en la causal del literal h) remitida a la Ley Disciplinaria, e infringe, por tanto, los artículos 2º y 123 inciso 2º, en concordancia con los artículos 124 y 125, 2 constitucionales , dado que:

a) el tema disciplinario del deber funcional del incumplimiento de funciones", la responsabilidad y las sanciones, corresponde es a la Ley disciplinaria, al régimen disciplinario, que lo tiene regulado, como referente de remisión, mas no como causal autónoma o distinta de la del literal h);

b) esta Ley de Carrera, conforme a su denominación, es "por medio de la cual se expiden normas que regulan el empleo público" y sólo "tiene por objeto la regulación del sistema de empleo público" y por ello, no puede regular, autónomamente, faltas y sanciones disciplinarias por "incumplimiento de funciones." Además, el buen servicio la que se refieren el literal c) y el parágrafo 1º, del artículo 41 acusado, corresponde a uno de los "fines esenciales del estado", al de "servir a la comunidad," al de la "función administrativa…al servicio de los intereses generales", conforme a los artículos 2 y 209 constitucionales.

El "buen servicio", se predica "del Estado", de la "función administrativa", siendo responsables de su realización, los "servidores públicos" como género, en sus distintas especies: empleados de carrera, de libre nombramiento y remoción, de elección popular y trabajadores oficiales.

El literal c) acusado, restringe la razón del "buen servicio", como causal de retiro, solo "para los empleados de carrera administrativa", es decir, exclusivamente para una de las especies del género de los servidores públicos", lo que constituye un trato discriminatorio, que infringe el principio de igualdad consagrado en los artículo 13 y 53.

En el Expediente D-5462 los accionantes también acusan la inconstitucionalidad del literal e) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004, que establece como causal de retiro el haber obtenido la pensión de jubilación o vejez, por violar los artículos 25, 48, 53, 54 y 233 de la Carta. Para los accionantes, este literal desconoce la especial protección al trabajo, la estabilidad en el empleo y el derecho a la seguridad social, al establecer como causal de retiro del servicio, el derecho del trabajador a recibir una pensión cuando llega a la edad de retiro forzoso.

La especial protección del trabajo, como actividad voluntaria y libre consagrada en el artículo 25 constitucional, es instrumentalizada y desarrollada por el principio de estabilidad en el empleo (art.53), que comporta el derecho del empleado a la permanencia y continuidad en el empleo.

(...) Significa lo anterior, que mientras al empleado no le sea imponible, aun contra su voluntad, la circunstancia del retiro forzoso por edad, prevista como causal de retiro en el literal g) de la norma acusada, en tanto ello no suceda, opera la protección especial al trabajo y el principio mínimo fundamental de "estabilidad en el empleo" como derecho del empleado, como voluntad de permanencia del empleado.

(...) Ante el reconocimiento de la pensión como “derecho” y “garantía” en beneficio del empleado, será el empleado titular de los derechos: de “estabilidad en el empleo” (art. 53) y de la pensión (arts. 48 y 53), no incurso y sometible a la causal de retiro forzoso por edad, prevista en el literal g), quien voluntariamente decidirá, si opta por disfrutar su derecho pensional y por tanto, se retira del empleo, o si, voluntariamente opta por continuar laborando y difiere el disfrute de sus derecho pensional a otra fecha posterior, o en últimas a la edad de retiro forzoso.

Lo forzoso, lo imponible, contra la voluntad del empleado, es la edad de retiro, como su nombre lo indica. Derecho pensional de disfrute forzoso y con retiro forzoso, contra la voluntad del empleado, no existe constitucionalmente, pues lo que existe en la Constitución es la pensión como “derecho”, como “garantía”, y la “estabilidad en el empleo”, (Arts. 48 y 53), en beneficio del empleado y no como carga, imposición, sanción o pena de extrañamiento, en contra de la voluntad del empleado.

(...) Es contradictorio consagrar la causal de retiro, por edad de retiro forzoso (literal g), para simultáneamente negarla, al consagrar en otro literal (e), que quien no ha cumplido la edad de retiro forzoso, por habérsele reconocido pensión, sí está forzado, a pesar de no tener edad forzosa, a ser retirado forzosamente.

Igualmente, en el Expediente D-5462, los accionantes cuestionan la constitucionalidad del numeral 2 del artículo 42 de la Ley 909 de 2004, por ser contrario a los artículos 6, 53, 58, 83 y 123, inciso 2º. Para los demandantes, dado que es responsabilidad de la administración expedir los actos mediante los cuales otorga una comisión para desempeñar un cargo de libre nombramiento y remoción, la norma cuestionada traslada esa responsabilidad al empleado.

Si la Administración infringe su obligación legal de expedir el acto de comisión y de controlar y posesionar regularmente, ello es responsabilidad de la administración (...) que no es trasladable al empleado, ya que el empleado (...) no puede auto expedirse el acto de comisión, ni auto posesionarse.

Finalmente, señalan los accionantes que una norma similar al numeral 2 del artículo 42 de la Ley 909 de 2004, se encontraba en la Ley 443 de 1998, la cual fue declara exequible bajo la condición de que el retiro de la carrera y la pérdida de los derechos de la misma en el evento que contempla la norma cuestionada, solamente tuviera lugar sobre la base de la probada mala fe del empleado. (Sentencia C-372 de 1999).

IV. INTERVENCIONES CIUDADANAS 1. Intervención del ciudadano Oscar Antonio Márquez Buitrago El ciudadano Oscar Antonio Márquez Buitrago, intervino en el proceso de la referencia con el fin de defender la exequibilidad del literal c) y el parágrafo 1º del artículo 41 bajo examen. Los apartes relevantes de su intervención se resumen y trascriben a continuación.

En relación con los cargos de los Expedientes D-5440 y D-5449, por vulneración de la Carta por establecer una causal subjetiva que atenta contra la estabilidad laboral, a través de la cual se podrá perseguir a dirigentes sindicales, el interviniente señala que no es cierto que se vulnere el principio de la carrera administrativa, porque “ una cosa es la estabilidad laboral y otra muy diferente que encarna un cargo de carrera administrativa como consecuencia de verificarse una causal legal de ruptura de tal vínculo .

(...) la garantía no se vulnera per se mediante la consagración del retiro por razones de buen servicio, pues contrario a lo expuesto por el demandante, (...) el parágrafo 1º de la norma demandada, es muy clara al determinar qué se entiende por razones de buen servicio y precisa que se trata de un “incumplimiento grave de una o algunas funciones asignadas al funcionario que afecten directamente la prestación de los servicios que debe ofrecer la entidad y de otro lado, es necesario que dicho retiro se produzca mediante resolución motivada que incluya “una descripción del incumplimiento de la función y el nexo causal entre este y la afectación del servicio” y la garantía del debido proceso se verifica en lo procesal cuando se determina que contra la decisión de retiro “procederán los recursos del Código Contencioso Administrativo(...) .” En cuanto a la demanda D-5462, según la cual el literal c) y el parágrafo 1º del Artículo 41 de la

Ley 909 de 2004 establece una causal autónoma de responsabilidad, que debió ser regulada de manera íntegra y única en el Código Único Disciplinario, afirma el interviniente que tal interpretación no resulta racional dado que tal planteamiento " implica la necesidad de considerar la existencia de un procedimiento disciplinario (...) de naturaleza abreviada, que sea paralelo al CDU y en últimas de naturaleza especial, lo cual no es muy preciso y en nada ayuda a la configuración del derecho administrativo disciplinario y que en todo caso no encuentra respaldo constitucional que así lo exprese (...), máxime cuando en reiterada jurisprudencia la Corte Constitucional ha determinado el valor normativo del CDU al interior del sistema de fuentes(...) " El interviniente solicita que el literal c) y el parágrafo 1º del Artículo 41 de la Ley 909 de 2004 sean declarados exequibles "a condición de interpretar y aplicar dicha norma, como una causal nueva, independiente y autónoma de clasificación de las sanciones contempladas en el artículo 44 de la Ley 734 de 2002 –Código Único Disciplinario (...)", siempre que dicho retiro se haga mediante resolución motivada cuyo fundamento sea:

"el incumplimiento grave de las funciones del empleado; (...) la calificación de incumplimiento grave opera bajo las causales consagradas por la Constitución Política y la Ley, para el caso de manera concreta, por el CDU; (...)la demostración de la afectación directa del servicio que presta la entidad; (...)la identificación del nexo causal entre el incumplimiento de la función ejercida y la afectación del servicio." Señala el interviniente como justificación a su solicitud, el hecho de que " el buen servicio " es un concepto legal incompleto. " el hecho de encontrar una descripción normativa según la cual es posible efectuar el retiro por razones de buen servicio de un empleado de carrera administrativa, previa motivación, muestra la existencia de un supuesto de hecho de una actuación administrativa que es perfectamente identificable, pero que es indeterminada porque debe completarse su aplicación de forma posterior con otras descripciones normativas al interior de los parágrafos 1º y 2º del mismo artículo 41 (...)." (...) "La indeterminación de la descripción normativa es objeto de corrección material mediante la introducción de un límite absoluto y preciso, que elimina la ambigüedad o duda alguna y se circunscribe a lo dictado por los parágrafos del citado artículo 41, que genera una solución justa, alejando toda posible incertidumbre y elimina toda zona de penumbra, lo cual se explica particularmente con el parágrafo 2º del artículo 41 (...) que exige como condición de procedibilidad del retiro por razones de buen servicio, un mandato de competencia reglada cuyo ejercicio se circunscribe a las "causales consagradas por la Constitución Política y la ley. (...) considero que es una remisión directa al CDU y por tanto, una modificación tácita de la Ley 734 de 2002, que crea una nueva causal autónoma e independiente de sanción disciplinaria con la cual se complementa el artículo 44 del CDU. " (...) "Si resulta claro que el CDU posee vocación unificadora de los regímenes de control disciplinario, es necesario reconocer que la [Ley 909 de 2004] al no ser una norma de orden disciplinario, no puede per se, tener aptitud de régimen paralelo de naturaleza sancionadora, (...).

(...) "Para el caso que nos ocupa, (...) encontramos que hay un proceso disciplinario que se inicia por la comisión de una falta que no es gravísima al tenor de las descripciones típicas del artículo 49 del CDU, gravísima al tenor de las descripciones típicas del artículo 49 del CDU, toda vez que su punición es mucho más drástica, luego es posible calificar una falta de grave, derivada de una conducta que produce unos efectos jurídicos que se traducen en la afectación grave del servicio que presta la entidad y del cual es posible verificar su nexo causal, luego mediante resolución motivada, se produce el efecto legal que busca el artículo 41 literal c de la [Ley 909 de 2004]." 2.

Intervención del ciudadano Luis Norberto Ríos Navarro El ciudadano Luis Norberto Ríos Navarro, Director General y representante legal de la Escuela Nacional Sindical, intervino para coadyuvar a la demanda de la referencia y solicitar que el literal c) y el parágrafo 1º del artículo 41 de la Ley 909 de 2004 sean declarados inexequibles. Las razones de su solicitud se resumen a continuación.

En primer lugar, el interviniente reitera que si bien la Ley 909 de 2004 se expidió para regular el empleo público, la carrera administrativa y la gerencia pública, incluyó una causal de retiro que en realidad es una sanción disciplinaria

especial que no se tramitaría por el procedimiento previsto en el Código Único Disciplinario, sino por un procedimiento administrativo que desconoce el debido proceso, el derecho de defensa y la presunción de inocencia.

En segundo lugar, afirma que el literal c) y el parágrafo 1º del artículo 41, desconoce el principio de estabilidad de la carrera, pues permite el retiro de funcionarios de carrera por razones puramente subjetivas, pues queda al arbitrio del nominador definir cuándo se debe retirar a un funcionario por razones del servicio.

V. INTERVENCIÓN DE LAS AUTORIDADES 1. Intervención del Ministerio de Hacienda y Crédito Público El Ministerio de Hacienda y Crédito Público intervino mediante apoderado para solicitar que el artículo 41 literal c y parágrafo 1º de la Ley 909 de 2004 sea declarado exequible. Las razones de su solicitud se resumen a continuación.

Para el interviniente, la norma impugnada " no viola el ordenamiento constitucional, pues no tiene finalidad distinta que hacer eficiente el ejercicio de la función pública, respetando a la vez, los derechos y garantías de los empleados que se encuentran vinculados a la carrera administrativa ." "La Ley 909 de 2004 pretende mantener por tanto, al igual que la normatividad precedente, que la regulación del sistema de empleo público se sustente en los principios de la función pública y el deber de la administración de asegurar la atención y satisfacción de los intereses generales de la comunidad (...). Luego el literal c) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004, no establece nada diferente de la posibilidad de retirar al funcionario incumplido cuando la falta grave de sus acciones impida el cumplimiento del buen servicio que debe caracterizar a la Administración Pública y por tanto, la falta de eficiencia y merito en la actuación del funcionario hace posible el retiro del mismo (...).

Por tanto, es en virtud de la prevalencia del interés general –que en el presente caso se refleja en el buen servicio que deben prestar las entidades estatales a los administrados –que el legislador puede, dentro del marco de competencia que la Constitución le otorga, reglamentar como causal de retiro del servicio de los empleados de carrera, el incumplimiento grave de una o algunas funciones asignadas al funcionario que afecte directamente la prestación de los servicios que debe ofrecer la entidad toda vez que, cuando el desempeño de estos no se ajusta a los principios de la función administrativa señalados en el artículo 209 de la Carta Política, se omite el deber constitucional de cumplir adecuadamente las funciones encomendadas a la administración para alcanzar los fines estatales consagrados en el artículo 2º de la Constitución." (...) "En el caso sub-examine, es claro que la norma se acoge a los lineamientos que en materia de carrera administrativa ha formulado la Corte Constitucional, ya que por una parte responde a las necesidades de una administración pública cuyo "buen servicio" redunda en un efectivo cumplimiento de los fines del Estado y por otra parte, no desconoce las garantías mínimas que la Constitución y la Ley otorgan a los empleados de carrera administrativa pues como puede observarse, el retiro por razones de buen servicio que señala el artículo 41 de la Ley 909 de 2004 no es una facultad discrecional de la autoridad jerárquica sino que obedece a un incumplimiento grave por parte del funcionario que directamente afecte la prestación de los servicios de la entidad. Es decir, se requiere demostrar de manera motivada el nexo causal existente entre el incumplimiento del funcionario y la falla en el servicio de la entidad para hacer efectivo el retiro del mismo, y además el empleado retirado puede optar por controvertir la decisión del nominador ante la jurisdicción contencioso administrativa. (...) Es decir que el retiro está sustentado en la falta de idoneidad y eficiencia del empleado público en relación con el desempeño de sus funciones (...).

(...) "(...) el contenido de la norma debe ser declarado exequible, puesto que sopesa cuidadosamente el interés general, la idoneidad y mérito que se requieren para el adecuado manejo de la función pública y por otra parte, atiende el interés de los individuos vinculados mediante carrera administrativa. Además la norma otorga las garantías necesarias para impedir la arbitrariedad de la autoridad nominadora que, so pena de incurrir en las sanciones contempladas en el Código Único Disciplinario, está sometida a una estricta motivación al momento de hacer efectiva la causal de retiro por buen servicio que consagra el artículo 41 de la ley de carrera administrativa.

Finalmente señala el interviniente, que la garantía de estabilidad en el servicio oficial para los empleados de carrera administrativa, no es un principio absoluto que impida el retiro de los funcionarios con deficiente desempeño de sus labores, pues permitir tal situación constituiría una parálisis de la administración pública. “ Es posible afirmar que la estabilidad laboral no se infringe por la existencia de una norma que crea un mecanismo para desvincular funcionarios que prestan sus servicios en una entidad estatal con base en una situación prevista legalmente.

Menos aún cuando dicha desvinculación va acompañada de una garantía adicional hecha por la norma misma, cual es la posibilidad de impugnar la resolución de retiro que debe estar expresamente motivada.

” Luego de citar el artículo 125 constitucional, el interviniente resalta que esta disposición constitucional al incluir dentro de las causales de retiro la “ calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo ,” la “ violación del régimen disciplinario ” y “ las demás causales previstas en la Constitución o la ley, ” facultó al legislador para “ determinar las causales de retiro de los empleados oficiales, siempre y cuando se mantengan las garantías laborales, ya que la razón de la norma constitucional no es otra que facultar al Congreso para reglamentar el ejercicio de la función pública con el objetivo de mantener en el servicio únicamente a funcionarios verdaderamente capacitados y no funcionarios que, con base en una estabilidad laboral mal interpretada, no necesariamente sean los más idóneos para desempeñar las funciones encomendadas a la administración .” En cuanto a las garantías del debido proceso, el interviniente cita el artículo 1 del Decreto 3543 de 2004, que reglamenta el literal c) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004, es claro que la aplicación de esta causal está precedida del debido proceso contemplado en el Código Contencioso Administrativo, “ pues en efecto, la remisión señalada garantiza que la resolución motivada cumpla con los requisitos formales y sustanciales que todo acto administrativo de carácter particular debe contemplar, además de otorgar a los funcionarios incumplidos, la posibilidad de pedir y aportar pruebas, tener acceso al expediente de la actuación e interponer los recursos de reposición y apelación contra la resolución de retiro en atención a la normatividad administrativa a la cual el decreto en mención se remite .” 2.

