

**CONSEJO DE ESTADO**  
**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**  
**SECCIÓN SEGUNDA**

**Consejero Ponente:** Dr. ALFONSO VARGAS RINCÓN

Bogotá D.C., quince (15) de mayo de dos mil catorce (2014)

**No. de Referencia: 11001032500020110006600**  
**Número interno: 0191-2011**

**Actor: COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL**

**Gobierno Nacional**

Llegado el momento de decidir y no observando causal de nulidad que invalide la actuación, procede la Sala a dictar sentencia previos los siguientes

**ANTECEDENTES**

La Comisión Nacional del Servicio Civil, por intermedio de apoderado, en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, demanda de esta Corporación la nulidad del Decreto 2809 de 2010, expedido por el Presidente de la República, por el cual se modifica el Decreto 1227 de 2005.

Mediante el citado Decreto se modifican pautas para conceder la respectiva comisión de servicios, adicionando el término máximo de 6 años, por el cual se puede otorgar, en consecuencia altera las condiciones señaladas en el artículo 26 de la Ley 909 de 2004.

La norma acusada permite en forma indefinida la comisión, lo cual desvirtúa los principios fundamentales de la carrera administrativa.

### **NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN**

- Constitución Política de Colombia, artículos 2, 4, 125,150-1,157 y 189-11.
- Ley 909 de 2004, artículos 2, 5, 23, 26, 27,28 y 48.
- Decreto 1227 de 2005.
- Ley 153 de 1887, artículo 12.

Al explicar el concepto de violación de los preceptos acusados, expresa que el acto acusado al establecer una pauta de régimen de carrera administrativa por fuera de los lineamientos del mérito, contraviene los principios fundamentales del Estado Social de Derecho.

Se debe garantizar a través del ordenamiento jurídico el mérito de la carrera administrativa, privilegiando el nombramiento por concurso público exceptuando los cargos de elección popular.

El ejecutivo excedió la potestad reglamentaria ya que so pretexto de reglamentar la Ley 909 de 2004, creó una situación nueva, particular y concreta a un grupo

determinado de personas, lo cual no resulta armónico con el espíritu de la norma aparentemente reglamentada, toda vez que la ley de carrera administrativa en ningún momento contempló la ampliación del término de la Comisión más allá de los seis (6) meses (sic).

La norma acusada genera una garantía de permanencia y un fuero de inamovilidad, a un grupo determinado de personas en detrimento de quienes forman parte de una lista de elegibles producto de un proceso de selección, y que esperan ser nombrados en período de prueba y así poder acceder a la carrera administrativa.

El ejecutivo se excedió en su potestad reglamentaria al modificar una ley a través de un Decreto, lo cual está prohibido expresamente en la Constitución Política, pues dicha potestad solo le corresponde al Congreso de la República.

El Decreto expedido contraría la normatividad consagrada en la Constitución Política y la Ley 909 de 2004. En este orden de ideas debe ser anulado, por ser incompatible con la Carta Magna y la ley.

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

La Nación – Departamento Administrativo de la Función Pública, mediante apoderada, presentó escrito de contestación de la demanda, en el cual solicita denegar las súplicas por carecer de fundamentos fácticos y jurídicos.

Argumenta la entidad demandada que de acuerdo con el artículo 189-11 de la Constitución Política, el ejecutivo está revestido de la potestad reglamentaria para expedir Decretos y Resoluciones necesarios para la cumplida ejecución de las leyes.

La Ley 909 de 2004, establece como una de las formas de provisión de empleos, la figura de la

comisión para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción.

En el artículo 26 se fijan las condiciones para acceder a dicha comisión, toda vez que la carrera administrativa busca otorgar estímulos y beneficios a los empleados de carrera destacados en el desempeño de sus empleos.

Haciendo uso de su facultad reglamentaria, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1227 de 2005 por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 909 de 2004 y el Decreto Ley 1567 de 1998.

Teniendo en cuenta que la comisión para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción o de período, es un estímulo para los empleados públicos inscritos en carrera administrativa y que se requería precisar el término durante el cual los empleados públicos de carrera administrativa podían disfrutar de ese estímulo, el Gobierno Nacional, en ejercicio de las

facultades constitucionales y legales, en especial las que le confieren el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, expidió el Decreto 2809 de 2010, por medio del cual modificó el artículo 43 del Decreto 1227 de 2005, en el cual definió el término durante el cual los empleados públicos de carrera administrativa pueden disfrutar de ese estímulo, término que considera se ajusta a la Ley.

