

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 párrafo que define "mal servicio", se concluye que la causal de retiro por razones de 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 párrafo 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 la 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, Luis 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 párrafo 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 párrafo 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 párrafo 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)

(...)

2. Problemas jurídicos

Para los demandantes, el literal c y el párrafo 1 del artículo 41 de la Ley 909 de 2004 son inexecutable 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 párrafo 1 del artículo 41 de la Ley 909 de 2004 son executable, 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 executable 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 posea 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 [21](#) declarada executable 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 posea 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 párrafo 1 del artículo 41.

En tercer lugar, analizará el contenido y alcances del literal c) y del párrafo 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;⁴³¹ (ii) el contexto normativo en el que se encuentra ubicada la norma;⁴⁴¹ (iii) el texto y la estructura de la norma misma;⁴⁵¹ y (iv) el bien jurídico protegido.⁴⁶¹

Con base en los anteriores criterios, pasa la Corte a examinar el contenido del literal c) y el párrafo 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 párrafo 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”⁴⁷¹ 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.⁴⁸¹ 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.”⁴⁹¹

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 público y la gerencia pública; 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 pública 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 párrafo 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.¹⁹⁰

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 párrafo 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 entabrar 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 nexa 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 nexa 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 párrafo 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 párrafo del artículo 41 de la Ley 909 de 2004

Según los demandantes, el literal c) y el párrafo 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 superior¹⁵⁵¹ 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.”¹⁵⁶¹* 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 caso¹⁵⁷¹ o ya sea de carácter disciplinario.¹⁵⁸¹

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 párrafo 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 párrafo 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 párrafo 1 del artículo 41 de la Ley 909 de 2004, son inexecutable.

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 nómina 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 posea 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 la 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 provisión 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 posea en un cargo de libre nombramiento y remoción en dos situaciones: (i) de manera provisional, o (ii) por periodos 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 **INEXEQUIBLES** 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