Intervención del Departamento Administrativo de la Función Pública El Departamento Administrativo de la Función Pública, intervino mediante apoderada, para solicitar que las normas cuestionadas en el proceso bajo estudio fueran declaradas exequibles. Las razones de su solicitud se resumen a continuación.

En relación con los cargos contra el literal c) y el parágrafo del artículo 41 de la Ley 909 de 2004, la interviniente señala (i) que la 909 de 2004 desarrolla dos de las hipótesis para el retiro de empleados de carrera definidos en el artículo 125 de la Carta; (ii) que el legislador podía, en ejercicio de su potestad de configuración, determinar causas adicionales a las previstas en el Código Único Disciplinario, para el retiro de funcionarios de carrera; (iii) que el artículo 41 demandado no atenta contra el principio de estabilidad en la carrera; y (iv) que el procedimiento administrativo previsto en la norma demandada para expedir la resolución de retiro de un empleado de carrera, garantiza el debido proceso y del derecho de defensa del empleado.

En primer lugar, la interviniente hace un recuento histórico de las normas que se han dictado para el establecimiento de la carrera administrativa desde 1886 hasta la expedición de la Ley 909 de 2004.

[2] “ La Ley 909 de 2004 no hace cosa distinta que señalar tres hipótesis en las cuales encuentra el legislador que existe causal suficiente para retirar a un empleado del cargo: 1. Por razones disciplinarias, tal como lo señala la Constitución, artículo 125; 2. Por razones de evaluación (ordinaria o periódica y extraordinaria o por fuera del período normal de evaluación), causal también señalada por la Carta en su artículo 125; 3. Por razones de buen servicio, como desarrollo de los principios incorporados en la Carta Política de 1991 (Arts.

1, 2, 123, 209 CN) y dentro del marco de su libertad de configuración legal .” En segundo lugar, se refiere a la potestad de configuración del legislador para establecer las causales de retiro de funcionarios vinculados a cargos de carrera (Art. 125, CP), para afirmar que “ es (...) el legislador el llamado a establecer esas otras causales, además de las dos previstas

en la norma constitucional, que dan lugar a la desvinculación del funcionario de carrera del escalafón y del procedimiento a seguir en cada caso . (...) En el artículo 41, literal c), el legislador haciendo uso de su libertad de configuración normativa, previó que para que proceda la remoción del funcionario escalafonado es necesario que se cumplan los requisitos formales y sustanciales que el ordenamiento impone, y que, además, quien haya de decretarla sustente su decisión, esto es, la motive, cuyo sustento sólo puede ser la consideración de las finalidades constitucionalmente admisibles para la misma: cumplimiento de funciones de modo eficiente y eficaz para la mejor prestación del servicio público y la consecuencia de su incumplimiento, esto es, la grave afectación del servicio.

Para la interviniente, el legislador podía establecer la causal prevista en el literal c) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004 con carácter autónomo a las disposiciones disciplinarias, dado que el artículo 125 hace alusión a "las demás causales previstas en la Constitución o la ley, (...) fue el propio constituyente el que previó la diferenciación entre las causales disciplinarias y otras por la cuales puede el legislador autorizar el retiro." Señala también la apoderada del Departamento Administrativo de la Función Pública, que al establecer la causal del literal c) del artículo 41, no ha desbordado ni desatendido el marco constitucional, dado que con ella se obtiene: a) " asegurar el cumplimiento de los fines esenciales del Estado y de sus deberes sociales, mediante el pronto, idóneo y eficaz ejercicio de las funciones administrativas atribuidas a los servidores públicos ;" b) " que obren plenamente los principios rectores de la función administrativa consignados en el artículo 209 de la Constitución, como son la igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad ;" c) " privilegiar el trabajo, la solidaridad de las personas que integran a Colombia como Estado Social de Derecho y se garantiza la prevalencia del interés general;" d) "hacer efectivo el principio según el cual '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;" e) "garantizar el cumplimiento del debido proceso en la actuación administrativa que se adelante para proferir la resolución motivada de retiro del empleado." En tercer lugar, en cuanto al cargo sobre vulneración del principio de estabilidad en el empleo de carrera, la interviniente señala que el literal c) del artículo 41 demandado no vulnera dicho principio porque la causal tiene aplicación en un caso particular, pero " se mantiene incólume la estabilidad de todos los demás empleados que no afecten el buen servicio, esto es, de quienes están cumpliendo sus deberes y funciones en orden a la satisfacción del interés público o general y del adecuado servicio a la comunidad. (...) Por otra parte, es evidente que la estabilidad no deriva solo de ser empleado de carrera administrativa, sino del comportamiento de ese empleado ceñido a la idoneidad, la eficiencia, la eficacia, la moralidad administrativa con que debe prestarse el servicio público en procura de cumplir fielmente los fines del Estado. Estos son, precisamente, requisitos de mérito para la "permanencia" en el empleo, a la cual equivale la estabilidad laboral. Si la sola inscripción en la carrera administrativa per se garantiza la estabilidad o permanencia en el empleo, el resultado sería la inamovilidad.

" (...) "Desde el punto de vista jurídico, la "estabilidad laboral" ha sido descrita por la Corte Constitucional en varias sentencias [3] de las cuales se extraen las siguientes conclusiones:

a) La estabilidad en el empleo no equivale a inamovilidad del empleado. b) La estabilidad laboral no puede ser entendida como un derecho absoluto.

c) Las causales de retiro son propias del régimen legal de condiciones estatutarias y reglamentarias que regulan la permanencia y el retiro de la función pública.

d) El retiro se hará por hechos determinados legalmente, inspirados en la realidad de la eficiencia laboral. En definitiva, lo que se protege es el interés general.

e) El derecho de los empleados a la estabilidad no quiere decir que tengan derecho a la inamovilidad, puesto que si ellos no cumplen con los deberes de su cargo, pueden ser separados del mismo por la administración.

f) El elemento objetivo de la eficiencia es el determinante de la estabilidad laboral, por cuanto es un principio de razón suficiente. No se trata de una permanencia en el cargo por razones ajenas a la efectividad de los buenos resultados.

g) El derecho a la estabilidad y a la promoción según los méritos de los empleados de carrera no impide que la administración, por razones de interés general ligadas a la propia eficacia y eficiencia de la función pública, pueda suprimir determinados cargos.

h) La estabilidad relativa de los empleados de carrera no pueden oponerse a la posibilidad de consagrar causales de separación de aquellos casos previstos en la ley, que constituyan razón suficiente que justifique la adopción de la medida." Adicionalmente, la interviniente establece la diferencia entre las causales disciplinarias y la causal prevista en el literal c) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004, teniendo en cuenta la finalidad de la función pública. " Debe destacarse cómo la normatividad sobre carrera administrativa ha evolucionado en cuanto a la valoración del conducta del servidor público. De una parte, en cuanto a su conducta misma, bien cuando se valora su comportamiento frente a las normas disciplinarias, o también cuando se evalúa su idoneidad, su eficiencia y su moralidad (evaluación); de otra parte, cuando se valora la función pública propiamente y las consecuencias de deficiencia o afectación del servicio por la conducta del funcionario (nexo causal), tal como se establece en los artículos 1º, inciso 2º segunda parte, y 2º numeral 3º de la Ley 909 de 2004, en concordancia con el artículo 41, literal c).

(...) Es clara la diferenciación que existe entre: 1) el régimen disciplinario aplicable a todo funcionario público, sea o no de carrera administrativa; 2) la calificación de servicios como instrumento encaminado a medir el rendimiento y la calidad del trabajo del empleado de carrera; y 3) la valoración de la función pública y las consecuencias que la actuación u omisión del empleado produzca en el servicio mismo a su cargo ." En cuarto lugar, en cuanto al cargo por vulneración del debido proceso, la apoderada del Departamento Administrativo de la Función Pública señala que tanto el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, como el Decreto 3543 de 2004 que lo reglamenta, señalan el procedimiento a seguir al proferir la resolución de retiro de un funcionario de carrera. Para la interviniente, la Ley 909 de 2004 regula situaciones propias de empleados de carrera administrativa y no cobija a los trabajadores y, además, define el procedimiento administrativo establecido que debe seguirse en esos casos, el cual satisface plenamente las exigencias constitucionales del debido proceso en la forma como las mismas han sido entendidas por la jurisprudencia constitucional.

[4] "En efecto, el artículo 41 de la Ley 909 de 2004 prescribe que la resolución de retiro debe ser motivada y que contra ella procederán los recursos del Código Contencioso Administrativo. Ahora, con la expedición del decreto reglamentario de la mencionada ley, identificado como 3543 de 2004, no queda ninguna duda sobre el procedimiento que debe cumplirse para proferir la resolución de retiro. Ese procedimiento es el establecido en el Código Contencioso Administrativo, Títulos I y II, el cual ha de desarrollarse con sujeción entre otros principios, a los de imparcialidad y de 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 definitivamente la actuación administrativa, el servidor dispondrá de la acción contencioso administrativa de nulidad y restablecimiento del derecho, estatuida en el artículo 85 del CCA, modificado por el artículo 15 del Decreto 2304 de 1989." En relación con los cargos contra el literal e) y el parágrafo del artículo 41 de la Ley 909 de 2004, sobre retiro de empleados de carrera por obtención de pensión de jubilación o vejez, la interviniente recuerda la doctrina sentada en la sentencia C-1037 de 2003, que declaró la exequibilidad condicionada de una "norma con idéntico contenido normativo a la que se analiza," [5] en la cual se señaló que corresponde a la órbita del legislador establecer causales adicionales a las reguladas directamente por la Constitución para el retiro del servicio de los empleados públicos.

Finalmente, en relación con el cargo contra el numeral 2 del artículo 42 de la Ley 909 de 2004, la apoderada del Departamento Administrativo de la Función Pública señala que dicha disposición es similar a la contenida en el artículo

38 de la Ley 443 de 1998, que fue declarada exequible de manera condicionada por la Corte en la sentencia C-372 de 1999.

[6] Indica además, que para analizar el cargo es preciso hacer una lectura sistemática de la Ley 909 de 2004 de la norma cuestionada con lo previsto en el artículo 26 de la misma ley, sobre la comisión para desempeñar cargos de libre nombramiento y remoción.

Según la interviniente, de conformidad con este artículo, la comisión para desempeñar empleos de libre nombramiento y de período, puede ser: (i) Un derecho que adquieren solo los empleados de carrera con evaluación de desempeño sobresaliente; o (ii) Una opción, a criterio de la administración, para aquellos empleados inscritos en carrera que hayan obtenido resultado de evaluación satisfactoria.

Si el empleado se encuentra en la primera hipótesis, afirma la interviniente, la administración debe reconocer el derecho y, en consecuencia, conceder la comisión. Puede ocurrir que a pesar de su derecho, el empleado no solicite la comisión. En ese caso, la administración no puede actuar oficiosamente y otorgarla, sino que el empleado tiene el deber de solicitar tramitar la correspondiente comisión para poder aceptar un empleo de libre nombramiento y remoción sin perder los derechos de carrera. Puede ocurrir también que el empleado solicite la comisión y la administración no responda a dicha solicitud.

Según la interviniente, " como la comisión en esta hipótesis es un derecho del empleado, (...) cualquier actuación de la administración que le vulnere ese derecho, generará la responsabilidad administrativa consiguiente, la cual podrá hacer efectiva el empleado de carrera, bien por la vía gubernativa y, en su defecto, ante la jurisdicción contencioso administrativa. En este caso, el restablecimiento será el reintegro a la carrera y la indemnización de los perjuicios ocasionados. Una interpretación diferente haría nugatorio ese derecho. (...) Pero, la eventual negligencia de la administración en el trámite de la comisión no puede significar la inconstitucionalidad de la norma en sí misma, porque la inconstitucionalidad de una norma se analiza frente a las disposiciones constitucionales y la conducta de la administración, en un caso como el que nos ocupa, se juzga frente a las disposiciones legales que regulan el derecho a la comisión." En la segunda hipótesis, esto es, cuando el funcionario obtenga una evaluación apenas satisfactoria, no existe un derecho a que se le confiera la comisión, sino que es potestativo de la administración concederla, por lo que la administración no incurre en omisión o negligencia alguna al no concederla o negarla. En este último caso, el empleado asumirá las consecuencias de su decisión de aceptar y tomar posesión del cargo de libre nombramiento y remoción.

VI. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION Mediante concepto No. 3726 del 11 de enero de 2005, el Procurador General de la Nación Edgardo Maya Villazón, intervino en el proceso de la referencia y solicitó a la Corte declarar la exequibilidad de las normas cuestionadas, algunas de ellas de manera condicionada. Las razones de su solicitud se exponen a continuación.

El representante del Ministerio Público identifica los problemas jurídicos planteados en las demandas acumuladas al proceso D-5440 de la siguiente manera:

"2.1. Si el literal c) y el parágrafo 1 de la Ley 909 de 2004, violan la estabilidad laboral que garantiza a los funcionarios su vinculación a la carrera administrativa, protegida por los artículos 1, 93 y 125 de la Carta Política, lo mismo que por los Convenios 151 y 154 de la OIT, aprobados por las leyes 411 de 1997 y 524 de 1999, respectivamente, al establecer como causal de retiro las "razones de buen servicio, para los empleados de carrera administrativa, mediante resolución motivada", las cuales se concretan "cuando el incumplimiento grave de una o algunas funciones asignadas al funcionario afecten directamente la prestación de los servicios que debe ofrecer la entidad." "2.2. Si el literal c) y el parágrafo 1 de la Ley 909 de 2004, al establecer el retiro de los empleados públicos, mediante resolución motivada, por "razones de buen

servicio” vulneran el derecho al debido proceso, la presunción de inocencia y la garantía de la estabilidad laboral que protegen los artículos 25, 29, 53 y 125 de la Carta.

“2.3. Si el literal c) y el parágrafo 1 del artículo 41 de la Ley 909, vulneran los artículos 2, 123, inciso segundo, 124, 125, inciso segundo, y 209, así como los artículos 13 y 53 de la Carta Política, al consagrar una causal adicional e independiente a las señaladas en el Código Disciplinario Único, aplicable sólo a los servicios de carrera administrativa.

“2.4. Si el literal e) del artículo 41 de la Ley 909, al establecer como causal de retiro del servicio el haber obtenido la pensión de jubilación o vejez, desconoce la especial protección al trabajo, la estabilidad en el empleo, el derecho a la seguridad social y el deber del Estado de propiciar la ubicación laboral de las personas que se encuentran en edad de laborar consagrados en los artículos 25, 48, 53, 54 y 233 de la Constitución.

“2.5. Si el numeral 2 del artículo 42 Ibidem, desconoce los artículos 6, 53, 58, 83 y 123, inciso segundo, al establecer como causal del retiro de la carrera administrativa y de la pérdida de los derechos de la misma la posesión del empleado de un cargo de libre nombramiento y remoción sin haber mediado la comisión respectiva.” Luego de plantear los problemas jurídicos a resolver, la Vista Fiscal señala, en primer lugar, que de conformidad con los artículos 1, 25, 53, 123, 150, numeral 23 y 125 de la Constitución Política, la regla general para el acceso a la función pública es la carrera administrativa, por lo cual “ el ingreso y 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 .” En segundo lugar, en cuanto al cargo de vulneración del principio de estabilidad, el Procurador General de la Nación precisa, que si bien éste es uno de los principios que soportan el derecho al trabajo, cuando se trata de empleos vinculados a la carrera administrativa, “ esa garantía de permanencia en el cargo no es absoluta, menos aún cuando se presentan situaciones negativas atribuibles al empleado de carrera administrativa que afectan la prestación de los servicios que debe ofrecer la entidad y por ende el interés general, tales como las señaladas en el artículo 125 superior como causales de retiro, entre las cuales se encuentran la calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo y la violación del régimen disciplinario .” Indica también el Representante del Ministerio Público, que el artículo 125 Superior facultó al legislador para señalar las causales que dan lugar al retiro del servicio de los funcionarios de carrera, en desarrollo de la cual expidió la Ley 909 de 2004 y estableció la causal del literal c) y el parágrafo 1 del artículo 41.