## **MINISTERIO PÚBLICO**

La Procuradora Tercera Delegada ante esta Corporación solicitó negar las súplicas de la demanda. Indica que el presente asunto se plantea la ilegalidad del Decreto 2809 de 2010 por la ampliación del término para conceder comisiones para desempeñar cargos de libre nombramiento y remoción, por violación al régimen de carrera administrativa y creación de ventajas a quienes resulten beneficiarios con este tipo de nombramiento o designación.

Para el Ministerio Público, la concesión u otorgamiento de una comisión para desempeñar cargos de libre nombramiento, no vulnera el ordenamiento de la carrera, pues no mantiene indefinidamente a un servidor público en esa situación y no afecta lista de elegibles; en cuanto al beneficiado, continúa como titular del empleo de carrera en el que está inscrito, en el cual puede el nominador encargar a otro funcionario de carrera y así lograr una cadena o escala de estímulos a los trabajadores inscritos en carrera administrativa.

Indica que no se presenta represamiento alguno en las aspiraciones de quienes pretenden acceder a cargos de carrera, pues los empleos no se encuentran vacantes y pueden proveerse mediante encargo.

Sobre el término de los seis (6) años previsto como tope para gozar del beneficio o estímulo de la comisión, este término no contradice lo dispuesto por la Ley 909 de 2004.

En consecuencia, los cargos planteados, relacionados con la infracción a normas de orden constitucional no están llamados a prosperar.

Para resolver, se

### **CONSIDERA**

En el asunto objeto de estudio, el problema jurídico se contrae a determinar la legalidad del Decreto 2809 de 2010, por el cual se modifica el Decreto 1227 de 2005. La Sala comenzará por revisar la naturaleza del acto acusado y posteriormente lo confrontará con las normas que según el actor se vulneran, con el fin de establecer si deben o no prosperar las pretensiones.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 114 y 150 de la Constitución Política, corresponde al Congreso de la República hacer las leyes, sin embargo, bajo el concepto de colaboración armónica que sustenta la estructura y el funcionamiento del

Estado<sup>1</sup>, en virtud de lo previsto en el artículo 189 numeral 11º superior, corresponde al Presidente de la República, como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa, ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes.

Como lo ha manifestado la Corte Constitucional<sup>2</sup>, la potestad reglamentaria, o el poder reglamentario, se caracteriza por ser una atribución constitucional inalienable, intransferible, inagotable, pues no tiene plazo y puede ejercerse en cualquier tiempo y, es irrenunciable, por cuanto es un atributo indispensable para que la Administración cumpla con su función de ejecución de la ley.

Esta facultad no es absoluta, al ejercer la potestad reglamentaria le está prohibido al Presidente, so pena

---

<sup>1</sup> Inciso 2 del artículo 113 C.P

<sup>2</sup> CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-028 de 1997.

de incurrir en exceso, modificar el contenido y espíritu de la Ley o inmiscuirse en materias reservadas al legislador, es decir, dicha facultad encuentra límites en la Constitución y en la Ley misma que le concede la potestad, en tanto no puede salirse del marco fijado por ella, para el ejercicio de su obligación constitucional.

Sobre los límites al ejercicio de la potestad reglamentaria, esta Corporación ha venido sosteniendo lo siguiente:

*La potestad de reglamentar las leyes es atribución sólo del Presidente de la República, y no de otras autoridades administrativas, que ha de ejercer, desde luego, con la colaboración del ministro del ramo o director de departamento administrativo correspondiente, según lo establecido en el artículo 115 de la Constitución;*

*Los límites de la potestad reglamentaria están señalados en cada caso por la necesidad de que sea cumplida debidamente la ley de que se trate, de manera que si la ley suministra todos los elementos indispensables para su cumplimiento, nada habrá de agregársele y, por consiguiente, no habrá oportunidad para el ejercicio de la potestad reglamentaria; pero si faltan en ella detalles necesarios para su correcta aplicación habrá lugar a proveer a la regulación de esos detalles, en ejercicio de la potestad reglamentaria. En otros términos, tanta será la materia reglamentable cuanta determine la necesidad de dar cumplimiento a la ley, y*