En tercer lugar, y en relación con la supuesta violación de la Constitución por el establecimiento de una causal arbitraria para el retiro de un funcionario de carrera, el Procurador General de la Nación señaló que “ en virtud del principio de legalidad, soporte del Estado social de derecho, los poderes públicos, uno de los cuales es la administración pública, deben someterse al orden jurídico; sin embargo, el grado de sujeción de la administración al orden jurídico en el desarrollo de sus diferentes actividades no es el mismo y es a ello que obedece la distinción hecha por la doctrina y la jurisprudencia entre actividad reglada y actividad discrecional, la primera de las cuales exige la subordinación estricta de la actuación administrativa a la ley, sin descartar la existencia de un grado mínimo de subjetividad. Por el contrario, estamos frente a una actividad discrecional cuando la potestad otorgada por la misma ley a la administración es más amplia en el sentido que le permite realizar juicios de valor y apreciaciones subjetivas siempre buscando la realización de los fines del Estado, la protección del interés general y el bien común.

(...) “En el caso que nos ocupa tenemos 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 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 se debe consagrar 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 cuarto lugar, en cuanto al cargo de vulneración de los derechos al debido proceso y a la defensa y la presunción de inocencia, la Vista Fiscal recuerda 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 .

(...) En este orden, se trata de una medida justificada por el legislador a la luz de fines esenciales del Estado, pues, si la función administrativa está al servicio del interés general y se desarrolla con fundamento en los principios de eficacia y celeridad, entre otros, mal podría entonces dilatarse en el tiempo la separación del cargo de un funcionario de carrera que con su comportamiento esté impidiendo la realización de los mismos.

“Por otro lado, 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 artículo 28 del citado ordenamiento, para efectos de 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.

“Así mismo, la resolución que contenga la decisión de retiro debe ser motivada, en el sentido de expresar con claridad la acción y 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 los recursos de la vía gubernativa.

“Además de las garantías procesales señaladas anteriormente, el servidor público cuenta con el control jurisdiccional contencioso administrativo del acto, sin perjuicio de la responsabilidad personal del nominador, tanto patrimonial (acción de repetición) como disciplinaria, por el uso indebido o arbitrario de la facultad.

En quinto lugar, en relación con el cargo según el cual el literal c) del artículo 41 constituye una causal adicional e independiente a las señaladas en el Código Disciplinario Único, aplicable sólo a los servidores de carrera administrativa, el Procurador General de la Nación señala que es preciso tener en cuenta la finalidad tanto del Código Único Disciplinario como de la disposición acusada. Afirma que el objeto de la Ley 909 de 2004, según lo establecen los artículos 1 y 2, asegurar que la función pública se oriente a la atención y satisfacción de los intereses generales de la comunidad, así como a la efectiva prestación del servicio. Por su parte, el Código Único Disciplinario está dirigido a determinar la responsabilidad disciplinaria de los empleados y sancionar al autor de la conducta. Teniendo en cuenta estas diferencias, indica que el literal c) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004 “ no tiene un carácter sancionatorio, pues su fin es asegurar la debida atención y satisfacción de los intereses generales de la comunidad cuando éstos se vean amenazados o dañados por el comportamiento de un servidor, lo cual hace necesario la toma de una medida correctiva que se adecue a los fines del buen servicio de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1 y 2 de la Carta Política.

” Concluye la Vista Fiscal, que se trata de dos mecanismos independientes, autónomos, con propósitos distintos, que desarrollan los artículos 2, 123, 124, 125 y 209 de la Carta.

En cuanto a que este literal sólo tenga aplicación para los funcionarios de carrera administrativa, resalta el Representante del Ministerio Público, que ello no constituye un trato discriminatorio, puesto que respecto de los empleados de libre nombramiento y remoción, dada la naturaleza de su vinculación al servicio público, están cobijados por la causal señalada en el literal a) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004, por la cual pueden ser declarados insubsistentes en ejercicio de la libertad de que goza el superior tanto para escoger a quienes deben ocupar tales cargos, como para retirarlos cuando lo considere conveniente.

En sexto lugar, en relación con el cargo contra el literal e) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004, que establece como causal de retiro del servicio el haber obtenido la pensión de jubilación o vejez, considera la Vista Fiscal que " además de constituir una manifestación de la libertad de configuración política del Congreso para establecer causales de terminación de las relaciones laborales públicas, adicionales a las señaladas expresamente en el artículo 125 superior, su establecimiento tiene respaldo constitucional, toda vez que cuando un servidor público ha cumplido con los requisitos y condiciones legales para acceder a la pensión de jubilación o de vejez, es objetivo y razonable que se determine la terminación de la relación laboral, pues, por otra parte, el empleado disfrutará de ese derecho que le permite continuar su vida de manera digna, y por la otra, se otorga al Estado la posibilidad de cumplir con su deber de propiciar el trabajo a las personas en edad de trabajar y de intervenir para dar pleno empleo a los recursos humanos 8artículos 25, 48, 53, 54 y 334 de la Carta Política.)" Recuerda sobre este punto lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia C-1037 de 2003, en la que estudió una norma de similar contenido normativo —el parágrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003 —, y donde, con el fin de garantizar la efectividad de los derechos, en particular el derecho a la subsistencia del servidor público que llega a la edad de jubilación, declaró la constitucionalidad de la norma cuestionada, bajo el entendido que la posibilidad de retirar al servidor surgía a partir de la inclusión de la pensión en la nómina de la entidad. Por lo tanto, solicita a la Corte que el literal e) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004 sea declarado exequible bajo el entendido que " además de la notificación del reconocimiento de la pensión, el empleado sólo pueda ser retirado cuando se le notifique debidamente su inclusión en la nómina de pensionados correspondiente, a efectos de garantizar sus derechos fundamentales, pero en especial, el mantenimiento de condiciones dignas ." Finalmente, en cuanto al cargo contra el numeral 2 del artículo 42 de la Ley 909 de 2004, sostiene el Procurador General que se aviene al ordenamiento constitucional. Para la Vista Fiscal, esta disposición, que establece la posibilidad de retiro cuando el empleado de carrera se posesione en un cargo de libre nombramiento y remoción sin que medie la comisión respectiva, no traslada al servidor público la obligación de administración de expedir el acto administrativo mediante el cual se otorga la comisión para el desempeño del cargo de libre nombramiento y remoción. " Si bien corresponde a la administración la expedición de tal acto administrativo, es preciso que quien acepta un cargo de libre nombramiento y remoción mediante la figura de la comisión, es decir sin perder los derechos que significa (sic) pertenecer a la carrera administrativa, realice las actuaciones necesarias para constatar que efectivamente ha sido comisionado y en consecuencia acepte el nombramiento y tome posesión. Cosa diferente es que se pruebe la mala fe de la autoridad administrativa, caso en el cual mal podrá el empleado de carrera asumir las consecuencias de su retiro de la misma." En consonancia con lo expuesto, el Procurador General de la Nación solicita lo siguiente:

"9.1. Declarar la EXEQUIBILIDAD del literal c) y del parágrafo 1 del artículo 41 de la Ley 909, en los términos de la presente sentencia y, bajo el entendido que para aplicar esta causal es requisito indispensable que se dé 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 permite el acceso al expediente y se le de la oportunidad de pronunciarse al respecto en ejercicio de su derecho de contradicción y de defensa." "9.2. Declarar la EXEQUIBILIDAD del literal d) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004, siempre y cuando además de la notificación del reconocimiento de la pensión, el empleado solo pueda ser

retirado cuando se le notifique debidamente su inclusión en la respectiva nómina de pensionados." "9.3. Declarar la EXEQUIBILIDAD del numeral 2 del artículo 42 de la Ley 909 de 2004, por los aspectos aquí analizados." VII.

CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS 1. Competencia En virtud de lo dispuesto por el artículo 241-4 la Corte Constitucional es competente para conocer de las demandas de inconstitucionalidad contra normas de rango legal, como las que se acusan en la demanda que se estudia.

2. Problemas jurídicos Para los demandantes, el literal c y el parágrafo 1 del artículo 41 de la Ley 909 de 2004 son inexequibles porque (i) desconocen el principio de estabilidad laboral consagrado en el artículo 125 Superior, al instaurar una causal disciplinaria subjetiva para el retiro de funcionarios de carrera, cuya ocurrencia depende de la apreciación arbitraria que haga el superior de lo que constituye "razón de buen servicio "; (ii) vulneran el debido proceso, al establecer para esta falta disciplinaria un procedimiento distinto al previsto en el Código Único Disciplinario, que no garantiza el derecho de defensa ni el principio de presunción de la inocencia; y (iii) contravienen el principio de igualdad al establecer una causal de retiro aplicable exclusivamente a los funcionarios de carrera. En cuanto al literal e) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004, los accionantes señalan que esta norma desconoce la estabilidad en el empleo y el derecho a la seguridad social, al establecer el retiro obligatorio de funcionarios de carrera por el sólo hecho de obtener una pensión, a pesar de que no hayan llegado a la edad de retiro forzoso. Finalmente, en relación con el numeral 2 del artículo 42, afirman los demandantes que dicha disposición vulnera el principio de estabilidad de la carrera y el derecho al trabajo porque traslada al funcionario, una responsabilidad propia de la administración de expedir los actos mediante los cuales se nombra a alguien en un cargo de libre nombramiento y remoción.

Para el Procurador y autoridades intervinientes en el presente proceso, el literal c) y el parágrafo 1 del artículo 41 de la Ley 909 de 2004 son exequibles, porque (i) si se examina el contexto normativo en el que fueron incluidos, se trata de un mecanismo autónomo reglado, sin carácter sancionatorio, que garantiza la eficiencia del servicio y la prevalencia del interés general; (ii) se respeta el debido proceso, dado que para su utilización se requiere resolución motivada en la que se expresen las razones del retiro y su conexidad con el buen servicio y proceden los recursos previstos en el Código Contencioso Administrativo. Adicionalmente, como se trata de un acto administrativo reglado, es aplicable el artículo 28 del Código Contencioso Administrativo, que exige la comunicación previa de la actuación. Finalmente, el Procurador considera que la disposición cuestionada, (iii) no establece un tratamiento discriminatorio porque para los empleados en cargos de libre nombramiento y remoción existe una causal similar contenida en el literal a) del artículo 41.

En relación con la causal contenida en el literal e) del artículo 41, el Procurador y los intervinientes recuerdan que una norma de contenido similar a la demandada en este proceso, cuestionada por razones análogas, fue declarada exequible en la sentencia C-1037 de 2003, MP: Jaime Araujo Rentería, bajo el entendido que la posibilidad de retirar al servidor surgía a partir de la inclusión de la pensión en la nómina de la entidad, por lo que solicitan que la Corte declare la constitucionalidad condicionada del literal e) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004, y proteja así la efectividad de los derechos de los servidores de carrera.

Para algunos demandantes, el numeral 2 del artículo 42 de la Ley 909 de 2004 es inconstitucional porque desconoce el principio de estabilidad al decretar la pérdida de los derechos de carrera y trasladar la responsabilidad de la emisión del acto administrativo mediante el cual se otorga una comisión para que un funcionario de carrera se posesione en un cargo de libre nombramiento y remoción.

El Procurador señala que tal disposición se ajusta al ordenamiento constitucional porque si bien la responsabilidad de expedir el acto de comisión corresponde a la Administración, la disposición no traslada dicha responsabilidad al funcionario, sino que tiene en cuenta que éste también debe realizar las acciones necesarias para constatar que efectivamente ha sido comisionado para que pueda aceptar el nombramiento.

Para algunas de las autoridades intervinientes, el numeral 2 del artículo 42 de la Ley 909 de 2004 cuestionado en el presente proceso, es similar a la disposición [7] declarada exequible en la sentencia C-372 de 1999, MP: José Gregorio Hernández Galindo, bajo el entendido que la posibilidad de perder los derechos de carrera cuando un funcionario de carrera tome posesión de un cargo de libre nombramiento y remoción, sin el cumplimiento de las formalidades legales, sólo operará cuando se compruebe su mala fe.

Adicionalmente, indican que una lectura sistemática de la Ley 909 de 2004, en particular con el artículo 26, permite concluir que cuando el funcionario de carrera obtiene una evaluación de desempeño sobresaliente, tiene derecho a reclamar que la administración expida el acto administrativo que permite su posesión en el cargo de libre nombramiento y remoción, sin que ello implique la pérdida de los derechos de carrera. Si la administración omite expedir tal acto, el funcionario afectado puede reclamar ante la jurisdicción contenciosa administrativa el restablecimiento de sus derechos. Sin embargo, esa posible omisión no acarrea la inconstitucionalidad de la norma.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte debe resolver los siguientes problemas jurídicos: 1. ¿Vulnera el principio de estabilidad en el empleo, y los derechos al debido proceso y a la igualdad, la posibilidad de retirar -mediante resolución motivada y siguiendo un procedimiento distinto al disciplinario- a un funcionario de carrera por razón del buen servicio, cuando incurra en un incumplimiento grave de una o algunas de las funciones asignadas a éste, de tal manera que se afecte directamente la prestación de los servicios que debe ofrecer la entidad? 2.

¿Vulnera la protección especial del trabajo y la estabilidad en el empleo, la posibilidad de retirar a un funcionario de carrera cuando obtiene la pensión de jubilación o vejez? 3.

¿Vulnera la protección especial del trabajo, la posibilidad de retirar de la carrera a un funcionario, cuando se posesione en un cargo de libre nombramiento y remoción, sin haber mediado la comisión respectiva? Para resolver los anteriores problemas, la Corte recordará, en primer lugar, el alcance de los principios de estabilidad en el empleo y de la carrera administrativa, consagrados en el artículo 125 Superior, con el fin de precisar los alcances de la potestad del legislador para regular estas materias y establecer mecanismos para la desvinculación de la carrera.

En segundo lugar, precisará y distinguirá los elementos característicos y las garantías del debido proceso de los tres sistemas de retiro de la carrera previstos en la Carta: (a) por calificación no satisfactoria del empleo; (b) por violación del régimen disciplinario, y (c) por otras razones que establezca la Constitución o la ley; a fin de establecer bajo cuál de esas modalidades se encuentra la medida regulada en el literal c) y el parágrafo 1 del artículo 41.

En tercer lugar, analizará el contenido y alcances del literal c) y del parágrafo 1 del artículo 41 cuestionado, y determinará si resulta conforme a la Carta, de conformidad con los criterios predefinidos.

En cuarto lugar, estudiará si el retiro de funcionarios de carrera cuando se obtiene la pensión de jubilación desconoce el principio de estabilidad. Y, finalmente, examinará si la posibilidad de perder los derechos de carrera y de ser retirado de la misma por la posesión del funcionario de carrera en un cargo de libre nombramiento y remoción, sin que medie la respectiva comisión, resulta conforme con la protección constitucional de la estabilidad laboral.

3. El principio constitucional de la estabilidad laboral, la carrera administrativa como regla general fundada en el mérito y la potestad de configuración del legislador para establecer excepciones razonables a esta regla.

De conformidad con el principio de estabilidad plasmado en los artículos 53 y 125 constitucionales, todos los trabajadores, ya sea que estén vinculados al sector privado o que se trate de servidores del Estado pertenecientes al sistema de carrera, tienen una expectativa cierta y fundada de conservar el empleo en cuanto cumplan con sus obligaciones laborales.

[8] Este principio, entendido como “ la certidumbre que debe asistir al empleado en el sentido de que, mientras de su parte haya observancia de las condiciones fijadas por la ley en relación con su desempeño, no será removido del empleo, ” [9] constituye un factor esencial de protección para el trabajador y, en cuanto se refiere a los servidores públicos, se instituye también en una forma de garantizar la eficacia en el cumplimiento de las funciones confiadas al Estado.

[10] La Corte sobre este mismo punto ha afirmado que “…el principio general en materia laboral para los trabajadores públicos es la estabilidad, entendida como la certidumbre que debe asistir al empleado en el sentido de que, mientras de su parte haya observancia de las condiciones fijadas por la ley en relación con su desempeño, no será removido del empleo. (…) Esa estabilidad resulta ser esencial en lo que toca con los empleos de carrera, ya que los trabajadores inscritos en ella tan solo pueden ser separados de sus cargos por causas objetivas, derivadas de la evaluación acerca del rendimiento o de la disciplina del empleado.” [11] El principio de estabilidad, que es uno de los principios orientadores de la carrera administrativa (Art. 125, CP), [12] tiene, entre otras, la finalidad excluir la discrecionalidad del nominador para desvincular a los funcionarios de carrera. Así lo señaló esta Corporación en la sentencia C-023 de 1994:

El principio de la estabilidad (…) se encuentra recogido en la filosofía que inspira la carrera administrativa, que no sólo consagra los postulados de eficiencia y eficacia, sino que es una realización de la igualdad y estabilidad. Por lo anterior, cualquier acto que introduzca la desigualdad entre los empleados de carrera, o cualquier facultad de discrecionalidad plena al nominador, se tienen como un atentado contra el contenido esencial de la estabilidad laboral recogido por la filosofía que inspira la carrera administrativa. Y es que uno de los mecanismos para lograr la eficacia y eficiencia es la carrera administrativa, busca que hace que estos factores, junto con el respeto al régimen disciplinario, sean los determinantes de la estabilidad laboral, y no la discrecionalidad plena del nominador. Es por ello que la carrera administrativa busca depurar a la Administración de factores ajenos al rendimiento laboral, para su vinculación o exclusión. Establece un proceso tendiente al logro de resultados, de forma gradual, donde la capacidad real demostrada es el mecanismo de promoción y la ineficacia comprobada el motivo de retiro, evitando así arbitrariedades por parte del nominador.

[13] Dice el artículo 125 Superior: Artículo 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 trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público. El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se hará previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.

En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción”. Esta norma erige al sistema de carrera administrativa en un verdadero principio constitucional [14] que orienta el desarrollo de instrumentos “ para asegurar -sobre la base del mérito laboral, académico y profesional, la igualdad de oportunidades y el desempeño eficiente y honesto de las funciones públicas- el ingreso, la permanencia, la promoción y el retiro en los diferentes empleos del Estado .” [15] No obstante lo anterior, este principio de estabilidad laboral “ no se opone a la posibilidad de consagrar causales de separación de la carrera en aquellos casos previstos en la ley, que constituyan razón suficiente que justifique la adopción de la medida.

” [16] A fin de que la carrera administrativa cumpla con su razón de ser primigenia —conseguir que personas de altas calidades, suficiente mérito y espíritu de consagración al servicio público conformen el cuerpo de personal del Estado—,

el principio de estabilidad no implica la inamovilidad absoluta del empleado, [17] pues existen circunstancias constitucionalmente aceptadas que permiten su desvinculación válida de la carrera.

Es por ello que el artículo 125 Superior admite que el retiro se haga “ por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.

” El artículo 125 de la Constitución también consagra que el nombramiento de funcionarios en cargos de carrera debe hacerse, salvo excepciones constitucionales o legales, mediante concurso público. Esta disposición constitucional establece, como regla general, el mérito como criterio tanto para el ingreso y el ascenso, como para la permanencia en la carrera. Este sistema busca garantizar además un adecuado funcionamiento de los servicios públicos y asegurar que su prestación esté orientada a la satisfacción del interés general.

[18] En la sentencia C-292 de 2001, la Corte dijo lo siguiente sobre el concurso de méritos y sus implicaciones para el ingreso, ascenso y retiro de la carrera:

El marco en el cual la Corte debe establecer la fundamentación del cargo formulado está determinado por el artículo 125 de la Constitución. De éste se desprende que la carrera administrativa se desarrolla en tres momentos diferentes: el ingreso, el ascenso y el retiro. El ingreso y el ascenso ocurren "previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes"

y "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".

(…) (…), es importante recordar que la carrera administrativa, tema que ha sido ampliamente tratado por la Corte [19] , comprende tres aspectos fundamentales interrelacionados: En primer lugar la eficiencia y eficacia en el servicio público, principio por el cual la administración debe seleccionar a sus trabajadores exclusivamente por el mérito y su capacidad profesional. En segundo lugar, la protección de la igualdad de oportunidades, pues todos los ciudadanos tienen igual derecho a acceder al desempeño de cargos y funciones públicas (Artículo 40 de la Carta). Y, finalmente, la protección de los derechos subjetivos derivados de los artículos constitucionales 53 y 125 tales como el principio de estabilidad en el empleo, el sistema para el retiro de la carrera y los beneficios propios de la condición de escalafonado, pues esta corporación ha señalado que las personas vinculadas a la carrera son titulares de unos derechos subjetivos adquiridos, que deben ser protegidos y respetados por el Estado [20] .

Entonces, cuando el legislador reglamenta el ingreso, ascenso y retiro de la carrera su ámbito de apreciación está limitado por la configuración constitucional de la carrera, por sus fines y principios que la rigen y por los derechos que protege. De ello se sigue que si la Carta establece diferencias entre los conceptos de ingreso, ascenso y retiro de la carrera administrativa, con esa distinción configura un límite para el poder de regulación del legislador pues éste no puede desconocer las situaciones jurídicas de los empleados estatales de tal manera que pueda atribuir a unas de ellas los efectos que corresponden a otras y, por esa vía, vulnerar sus derechos adquiridos.

De esta manera se advierte que si bien el Texto Fundamental habilita al legislador para determinar causales de retiro de la carrera administrativa, el ejercicio de esa facultad se encuentra limitado y si ello es así, la Corte debe pronunciarse sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una norma que al regular uno de los momentos de la carrera, el ascenso, le asigna los efectos de otro, evaluación y calificación del desempeño.

[21] 4. Las causas de retiro de la carrera administrativa prevista en el artículo 125 la Carta, sus características y la forma como se garantiza el debido proceso en cada uno de ellos.

De conformidad con el inciso tercero del artículo 125 de la Carta, el retiro de la carrera administrativa se puede producir por tres causas diferentes —dos de ellas referidas a la conducta del funcionario y la tercera a factores que pueden ser

ajenos a dicha conducta—: (i) por evaluación del desempeño, cuando hay calificación insatisfactoria; (ii) por desvinculación o retiro impuesto como sanción, cuando se viola el régimen disciplinario; y (iii) por otras razones previstas en la Constitución o la ley.

Esta Corporación ha reconocido que el Legislador cuenta con una potestad de configuración amplia para regular las formas de retiro de la carrera expresamente establecidas en el artículo 125 Superior, así como para establecer otras, sin que ello implique que pueda desconocer los principios generales de estabilidad y de carrera administrativa consagrados en la Carta, ni los principios sustantivos o los derechos fundamentales que tales principios tienden a optimizar.

[22] En esa medida, el Legislador puede establecer los criterios y principios que orientan los sistemas de evaluación del desempeño de los funcionarios de carrera, los tipos y momentos de evaluación, el procedimiento, las garantías procesales y las consecuencias de dicha evaluación.

[23] Igualmente, puede diseñar el régimen disciplinario de los funcionarios de carrera, [24] codificarlo en un único instrumento, [25] o regularlo en varios, tipificar nuevas faltas y establecer distintas sanciones, e instituir el procedimiento a través del cual se imponen las sanciones.

[26] También puede regular y estructurar causales de retiro adicionales a las señaladas en el artículo 125 constitucional, no necesariamente relacionadas con la evaluación del desempeño o con la violación del régimen disciplinario, como por ejemplo, la regulación del retiro de funcionarios por haber llegado a la edad de retiro forzoso, por la posesión de funcionarios de carrera en cargos de libre nombramiento y remoción sin que medie la comisión respectiva, o como consecuencia de la fusión, liquidación de entidades públicas o de la supresión de cargos.

[27] Si bien estas causales responden a distintas necesidades y funciones —tales como, garantizar que la Administración cuente con personal mejor calificado mediante procesos de selección y evaluación basados en el mérito; o para prevenir y sancionar la conducta de los funcionarios cuando, según las normas disciplinarias, atente contra la eficacia, la moralidad y la imparcialidad de la gestión pública; o para resolver los problemas de carrera que surgen por la fusión o desaparición de entidades o la supresión de cargos— todas tienen en común la finalidad de asegurar una función pública al servicio de la comunidad (Art. 2, CP), promotora del interés general (Art. 1, CP) y respetuosa de los derechos de los asociados (Art. 2, CP), que actúe de conformidad con los principios “de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.” (Art.209, CP). No obstante este elemento común, existen diferencias funcionales que obedecen a racionalidades disímiles, las cuales son especialmente relevantes al momento de desvincular a un funcionario de la carrera. Así, lo resaltó la Corte en la sentencia C-088 de 2002, [28] en relación con las diferencias entre el régimen disciplinario y el sistema de carrera:

(...) esta Corte ha señalado que el derecho disciplinario “ busca garantizar la buena marcha y buen nombre de la administración pública, así como asegurar a los gobernados que la función pública sea ejercida en beneficio de la comunidad y para la protección de los derechos y libertades de los asociados (CP arts 2º y 209) ” [29] .

Por su parte, la Corte ha precisado que la carrera administrativa cumple múltiples funciones y propósitos: de un lado, busca que se vinculen y permanezcan en el Estado las mejores personas, a través de procesos de selección y evaluación, bajo el criterio de méritos y calidades, con el fin aumentar la eficiencia y eficacia en el desarrollo de las funciones públicas.

Igualmente la carrera protege la igualdad de todos los ciudadanos para acceder a los cargos públicos y ampara los derechos subjetivos de los empleados a la estabilidad [30] .

8- A pesar de esos vínculos estrechos, la carrera administrativa y el derecho disciplinario tienen empero diferencias profundas, pues el régimen de carrera está fundado en el mérito y se centra en asegurar ante todo la eficacia y

continuidad de la actividad estatal, mientras que los procesos disciplinarios protegen preferentemente la moralidad de la administración, y por ello se centran en verificar el cumplimiento de los deberes propios del cargo por los respectivos funcionarios. Por ello, nadie duda que el derecho disciplinario es una modalidad del derecho sancionatorio, tal y como esta Corte lo ha destacado en múltiples oportunidades [31] , mientras que el régimen de carrera no tiene una vocación de sanción sino de selección de los mejores servidores, y evaluación y control de su desempeño .

9- La anterior diferencia tiene implicaciones sobre la lógica y racionalidad de los dos regímenes cuando apartan a una persona del servicio que están prestando. Así, si un funcionario es separado de su cargo, en forma temporal o permanente, por razones disciplinarias, es claro que la razón es alguna falta que ese servidor cometió.

En cambio, el régimen de carrera prevé el retiro del empleado en muchos eventos que no tienen ninguna connotación sancionatoria, sino que simplemente buscan mejorar la calidad y eficacia del servicio.

Eso es obvio en los casos más objetivos, como cuando el empleado es retirado de la carrera por la supresión del empleo y la imposibilidad de incorporarlo en uno equivalente en un término prudencial, puesto que el servidor público no ha tenido ninguna responsabilidad en la ocurrencia del hecho que determinó la pérdida de sus derechos de carrera.

Pero incluso en aquellas otras situaciones en donde la separación de la carrera puede tener vínculos más estrechos con la conducta del funcionario, como cuando éste es retirado del servicio por bajo rendimiento, en realidad no se trata de una sanción, a pesar de la apariencia sancionatoria de la medida. La finalidad es simplemente mantener en el régimen de carrera a los más idóneos, pero ello no significa que quienes son apartados del régimen han cometido conductas impropias . Por ello, en esos casos, el hecho de que un empleado haya sido excluido de la carrera por resultados deficientes no hace parte de sus antecedentes disciplinarios, por la sencilla razón de que esa persona no fue sancionada disciplinariamente.

(subrayado agregado al texto) El empleo del término “incumplimiento” conduce a un examen de la conducta de un funcionario en dos ámbitos posibles: (i) en el de la evaluación del desempeño y (ii) en el del régimen disciplinario. Dependiendo del sistema en el que se encuentre, ese incumplimiento puede tener un alcance totalmente distinto. Así, por ejemplo, en el ámbito disciplinario, el incumplimiento generalmente implica un juzgamiento de la conducta del funcionario frente a normas destinadas a proteger la eficiencia, la eficacia o la moralidad de la administración pública [32] y está asociado a conductas cometidas con dolo o culpa del funcionario. En ese evento, la sanción o consecuencia negativa prevista en la norma –el retiro de la carrera– , tiene como finalidad prevenir y corregir la conducta del funcionario y establecer su responsabilidad individual, mediante la imposición de una sanción disciplinaria, y es por eso que además de la desvinculación, se generan antecedentes disciplinarios, e inhabilidades para el ejercicio de otros cargos. Igualmente, en este ámbito es procedente examinar si a pesar de la conducta del funcionario, existen situaciones que excluyen su responsabilidad.

Si por el contrario, se emplea el término “incumplimiento” en el contexto de una evaluación del desempeño del funcionario para referirse a la imposibilidad de alcanzar las metas y objetivos concretos definidos para cada cargo y función, dado que no hay dolo o culpa, el retiro del funcionario no tiene como finalidad sancionarlo, sino asegurar que la gestión pública sea eficiente y esté a cargo de personal calificado para que se cumpla la finalidad de “servir a la comunidad” de manera armónica con los mandatos constitucionales (Art. 2, CP). En ese evento, su retiro no es una sanción, ni produce antecedentes disciplinarios, ni apareja consecuencias tales como inhabilidades para el ejercicio de otros cargos. La determinación del incumplimiento puede ocurrir dentro de un período de tiempo específico, por ejemplo, el período de prueba, o al realizar las evaluaciones periódicas previstas por la entidad;

pero también puede hacerse frente a un evento puntual que permita determinar que se ha afectado el servicio público en perjuicio de la comunidad a la cual todos los funcionarios del Estado deben servir.

Cualquiera que sea el ámbito al que se refiera una causal de retiro, y con el fin de garantizar los principios generales de estabilidad y de carrera administrativa consagrados en la Carta, así como el respeto de los derechos fundamentales , es preciso que el legislador establezca un debido proceso que excluya la arbitrariedad y brinde al funcionario la oportunidad de controvertir las razones de su desvinculación.

Así, cuando se trata de un proceso de evaluación del desempeño, es necesario que exista una definición objetiva de las responsabilidades, metas y objetivos de cada cargo y función, que el funcionario conozca previamente las obligaciones a su cargo y las metas fijadas para el ejercicio de sus funciones, y la forma en que será examinado su desempeño, así como los mecanismos a través de los cuales podrá controvertir esa evaluación.

Dada la naturaleza misma del proceso de evaluación del desempeño, esos controles son posteriores a la evaluación, e incluyen la posibilidad de agotar los recursos de la vía gubernativa, así como las acciones ante la jurisdicción contencioso administrativa.

Al respecto, esta Corporación ha señalado que " el agotamiento de la vía gubernativa como requisito de procedimiento establecido por el legislador, permite que el afectado con una decisión que considera vulneratoria de sus derechos, acuda ante la misma entidad que la ha proferido para que ésta tenga la oportunidad de revisar sus propios actos, de suerte que pueda, en el evento en que sea procedente, revisar, modificar, aclarar e inclusive revocar el pronunciamiento inicial, dándole así la oportunidad de enmendar sus errores y proceder al restablecimiento de los derechos del afectado, y, en ese orden de ideas, se da la posibilidad a las autoridades administrativas de coordinar sus actuaciones para contribuir con el cumplimiento de los fines del Estado (Art.

20, CP.), dentro de los cuales se encuentran entre otros los de servir a la comunidad y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo (CP, Art. 2) " [33] .

Cuando se trata del ámbito disciplinario, también es preciso el respeto del debido proceso, con exigencias mayores por las implicaciones más gravosas de la decisión y su naturaleza sancionatoria.

Dado su carácter sancionatorio, se ha rodeado al proceso disciplinario de garantías previas a la imposición de la sanción, así como de controles posteriores, que aseguran al funcionario implicado la oportunidad de controvertir las acusaciones que se le hagan por incumplimiento de sus deberes. En esa medida, según lo ha establecido esta Corporación, hacen parte de las garantías del proceso disciplinario, entre otras: (i) el principio de legalidad de la falta, [34] del procedimiento [35] y de las sanciones;

[36] (ii) la posibilidad de presentar y controvertir pruebas; [37] (iii) el derecho de defensa; [38] (iv) el principio de favorabilidad en derecho disciplinario;

[39] (v) el principio de presunción de inocencia; [40] (vi) el principio de publicidad [41] y (vii) el principio de proporcionalidad. [42] Con el fin de determinar cuándo una disposición legal se encuentra en el ámbito disciplinario, la Corte ha acudido a diversos criterios tales como: (i) la finalidad de la norma;

[43] (ii) el contexto normativo en el que se encuentra ubicada la norma; [44] (iii) el texto y la estructura de la norma misma; [45] y (iv) el bien jurídico protegido.

[46] Con base en los anteriores criterios, pasa la Corte a examinar el contenido del literal c) y el parágrafo 1 del artículo 41 de la Ley 909 de 2004, a fin de determinar su naturaleza.

5. Análisis de constitucionalidad de la causal de retiro consagrada en el literal c) y el parágrafo 1 del artículo 41 de la Ley 909 de 2004 5.1.

Descripción de su contenido y alcances dentro del régimen de carrera. Aplicación de los criterios jurisprudenciales para definir si las normas acusadas son de carácter disciplinario.

Según lo que establecen los artículos 1, y 2 de la Ley 909 de 2004, esta Ley está orientada a lograr una función pública que garantice la satisfacción del interés general y la prestación efectiva del servicio.

Según el artículo 1 de la Ley 909 de 2004, la finalidad de esta ley es " la regulación del sistema de empleo público y el establecimiento de los principios básicos que deben regular el ejercicio de la gerencia pública", así como asegurar "la atención y satisfacción de los intereses generales de la comunidad" [47] Igualmente el Artículo 2, establece que la Ley 909 de 2004 se orienta " al logro de la satisfacción de los intereses generales y de la efectiva prestación del servicio ," sobre la base de cuatro criterios: (i) la profesionalización de los recursos humanos, (ii) la flexibilización de la organización y gestión de la función pública, (iii) el aseguramiento de la responsabilidad de los funcionarios y (iv) la capacitación de los funcionarios para aumentar la eficacia de la Administración.