*La potestad reglamentaria de las leyes está referida a cualesquiera leyes, sin distinciones, que no las establece la norma constitucional.*

*Según lo establecido en el artículo 189, numeral 11, de la Constitución, corresponde al Presidente, y no de otras autoridades administrativas, ejercer la potestad de reglamentar la ley mediante la expedición de decretos, resoluciones y órdenes, cuando sea necesario para la cumplida ejecución de las leyes; de cualesquiera leyes, que en ello no se hicieron distinciones. Y esa potestad es distinta de la facultad atribuida a muchas autoridades para el cumplimiento de determinadas funciones, aun cuando esas funciones se cumplan mediante la expedición de actos administrativos de carácter general.*

*Podía, pues, el Presidente de la República, en principio, reglamentar los artículos 226 a 236 de la ley 223 de 1.995 en materia de impuesto de registro.*

*(...)*

*Es pues, una regla general de competencia que la Constitución otorga al Presidente de la República, como símbolo de unidad nacional, jefe de Estado y suprema autoridad administrativa, la de ejercer la potestad reglamentaria mediante la expedición de los decretos necesarios para la cumplida ejecución de las leyes. No existe ninguna disposición constitucional que expresamente prohíba al Presidente de la República ejercer la potestad reglamentaria respecto de leyes, como la 223 de 1995, que reguló el impuesto de registro, y por el sólo hecho de que se trate de un impuesto departamental, tal circunstancia no lo inhibe para que, como símbolo de unidad de la nación, dentro del contexto a que se ha venido haciendo referencia, cumpla con tal función.*

*El poder reglamentario lo otorga directamente la Constitución al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa, con la finalidad de que expida normas de carácter general para la correcta ejecución de la ley. Por ser una atribución propia que le confiere la Carta Política, no requiere de una norma legal que expresamente la conceda y se caracteriza además por ser atribución inalienable, intransferible e inagotable, no tiene un plazo para su ejercicio y es irrenunciable, aunque no es un poder absoluto pues se halla limitado por la Constitución y la ley, ya que al ejercerla el*

*Presidente de la República no puede alterar o modificar la ley que reglamenta.”<sup>3</sup>*

De lo anterior se concluye la imposibilidad para el Gobierno de introducir disposiciones que desvirtúen la voluntad del legislador, pues los límites de esta facultad los señala la necesidad de cumplir adecuadamente la norma que desarrolla.

En el asunto objeto de estudio, el **Decreto 2809 de 2010** se expidió con fundamento en la potestad otorgada al Presidente de la República por el artículo 189-11 de la Constitución Nacional. En consecuencia, se procede a analizar si el presidente, excedió la potestad reglamentaria.

<b>“NORMAS CONSTITUCIONALES INFRINGIDAS</b>	<b>NORMA DEMANDADA</b>
<b>CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA</b>  ARTICULO 125. Los empleos en los	<b>DECRETO 2809 DE 2010</b>  (agosto 4)  D.O. 47.791, agosto 4 de 2010

<sup>3</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, M.P. Dr. Javier Díaz Bueno, sentencia de 8 de febrero de 2000, expediente S-761, actor: Departamento de Risaralda.

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

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 harán 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.

**LEY 909 DE 2004**

Por el cual se modifica el Decreto 1227 de 2005.

El Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de las facultades constitucionales y legales en especial las que le confiere el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política y la Ley 909 de 2004, y

**CONSIDERANDO:**

Que la comisión para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción o de período es un estímulo para los empleados públicos inscritos en carrera administrativa;

Que se requiere señalar el término durante el cual los empleados públicos de carrera administrativa pueden disfrutar de este estímulo;

**DECRETA**

Artículo 1°. El artículo 43 del Decreto 1227 de 2005, quedará así:

<p><b>Artículo 26<sup>4</sup>.</b> <i>Comisión para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción o de período.</i> 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. <b>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.</b></p> <p><b>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. (Resalta la Sala)</b></p>	<p>“Artículo 43. Cuando un empleado de carrera con evaluación del desempeño sobresaliente sea nombrado en un cargo de libre nombramiento y remoción o de período, tendrá derecho a que el jefe de la entidad a la cual esté vinculado le otorgue, mediante acto administrativo motivado, la respectiva comisión para el ejercicio del empleo con el fin de preservarle los derechos inherentes a la carrera.</p> <p>En el acto administrativo mediante el cual se confiera la comisión, deberá señalarse el término de la misma a cuyo vencimiento el empleado debe reintegrarse al cargo de carrera o presentar renuncia a este. De no cumplirse lo anterior, el jefe de la entidad declarará la vacancia del empleo y procederá a proveerlo en forma definitiva, teniendo en cuenta el orden de prioridad establecido en el presente decreto.</p> <p>Es facultativo del jefe de la entidad otorgar comisión a empleados de carrera para ejercer empleos de libre nombramiento y remoción o de período cuando su última calificación de servicios haya sido satisfactoria sin alcanzar el nivel sobresaliente.</p> <p>Igualmente, es facultativo del jefe de la entidad otorgar prórroga de la</p>
--	---

<sup>4</sup> Demandado ante la Corte Constitucional. D-9581 de marzo 8 de 2013.

<p>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.</p> <p><b>Artículo 28<sup>5</sup>.</b> Principios que orientan el ingreso y el ascenso a los empleos públicos de carrera administrativa. La ejecución de los procesos de selección para el ingreso y ascenso a los empleos públicos de carrera administrativa, se desarrollará de acuerdo con los siguientes principios:</p> <p>a) Mérito. Principio según el cual el ingreso a los cargos de carrera administrativa, el ascenso y la permanencia en los mismos estarán determinados por la demostración permanente de las calidades académicas, la experiencia y las competencias requeridas para el desempeño de los empleos;</p> <p>b) Libre concurrencia e igualdad en el ingreso. Todos los ciudadanos que acrediten los requisitos determinados en las convocatorias podrán participar en los concursos sin discriminación de ninguna índole;</p> <p>c) Publicidad. Se entiende por esta la difusión efectiva de las convocatorias en condiciones que permitan ser conocidas por la totalidad de los candidatos potenciales;</p>	<p>comisión concedida a empleados de carrera para ejercer empleos de libre nombramiento y remoción o de período.</p> <p><b>Cuando la comisión y sus prórrogas para ejercer empleos de libre nombramiento y remoción o de período se otorguen para ocupar el mismo empleo, la suma de estas no podrá superar los seis (6) años, so pena de que el empleado sea desvinculado del cargo de carrera administrativa en forma automática.</b></p> <p><b>Superado el término señalado en el inciso anterior, al empleado público de carrera administrativa se le podrán conceder nuevas comisiones para desempeñar cargos de libre nombramiento y remoción o de período, para lo cual se podrá tomar la calificación en los términos del artículo 38 de la Ley 909 de 2004, la calificación en el empleo de libre nombramiento y remoción o los resultados del Acuerdo de Gestión del último período evaluado del cargo ocupado en comisión, los cuales deben ser satisfactorios.</b></p> <p>El jefe de la unidad de personal o quien haga sus veces informará</p>
---	---

<sup>5</sup> Demandado ante la Corte Constitucional. D-9635 de abril 25 de 2013. D-9581 de marzo 8 de 2013.

<p>d) Transparencia en la gestión de los procesos de selección y en el escogimiento de los jurados y órganos técnicos encargados de la selección;</p> <p>e) Especialización de los órganos técnicos encargados de ejecutar los procesos de selección;</p> <p>f) Garantía de imparcialidad de los órganos encargados de gestionar y llevar a cabo los procedimientos de selección y, en especial, de cada uno de los miembros responsables de ejecutarlos;</p> <p>g) Confiabilidad y validez de los instrumentos utilizados para verificar la capacidad y competencias de los aspirantes a acceder a los empleos públicos de carrera;</p> <p>h) Eficacia en los procesos de selección para garantizar la adecuación de los candidatos seleccionados al perfil del empleo;</p> <p>i) Eficiencia en los procesos de selección, sin perjuicio del respeto de todas y cada una de las garantías que han de rodear al proceso de selección.</p>	<p>sobre estas novedades a la Comisión Nacional del Servicio Civil”.</p> <p>Artículo 2°. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y modifica el artículo 43 del Decreto 1227 de 2005.</p> <p>Publíquese y cúmplase.</p> <p>Dado en Bogotá D. C., a 4 de agosto de 2010.</p> <p>ÁLVARO URIBE VÉLEZ</p> <p>La Directora del Departamento Administrativo de la Función Pública,</p> <p>Elizabeth Rodríguez Taylor.</p>
---	--

El artículo 125 de la Constitución Política dispone que por regla general los empleos de las entidades del

Estado son de carrera administrativa, salvo las excepciones expresamente consagradas por la ley. El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos tiene lugar una vez se haya demostrado el cumplimiento de los requisitos y condiciones fijadas por la ley.