[48] En esa medida, sus disposiciones no tienen, en principio, la finalidad de asegurar la obediencia o disciplina de los funcionarios públicos, ni imponer sanciones ante faltas cometidas por éstos.

De conformidad con la exposición de motivos, el proyecto de ley que dio origen a la Ley 909 de 2002, tenía como finalidad " crear las condiciones institucionales para que se pueda construir un servicio civil de naturaleza profesional y que sea, además, uno de los referentes del programa de renovación del sector público .

A partir de este proyecto de ley, por tanto, se quiere dar un paso firme en esa dirección, más aún, tal como se verá, cuando el principio de mérito no se detiene exclusivamente en los contornos del empleo público de carrera, sino que extiende su radio de acción tanto a los trabajadores oficiales como a los puestos de gerencia pública ." [49] En desarrollo de ese propósito, la Ley 909 de 2004 definió su objeto, el ámbito y los principios que orientan su aplicación;

estableció una clasificación de los empleos públicos; determinó la composición, organización y estructura de la Comisión Nacional del Servicio Civil, y señaló sus funciones en relación con la administración y vigilancia de la carrera administrativa. Igualmente, la ley precisó las funciones de los órganos de dirección y gestión del empleo publico y la gerencia publica; determinó los instrumentos de ordenación del empleo público y definió su estructura; además, precisó los mecanismos de ingreso y ascenso al empleo público y a los empleos de carrera.

También reguló los procesos de selección, de capacitación y de evaluación del desempeño; determinó los principios que orientan la permanencia en el servicio y la evaluación del desempeño ; señaló las condiciones para el retiro de los empleados públicos , y estableció el Registro Público de Carrera Administrativa. Por otra parte, determinó los principios de la gerencia publica en la Administración;

estableció un sistema de transición, y otorgó facultades extraordinarias para regular, entre otras cosas, los procedimientos ante la Comisión Nacional del Servicio Civil, y el sistema general de nomenclatura y clasificación de los empleos de carrera aplicable a las entidades territoriales.

A partir de lo anterior, se concluye que dos de los cuatro criterios mencionados para definir si una norma se inscribe en el ámbito disciplinario apuntan en el sentido de que los preceptos acusados en este proceso no son propios de dicho ámbito. En efecto, la finalidad de la Ley 909 de 2004 no es de tipo disciplinario. Además, el contexto de la norma acusada corresponde al régimen de carrera administrativa, no al disciplinario.

No obstante, al analizar la estructura y el texto de la norma acusada, o sea, al aplicar el tercer criterio mencionado, la conclusión es diferente.

El artículo 41 de la Ley 909 de 2004, señala distintas causales de retiro de los servidores públicos, ya sea que se trate de servidores de carrera o funcionarios de libre nombramiento y remoción, distinguiendo entre uno u otro tipo de servidores

públicos. Dentro tales causales se incluye la posibilidad de retiro “ por razones de buen servicio ”, de conformidad con lo que establecen el literal c) y el parágrafo 1 del artículo 41 cuestionado. Según lo que establece el artículo 41, existen razones de buen servicio que justifican el retiro del funcionario de carrera cuando concurren las siguientes condiciones:

1) Que se trate de una conducta atribuible a un funcionario de carrera; 2) Que la función o funciones en cuestión hayan sido previamente asignadas al funcionario;

3) Que se trate del incumplimiento grave de una o varias de las funciones asignadas al servidor; 4) Que como consecuencia de ese incumplimiento grave, se afecte directamente la prestación de los servicios que debe ofrecer la entidad;

5) Que el retiro del funcionario se haga mediante resolución motivada, que incluya la descripción del incumplimiento de la función y el nexo causal con la afectación del servicio.

Contra tal acto administrativo proceden los recursos previstos en el Código Contencioso Administrativo; Como se observa, esta causal define los elementos que dan lugar al retiro de un funcionario por razón del buen servicio. De ellos, subraya la Corte que todos gravitan en torno al incumplimiento grave de funciones por parte de un funcionario de carrera, no a la evaluación del desempeño.

El eje de la causal de retiro es el incumplimiento grave de una o varias de las funciones asignadas al servidor. Si bien la Ley 909 de 2004 no establece criterios para determinar dicha gravedad, la referencia a un incumplimiento de funciones indica un examen de la conducta del funcionario a la luz de sus deberes funcionales.

Además, como el legislador incluyó en el literal b) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004, el retiro por declaración de insubsistencia como consecuencia del resultado no satisfactorio en la evaluación de desempeño el literal c) regula una situación distinta a la de la evaluación del desempeño, tanto en su modalidad periódica como en su modalidad inmediata.

[50] Al mismo tiempo, en el mismo artículo se prevé otra causal de retiro consistente en haber sido el funcionario sancionado disciplinariamente con destitución (literal h), como consecuencia de un proceso disciplinario.

No obstante, la consagración de esta causal en el literal h) es insuficiente para concluir que la causal acusada carece de proyección hacia el ámbito disciplinario. Del texto del parágrafo que enuncia los elementos del mal servicio, parece inevitable que éste tenga implicaciones disciplinarias. Primero, porque el incumplimiento de funciones coincide con una de las conductas objeto de investigación disciplinaria. El Código Disciplinario Único –Ley 734 de 2000 – dispone lo siguiente:

Artículo 23. La falta disciplinaria . Constituye falta disciplinaria, y por lo tanto da lugar a la acción e imposición de la sanción correspondiente, la incursión en cualquiera de las conductas o comportamientos previstos en este código que conlleve incumplimiento de deberes , extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones , prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, sin estar amparado por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad contempladas en el artículo 28 del presente ordenamiento. (Subrayado agregado al texto) Así mismo, incluye dentro de los deberes y prohibiciones relacionados con la responsabilidad funcional de los servidores públicos, lo siguiente:

Artículo 34. Deberes . Son deberes de todo servidor público: (…) 2. Cumplir con diligencia, eficiencia e imparcialidad el servicio que le sea encomendado y abstenerse de cualquier acto u omisión que cause la suspensión o perturbación injustificada de un servicio esencial, o que implique abuso indebido del cargo o función.

(…) 15. Ejercer sus funciones consultando permanentemente los intereses del bien común, y teniendo siempre presente que los servicios que presta constituyen el reconocimiento y efectividad de un derecho y buscan la satisfacción de las necesidades generales de todos los ciudadanos.

(…) Artículo 35. Prohibiciones. A todo servidor público le está prohibido: (…) 7. Omitir, negar, retardar o entrabar el despacho de los asuntos a su cargo o la prestación del servicio a que está obligado.

Segundo, al calificar dicho incumplimiento funcional como grave, la implicación disciplinaria se torna más clara. Si el primer deber de un funcionario es cumplir sus funciones, no hacerlo en razón a una conducta que equivale a una transgresión grave de sus deberes funcionales tiene una proyección necesaria hacia el ámbito disciplinario. El Código Disciplinario Único señala que:

Artículo 50. Faltas graves y leves . Constituye falta disciplinaria grave o leve, el incumplimiento de los deberes, el abuso de los derechos, la extralimitación de las funciones, o la violación al régimen de prohibiciones, impedimentos, inhabilidades, incompatibilidades o conflicto de intereses consagrados en la Constitución o en la ley.

La gravedad o levedad de la falta se establecerá de conformidad con los criterios señalados en el artículo 43 [51] de este código. [52] Los comportamientos previstos en normas constitucionales o legales como causales de mala conducta constituyen falta disciplinaria grave o leve si fueren cometidos a título diferente de dolo o culpa gravísima.

[53] Tercero, la norma exige que el acto administrativo mediante el cual se adopta la decisión de retirar al funcionario de carrera por razón del buen servicio, sea una resolución motivada en la que se describan los hechos del incumplimiento y su nexo causal con la prestación del servicio. Por lo tanto, la resolución debe referirse a cada uno de los elementos de la causal —la descripción de la función o funciones, su asignación al funcionario, los hechos del incumplimiento, su gravedad, el nexo causal con la prestación del servicio y las consecuencias del mismo— e indicar los medios de prueba que sustentan tal decisión. Esto conduce necesariamente a que el nominador deba efectuar en la resolución un juicio sobre la conducta del funcionario y referir dicho juicio al incumplimiento de sus deberes funcionales, todo lo cual tendrá necesariamente incidencias en el ámbito disciplinario puesto que el nominado que arribe a la conclusión de que el funcionario de carrera está afectando el servicio por incumplir gravemente sus deberes funcionales tendrá que iniciar un proceso disciplinario para ser consecuente con las motivaciones plasmadas en la resolución mediante la cual determinó y justificó el retiro de la carrera del funcionario.

Entonces, del texto y de la estructura de las normas acusadas –el literal c) y el parágrafo que lo desarrolla- se concluye que éstas tienen una proyección necesaria hacia el ámbito disciplinario.

Al aplicar el cuarto criterio -el bien jurídico tutelado- también se arriba a la misma conclusión puesto que si bien la Ley 909 de 2004, tiene como finalidad garantizar la prestación eficiente de los servicios y asegurar el cumplimiento del interés general, tales finalidades coinciden con los fines de control en el ámbito disciplinario que ejerce el Estado sobre sus funcionarios para asegurar que el cumplimiento de los deberes y responsabilidades “ se efectúe dentro de una ética del servicio público y con sujeción a los principios de moralidad, eficacia y eficiencia que caracterizan la actuación administrativa y el cabal desarrollo de la función pública .” [54] En suma, al aplicar los cuatro criterios jurisprudenciales para clasificar las normas acusadas se aprecia que los criterios sustantivos tienen un mayor peso que los formales puesto que de ellos se deduce claramente que las normas tienen una proyección necesaria hacia el ámbito disciplinario.

A partir de esta premisa, se analizarán los cargos elevados en la demanda. 5.2. Inconstitucionalidad de la causal de retiro de la carrera administrativa prevista en el literal c) y en el parágrafo del artículo 41 de la Ley 909 de 2004 Según los demandantes, el literal c) y el parágrafo 1 del Artículo 41 de la Ley 909 de 2004, establecen una causal disciplinaria subjetiva para el retiro de funcionarios de carrera que viola el principio de estabilidad laboral, el debido proceso y la igualdad. Afirman que los preceptos (i) violan el principio de igualdad al establecer una causal que sólo se aplica a funcionarios de carrera; (ii) crean una nueva causal por fuera del régimen disciplinario, que deja al arbitrio del superior jerárquico la definición de la “razón del buen servicio” y del “incumplimiento grave;” y (iii) permite una nueva causal

disciplinaria a la que se aplica un procedimiento que no respeta el principio de presunción de inocencia ni garantiza el derecho de defensa.

En primer lugar, frente a la supuesta violación del principio de igualdad porque la causal cuestionada sólo es aplicable a los funcionarios de carrera, recuerda la Corte que la vulneración de dicho principio no es predicable cuando se equiparan regímenes jurídicos diferentes, en este caso, el régimen de carrera y el régimen de los empleados de libre nombramiento y remoción. Frente a esta situación la Corte ha precisado que la comparación entre diferentes regímenes respecto de prestaciones concretas, con el fin de establecer violaciones al principio de igualdad, no resulta conducente por partirse de supuestos de hecho que no son idénticos.

“Recuérdese al respecto que el primer elemento del juicio de igualdad al que acude de tiempo atrás esta Corporación para examinar las posibles vulneraciones del artículo 13 superior [55] consiste en determinar cuáles son las situaciones o supuestos que deben ser objeto de comparación, desde el punto de vista objetivo o material, atendiendo todos los aspectos que sean relevantes en las respectivas relaciones o circunstancias, con el fin de determinar qué es lo igual que merece un trato igual. De no ser posible constatar la existencia de situaciones de hecho que resulten iguales, no es pertinente continuar la secuencia lógica de dicho juicio(…) que llevaría luego a determinar si el tratamiento que se dispensa en una situación concreta obedece o no a criterios que sean objetivos, razonables, proporcionados y que estén acordes con una finalidad constitucional legítima .” [56] Por lo anterior, el cargo planteado por los demandantes no prospera.

En cuanto al segundo cargo, teniendo en cuenta lo señalado en las secciones 4 y 5 de esta sentencia, no le asiste la razón a los accionantes sobre la necesidad de que todas las causales de retiro de funcionarios de carrera, estén consignadas en el Código Único Disciplinario. No es cierto, como lo afirman los demandantes, que la regulación integral de una de estas formas de retiro a través de un código, por ejemplo el disciplinario, impida al Legislador establecer nuevas causales de retiro en leyes posteriores, ya sea de otra naturaleza -es decir, del régimen de carrera, como en este caso- [57] o ya sea de carácter disciplinario.

[58] Sin embargo, les asiste la razón a los demandantes al considerar que la causal cuestionada tiene claras connotaciones disciplinarias. Como se demostró en la sección anterior de esta sentencia, al leer conjuntamente el literal c) y el parágrafo que define “mal servicio”, se concluye que la causal de retiro por razones del buen servicio equivale a (i) una sanción que (ii) tiene una proyección necesaria hacia el ámbito disciplinario.

Se trata de una sanción, no de una medida administrativa, porque implica una consecuencia jurídica negativa que afecta de manera severa el derecho básico del funcionario de carrera consistente en permanecer en ella. En efecto, este será retirado de la carrera. La consecuencia en ese aspecto es semejante a la que se seguirá de la sanción disciplinaria de destitución, así el retiro por razones de buen servicio no genere antecedentes disciplinarios per se .

Además, la proyección de esta causal hacia el ámbito disciplinario no es eventual sino necesaria. Como se dijo anteriormente, el incumplimiento grave de funciones según la descripción que hace la norma bajo estudio, equivale a una de las conductas que dan lugar a investigación disciplinaria por trasgresión de los deberes funcionales. La ocurrencia del incumplimiento a que hacen referencia el literal c y el parágrafo del artículo 41 cuestionados, además, conduce necesariamente a que el nominador deba efectuar un juicio sobre la conducta del funcionario y referir dicho juicio al incumplimiento de sus deberes funcionales, no sólo en el ámbito previsto en la Ley 909 de 2004, sino también en el ámbito disciplinario. Finalmente, si bien las finalidades que orientan la aplicación de la Ley 909 de 2004 son garantizar una prestación eficiente de los servicios y asegurar el logro del interés general, tales finalidades también orientan las acciones que se emprendan en el ámbito disciplinario.

Dadas estas proyecciones necesarias hacia el ámbito disciplinario, el debido proceso aplicable es el propio del derecho disciplinario, con la plenitud de garantías en él previstas. No es esto lo que prevén las normas acusadas puesto que éstas permiten que la sanción de retiro sea impuesta sin el lleno de las garantías para el funcionario de carrera.

Por lo anterior, la Corte declarará que el literal c) y el parágrafo 1 del artículo 41 de la Ley 909 de 2004, son inexequibles. 6. El retiro de funcionarios de carrera por la obtención de la pensión de jubilación.

Consideran los demandantes que la causal contenida en el literal d) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004 vulnera el principio de estabilidad al permitir el retiro de la carrera de funcionarios, por el solo hecho de haber obtenido una pensión. Por su parte, los intervinientes señalan que la Corte debe declarar la constitucionalidad condicionada del literal d), en el entendido que dicha causal opera sólo desde el momento en que el funcionario haya sido incluido en la nómina de jubilados de la entidad, acogiendo la solución dada por esta Corporación en la sentencia C-1037 de 2003.

Dada la amplia potestad que le reconoce el artículo 125 de la Carta al legislador para determinar otras causales de retiro de la carrera, distintas al régimen disciplinario o al sistema de evaluación del desempeño, puede éste establecer razones ajenas a la conducta de los funcionarios que de presentarse pueden afectar la eficaz y eficiente prestación de los servicios públicos y el cumplimiento de los fines función pública, siempre y cuando respete los límites, principios y valores constitucionales que pretende promover a través del sistema de carrera. Tal es el caso de la causal de retiro por la obtención de la pensión de jubilación.

Cuando un servidor público ha laborado durante el tiempo necesario para acceder a la pensión de vejez, resulta razonable que se prevea la terminación de su relación laboral cuando la disminución de su producción laboral puede afectar la eficiente y eficaz prestación del servicio a cargo de la entidad. Esta posibilidad a la vez que permite el acceso a dicho cargo a otras personas en condiciones de igualdad, garantiza el derecho del ex funcionario a disfrutar de la pensión. Sin embargo, a fin de garantizar la efectividad de los derechos del pensionado y asegurar que pueda gozar del descanso, en condiciones dignas, es preciso, que dicha causal opere a partir del momento en que se hace efectivo ese derecho, esto es, a partir de la inclusión del funcionario en la nómina de pensionados de la entidad.

Así lo sostuvo esta Corporación en la sentencia C-1037 de 2003: 11.- La Corte considera que el mandato constitucional previsto en el artículo 2° de la Constitución, según el cual el Estado debe garantizar la “ efectividad de los derechos ”, en este caso del empleado, público o privado, retirado del servicio asegurándole la “ remuneración vital ” que garantice su subsistencia, su dignidad humana y los derechos de los trabajadores impone el deber de dictar una sentencia aditiva, esto es que agregue un supuesto de hecho o requisito a los señalados por el legislador con el fin de hacer compatible la norma con la Constitución Política. En este caso es necesario adicionar a la notificación de la pensión la notificación de su inclusión en la nominas de pensionados correspondiente.

La desmejora en los ingresos del trabajador al cambiar su status de trabajador activo al de pensionado, dado que en el mejor de los casos recibirá lo equivalente al 75% de su salario, no puede traducirse tampoco en que no reciba la mesada pensional durante ese intervalo de tiempo, puesto que dicha situación cercenaría, también, la primacía que la Carta reconoce a los derechos inalienables de la persona, en este evento del trabajador.

Esta circunstancia permite a la Corte concluir que no puede existir solución de continuidad entre la terminación de la relación laboral y la iniciación del pago efectivo de la mesada pensional, precisamente para asegurar al trabajador y a su familia los ingresos mínimos vitales, así como la efectividad y primacía de sus derechos (C.P., arts. 2° y 5°). Por tanto, la única posibilidad de que el precepto acusado devenga constitucional es mediante una sentencia aditiva para que el trabajador particular o servidor público sea retirado sólo cuando se le garantice el pago de su mesada pensional, con la inclusión en la correspondiente nómina, una vez se haya reconocido su pensión.

La Corte constata que con este condicionamiento no se incurre en la prohibición constitucional conforme a la cual no se pueden recibir dos asignaciones que provengan del tesoro público (C.P., art.128), en relación con los pensionados del sector público, pues una vez se incluye en la nómina correspondiente el pago de la mesada pensional respectiva debe cesar la vinculación laboral.

[59] En consecuencia, la Corte declarará la exequibilidad del literal d) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004, siempre y cuando además de la notificación del reconocimiento de la pensión, no se pueda dar por terminada la relación laboral sin que se le notifique debidamente al funcionario pensionado su inclusión en la nómina de pensionados correspondiente.

7. La pérdida de los derechos de carrera y de ser retirado de la misma por la posesión del funcionario de carrera en un cargo de libre nombramiento y remoción, no contraría la protección constitucional de la estabilidad laboral.

Según los accionantes, el numeral 2 del artículo 42 de la Ley 909 de 2004 desconoce el principio de estabilidad (Arts.53 y 125, CP), al establecer la pérdida de los derechos de carrera cuando un funcionario de carrera se posesione en un cargo de libre nombramiento y remoción, sin que medie la comisión respectiva. Para los demandantes, esta norma traslada la responsabilidad de la expedición del acto administrativo de comisión al funcionario. Para el Procurador la norma es constitucional, pues lo único que hace es reconocer que el funcionario de carrera que desee posesionarse en un cargo de libre nombramiento y remoción y conservar sus derechos de carrera, debe realizar las acciones necesarias para constatar que efectivamente ha sido comisionado previamente.

Dada la amplia potestad del legislador para establecer otras causales de retiro de la carrera a condición de que dicha competencia no se ejerza de manera arbitraria, irracional y desproporcionada, porque su ejercicio se encuentra condicionado al respeto de los principios, valores, fines, derechos y deberes constitucionales que orientan la carrera administrativa. Desde la perspectiva señalada, las causales de retiro que establezca el legislador, adicionales a las previstas en la Constitución, sólo pueden fundarse en razones objetivas, racionales y proporcionales a las finalidades que se buscan satisfacer.

En el caso bajo estudio, el retiro de la carrera y la correspondiente pérdida de los derechos, se presenta cuando un funcionario de carrera se posesiona en un cargo de libre nombramiento y remoción sin que medie la comisión respectiva. Según la Ley 909 de 2004, la posibilidad que un funcionario de carrera se posesione en un cargo de libre nombramiento y remoción ocurre en las siguientes circunstancias:

a) Por encargo hasta por tres meses, cuando el empleo de libre nombramiento y remoción se encuentre vacante, según lo establece el artículo 24 de la Ley 909 de 2004.

[60] En este evento, dado que es la administración la que decide proveer el cargo de libre nombramiento y remoción, mediante la figura del encargo, deberá expedir el acto administrativo correspondiente.

b) Por comisión hasta por tres años, prorrogables hasta por otros tres, cuando el empleado de carrera haya obtenido una calificación de desempeño sobresaliente, de conformidad con lo que establece el inciso primero del artículo 26 de la Ley 909 de 2004.

[61] En este evento, el empleado de carrera tiene un derecho a que se le otorgue la comisión para posesionarse en el cargo de libre nombramiento y remoción para el cual ha sido nombrado, o elegido. Para ello, recibida la noticia de su nombramiento o elección, deberá hacer respectiva la solicitud a la entidad. Sin esa solicitud, la Administración no puede, de oficio, otorgar la comisión, dado que se requiere que el funcionario en cuestión manifieste su intención de aceptar el nombramiento o la elección. Si a pesar de la solicitud de la comisión, la Administración no responde y el funcionario se posesiona en el cargo de libre nombramiento y remoción, el afectado puede interponer las acciones administrativas y jurisdiccionales para el restablecimiento de sus derechos de carrera.

c) Por comisión hasta por tres años, prorrogables hasta por otros tres, cuando el empleado de carrera haya obtenido una calificación de desempeño satisfactoria, de conformidad con lo que establece el inciso final del artículo 26 de la Ley 909 de 2004.

[62] En este evento, queda a discreción de la entidad decidir si otorga o no la comisión. El funcionario de carrera no tiene un derecho a que se le otorgue la comisión, por lo tanto, si se posesiona en el cargo de libre nombramiento y remoción, asume las consecuencias de su decisión.

d) Por posesión en el cargo de libre nombramiento y remoción, aunque no medie la comisión respectiva, caso en el cual, se entiende que el funcionario en cuestión acepta las consecuencias de su decisión, de conformidad con lo previsto en el inciso 2 del artículo 42 de le Ley 909 de 2004.

No encuentra la Corte que las anteriores alternativas desconozcan el principio de estabilidad laboral o que con ellas se haya establecido una causal de retiro de la carrera que resulta arbitraria o irrazonable. Dado que las condiciones que ha fijado el legislador para el nombramiento y posesión de funcionarios en los distintos cargos –la clasificación del empleo como de carrera o de libre nombramiento y remoción, los requisitos y calidades exigidos para cada cargo y función, y el procedimiento para su provisión – son públicas y conocidas, la decisión de un funcionario de carrera de posesionarse en un cargo de libre nombramiento y remoción sin que medie la comisión exigida, supone su aceptación de la pérdida de los derechos de carrera.

En la sentencia C-372 de 1999 [63] , mencionada por algunos de los intervinientes como un precedente aplicable al caso, la Corte condicionó la constitucionalidad de una norma que algunos piensan es similar a la analizada en el presente proceso.

[64] Dijo entonces la Corte: El artículo 38, en la parte demandada, establece que, cuando se tome posesión de un cargo de carrera, de libre nombramiento y remoción o de período, sin haber cumplido las formalidades legales, se producirá el retiro de la carrera y la pérdida de los derechos de la misma.

Es la propia Constitución (art. 125) la que supedita el acceso a la carrera, en cualquiera de sus modalidades, al cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes. Y la filosofía misma del sistema hace necesaria la previsión de esos elementos, ya que, excluidos los factores meramente subjetivos y las indebidas preferencias o discriminaciones para la incorporación de personas al servicio público dentro del régimen de carrera, se precisa que, con anterioridad y sobre la base de consideraciones objetivas referentes a la preparación y calificación de los aspirantes, el Estado lleve a cabo procesos de selección , esto es, de escogencia , para cuyo logro es el mérito el criterio fundamental.

(…) Dedúcese de lo anterior que el acceso al servicio dentro del esquema de carrera no puede darse sin el trámite del concurso y sin las demás formalidades que la ley exija, ya que solamente bajo esos supuestos se ofrece a los aspirantes, en igualdad de condiciones, la certidumbre de que el factor objetivo preside el proceso de selección.

Consecuencia necesaria de esta concepción es la de que se revelan contrarias a la carrera las incorporaciones de quienes carecen de los requisitos o no cumplen las condiciones legales, y también, necesariamente, las que se llevan a cabo sin los trámites y formalidades que, como el concurso, son exigidos por la Constitución y la ley. Esta puede, entonces, señalar semejantes circunstancias como causal de retiro y de pérdida de los derechos de carrera.

La Corte, aunque, según lo dicho, halla que el precepto en cuestión se aviene a la Carta Política, estima necesario condicionar su constitucionalidad, bajo el entendido de que dicha vinculación irregular se haya producido como consecuencia de la mala fe probada del servidor público. Otra interpretación de dicho precepto podría violar los derechos adquiridos por los trabajadores (art. 53 C.P.) y el principio de la buena fe (art. 83 Ibídem), afectando a quien se vinculó

en la creencia de que la administración pública había cumplido los requerimientos y trámites legales, sin ser en realidad así, pero no por su propia iniciativa, colaboración o participación, sino por hechos imputables a los funcionarios responsables de la operación del sistema.

No obstante lo anterior, considera la Corte que el citado precedente no es aplicable al caso bajo estudio, dado que las normas regulan situaciones diferentes. En la Ley 443 de 1998, el artículo 38 establecía la pérdida de los derechos de carrera para el funcionario que se posesionara "sin haber cumplido con las formalidades legales ", lo que se entendió como un incumplimiento tanto de los requisitos y condiciones sustanciales para acceder al cargo de libre nombramiento y remoción, como de las formalidades requeridas para la posesión. Por ello, la sentencia C-372 de 1999 exigió que la pérdida de los derechos de carrera ocurriera una vez comprobada la mala fe del funcionario.

En el caso bajo estudio, la Ley 909 de 2004 prevé la pérdida de los derechos de carrera por posesión en un cargo de libre nombramiento y remoción cuando no media la comisión respectiva, pero siempre bajo el supuesto de que cumpla con los requisitos y condiciones para ejercer el cargo. En efecto, la Ley 909 de 2004 prevé la posibilidad de que un funcionario de carrera se posesione en un cargo de libre nombramiento y remoción en dos situaciones: (i) de manera provisional, o (ii) por períodos hasta de 3 años, cuando se ha obtenido calificación sobresaliente o satisfactoria, es decir cuando el buen desempeño del funcionario muestra que cuenta con las calidades requeridas para ejercer un cargo de confianza o que implica manejo, dirección , conducción u orientación institucionales.

[65] Por ello, no hay una actuación indebida ni es relevante analizar si hubo o no mala fe. Por lo anterior, no se condicionará la norma como lo fue, para un caso diferente y un precepto distinto, en la sentencia C-372 de 1999.

VIII. DECISION En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución, RESUELVE Primero.- Declarar IN EXEQUIBLEs el literal c) y el parágrafo 1 del artículo 41 de la Ley 909 de 2004.

Segundo.- Declarar Exequible el literal e) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004, en el entendido de que no se pueda dar por terminada la relación laboral sin que se le notifique debidamente su inclusión en la nómina de pensionados correspondiente.

Tercero.- Declarar Exequible el numeral 2 del artículo 42 de la Ley 909 de 2004, por los cargos aquí analizados. Notifíquese, comuníquese, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

JAIME ARAUJO RENTERÍA Presidente CON ACLARACION DE VOTO ALFREDO BELTRÁN SIERRA Magistrado MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA Magistrado JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO Magistrado RODRIGO ESCOBAR GIL Magistrado MARCO GERARDO MONROY CABRA Magistrado HUMBERTO SIERRA PORTO Magistrado ALVARO TAFUR GALVIS Magistrado CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ Magistrada MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ Secretaria General ACLARACION DE VOTO A LA SENTENCIA C – 501 DE 2005 DEL MAGISTRADO JAIME A RAUJO RENTERIA CARRERA ADMINISTRATIVA -Causal de retiro por razones del buen servicio (Aclaración de voto) DEBIDO PROCESO DISCIPLINARIO -Alcance (Aclaración de voto) Referencia: Expediente D- 5440, D-5449 y D-5462 Demanda de inconstitucionalidad contra los literales c) y e) y el parágrafo 1º del artículo 41, y el numeral 2 del artículo 42 de la Ley 909 de 2004.

Magistrado Ponente MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA Con el acostumbrado respeto por las decisiones de esta Corporación, me permito aclarar mi voto a la presente sentencia, con base en las siguientes consideraciones:

1. El propósito de la norma declarada por la presente sentencia como inexequible –literal c) y el parágrafo 1 del artículo 41 de la Ley 909 de 2004- se advierte claramente en los antecedentes de la misma, acorde con la finalidad de lograr una carrera administrativa de difícil ingreso pero de fácil salida. A mi juicio la estructura de la norma permite eludir lo que la

Constitución dispone en relación con el funcionario de carrera, en cuanto a que si incumple sus funciones y por ende sus deberes, para llegar a la destitución debe cumplirse primero un debido proceso disciplinario para ello.

Todo incumplimiento de las funciones configura una falta disciplinaria vinculada a la conducta oficial, y en cada caso concreto debe probarse que se ha incumplido de manera grave una de las funciones asignadas. La discusión a posteriori del acto administrativo que declara la desvinculación es contraria a la Constitución, por cuanto la desvinculación debe ser solo el último acto, después de agotado un procedimiento debido. El retiro del servicio por esa causal equivale a una sanción, así no haya anotación en la hoja de vida. En mi concepto, el artículo 125 de la Constitución solo prevé como causales de retiro del servicio del empleado de carrera, la calificación insatisfactoria del desempeño, el incumplimiento del régimen disciplinario y las otras causales que señale la ley, que se refieren a situaciones que no se relacionen con el cumplimiento de las funciones, como por ejemplo, el cumplimiento de los requisitos para la pensión o una situación de invalidez. Así, todo lo relacionado con el comportamiento del empleado, debe seguir un debido proceso, el cual no existe si se le desvincula sin darle la oportunidad de defenderse.

Por estas razones, tal y como está redactada la norma, viola el principio de legalidad, pues se basa en un concepto jurídico indeterminado, cuya indeterminación no se soluciona con el parágrafo, que a su vez carece de parámetros.

2. La línea de construcción de la sentencia se resume especialmente en las páginas 16 y 17 y tiene un primer fundamento en la consideración según la cual, siempre que se vaya a sancionar a un funcionario hay que hacer referencia a sus deberes, dentro de un proceso disciplinario y previa determinación de la conducta que se sanciona de manera clara y precisa.

Se parte del supuesto de que hay una secuencia lógica de causa a efecto, según la cual, lo que puede ser causa, puede también ser efecto de algo y eso que es efecto de algo puede ser a su vez causa del efecto de algo. Así, como quiera que la causa de la desvinculación es que no hay un buen servicio, lo cual justifica que se saque al funcionario, hipótesis en la que a su vez, hay una causa de esa causa, cual es la conducta oficial del funcionario, de forma que la causa del retiro no es el buen servicio, sino el comportamiento oficial del funcionario, esto tiene que ubicarse clara y debidamente en el campo disciplinario, toda vez que siempre que se cuestiona a un funcionario por su comportamiento, hay una cuestión de naturaleza disciplinaria.

Un segundo fundamento de la inconstitucionalidad de la norma acusada radica en el concepto de debido proceso con todas sus garantías. No voy a insistir en la interpretación del artículo 125 de la Constitución, respecto de lo cual me acojo a lo expuesto por la magistrado CLARA INÉS VARGAS, quien ubica la causal en el supuesto disciplinario y no en el meramente administrativo. En este sentido, la defensa del funcionario no puede consistir en una discusión posterior a la desvinculación.

4. Respecto de los conceptos jurídicos indeterminados, me permito insistir en lo expuesto en la sentencia, en cuanto la norma no contiene los elementos que permitan definir cuales son las “razones de buen servicio” que no puede ser simplemente lo que es o no es mal servicio. Reitero que el intento de definición del parágrafo no supera esa indeterminación y que el condicionamiento permitiría dejar viva una norma que permite la desvinculación del empleado sin seguir un procedimiento, lo cual viola los artículos 29 y 125 de la Constitucionalidad.

5. Finalmente quiero manifestar mi discrepancia con la afirmación de que la norma es inconstitucional por ser desproporcionada, pues es tanto como decir que si fuera proporcionada, se podría retirar a los funcionarios sin seguir un debido proceso disciplinario, pues correspondería a un fin legítimo. Insisto de nuevo en que siempre que existe un cuestionamiento respecto de la conducta de un funcionario de carrera, la única manera de desvincularlo del servicio es la de seguir un debido proceso.

Fecha ut supra, JAIME ARAÚJO RENTERÍA Magistrado [1] La Ley 909 de 2004 fue publicada en el Diario Oficial No. 45.680, de 23 de septiembre de 2004.

[2] Ley 165 de 1938, Ley 19 de 1958, Decreto 1732 de 1960, Decreto 2400 de 1968, Ley 27 de 1992, Ley 443 de 1998, y Ley 909 de 2004. [3] Corte Constitucional, sentencia C-434 de 1992, MP: Fabio Morón Díaz; C-023 de 1994, MP: Vladimiro Naranjo Mesa; C-195 de 1994, MP: Vladimiro Naranjo Mesa, C-527 de 1994, MP: Alejandro Martínez Caballero, C-048 de 1997, MP: Hernando Herrera Vergara, C-003 de 1998, MP: Vladimiro Naranjo Mesa.

[4] La apoderada cita como sustento de su afirmación, entre otras, las sentencias C-095 de 2001, C-489 de 1997, T-359 de 1997 y T-391 de 1997.

[5] En la sentencia C-1037 de 2003, MP: Jaime Araujo Rentería, la Corte resolvió “Declarar EXEQUIBLE el parágrafo 3° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003, siempre y cuando además de la notificación del reconocimiento de la pensión no se pueda dar por terminada la relación laboral sin que se le notifique debidamente su inclusión en la nómina de pensionados correspondiente.” [6] Corte Constitucional, sentencia C-372 de 1999, MP: José Gregorio Hernández Galindo. El texto del aparte del artículo demandado es el siguiente:

“ Ley 443 de 1998, Artículo 38.- Pérdida de los derechos de carrera . El retiro del servicio por cualquiera de las causales previstas en el artículo anterior conlleva el retiro de la carrera administrativa y la pérdida de los derechos inherentes a ella, salvo cuando opere la incorporación en los términos del artículo siguiente de la presente ley.

De igual manera, se producirá el retiro de la carrera y la pérdida de los derechos de la misma, cuando el empleado tome posesión de un cargo de carrera, de libre nombramiento y remoción o de período, sin haber cumplido con las formalidades legales . La Corte resolvió: “Segundo.- En relación con los artículos acusados y con las disposiciones que se integran como unidad normativa, pertenecientes a la Ley 443 de 1998, SE DECLARA: (…) Es EXEQUIBLE, en el artículo 38, la parte que dice: "De igual manera, se producirá el retiro de la carrera y la pérdida de los derechos de la misma, cuando el empleado tome posesión de un cargo de carrera, de libre nombramiento y remoción o de período, sin haber cumplido con las formalidades legales". La exequibilidad se declara bajo condición de que el retiro de la carrera y la pérdida de los derechos de la misma en el evento que contempla la norma solamente tendrá lugar sobre la base de la probada mala fe del empleado.” [7] La norma en cuestión es el Artículo 38, de la Ley 443 de 1998, que dice: “Artículo 38.- Pérdida de los derechos de carrera. El retiro del servicio por cualquiera de las causales previstas en el artículo anterior conlleva el retiro de la carrera administrativa y la pérdida de los derechos inherentes a ella, salvo cuando opere la incorporación en los términos del artículo siguiente de la presente ley. De igual manera, se producirá el retiro de la carrera y la pérdida de los derechos de la misma, cuando el empleado tome posesión de un cargo de carrera, de libre nombramiento y remoción o de período, sin haber cumplido con las formalidades legales.” [8] Corte Constitucional, C-479-1992, MP: José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero, SV Conjunto: Fabio Morón, Jaime Sanin Greiffenstein y Simón Rodríguez Rodríguez. La Corte declara inexequible una norma dictada en desarrollo de facultades extraordinarias que establecía un sistema especial de retiro para empleados de carrera con declaratoria de insubsistencia e indemnización o retiro voluntario con compensación, por violar el principio de estabilidad consagrado en el artículo 125 Superior.

[9] Corte Constitucional, C-479-1992, MP: José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero, SV Conjunto: Fabio Morón, Jaime Sanin Greiffenstein y Simón Rodríguez Rodríguez.

[10] Ver las sentencias C-048 de 1997, MP: Hernando Herrera Vergara; C-838 de 2002, MP: Alfredo Beltrán Sierra. [11] Corte Constitucional, Sentencia C-479 de 1992, MMPP José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero.

[12] La Corte Constitucional ha precisado el contenido y alcance del artículo 125 Superior en diferentes oportunidades. Se pueden consultar, entre muchas, las sentencias: C-199 de 1999 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-302 de 1999 MP. Carlos Gaviria Díaz; C-368 de 1999. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-370 de 1999 MP. Carlos Gaviria Díaz; C-456 de 1999 MP. Martha Victoria Sáchica;

C-506 de 1999 MP. Fabio Morón Díaz; C-642 de 1999 MP, Antonio Barrera Carbonell; C-746 de 1999 MP. Antonio Barrera Carbonell; C-109 de 2000 MP.

Alfredo Beltrán Sierra. C-370 de 2000. MP. Alejandro Martínez Caballero; C-486 de 2000 MP. José Gregorio Hernández Galindo; C-560 de 2000 MP. Alfredo Beltrán Sierra; C-563 de 2000. MP. Fabio Morón Díaz Se señalan, a modo simplemente enunciativo, una variedad de fallos que desarrollan innumerables aspectos del régimen de carrera administrativa vigente en diversas ramas del ordenamiento.

Todos estos pronunciamientos giran alrededor de los principios trazados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional a los que se hará referencia concreta en los casos que sea necesaria.

[13] Corte Constitucional, C-023-1994, MP: Vladimiro Naranjo Mesa. La Corte declara inexequible una norma que establecía la declaración de insubsistencia con compensación para empleados de carrera.

[14] Tal es la jerarquía que la jurisprudencia, en aplicación de la Constitución ha dado a la carrera administrativa. Puede consultarse la sentencia C- 563 de 2000 MP. Fabio Morón Díaz, en la que se declara la exequibilidad de los artículos 2, 4 y 50 de la Ley 443 de 1998 “Por la cual se expiden normas sobre carrera administrativa y se dictan otras disposiciones”.

Siguiendo la doctrina establecida en la sentencia T-406 de 1992 MP. Ciro Angarita Barón, la Corte afirmó: “ Ha distinguido esta Corporación entre principios y valores constitucionales, definiendo los primeros como ´...aquellas prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y, en consecuencia restringen el espacio de interpretación, lo cual hace de ellos normas de aplicación inmediata tanto para el legislador como para el juez constitucional. ...Ellos se refieren a la naturaleza política y organizativa del Estado y de las relaciones entre los gobernantes y los gobernados. Su alcance normativo no consiste en la enunciación de ideales que deben guiar los destinos institucionales y sociales con el objeto de que algún día se llegue a ellos; su valor normativo debe ser entendido de tal manera que signifiquen una definición en el presente, una base axiológica-jurídica sin la cual cambiaría la naturaleza misma de la Constitución y por lo tanto toda la parte organizativa perdería su significado y razón de ser .” [15] Corte Constitucional, Sentencia C-671-2001, MP: Manuel José Cepeda Espinosa.

[16] Corte Constitucional Sentencia C-048 de 1997 MP. Hernando Herrera Vergara. La Corte declaró la exequibilidad de los artículos 44, literal d), y 66 literal b) del Decreto 2147 de 1989, "Por el cual se expide el Régimen de Carrera de los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad".

SV: José Gregorio Hernández Galindo; SV Conjunto: Eduardo Cifuentes Muñoz y Carlos Gaviria Díaz. [17] Ver las sentencias C-023-1994, MP: Vladimiro Naranjo Mesa; C-104 de 1994 y C-527 de 1994, MP: Alejandro Martínez Caballero.

[18] Corte Constitucional, Sentencia C-349 de 2004, MP: Marco Gerardo Monroy Cabra, en donde la Corte precisa las finalidades de la carrera administrativa y del sistema de concurso.

[19] Al respecto pueden verse, entre otras las sentencias C-479 de 1992, M.P. José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero, C-391 de 1993. M.P. Hernando Herrera Vergara, C-527 de 1994, M.P. Alejandro Martínez Caballero C-040 del 9 de febrero de 1995. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

[20] Ver entre otras, las sentencias T-419/92 y C-479/92. [21] Corte Constitucional, Sentencia C-292 de 2001, MP: Jaime Córdoba Triviño. En esta sentencia, la Corte distingue entre la obtención de dos calificaciones insatisfactorias en

cualquier nivel de la carrera (literal f), Art. 32, DL. 2764 de 2000), como causal válida para el retiro de la carrera y la no obtención, por segunda vez, del puntaje requerido para ascender (Art. 30, DL. 274 de 2000), como causal inconstitucional que desconoce los derechos adquiridos de quien aspira ascender en la carrera.

Mientras la primera causal mencionada, resulta conforme a la Carta, la segunda establece una consecuencia desproporcionada contraria a la Carta, pues lo razonable es que el funcionario que obtiene por segunda vez un puntaje inferior al requerido para ascender, vea frustrada su expectativa, pero no el retiro de la carrera. Dijo la Corte: " Estas consideraciones permiten advertir que el aparte demandando del artículo 30 del Decreto 274 de 2000 es contrario a la Carta pues, de acuerdo con él, la no obtención del puntaje requerido en el examen de idoneidad profesional rendido para ascender implica el retiro del servicio. Este efecto jurídico es contrario a los criterios de eficiencia, eficacia y mérito que regulan la carrera pues la finalidad del ascenso es acceder a un cargo de mejor nivel en la escala institucional y por ello las expectativas que se generan en quienes procuran ascender se circunscriben a la obtención o no de ese ascenso pero en ningún momento ellas se extienden a la posibilidad de ser desvinculados del servicio." Por lo anterior, la Corte declaró la inexequibilidad de la expresión " Si presentado el segundo examen no obtiene el puntaje exigido, el funcionario será retirado de la Carrera Diplomática y Consular y, por lo tanto, del servicio " contenida en el artículo 30 del Decreto Ley 274 de 2000.

[22] Ver entre otras, las sentencias C-391 de 2002, MP: Jaime Córdoba Triviño; C-1076 de 2002, MP: Clara Inés Vargas; C-064 y C-1037 de 2003, MP:

Jaime Araujo Rentería; C-431 de 2004, MP: Marco Gerardo Monroy Cabra; C-328 de 2003, MP: Manuel José Cepeda Espinosa. [23] Ver entre otras, las sentencias C-088 de 2002, MP: Eduardo Montealegre Lynett y C-895 de 2003, MP: Álvaro Tafur Galvis.

[24] En reiterados pronunciamientos esta Corporación ha destacado que el competente para establecer el régimen disciplinario es el legislador ordinario. Ver entre otras, las sentencias C-037-96, MP. Vladimiro Naranjo Mesa; SU-637-96, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz;

C-280 de 1996, MP: Alejandro Martínez Caballero; C-391 de 2002, MP: Jaime Córdoba Triviño. [25] Si bien el marco general del régimen disciplinario ha sido recogido en el Código Único Disciplinario —consagrado primero en la Ley 200 de 1995 y, posteriormente, en la Ley 734 de 2002—, la Corte ha reconocido que la adopción de este estatuto no obliga al Legislador a recoger en una única ley todas las disposiciones en materia disciplinaria. Ver las sentencias C-233 de 2003, MP:

Jaime Córdoba Triviño, donde se dijo: "De acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, la Constitución no impone al legislador la adopción de un solo régimen disciplinario para todos los servidores públicos (...) ni a consagrar en una sola ley todas las disposiciones que regulen esta materia. Es decir, la existencia de un Código Disciplinario Único constituye un marco general del régimen disciplinario, que no excluye la adopción de normas disciplinarias específicas en otras leyes, de acuerdo con las especificidades de cada rama del poder público o de los órganos autónomos e independientes, y siempre que en aquellas leyes se respete el principio de unidad de materia. La Corte estima comprensible esta opción dada la naturaleza del derecho disciplinario y la multiplicidad de eventos o circunstancias que pueden constituir falta disciplinaria y que ameritan la imposición de la sanción, lo cual impide la consagración integral, coherente y sistemática en una única ley. Ver también las sentencias, C-443 de 1997, MP Alejandro Martínez Caballero, SU-637 de 1996 MP: Eduardo Cifuentes Muñoz, y C-568 de 1997, MP: Fabio Morón Díaz.

[26] Corte Constitucional, Sentencia C- 431 de 2004, MP: Marco Gerardo Monroy Cabra. En esta sentencia la Corte señala que de conformidad con lo que establecen los artículos 124, 125 y 150, numeral 23 de la Carta, esta Corte ha afirmado que el Legislador cuenta con una amplia potestad de configuración para determinar el régimen disciplinario, la

cual “ está limitada por el fin que persigue, cual es el de asegurar el cumplimiento de la función pública por parte de las autoridades, dentro de los principios a que se refiere el artículo 209 Superior. Por ello, en general los regímenes disciplinarios no pueden elevar a la categoría de falta cualquier clase de comportamiento, sino exclusivamente aquellos que afectan la función pública que compete a los servidores del Estado. Otra interpretación conduciría a desconocer la cláusula general de libertad por la que opta nuestra Constitución. En tal sentido ha dicho la Corte que el legislador sólo puede tipificar como conductas relevantes en el ámbito disciplinario aquellos comportamientos que afecten los deberes funcionales de quienes cumplen funciones públicas. Y que el fundamento de la imputación y, en consecuencia, del ejercicio de la potestad sancionadora del Estado, está determinado por la infracción de los deberes funcionales del servidor público .” Ver también la sentencia C-252-2003, MP: Jaime Córdoba Triviño.

[27] Ver entre otras, las sentencias C-391 de 2002, C-252 de 2003, y C-230 de 2004, MP: Jaime Córdoba Triviño. [28] M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

[29] Sentencia C-280 de 1996. MP Alejandro Martínez Caballero, fundamento 3. En el mismo sentido, ver las sentencias T-438 de 1992, C-417 de 1993, C-251 de 1994, C-244 de 1996 y C-769 de 1998.

[30] Ver, entre otras, las sentencias C-317 de 1995, C-334 de 1996 y C-769 de 1998. [31] Ver, entre otras, las sentencias T-438 de 1992, C-195 de 1993, y C-280 de 1996.

[32] Corte Constitucional, Sentencia C-244 de 1996, MP: Carlos Gaviria Díaz. También ha señalado esta Corporación que el establecimiento de faltas disciplinarias tiene como finalidad “ proteger el desempeño del servidor público ,” (C-427 de 1994, MP:

Fabio Morón Díaz) con miras a garantizar “ la buena marcha de la administración pública ”(C-155 de 2002, MP: Clara Inés Vargas Hernández) y al cumplimiento de los fines estatales(C-252 de 2003, MP. Jaime Córdoba Triviño) Así lo reiteró la Corte en la sentencia C-181 de 2002, MP: Marco Gerardo Monroy Cabra, en donde afirmó que “ la ley disciplinaria tiene como finalidad específica la prevención y buena marcha de la gestión pública, así como la garantía del cumplimiento de los fines y funciones del Estado en relación con las conductas de los servidores públicos que los afecten o pongan en peligro.” [33] Corte Constitucional, Sentencia C-319 de 2002 MP. Alfredo Beltrán Sierra, en la que se declaró exequible el artículo 135 del C.C.A, que regula la posibilidad de demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo contra actos particulares.

[34] Ver, por ejemplo, la sentencia C-328 de 2003, MP: Manuel José Cepeda Espinosa. [35] Ver, por ejemplo, la sentencia C-107 de 2004, MP: Jaime Araujo Rentaría.

[36] Ver, por ejemplo, las sentencias C-597 de 1996 y C-484 de 2000, MP: Alejandro Martínez Caballero. [37] Ver entre otras, las sentencias C-509 de 994, MP: Hernando Herrera Vergara, y C-555 de 2001, MP: Marco Gerardo Monroy Cabra.

[38] Ver, por ejemplo, las sentencias C-892 de 1999 y C-982 de 2002, MP: Alfredo Beltrán Sierra y C-1076 de 2002, MP: Clara Inés Vargas Hernández.

[39] Ver, por ejemplo, la sentencia C-181 de 2002, MP: Marco Gerardo Monroy Cabra. [40] Ver, por ejemplo, la sentencia C-036 de 2003, MP: Alfredo Beltrán Sierra.

[41] Ver, por ejemplo, la sentencia C-038 de 1996, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz. La Corte dijo lo siguiente: “ Con el objeto de prevenir que la mora, dolosa o culposa, de los funcionarios investigadores, postergue indebidamente el momento de la publicidad de las investigaciones en curso - en cuyo conocimiento se cifra un insoslayable interés público -, la exequibilidad del precepto examinado se condiciona a que la reserva se levante tan pronto se practiquen las pruebas o con independencia de la actuación cumplida, expire el término general señalado en la ley para hacerlo, el cual tiene

carácter perentorio. Como consecuencia de este pronunciamiento, pero bajo la misma condición, se declarará la exequibilidad de los parágrafos primero y tercero del mismo artículo. Sobre el conjunto de las disposiciones que se declararán exequibles, falta señalar que no era necesario recurrir al trámite dispuesto para las leyes estatutarias, en razón de que simplemente se trataba de establecer algunos deberes anejos al ejercicio de la función pública de control. ‖ "La publicidad de las investigaciones garantiza la libertad de informar y recibir información veraz e imparcial. Levantada la reserva, la divulgación de los hechos materia de investigación, a través de los diferentes medios, deberá hacerse de manera libre, pero responsable." [42] Ver, por ejemplo, las sentencias C-022 de 1996, MP: Carlos Gaviria Díaz; C; T-563 de 1994, y. T-124 de 1998, MP: Alejandro Martínez Caballero.

[43] Corte Constitucional, Sentencia C-233 de 2002, MP: Álvaro Tafur Galvis. La Corte declaró la inconstitucionalidad del 17 de la Ley 678 de 2001, que consagraba la desvinculación del servicio, la caducidad contractual y la inhabilidad sobreviniente como parte del régimen de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición. Para la Corte tales sanciones no tenían carácter disciplinario, pues ni su contenido, ni el sentido que el legislador quiso darle a la disposición era disciplinario. Dijo la Corte: "El legislador dentro de su potestad de configuración en materia del régimen de responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares que prestan funciones públicas determinó que serían impuestas sanciones adicionales a la declaratoria de responsabilidad y a la correspondiente condena derivada del ejercicio de la acción de repetición o del llamamiento en garantía con fines de repetición. Sanciones que quiso independientes y de naturaleza diferente a las impuestas en materia penal, disciplinaria y fiscal por lo que de manera expresa señaló en el segundo inciso del artículo 17 que las sanciones establecidas en si primer inciso " se entienden sin perjuicio de las consecuencias que se deriven del ejercicio de las acciones penales, disciplinarias y fiscales a que haya lugar en relación con los mismos hechos que dieron origen a la acción de repetición o al llamamiento en garantía".

Es decir que de manera expresa quiso el legislador, como la Constitución se lo permite, establecer un régimen sancionatorio diferente, ligado al ejercicio de la acción de repetición consagrada en el artículo 90 de la Carta Política." No obstante su carácter no disciplinario, la Corte encontró que la norma era inexequible por establecer una cadena de sanciones desproporcionada e irrazonable. Ver también las sentencias C-095 de 1998, MP: Hernando Herrera Vergara; C-195 de 1993 y C-280 de 1996, MP: Alejandro Martínez Caballero, sobre el carácter eminentemente sancionatorio de las normas disciplinarias.

[44] Ver por ejemplo la sentencia C-088 de 2002, MP: Eduardo Montealegre Lynett, en donde se precisan una serie de elementos que permiten diferencias entre el derecho disciplinario y la carrera administrativa, dentro de los cuales está el contexto normativo en el que se encuentre ubicada la norma.

Adicionalmente, en la aclaración de voto el magistrado Eduardo Montealegre Lynett, dijo lo siguiente: (…) para determinar la naturaleza disciplinaria de una norma existen dos criterios esenciales: (i) el criterio material y (ii) el criterio formal. Naturalmente ellos no son excluyentes sino, por el contrario, pueden ser concurrentes y complementarios. Según el primero, una norma es de carácter disciplinario cuando: a) Constituye una sanción por la violación a un deber, prohibición, inhabilidad o incompatibilidad prevista en la Constitución y la ley. b) Con la conducta fueron afectados, o al menos puestos en grave peligro, los principios de la función pública. Por su parte, atendiendo el criterio formal, lo anterior se presenta si: a) Existe coincidencia axiológica y estructural con otra norma de naturaleza disciplinaria. b) La consecuencia prevista en la norma es idéntica a la que está señalada en la disposición disciplinaria.

[45] Ver por ejemplo la sentencia C-948 de 2002, MP: Álvaro Tafur Galvis, en donde la Corte señaló que " el régimen disciplinario se caracteriza, a diferencia del penal, porque las conductas constitutivas de falta disciplinaria están consignadas en tipos abiertos, ante la imposibilidad del legislador de contar con un listado detallado de comportamientos

donde se subsuman todas aquellas conductas que están prohibidas a las autoridades o de los actos antijurídicos de los servidores públicos.

” Ver también la sentencia C’427 de 1994, MP: Fabio Morón Díaz. [46] Ver por ejemplo la sentencia C-620 de 2001, MP: Jaime Araujo Rentaría, en donde la Corte declara la exequibilidad del parágrafo 2 del artículo 144 de la ley 600 de 2000que consagra la posibilidad de que el juez adopte medidas correccionales dentro del proceso, con el objeto de garantizar el cumplimiento de sus deberes esenciales, sin que ello implique una condena.

Para la Corte: “ si una persona con una sola conducta quebranta varios bienes jurídicos, mal podría aducir a su favor el non bis in ídem como medio para obtener un juzgamiento circunscrito a los linderos de uno solo de tales bienes, toda vez que el examen de dicha conducta frente a los demás bienes jurídicos afectados quedaría en el más completo abandono, allanándose así el camino para la eventual impunidad de los respectivos infractores, con la subsiguiente alarma social que con frecuencia da cabal noticia sobre las políticas y acciones de la justicia administrativa y judicial .” [47] Ley 909 de 2004, Artículo 1o.

Objeto de la ley. La presente ley tiene por objeto la regulación del sistema de empleo público y el establecimiento de los principios básicos que deben regular el ejercicio de la gerencia pública. ‖ Quienes prestan servicios personales remunerados, con vinculación legal y reglamentaria, en los organismos y entidades de la administración pública, conforman la función pública. En desarrollo de sus funciones y en el cumplimiento de sus diferentes cometidos, la función pública asegurará la atención y satisfacción de los intereses generales de la comunidad. (…) [48] Ley 909 de 2004, Artículo 2o.

Principios de la función pública . 1. La función pública se desarrolla teniendo en cuenta los principios constitucionales de igualdad, mérito, moralidad, eficacia, economía, imparcialidad, transparencia, celeridad y publicidad. ‖ 2. El criterio de mérito, de las calidades personales y de la capacidad profesional, son los elementos sustantivos de los procesos de selección del personal que integra la función pública. Tales criterios se podrán ajustar a los empleos públicos de libre nombramiento y remoción, de acuerdo con lo previsto en la presente ley. ‖ 3. Esta ley se orienta al logro de la satisfacción de los intereses generales y de la efectiva prestación del servicio, de lo que derivan tres criterios básicos: ‖ a) La profesionalización de los recursos humanos al servicio de la Administración Pública que busca la consolidación del principio de mérito y la calidad en la prestación del servicio público a los ciudadanos; ‖ b) La flexibilidad en la organización y gestión de la función pública para adecuarse a las necesidades cambiantes de la sociedad, flexibilidad que ha de entenderse sin detrimento de la estabilidad de que trata el artículo 27 de la presente ley; ‖ c) La responsabilidad de los servidores públicos por el trabajo desarrollado, que se concretará a través de los instrumentos de evaluación del desempeño y de los acuerdos de gestión; ‖ d) Capacitación para aumentar los niveles de eficacia.

[49] Gaceta del Congreso No. 232 de 2003, página 6. [50] Ley 909 de 2004, Artículo 38. Evaluación del desempeño . El desempeño laboral de los empleados de carrera administrativa deberá ser evaluado y calificado con base en parámetros previamente establecidos que permitan fundamentar un juicio objetivo sobre su conducta laboral y sus aportes al cumplimiento de las metas institucionales. A tal efecto, los instrumentos para la evaluación y calificación del desempeño de los empleados se diseñarán en función de las metas institucionales. ‖ El resultado de la evaluación será la calificación correspondiente al período anual, establecido en las disposiciones reglamentarias, que deberán incluir dos (2) evaluaciones parciales al año.

No obstante, si durante este período el jefe del organismo recibe información debidamente soportada de que el desempeño laboral de un empleado es deficiente podrá ordenar, por escrito, que se le evalúen y califiquen sus servicios en forma inmediata . ‖ Sobre la evaluación definitiva del desempeño procederá el recurso de reposición y de apelación. ‖ Los resultados de las evaluaciones deberán tenerse en cuenta, entre otros aspectos, para: ‖ a) Adquirir los derechos de

carrera; ‖ b) Ascender en la carrera; ‖ c) Conceder becas o comisiones de estudio; ‖ d) Otorgar incentivos económicos o de otro tipo;

‖ e) Planificar la capacitación y la formación; ‖ f) Determinar la permanencia en el servicio . (subrayado agregado al texto). [51] Ley 734 de 2000, Artículo 43.

Criterios para determinar la gravedad o levedad de la falta . Las faltas gravísimas están taxativamente señaladas en este código. Se determinará si la falta es grave o leve de conformidad con los siguientes criterios: ‖ 1. El grado de culpabilidad. ‖ 2.

La naturaleza esencial del servicio . ‖ 3. El grado de perturbación del servicio . ‖ 4. La jerarquía y mando que el servidor público tenga en la respectiva institución. ‖ 5.

La trascendencia social de la falta o el perjuicio causado. ‖ 6. Las modalidades y circunstancias en que se cometió la falta, que se apreciarán teniendo en cuenta el cuidado empleado en su preparación, el nivel de aprovechamiento de la confianza depositada en el investigado o de la que se derive de la naturaleza del cargo o función, el grado de participación en la comisión de la falta, si fue inducido por un superior a cometerla, o si la cometió en estado de ofuscación originado en circunstancias o condiciones de difícil prevención y gravedad extrema, debidamente comprobadas. ‖ 7. Los motivos determinantes del comportamiento. ‖ 8. Cuando la falta se realice con la intervención de varias personas, sean particulares o servidores públicos. ‖ 9. La realización típica de una falta objetivamente gravísima cometida con culpa grave, será considerada falta grave. (subrayado agregado al texto) [52] El Inciso 2º, del Artículo 50 de la Ley 734 de 2000, fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-158 de 2003, MP:

Alfredo Beltrán Sierra, por considerar que respecto de tal inciso, existía cosa juzgada material (Sentencias C-708 de 1999, MP: Álvaro Tafur Galvis y C-280 de 1996, MP: Alejandro Martínez Caballero).

[53] El Inciso 3 del Artículo 50 de la Ley 734 de 2000 fue declarado exequible, por el cargo analizado, por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-124 de 2003, MP. Jaime Araujo Rentería.

[54] Corte Constitucional, Sentencia C-708 de 1999, MP: Álvaro Tafur Galvis. Ver también las sentencias C-155 de 2002, MP: Clara Inés Vargas Hernández, en donde la Corte resaltó que “ mediante la ley disciplinaria se pretende la buena marcha de la administración pública asegurando que los servidores del Estado cumplan fielmente con sus deberes oficiales ;” C-244 de 1996, MP: Carlos Gaviria Díaz, en donde la Corte señaló que “ en el proceso disciplinario contra servidores estatales se juzga el comportamiento de éstos frente a normas administrativas de carácter ético destinadas a proteger la eficiencia, eficacia y moralidad de la administración pública .” [55] Corte Constitucional, Sentencias T- 422 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; Sentencia C-040 de 1993, M.P. Ciro Angarita Barón; C-230 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-410 de 1994, M.P. Carlos Gaviria Díaz;

C-445 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-352 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; Sentencia C-507 de 1997, M.P. Carlos Gaviria Díaz; C-952 de 2000, M.P. Carlos Gaviria Díaz; C-093 de 2001, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[56] Corte Constitucional, Sentencia C-654 de 1997 MP. Antonio Barrera Carbonell. [57] Corte Constitucional, Sentencia C-948 de 2002, MP. Álvaro Tafur Galvis.

[58] Corte Constitucional, Sentencia C-233 de 2003, MP: Jaime Córdoba Triviño, en donde la Corte declara la exequibilidad de la expresión “o con destitución”, contenida en el parágrafo 2º, del artículo 5 de la Ley 128 de 1994, “ por la cual se expide la ley orgánica de áreas metropolitanas,” cuestionada porque establecía una sanción disciplinaria por fuera del Código Único Disciplinario. Para la Corte, “la Constitución no impone al legislador la adopción de un solo régimen disciplinario para todos los servidores públicos (..

) ni consagrar en una sola ley todas las disposiciones que regulen esta materia.”. [59] Corte Constitucional, Sentencia C-1023 de 2003, MP: Jaime Araujo Rentería.

[60] Ley 909 de 2004, Artículo 24. Encargo . Mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de carrera administrativa, y una vez convocado el respectivo concurso, los empleados de carrera tendrán derecho a ser encargados de tales empleos si acreditan los requisitos para su ejercicio, poseen las aptitudes y habilidades para su desempeño, no han sido sancionados disciplinariamente en el último año y su última evaluación del desempeño sea sobresaliente. El término de esta situación no podrá ser superior a seis (6) meses. ‖ El encargo deberá recaer en un empleado que se encuentre desempeñando el empleo inmediatamente inferior que exista en la planta de personal de la entidad, siempre y cuando reúna las condiciones y requisitos previstos en la norma. De no acreditarlos, se deberá encargar al empleado que acreditándolos desempeñe el cargo inmediatamente inferior y así sucesivamente. ‖ Los empleos de libre nombramiento y remoción en caso de vacancia temporal o definitiva podrán ser provistos a través del encargo de empleados de carrera o de libre nombramiento y remoción, que cumplan los requisitos y el perfil para su desempeño. En caso de vacancia definitiva el encargo será hasta por el término de tres (3) meses, vencidos los cuales el empleo deberá ser provisto en forma definitiva.

[61] Ley 909 de 2004, Artículo 26. Comisión para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción o de período. Los empleados de carrera con evaluación del desempeño sobresaliente, tendrán derecho a que se les otorgue comisión hasta por el término de tres (3) años, en períodos continuos o discontinuos, pudiendo ser prorrogado por un término igual, para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción o por el término correspondiente cuando se trate de empleos de período, para los cuales hubieren sido nombrados o elegidos en la misma entidad a la cual se encuentran vinculados o en otra. En todo caso, la comisión o la suma de ellas no podrá ser superior a seis (6) años, so pena de ser desvinculado del cargo de carrera administrativa en forma automática. (…) [62] Ley 909 de 2004, Artículo 26.

Comisión para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción o de período. Los empleados de carrera con evaluación del desempeño sobresaliente, tendrán derecho a que se les otorgue comisión hasta por el término de tres (3) años, en períodos continuos o discontinuos, pudiendo ser prorrogado por un término igual, para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción o por el término correspondiente cuando se trate de empleos de período, para los cuales hubieren sido nombrados o elegidos en la misma entidad a la cual se encuentran vinculados o en otra. En todo caso, la comisión o la suma de ellas no podrá ser superior a seis (6) años, so pena de ser desvinculado del cargo de carrera administrativa en forma automática. ‖ Finalizado el término por el cual se otorgó la comisión, el de su prórroga o cuando el empleado renuncie al cargo de libre nombramiento y remoción o sea retirado del mismo antes del vencimiento del término de la comisión, deberá asumir el empleo respecto del cual ostenta derechos de carrera. De no cumplirse lo anterior, la entidad declarará la vacancia de este y lo proveerá en forma definitiva. De estas novedades se informará a la Comisión Nacional del Servicio Civil. ‖ En estos mismos términos podrá otorgarse comisión para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción o de período a los empleados de carrera que obtengan evaluación del desempeño satisfactoria.

[63] MP: José Gregorio Hernández Galindo. [64] En la sentencia C-372 de 1999, MP: José Gregorio Hernández Galindo, la Corte declaró que la frase final del inciso primero del artículo 38 de la Ley 443 de 1998, que establece lo siguiente: Artículo 38.- Pérdida de los derechos de carrera. El retiro del servicio por cualquiera de las causales previstas en el artículo anterior conlleva el retiro de la carrera administrativa y la pérdida de los derechos inherentes a ella, salvo cuando opere la incorporación en los términos del artículo siguiente de la presente ley.

De igual manera, se producirá el retiro de la carrera y la pérdida de los derechos de la misma, cuando el empleado tome posesión de un cargo de carrera, de libre nombramiento y remoción o de período, sin haber cumplido con las formalidades legales .

(…). Para la Corte esta norma era exequible en el entendido que “ el retiro de la carrera y la pérdida de los derechos de la misma en el evento que contempla la norma solamente tendrá lugar sobre la base de la probada mala fe del empleado.

” [65] Sobre los elementos objetivos que permiten determinar cuándo un cargo es de libre nombramiento y remoción, ver las sentencias C-195 de 1994, MP: Vladimiro Naranjo Mesa, C-514 de 1994, MP: Vladimiro Naranjo Mesa; C-292 de 2001, MP: Jaime Córdoba Triviño, C-808 de 2001, MP: Manuel José Cepeda Espinosa.

Fuente: Corte Constitucional, relatoría oficial. Documento original:
Copia de consulta hecha el 31 de octubre de 2026 desde el texto oficial publicado por la Corte Constitucional. Es informativa: el texto que vale es el que publica la Corte Constitucional.