La Constitución consagró la carrera administrativa como un sistema efectivo para el cumplimiento de la función pública al servicio de los intereses generales, que pueda determinar el nombramiento de un servidor público para un empleo de carrera, su ascenso o remoción, alejado de la filiación política o la recomendación partidista<sup>6</sup>.

**La Corte Constitucional, ha establecido que a quienes** han logrado ingresar a la carrera administrativa en razón de sus méritos y calidades, se les debe reconocer el derecho a la estabilidad para

---

<sup>6</sup> Corte Constitucional. Sentencia No. C-011/96, Magistrado Ponente, Dr. Hernando Herrera Vergara.

permanecer en la entidad a la que están vinculados, siempre y cuando cumplan con eficiencia las funciones propias de su cargo y no violen el régimen disciplinario, ni las normas previstas en la Constitución y en la ley.

En desarrollo del artículo 125 de la Constitución Política fue expedida la Ley 909 de 2004<sup>7</sup> **que regula la carrera** administrativa en sus tres etapas: el ingreso, el ascenso y el retiro. Con la finalidad de respetar la estabilidad de los empleados de carrera y para no negarles la oportunidad de desempeñar otros cargos, estableció que ellos tienen derecho a gozar de situaciones administrativas como el encargo en otro empleo de carrera o la comisión mediante la cual pueden desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción.

En relación con la comisión para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción o de período. **indicó en el artículo 26 que los** empleados de carrera con evaluación del desempeño sobresaliente,

---

<sup>7</sup> Ley 909 de 2004. Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.

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 y que 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.

**La Corte Constitucional al analizar la exequibilidad de inciso final del citado artículo 26 de la Ley 909 de 2004, indicó que la ley consagra dos situaciones a favor de los empleados de carrera para desempeñar un cargo de libre nombramiento y remoción o de período<sup>8</sup>:**

- a. Quienes hayan obtenido **evaluación de desempeño sobresaliente**, tienen derecho a

---

<sup>8</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-182/07, Demanda de inconstitucionalidad contra artículo 26 Ley 909 de 2004, Demandante: Daniel Mauricio Giraldo Naranjo, Magistrado ponente: Dr. Jaime Araujo Rentería, Bogotá, D.C., Catorce (14) de marzo de dos mil siete (2007), expediente D-6484.

que se le otorgue comisión hasta por el término de tres (3) años, prorrogable por el mismo término, para desempeñar dichos cargos. La concesión de la comisión es obligatoria para el nominador.

- b. Quienes hayan obtenido **evaluación del desempeño satisfactoria**, tienen la posibilidad de que se le otorgue la comisión en las mismas condiciones antes mencionadas. En este caso la concesión de la comisión es una mera expectativa, pues depende de la discrecionalidad del nominador.

**Es decir, que quienes** han logrado ingresar a la carrera administrativa en razón de sus méritos, pueden solicitar que se les otorgue comisión para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción o de período, para lo cual el nominador tendrá en cuenta las situaciones antes mencionadas.

En relación con el término de duración de la comisión, en principio se puede solicitarla hasta por tres (3) años, prorrogable por el mismo término, es decir que

no puede ser superior a seis (6) años. Una vez finalizado este término, el servidor debe reintegrarse a su empleo so pena de ser desvinculado del cargo de carrera administrativa en forma automática<sup>9</sup>.

Así las cosas, **al confrontar el Decreto 2809 de 2010, con las normas citadas como vulneradas, la Sala observa que la disposición demandada establece los mismo requisitos que la Ley 909 de 2004 para la solicitud de la Comisión, establece el mismo término de duración, y coincide en la desvinculación automática por no reintegrarse al cargo, es decir, en estos aspectos el Decreto 2809 de 2010 no contraría normas superiores.**

**Sin embargo, no ocurre lo mismo con el penúltimo párrafo del artículo 1º del Decreto 2809 de 2010, el cual establece:**

---

<sup>9</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-175/07. Referencia: expediente D-6450. Demanda de inconstitucionalidad en contra de los artículos 26 y 44 (parcial) de la Ley 909 de 2004, "por la cual se expiden las normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones". Demandantes: Rude Fernando Aldana Prieto, Constanza Duarte Rodríguez, Mónica Liliana Osorio Gualteros y Jesús Leguizamón Celis. Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil, Bogotá, D.C., catorce (14) de marzo de dos mil siete (2007). Mediante esta sentencia se declaró EXEQUIBLE el artículo 26 de la ley 909 de 2004 en el entendido que esta decisión administrativa debe adoptarse con las garantías propias del debido proceso.

***"Superado el término señalado en el inciso anterior, al empleado público de carrera administrativa se le podrán conceder nuevas comisiones para desempeñar cargos de libre nombramiento y remoción o de período, para lo cual se podrá tomar la calificación en los términos del artículo 38 de la Ley 909 de 2004, la calificación en el empleo de libre nombramiento y remoción o los resultados del Acuerdo de Gestión del último período evaluado del cargo ocupado en comisión, los cuales deben ser satisfactorios". (Resalta la Sala)***

La norma transcrita le otorga al empleado inscrito en carrera administrativa el derecho de solicitar nuevas comisiones, una vez finalizado el término de los seis (6) años y fija los parámetros de calificación que se deben cumplir para tal solicitud.

Sin embargo, y como se mencionó anteriormente, la Ley 909 de 2004, artículo 26, establece que "**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". Es decir que la norma no contempló

excepciones para otorgar nuevas comisiones una vez finalizados los seis años.

La comisión busca atender la solicitud de un funcionario al que por sus méritos y calificaciones le asiste el derecho a desempeñar un cargo de libre nombramiento y remoción por un tiempo determinado, pero al que le impone el deber de reintegrarse a su empleo de carrera una vez terminada la comisión so pena de la desvinculación automática.

Permitir comisiones por un término superior a los seis años, y sin límite de tiempo, contraría el querer del legislador, pues se debe acudir a suplir el cargo con otro tipo de nombramiento y la esencia de la carrera administrativa es que la función pública se preste con los mejores y más capaces funcionarios en aras de asegurar el cumplimiento de los fines del Estado.

La regla general es que los empleos en los órganos y entidades del Estado deben proveerse por el sistema de carrera, no solo por los méritos de quienes aspiran, sino además por la vocación de permanencia de quienes ingresan, situación que beneficia a la Entidad al contar con personal altamente calificado y conocedor de la Institución.

En las anteriores condiciones, al establecer el Decreto 2809 de 2010 la posibilidad de conceder nuevas comisiones para desempeñar cargos de libre nombramiento y remoción o de periodo una vez vencido el termino máximo de los seis (6) años, excede la potestad reglamentaria conferida al Presidente de la República.

En consecuencia, se hace necesario anular el párrafo *"Superado el término señalado en el inciso anterior, al empleado público de carrera administrativa se le podrán conceder nuevas comisiones para desempeñar cargos de libre nombramiento y remoción o de período, para lo cual se podrá tomar la calificación en los términos del artículo 38 de la Ley 909 de 2004, la calificación en el empleo de libre nombramiento y remoción o los resultados del*

*Acuerdo de Gestión del último período evaluado del cargo ocupado en comisión, los cuales deben ser satisfactorios”, contenido en el artículo 1º del Decreto 2809 de 1010.*

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

## **F A L L A**

**DECLARASE** la nulidad del párrafo *“Superado el término señalado en el inciso anterior, al empleado público de carrera administrativa se le podrán conceder nuevas comisiones para desempeñar cargos de libre nombramiento y remoción o de período, para lo cual se podrá tomar la calificación en los términos del artículo 38 de la Ley 909 de 2004, la calificación en el empleo de libre nombramiento y remoción o los resultados del Acuerdo de Gestión del último período evaluado del cargo ocupado en comisión, los cuales*

*deben ser satisfactorios”, contenido en el artículo 1º del Decreto 2809 de 1010, expedido por el Presidente de la República, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*

**RECONÓCESE** personería a la doctora María Valeria Borja Guerrero como apoderada de la Nación-Departamento Administrativo de la Función Pública en los términos y para los efectos del poder conferido a folio 62 del expediente.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.** Ejecutoriada, **ARCHÍVESE** el expediente.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

**BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ**

**GERARDO ARENAS MONSALVE    GUSTAVO E. GÓMEZ ARANGUREN**

**ALFONSO VARGAS RINCÓN    LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO**