



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION QUINTA

Magistrado ponente: LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA

Bogotá, D.C., catorce (14) de mayo de dos mil veinte (2020)

Referencia: SIMPLE NULIDAD
Radicación: 11001-03-24-000-2015-00542-00
Demandante: SANTIAGO BOTERO ARANGO
Demandados: NACIÓN, MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO; MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO, DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA Y DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

Temas: Potestad reglamentaria del presidente de la República- convocatoria pública - período fijo – motivación del acto de retiro – de los superintendentes financiero, de sociedades y de industria y comercio.

SENTENCIA DE ÚNICA INSTANCIA

Procede la Sala a dictar sentencia de única instancia dentro del medio de control de nulidad simple previsto en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, promovido por el señor Santiago Botero Arango, contra el artículo 1º del Decreto 1817 del 15 de septiembre de 2015 expedido por el presidente de la República *“por el cual se adiciona el Decreto 1083 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Función Pública, en lo relacionado con el nombramiento y remoción del Superintendente de Industria y Comercio, del Superintendente Financiero y del Superintendente de Sociedades”*.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

El 4 de noviembre de 2015¹, el ciudadano Santiago Botero Arango presentó demanda de nulidad por inconstitucionalidad y/o ilegalidad contra el artículo 1º del Decreto 1817 del 15 de septiembre de 2015, que adiciona los artículos 2.2.34.1.3, 2.2.34.1.4, 2.2.34.1.5, 2.2.34.1.6 y 2.2.34.1.7 al Decreto 1083 de 2015, *“por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública”*, en tanto establece la forma de provisión de los empleos de

¹ Fols. 8 a 29 del cuaderno No. 1.





superintendente de Industria y Comercio, Financiero y Sociedades, señala un período fijo y la necesidad de motivar el acto de retiro de quienes ocupan dichos empleos públicos.

1.1. Pretensiones

En la demanda se plantearon dos (2) *pretensiones principales*, las cuales están dirigidas a obtener que se declaren i) contrarios a los artículos 125 y 189.13 de la Constitución Política; y ii) contrarios a la ley, esto es, a los artículos 1, 2, 5, 23 y 41 de la Ley 909 de 2004 y 7º del Decreto 775 de 2005, algunos apartes de las disposiciones acusadas, contenidas en el artículo 1º del Decreto 1817 del 15 de septiembre de 2015, modificatorio del Decreto 1083 del mismo año. De igual manera, como *pretensión consecuencial*, solicita que, en caso de prosperar cualquiera de las anteriores pretensiones principales, se declare la nulidad de las normas acusadas.

1.2. El acto acusado

A continuación se transcriben los apartes de las normas cuya nulidad se pretende, las cuales están contenidas en el Decreto 1817 de 2015, que para mayor ilustración se destacan y subrayan:

“ARTÍCULO 2.2.34.1.3. Invitación pública. El Presidente de la República nombrará a los superintendentes a que hace referencia este Título, **previa invitación pública efectuada a través del portal de internet de la Presidencia de la República, a quienes cumplan con los requisitos y condiciones para ocupar el respectivo cargo.**

Previo al nombramiento, el Presidente de la República podrá solicitar la opinión de organizaciones ciudadanas, sociales, universitarias o académicas, sobre el buen crédito de los aspirantes que estime necesarios. Asimismo, podrá realizar entrevistas a algunos de los candidatos.

ARTÍCULO 2.2.34.1.4. Designación y período de los Superintendentes. Los Superintendentes a que hace referencia este Título serán nombrados por el Presidente de la República **para el respectivo período presidencial.**

ARTÍCULO 2.2.34.1.5. Retiro del servicio de los Superintendentes. Cuando el retiro del servicio de los empleos de superintendentes enlistados en el artículo 2.2.34.1.1 del presente decreto **se efectúe con anterioridad a la terminación del respectivo período presidencial, el acto de insubsistencia deberá ser motivado.**

ARTÍCULO 2.2.34.1.6. Reemplazo de los Superintendentes al final del periodo presidencial. Finalizado el periodo constitucional del Presidente de la República, deberá designarse su reemplazo **dentro de los tres (3) meses siguientes a la fecha de posesión del nuevo Mandatario.**

Sin perjuicio de lo anterior, los superintendentes que vienen ejerciendo el cargo permanecerán en el ejercicio del mismo hasta tanto se posea quien deba reemplazarlos.

ARTÍCULO 2.2.34.1.7. Reemplazo de los Superintendentes por vacancia definitiva antes de terminar el periodo presidencial. Producida la vacancia del





*empleo de superintendente antes de culminar el período presidencial, por cualquiera de las causales señaladas en la Ley, **el empleo se podrá proveer de manera transitoria a través del encargo, mientras se efectúa la nueva convocatoria.**” (Negritas y subrayado fuera del texto original).*

1.3. Hechos

El demandante expresó que el artículo 125 superior dispone que los empleos en las entidades y organismos del Estado son de carrera, con excepción de los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. Asimismo, que el artículo 189.13 de la Carta Magna atribuyó al presidente de la República la facultad de nombrar a los directores de los establecimientos públicos y a las personas que deban desempeñar empleos nacionales cuya provisión no sea por concurso o no corresponda a otros funcionarios, conforme a la Constitución y a la ley. Agrega la disposición que, en todo caso, el Gobierno tiene la facultad de nombrar y remover libremente a sus agentes.

Por otra parte, indicó que los anteriores preceptos fueron desarrollados por la Ley 909 de 2004, la cual, además de contener el sistema de carrera administrativa, se ocupó de regular el empleo público y el establecimiento de principios básicos de la gerencia pública. En esta ley, en los artículos 1º y 5º, distinguió claramente los empleos sujetos a “*período fijo*” y aquellos denominados de “libre nombramiento y remoción”. A su turno, el artículo 41 *ejusdem*, dispuso que los empleados de libre nombramiento y remoción podrán ser retirados del servicio de manera discrecional por el nominador y sin necesidad de que se motive la decisión.

De otro lado, informó que de conformidad con el artículo 5º de la Ley 909 de 2004 y el artículo 7º del Decreto Ley 775 de 2005, por el cual, se establece el Sistema Específico de Carrera Administrativa para las Superintendencias de la Administración Pública Nacional, el cargo de “*superintendente*” fue calificado expresamente como de “*libre nombramiento y remoción*”, por lo que la vinculación y retiro de su titular es discrecional del nominador, sin que haya necesidad de motivar el acto de desvinculación y mucho menos poder establecer un periodo, justamente porque difiere de los cargos de “*período fijo*”.

1.4 Normas violadas y concepto de violación

El actor considera que los apartes destacados del Decreto 1817 de 2015, vulneran los artículos 125 y 189.13 de la Constitución Política; los artículos 1, 2, 5, 23 y 41 de la Ley 909 de 2004 y 7º del Decreto Ley 775 de 2005.

Explica el demandante, en su concepto de violación, que se incurrió en infracción directa de la Constitución Política y la Ley, al disponer el artículo 2.2.34.1.3 del Decreto 1817 de 2015, la orden de efectuar una “*invitación pública*” para escoger a los titulares de los cargos de superintendente de Industria y Comercio, Sociedades y Financiera, pues con esta norma se agregó una nueva etapa al





proceso de nombramiento de estos servidores, en tanto el artículo 189 numeral 13 de la Carta, establece que la nominación o la designación de los funcionarios por parte del presidente de la República está sujeta a lo que determine “*la Constitución o a la ley*”. A su turno, el artículo 23 de la Ley 909 de 2004 establece que los empleos de libre nombramiento y remoción serán provistos previo el cumplimiento de los requisitos exigidos y el “*procedimiento establecido en la ley*”. Por lo tanto, estima que no podía el Gobierno nacional, por vía reglamentaria, modificar el procedimiento de designación de estos funcionarios, dado que existe reserva legal para determinar su forma de vinculación.

En relación con el artículo 2.2.34.1.4., del decreto *ibídem*, señaló que se violaron los artículos 125 y 189 Numeral 13º y 1º 5º de la Ley 909 de 2004, al contemplar un “*período fijo*” para el cargo de superintendente, dado que corresponde al legislador, de forma exclusiva, señalar la naturaleza de los empleos públicos. En tal sentido, considera que la norma censurada desconoció la clasificación establecida en los artículos 1º y 5º de la Ley 909, en cuanto distingue los “empleos de libre nombramiento y remoción” de aquellos de “*período fijo*” y la calificación que expresamente hizo el artículo 5º de la Ley 909 y 7º del Decreto Ley 775 de 2005 de que el cargo de “superintendente”, es un empleo de “libre nombramiento y remoción”. Por lo tanto, la libertad que la Constitución le confirió al Gobierno para nombrar y remover libremente a sus agentes, con la norma acusada, se tornó insubsistente.

La misma transgresión advierte del artículo 2.2.34.1.5., en tanto dispone la “*motivación*” expresa del acto de retiro, pues, ciertamente, “*no existe una verdadera facultad de libre nombramiento y remoción*” cuando se exige exposición de razones para la desvinculación del servidor público. Así mismo, estima que se vulneró el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, que dispone que la insubsistencia de los empleos de libre nombramiento y remoción se efectúa “*mediante acto administrativo no motivado*”.

Respecto del artículo 2.2.34.1.6., que señala que finalizado el período del presidente de la República deberá designarse el reemplazo del superintendente “*dentro de los tres (3) meses siguientes a la fecha de posesión del nuevo mandatario*”, y en relación con el artículo 2.2.34.1.7., que dispone que el empleo se podrá proveer de manera transitoria “*a través del encargo, mientras se efectúa nueva convocatoria*”, insiste que son asuntos de reserva legal, en la medida que corresponde al Congreso la determinación de los procedimientos para la vinculación de los empleados públicos. Además, con esta regulación se vulnera el artículo 2º de la Ley 909 de 2004, que establece el “*principio de flexibilidad en la organización y gestión de la función pública*”.

Finalmente reivindica en favor de sus argumentos, que en nuestro sistema jurídico no está permitido el fenómeno de la “*autoregulación*”, que hace alusión a la forma como los particulares actúan y se relacionan, pues, en virtud del principio de legalidad previsto en el artículo 6º de la Carta, las autoridades solamente pueden hacer lo que expresamente les atribuye la Constitución y la ley y, en este caso,





operó una especie de “*autoregulación presidencial*” contraria a las normas invocadas.

2. Actuaciones Procesales

El 4 de noviembre de 2015², el ciudadano Santiago Botero Arango presentó el libelo introductorio ante la Sección Primera del Consejo de Estado, invocando el medio de control de nulidad por inconstitucionalidad contra el artículo 1º del Decreto 1817 del 15 de septiembre de 2015.

El 6 de noviembre de 2015, el asunto fue repartido al despacho del consejero, Dr. Guillermo Vargas Ayala, quien a través de auto del 5 de febrero de 2016, admitió la demanda y ordenó adecuar la vía procesal, en el sentido de señalar que éste debía tramitarse por el medio de control de nulidad simple, previsto en el artículo 137 del CPACA, en tanto, el libelista citó como normas infringidas no solo disposiciones de rango constitucional (arts. 125 y 189, numeral 13) sino también de carácter legal (artículos 1, 2, 5, 23 y 41 de la Ley 909 de 2004 y artículo 7 del Decreto 775 de 2005).

Adicionalmente, se consideró que la demanda se ajustó al cumplimiento de los requisitos formales indicados en los artículos 161 al 166 de la Ley 1437 de 2011, pues estaban debidamente designadas las partes, las pretensiones fueron formuladas de manera clara y precisa, se narran los hechos en que se fundamenta, se identificaron las normas que se consideran violadas y se desarrolló el concepto de la violación.³

Por auto de 11 de Mayo de 2016 el Consejero ponente ordenó la remisión del proceso a la Sección Segunda del Consejo de Estado, al considerar que se trata de un asunto de su competencia. El expediente fue repartido al Consejero William Hernández Gómez, según consta en acta de reparto de 6 de julio de 2016, quién por auto de 9 de septiembre de 2019 determinó que la controversia debía ser decidida por la Sección Quinta de esta Corporación en razón a la naturaleza del litigio.

En este orden, el expediente fue repartido a este despacho el 22 de noviembre de 2019⁴, el cual asumió el conocimiento del proceso por auto del 6 de diciembre de 2019, en aplicación de los criterios materiales establecidos por la jurisprudencia de esta Sección para determinar si el contenido del acto demandado es electoral⁵.

² Fols. 8 a 29 del cuaderno No. 1.

³ El Auto admisorio de la demanda y la providencia mediante la cual se corre el traslado de la medida cautelar fue notificado mediante estado de 29 de marzo de 2016 y al correo electrónico de esa misma fecha, mediante los oficios No. 1768 al Minhacienda; No. 1770 al DAFP, No. 1771 a Mincomercio; No. 1772 al DAPRE; No.1774 a la Procuraduría Delegada y No. 1773 a la Agencia Nacional de defensa jurídica.

⁴ Fol 94 del cuaderno No. 1.

⁵ Consejo de Estado, Sección Quinta. Auto de 9 de marzo de 2017. M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Rad: 1100103-28-000-2016-00480-00.





3. Contestación de la demanda⁶

3.1 Ministerio de Comercio Industria y Turismo

En escrito de 31 de mayo de 2016⁷, esta cartera ministerial expuso que establecer una invitación pública, como mecanismo para escoger a las personas que van a dirigir estos organismos de inspección, control y vigilancia, no implica la realización de ningún concurso de méritos. La convocatoria efectuada por el presidente es una simple invitación abierta al público para que los ciudadanos que reúnan los requisitos para ocupar este destino, presenten sus hojas de vida, cuya finalidad no es otra que dar estricto cumplimiento a los principios de igualdad, mérito, moralidad, eficacia, economía, transparencia, celeridad, entre otros, que rigen la función pública.

Respecto de la eventual desnaturalización del cargo de superintendente, explica que no se configura dicha situación, pues el presidente de la República mantiene la facultad discrecional para disponer sobre su retiro por tratarse de un empleo de libre nombramiento y remoción. Preciso que los empleos de período fijo tienen características distintas que lo hacen diferente a los aquí estudiados. Generalmente no tienen superior jerárquico y tampoco admiten la remoción discrecional antes de su finalización. En el presente caso, los superintendentes en mención, dependen jerárquicamente del presidente de la República, por lo que pueden ser designados y removidos libremente.

En relación con la exigencia de motivar el acto de insubsistencia, considera que la jurisprudencia ha precisado que, a pesar de que la ley no ordene este requisito para los empleos de libre nombramiento y remoción, ello no quiere decir que estos actos estén exentos de control judicial o que tal decisión obedezca al capricho del nominador. Las decisiones administrativas deben estar dirigidas al interés general, que son precisamente las razones en que debe fundarse el retiro del servicio. Así las cosas, exponer de forma clara y concisa los motivos de la desvinculación de los superintendentes, no es una actuación contraria a derecho sino que, *contrario sensu*, busca la realización de los principios de la función administrativa, en especial, los de publicidad y transparencia, sin que ello implique la afectación de la facultad discrecional del Presidente de la República, prevista en el artículo 189 constitucional.

Finalmente agrega que el primer mandatario tiene atribuido el ejercicio de la potestad reglamentaria prevista en el artículo 189 numeral 11º de la Carta y, el decreto censurado, fue expedido, precisamente, en uso de dicha facultad para asegurar el buen servicio público y la garantía de la transparencia y publicidad de las actuaciones administrativas, por lo que no se está ante lo que el actor denomina, una “autoregulación presidencial”.

⁶ En esta oportunidad procesal el Departamento Administrativo de la Presidencia, a pesar de haber sido notificado en la forma prevista en la ley, guardó silencio.

⁷ Fols 46 al 54 del cuaderno No. 1.





3.2 Departamento Administrativo de la Función Pública

En memorial radicado ante el Consejo de Estado el 17 de junio de 2016⁸, el Departamento Administrativo de la Función Pública, contestó la demanda y explicó que el Decreto 1817 de 2015, es un acto administrativo orientado a fortalecer la autonomía técnica, operativa y administrativa de las Superintendencias de Industria y Comercio, de Sociedades y Financiera, en tanto estas entidades constituyen el núcleo central de la supervisión empresarial de nuestro país. En este orden, indicó que la convocatoria pública para designar estos funcionarios responde a políticas de meritocracia y transparencia impulsadas por el Gobierno nacional, y propician un control social sobre la escogencia de estos aspirantes. A su turno, señala que el “*período fijo*”, de que trata la norma, en manera alguna implica la transformación de la naturaleza del empleo, pues al tenor de lo dispuesto en el artículo 2.2.34.1.5. del Decreto 1083 de 2015 que guarda perfecta armonía con el artículo 7º del Decreto Ley 775 de 2005 y con el artículo 5º de la Ley 909 de 2004, el Presidente de la República conserva la competencia para declarar insubsistente, en cualquier tiempo, el nombramiento ordinario efectuado a estos servidores públicos. Así, el haber fijado “*unas pautas de autoregulacion*” no desconoce la naturaleza de libre nombramiento y remoción de este cargo sino que se encamina a dotar a sus titulares de reglas de autonomía y permanencia institucional.

Respecto de la motivación del acto de retiro, manifestó que también es desarrollo del principio de transparencia, pauta que no es extraña a nuestro bloque de constitucionalidad. La estabilidad relativa de los superintendentes garantiza una mayor autonomía en el ejercicio de sus funciones, permitiéndoles desarrollar sus tareas, sin verse sometidos a presiones de naturaleza política o de grupos económicos, aspecto este que puso de presente, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico –OCDE- como una debilidad institucional, cuando se le sometió a su consideración, la arquitectura de la supervisión empresarial colombiana. En relación con el término de tres (3) meses señalados en el artículo 2.2.34.1.6., para el encargo de los referidos empleos de superintendente, sostuvo que coincide con el inciso 3º del artículo 24 de la Ley 909 de 2004, situación que analógicamente vino a llenar un vacío, dado que ni el Decreto Ley 775 ni el Decreto Reglamentario 2929 de 2005 se pronuncian al respecto.

Finalmente, agregó que las superintendencias gozan de un régimen especial de carrera previsto en el Decreto Ley 775 de 2005 reglamentado por el Decreto 2929 de 2005, lo cual permite colegir la insubstancialidad de los argumentos planteados por el actor, en tanto funda el concepto de violación en la Ley 909 de 2004. Por lo tanto, solicita proferir un *fallo inhibitorio* por ineptitud sustantiva de la demanda, en la medida que los cargos de nulidad se estructuran en una normatividad que no es aplicable al presente caso.

⁸ Fols 62 a 70 del cuaderno No. 1





3.3 Ministerio de Hacienda y Crédito Público

En escrito de fecha 23 de julio de 2016⁹, el ministerio contestó el libelo, pronunciándose sobre cada uno de los apartes de las normas acusadas. En relación con la invitación pública para proveer el cargo de superintendente, luego de citar la parte considerativa del decreto acusado y admitir que este empleo es de *libre nombramiento y remoción*, señaló que este mecanismo permite competir de manera transparente para la provisión de dicho cargo y conocer las hojas de vida de los aspirantes, filosofía que antes que ser censurable, resulta loable. En efecto, señala que ha sido una buena práctica de la Administración pública promover la meritocracia y proscribir la designación de personas que carecen de las competencias necesarias para el desempeño de la función pública.

Respecto del período señalado en la disposición, indica que el actor hace una lectura descontextualizada de la norma, toda vez que el decreto enjuiciado, en el artículo 2.2.34.1.5., contempla la posibilidad de que el presidente pueda declarar insubsistente, en cualquier tiempo, dicho nombramiento. Agrega que considerar que el acto de insubsistencia deba ser motivado se acompasa con el hecho de que el funcionario fue designado previa invitación pública, por lo que es apenas lógico que deba conocer las razones de su retiro. En cuanto hace a la designación dentro de los tres (3) meses siguientes a la posesión del presidente, estima que resulta plausible señalar un término para ejercer dicha facultad para no dejar “*a/garete*” este destino público, razón que le hace pensar que este empleo no es de período fijo, por cuanto, de serlo, debería cumplir con el mismo período del presidente. Por lo demás, estima que el “*encargo*” es una figura que permite solventar una situación de vacancia y busca evitar traumatismos que la ausencia del funcionario pueda ocasionar.

4 Audiencia Inicial

En la audiencia inicial celebrada el 5 de febrero de 2019, el magistrado sustanciador, luego de constatar la presencia de las partes, encontró que en el plenario no había irregularidad alguna que invalidara lo actuado, razón por la cual, procedió a: i) resolver las excepciones previas, ii) fijar el litigio y iii) decidir sobre el decreto de las pruebas.

Respecto de la excepción formulada por el Departamento Administrativo de la Función Pública en el sentido de que “*se profiera un fallo inhibitorio por ineptitud sustantiva de la demanda*”, fundado en el hecho de que el régimen aplicable de los empleados de la Superintendencias no es el contenido en la Ley 909 de 2004, sino el Decreto Ley 775 de 2005, que regula el sistema específico de carrera, consideró que el argumento estaba dirigido a controvertir la aplicación de las normas sustantivas. Por lo tanto, declaró no probada esta excepción dado que este aspecto hace parte del fondo del asunto.

⁹ Fols. 71 al 74 del Cuaderno No. 1





En lo referente a la fijación del litigio, se dispuso determinar lo siguiente:

¿Está viciado de nulidad el artículo 1° del Decreto 1817 del 15 de septiembre de 2015, proferido por el Departamento Administrativo de la Función Pública, específicamente respecto de la adición de los artículos 2.2.34.1.3.; 2.2.34.1.4.; 2.2.34.1.5.; 2.2.34.1.6. y 2.2.34.1.7 al Decreto 1083 del 26 de mayo del mismo año, por infringir los artículos 125 y 189 de la Constitución Política; 1, 2, 5, 23, 41 de la Ley 909 de 2004; y 7° del Decreto 775 de 2005; en cuanto presuntamente regula, por vía reglamentaria, aspectos que son del ámbito de competencia reservada al legislador?

Respecto de las pruebas, ordenó incorporar las documentales allegadas con el escrito de demanda y su contestación. Por otra parte, se negó la solicitud de allegar como prueba a favor del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, “*las normas enunciadas con el presente escrito de contestación de la demanda*”, en razón a que se trata de disposiciones de alcance nacional, de conformidad con lo previsto en el artículo 177 del Código General del Proceso.

Para finalizar, el magistrado sustanciador, en atención a lo establecido en el artículo 179 de la Ley 1437 de 2011, decidió prescindir de la audiencia de pruebas dado que no había alguna que practicar. De la misma manera, dispuso que se corriera traslado de las documentales por el término de tres días y, en caso de que no hubiere objeciones, acudiendo al último inciso del artículo 181 de la Ley 1437 de 2011, ordenó la presentación por escrito de los alegatos de conclusión y del concepto del Ministerio Público, dentro del término común de 10 días.

5 Alegatos de conclusión

En esta etapa procesal, mediante memorial de 17 de febrero de 2020¹⁰, la apoderada del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, y manifestó que el decreto demandado no se encuentra viciado de nulidad por cuanto esa entidad obró de conformidad con la Constitución Política, el Decreto Ley 775 de 2005, las recomendaciones de la OCDE y las políticas de meritocracia y transparencia definidas en el Plan Nacional de Desarrollo por el Gobierno nacional.

Por otra parte, el apoderado del Departamento Administrativo de la Función Pública allegó memorial el 18 de febrero de 2020¹¹, en el que insistió en que el ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control que cumplen las Superintendencias de Industria y Comercio, de Sociedades y Financiera, exige que el jefe de Estado pueda nombrar y remover a sus titulares libremente, en cualquier tiempo, de modo tal, que el establecimiento de un procedimiento especial para el efecto, constituye una expresión legítima de la

¹⁰ Fols 122 al 126 del Cuaderno No. 1

¹¹ Fols 127 al 134 del Cuaderno No. 1





discrecionalidad. Así mismo, agregó que en cumplimiento de los principios que rigen la función administrativa, se torna indispensable fijar pautas que permitan un adecuado y efectivo control social a tales actuaciones, bajo las garantías de transparencia y publicidad. Reiteró la improcedencia de invocar la Ley 909 de 2004 como norma vulnerada, en razón a que existe disposición especial que reglamenta estos empleos, esto es, el Decreto Ley 775 de 2005 y el Decreto Reglamentario 2929 de 2005, preceptos que rigen el sistema de carrera para las Superintendencias de la Administración Pública Nacional.

6 Concepto del Ministerio Público

La procuradora 7° Delegada ante el Consejo de Estado solicitó anular los apartados contenidos en los artículos 2.2.34.1.4; 2.2.34.1.5; 2.2.34.1.6 del Decreto 1817 de 15 de septiembre de 2015, por considerar que establecer un período para los empleos de libre nombramiento y remoción contraviene las disposiciones sobre la naturaleza de estos cargos, cuya atribución corresponde de forma exclusiva al legislador. Así mismo, explicó que la Corte Constitucional, en sentencia C-177 de 2001, fijó dos (2) criterios, no concurrentes, para considerar que un empleo es de libre nombramiento y remoción: i) el cumplimiento de funciones directivas, de manejo, de conducción u orientación institucional y ii) grado de confianza adicional al exigible a todo servidor público, sin que esté prevista una duración determinada.

En cuanto a la necesidad de motivación de los actos de retiro de este tipo de empleos, manifestó que por tratarse de cargos de libre nombramiento y remoción su vinculación o retiro se encuentra sometido a la conveniencia y oportunidad de la autoridad nominadora; en tal virtud, la valoración para disponer la separación del servicio activo es libre y se fundamenta en la razonabilidad, sin que medie la necesidad de exponer los motivos de esta decisión.

Como fundamento de su argumento, citó jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado en la que se explica que el grado de confianza que exige el desempeño del cargo de libre nombramiento y remoción lleva implícita la ausencia de motivación en razón a que la escogencia de quien va a ocupar el cargo se realiza por razones estrictamente personales. Así mismo, invocó una decisión de la Corte Constitucional en la que plasma la diferencia entre la estabilidad especial de los empleos de carrera administrativa y la vinculación precaria de los cargos de libre nombramiento y remoción.

Por otra parte, en relación con el artículo 2.2.34.1.6 que fija el término de 3 meses siguientes a la posesión del nuevo mandatario para designar el reemplazo de los superintendentes, consideró que imponer un lapso al nominador para que ejerza una potestad discrecional implica desconocer que se trata de un cargo de libre nombramiento y remoción. Conforme con lo expuesto, esta disposición infringe la reserva legal prevista en los artículos 125 y 189 de la Constitución Política y 23 de la Ley 909 de 2004.





Finalmente, respecto de la invitación pública previa a la designación de estos servidores y a la posibilidad de proveer de forma transitoria este empleo, mediante la figura del encargo, estimó que encuentran justificación en la satisfacción del interés general de la comunidad y de los principios de igualdad, mérito, moralidad, eficacia, economía, imparcialidad, transparencia, celeridad. Adicionalmente, la figura del encargo se encuentra expresamente autorizada por el artículo 24 de la Ley 909 de 2004, razón por la cual, la norma no transgrede precepto alguno ni las demás normas superiores.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

De conformidad con lo establecido en el numeral 1° del artículo 149 de la Ley 1437 de 2011¹² y en el artículo 13 del Acuerdo 80 de 2019, proferido por la Sala Plena del Consejo de Estado, la Sección Quinta es competente para conocer, en única instancia, del presente proceso.

2. Problema jurídico

Procede la Sala a establecer si los apartes demandados del artículo 1° del Decreto 1817 del 15 de septiembre de 2015, proferido por el Departamento Administrativo de la Función Pública, que adicionó el Título 34 a la Parte 2 del Libro 2 con los artículos 2.2.34.1.3.; 2.2.34.1.4.; 2.2.34.1.5.; 2.2.34.1.6. y 2.2.34.1.7 del Decreto 1083 del 26 de mayo del mismo año, Reglamentario Único del Sector de Función Pública, está viciado de nulidad por infringir los artículos 125 y 189 numeral 13 de la Constitución Política; 1, 2, 5, 23, 41 de la Ley 909 de 2004; y 7° del Decreto Ley 775 de 2005, al haber regulado asuntos de competencia del legislador.

Lo anterior, teniendo en cuenta que, en sentir del actor, los apartes de las disposiciones acusadas modificaron el procedimiento legalmente establecido para la designación y remoción de los superintendentes de Industria y Comercio, de Sociedades y Financiero, al establecer (i) una invitación pública para su provisión; (ii) un período fijo coincidente con el período presidencial, (iii) la carga de motivar el acto de desvinculación; y (iv) fijar unos plazos y condiciones para su reemplazo.

Previo a resolver los cargos que se plantean, la Sala abordará primeramente tres aspectos necesarios para conceptualizar los problemas jurídicos que comporta el presente asunto, a saber: 1) el sistema jerárquico normativo, 2) la potestad reglamentaria del presidente de la República y 3) el régimen Legal de los servidores públicos de las superintendencias

¹² Artículo 149. Competencia del Consejo de Estado en Única Instancia: “El Consejo de Estado, en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por intermedio de sus Secciones, Subsecciones o Salas especiales, con arreglo a la distribución de trabajo que la Sala disponga, conocerá en única instancia de los siguientes asuntos (...) 1. De los de nulidad de los actos administrativos expedidos por las autoridades del orden nacional o por las personas o entidades de derecho privado cuando cumplan funciones administrativas del mismo orden.”



3. El sistema jerárquico normativo

Nuestro sistema jurídico está fundado en una jerarquización de normas, en cuya cúspide está la Constitución Política y de ella emana todo el ordenamiento jurídico. Este sistema de jerarquización normativa garantiza la unidad y armonía del sistema y es fuente de validez, en tanto supone que las normas de inferior rango están supeditadas a las superiores, haciendo prevalecer estas últimas sobre las primeras. La finalidad de esta armonía, como lo señala la Corte Constitucional no es otra que establecer *“un orden que permita regular conforme a un mismo sistema axiológico, las distintas situaciones de hecho llamadas a ser normadas por el ordenamiento jurídico”*¹³.

Los teóricos del derecho¹⁴ han señalado que esta estratificación del sistema normativo, le otorga legitimidad y efectividad al conjunto del ordenamiento jurídico. En esa medida no puede subvertirse ni alterarse, so pena de que los órganos judiciales procedan a remediar dicha alteración expulsando del mundo jurídico la norma correspondiente. En nuestro medio, la jerarquía normativa está garantizada por la supremacía constitucional, que impone que, en todo caso, cuando una norma del ordenamiento jurídico sea incompatible con la Constitución Política, se preferirá esta última (Art. 4º CP). De igual manera, este diseño jerárquico, coloca a la ley, como expresión de la voluntad general proveniente del órgano de representación popular, en una posición prevalente frente a los actos administrativos, de suerte que los órganos de gobierno, tienen en la ley, una limitación al ejercicio del poder político¹⁵. Además, el constituyente reservó al legislador la regulación de ciertas materias, entre las cuales, podemos citar la de crear impuestos, (Art. 338 C.P.) expedir códigos, (Art.150 Num. 10 C.P.), establecer monopolios con fines rentísticos (Art. 336 C.P.), entre otros asuntos, que proscriben cualquier invasión del ejecutivo en relación con estas materias.

Este esquema escalonado de las normas jurídicas, también se traduce en la existencia de diferentes tipos de leyes, que tienen jerarquía distinta. Así, en nuestro régimen constitucional tenemos las *leyes estatutarias*, que tienen un control previo y automático de la Corte Constitucional, las *leyes orgánicas*, que son leyes de autoreferencia legislativa, las *leyes marco o cuadro*, de objetivos y

¹³ Sentencia C-037 de 2000.

¹⁴ Según el positivista más influyente del siglo XX “El orden jurídico no es un sistema de normas de derecho situadas en un mismo plano, ordenadas equivalentemente, sino una construcción escalonada de diversos estratos de normas jurídicas. Su unidad está configurada por la relación resultante de que la validez de una norma, producida conforme otra, reposa en esa otra norma, cuya producción a su vez, está determinada por otra; un regreso que concluye, a la postre, en la norma fundante básica presupuesta. La norma fundante básica hipotética en ese sentido, es así el fundamento de validez supremo que funda la unidad de esa relación de producción” Hans Kelsen. *Teoría pura del derecho*. Editorial Porrúa S.A. Pag. 232

¹⁵ En la Constitución Política varias disposiciones dan cuenta del sometimiento de los actos de las autoridades administrativas a los postulados de la ley. El artículo 189 Numeral 10, impone como atribución del Presidente de la República “promulgar las leyes, obedecerlas y velar por su estricto acatamiento”. En otros casos, el constituyente refiere a la jerarquía normativa, como se desprende del artículo 315 Numeral 1º de la carta, cuando señala que son atribuciones del gobernador “cumplir y hacer cumplir la Constitución, las leyes, los decretos del Gobierno y las ordenanzas de las asambleas”. Lo propio se evidencia en el artículo 315 Numeral 1º al disponer que son atribuciones de los Alcaldes “cumplir y hacer cumplir la Constitución, la ley, los decretos del gobierno, las ordenanzas y los acuerdos del Concejo”.



criterios generales a los cuales debe someterse el Gobierno para determinadas materias y las *leyes ordinarias*. De esta manera una ley ordinaria no puede contravenir una ley estatutaria, ni un asunto de naturaleza orgánica puede ser regulado por una ley ordinaria. Frente a este plexo normativo se ha instituido el control constitucional para asegurar la supremacía e integridad de la Carta y el control contencioso administrativo para velar porque los actos gubernamentales se sujeten al imperio de la Constitución y la ley. Este último tiene como propósito garantizar la integridad y vigencia del ordenamiento jurídico, así como el respeto por las garantías y derechos subjetivos de las personas, en tanto verifica que los actos administrativos sobre los que recae dicho control estén conformes con las normas de rango superior, a fin de asegurar que la Administración actúe dentro de los parámetros fijados tanto por el constituyente como por el legislador, tal como corresponde determinar en el presente caso.

4. La potestad reglamentaria del presidente de la República

Dada la complejidad fáctica y jurídica de los tiempos modernos y la evolución de las instituciones, se hizo necesario, que el ejecutivo, asumiera nuevos roles para encarar los desafíos que demanda la atención de las necesidades colectivas. Así, se radicó en cabeza del presidente de la República, una importante atribución consistente en expedir reglamentos de carácter general para la debida ejecución de las leyes. Esta competencia normativa se conoce como “*la potestad reglamentaria*” del presidente, prevista en el artículo 189 Numeral 11 de la Carta, en los siguientes términos:

“Art. 189 C.P. Corresponde al Presidente de la República, como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa:

11. “Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes”.

Como rememora el ilustre tratadista Libardo Rodríguez Rodríguez¹⁶, la potestad reglamentaria no ha sido reconocida siempre a las autoridades administrativas. En el Estado clásico de derecho se consideró que el poder legislativo era el único legitimado para expedir normas de carácter general, producto de la teoría de la tridivisión del poder público en ramas, expuesta por Jhon Locke y sistematizado por Montesquieu en su obra el *Espíritu de las leyes*, publicado en 1748, que partía del supuesto de una separación absoluta de las funciones estatales. En la actualidad, esta potestad reglamentaria, además del Presidente, también la tienen otras autoridades, como el Gobernador frente a las ordenanzas departamentales y el Alcalde en relación con los acuerdos municipales.

Ahora bien, la potestad reglamentaria, que se le reconoce al presidente por virtud de la Constitución, es una facultad gobernada por el “*principio de necesidad*”, esto es, que solamente puede ejercerse con la única finalidad de detallar una ley que se limitó a definir de forma general y abstracta los supuestos fácticos

¹⁶ Rodríguez Rodríguez Libardo. *Derecho Administrativo General y Colombiano*. Editorial Temis, Décimo Octava Edición, 2013, Pag. 97.



correspondientes. Lo anterior se desprende, del texto mismo del artículo 189 Numeral 11 de la Carta, cuando señala que su ejercicio está dirigido a “la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes”. Como lo ha indicado el Consejo de Estado¹⁷ en su jurisprudencia, entre más general y amplia haya sido la regulación por parte de la ley, más forzosa es su reglamentación en cuanto que este mecanismo facilitará la aplicación de la ley al caso concreto. A *contrario sensu*, cuando la ley ha detallado todos los elementos que se requieren para ser aplicada al caso particular, no amerita expedir reglamento alguno. En este orden, la potestad reglamentaria no es ilimitada sino que está supeditada a la ley que reglamenta, en tanto no puede ser modificada, adicionada, o alterada, porque ello implica invadir la órbita competencial del Congreso de la República. En relación con los límites de la potestad reglamentaria del presidente, el Consejo de Estado ha señalado:

“Para el ejercicio de la atribución en cuestión, el ejecutivo debe limitarse a desarrollar la ley y subordinarse a su contenido, en ese orden, no le está dado introducir normas que no se desprendan natural y lógicamente de sus disposiciones, ampliar o restringir el sentido de la ley, como tampoco puede suprimirla o modificarla ni reglamentar materias que estén reservadas a ella, pues excedería sus competencias e invadiría las asignadas por la Constitución al legislador. Igualmente, es importante precisar que no todas las leyes son susceptibles de ser reglamentadas. Para el efecto debe tenerse en cuenta lo siguiente: 1. Existen materias cuya regulación está reservada a la ley, caso en el cual, al legislador le corresponde desarrollarla de manera exclusiva. 2. Las leyes que deban ser ejecutadas por la administración no pueden ser objeto de regulación. 3. Cuando la ley ha sido formulada de manera tan detallada y los temas en ella contenidos han sido desarrollados en forma tan minuciosa, que en principio, no necesitaría de reglamentación”¹⁸.

En este orden, los decretos dictados en ejercicio de la potestad reglamentaria no implican un pleno ejercicio de la atribución de producir normas jurídicas, sino que están sometidos a un doble límite; de una parte, a la ley que reglamenta y, de otra, a las demás leyes que hacen parte del orden jurídico superior, a lo cual, se debe agregar la imposibilidad que tiene el Gobierno de invadir materias deferidas exclusivamente al legislador.

5. El Régimen Legal de los servidores públicos de las superintendencias

En relación con la función pública, la Constitución Política en el artículo 122 a 131 señaló los fundamentos del empleo público, las condiciones para su ejercicio, su clasificación, la responsabilidad y algunas prohibiciones que limitan la vinculación al servicio público. A su turno, en el artículo 125 superior indicó que “*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 de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley*”.

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia del 10 de Agosto de 2017, Radicación número: 05001-23 31 000 2006 03105 01(20464), M.P. Stella Jeannette Carvajal Basto.

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de 6 de Julio de 2017, Exp. 11001-03-24-000-2008-00390-00(0585-09), M.P. William Hernández Gómez.





Atendiendo estos lineamientos el Congreso de la República, expidió, inicialmente, la Ley 27 del 23 de diciembre de 1992 *“Por la cual se desarrolla el artículo 125 de la Constitución Política, se expiden normas sobre administración de personal al servicio del Estado, se otorgan unas facultades y se dictan otras disposiciones.”*, estatuto que fue derogado por la Ley 443 de 1998, *“Por la cual se expiden normas sobre carrera administrativa y se dictan otras disposiciones”*. Posteriormente fue proferida la Ley 909 de 2004 *“Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”*, regulación actualmente vigente en relación con el Sistema de Carrera Administrativa, entendido como el sistema técnico de administración de personal cuyo objeto es garantizar la eficiencia, estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso al empleo público. Además, en cumplimiento del artículo 150 numeral 23 superior, reguló otros aspectos fundamentales de la función pública, como el régimen del empleo público, la clasificación y sus características, las funciones de la Comisión Nacional del Servicio Civil, la gestión del empleo público y la gerencia pública, normativa que es transversal a todos los sectores y regímenes que integran la función pública.

De otro lado, en el artículo 4 ejusdem, señaló los sistemas específicos de carrera Administrativa, esto es, aquellos que por la singularidad y especialidad de las funciones que cumplen ciertos organismos, deben someterse a regulaciones propias en materia de ingreso, capacitación, permanencia y retiro del servicio. En esa medida, en relación con los aspectos relativos a la carrera, los organismos y servidores allí mencionados, no se gobiernan por la Ley 909 de 2004, entre los cuales está, precisamente, aquellas que rigen el personal que presta sus servicios a las Superintendencias. Fue así como el numeral 4 del artículo 53 de la Ley 909 de 2004 le otorgó facultades extraordinarias al Presidente de la República por el término de 6 meses para expedir normas de fuerza de ley que permitiera el desarrollo del sistema específico de carrera para el ingreso, permanencia, ascenso y retiro del personal de las superintendencias de la Administración Pública Nacional, labor que concluyó con la expedición del Decreto Ley 775 de 17 de marzo de 2005. No obstante, las demás disposiciones relativas al empleo público, en general, contenidas en la Ley 909 de 2004, tienen plena aplicación a los servidores de todas las entidades y organismos del Estado.

6. Análisis del caso en concreto

El Decreto 1817 de 2015, cuya nulidad se depreca, por medio del cual se adicionó el Título 34 a la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1083 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública, invoca como fundamento *“facultades constitucionales y legales, en especial de las conferidas por el Numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política”*, por lo que se trata de un decreto expedido en ejercicio de la potestad reglamentaria del presidente, que vino a complementar el reglamentario único del sector de Función Pública. La naturaleza reglamentaria de este decreto también deviene del propósito para proferirlo, el cual se dejó consignado en la parte motiva, así:





“Que si bien los empleos de los superintendentes están clasificados como de libre nombramiento y remoción del Presidente de la República de conformidad con lo señalado en el artículo 7 del Decreto Ley 775 de 2005, resulta conveniente establecer condiciones especiales para la vinculación, permanencia y retiro de sus titulares, en aras de asegurar su competencia profesional, imparcialidad, transparencia e independencia y, con ello, la más alta calidad y continuidad en la prestación de las funciones de inspección, vigilancia y control de que tratan los numerales 24 y 27 del artículo 189 de la Constitución, connatural a tales entidades”.

Precisado lo anterior, procede la Sala a analizar si los segmentos de las normas acusadas, excedieron la potestad reglamentaria del presidente y, en consecuencia, vulneraron las normas constitucionales y legales que cita el demandante.

5.1. La invitación pública para proveer el cargo de Superintendente

El artículo 2.2.34.1.3 del Decreto 1817 de 2015 dispone lo siguiente:

“El Presidente de la República nombrará a los superintendentes a que hace referencia este Título, previa invitación pública efectuada a través del portal de internet de la Presidencia de la República, a quienes cumplan con los requisitos y condiciones para ocupar el respectivo cargo”.

El demandante considera que este apartado, contraviene los artículos 125 y 189 numeral 13 de la Carta y el artículo 23 de la Ley 909 de 2004, al agregar una nueva etapa al proceso de designación de los superintendentes Financiero, de Sociedades y de Industria y Comercio, lo cual corresponde al legislador. Por su parte, las entidades que concurrieron en defensa de su legalidad, así como el Ministerio Público, estimaron que esta norma es desarrollo de principios medulares de la función pública como el de publicidad, transparencia e imparcialidad, los cuales tienen amparo constitucional.

Sobre el particular, debe señalarse en primer lugar que el artículo 189.13 de la Constitución Política, consagra, i) una cláusula general de competencia atribuida al presidente de la República para nombrar a todas las personas que deban desempeñar *“empleos nacionales”*, siempre y cuando no corresponda a otras corporaciones o funcionarios y ii) el ejercicio de una potestad discrecional al indicar que *“en todo caso, el Gobierno tiene la facultad de nombrar y remover libremente a sus agentes”*.

Esta facultad del presidente de vincular o retirar libremente a sus *“agentes”* se predica, según las normas vigentes, de los jefes de los organismos superiores de la rama ejecutiva del orden nacional, como los ministros y directores de Departamento Administrativo (Art. 189 Numeral 1º C.P.), embajadores y cónsules (Art. 189 Num. 2º C.P.), directores de los Establecimientos Públicos (Art. 77 Ley 489 de 1998), gerentes de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado (Art. 91 Ley 489 de 1998), entre otros. Así mismo, se fundamenta en el hecho de que el presidente es el jefe de toda la Administración pública nacional, de suerte





que quienes son sus agentes o representantes, deben actuar bajo sus órdenes y orientaciones a fin de asegurar la coherencia de la política pública, el cumplimiento de sus planes y la concreción de su agenda de gobierno.

Ahora bien, según lo establecido en el artículo 66 de la Ley 489 de 1998, las superintendencias se definen como organismos encargados de cumplir funciones de inspección, control y vigilancia, "*atribuidas por la Ley o mediante delegación que haga el presidente de la República, previa autorización legal*"¹⁹. Agrega la norma que la dirección de cada superintendencia está a cargo de un *superintendente*. De esta definición legal se extrae que las superintendencias ejercen, unas veces funciones que originalmente corresponden al primer mandatario de la República y, en otros casos, aquellas que la ley de creación les atribuye. Entre las que desarrollan funciones propias de este funcionario están, precisamente, la Superintendencia Financiera, la Superintendencia de Sociedades (Art. 189 Num. 24 C.P.), y la Superintendencia de Industria y Comercio (Art. 189 Num. 27 C.P.), esta última en relación con la función otorgada al presidente de conceder patentes de privilegio temporal a los autores de invenciones o perfeccionamientos útiles. Por lo tanto, se concluye que el superintendente es un "*agente*" del Jefe de Estado de la República, para el cumplimiento de la función de inspección control y vigilancia en los distintos sectores de la vida nacional.

En punto a la disposición acusada, estima la Sala, que el apartado antes descrito, por el cual se prevé que para la provisión del cargo de superintendente de Sociedades, Financiero y de Industria y Comercio, se debe efectuar una "*invitación pública*", en manera alguna lesiona la competencia del presidente de la República prevista en el artículo 189.13 superior para designar libremente a sus agentes, pues se trata de un mecanismo dirigido a permitir que las personas que cumplan los requisitos y condiciones para ejercer este cargo, puedan participar de su escogencia, a través de una selección abierta, en procura de que el funcionario designado sea el más idóneo para cumplir con dicha responsabilidad. Por el contrario, esta norma promueve valores y principios propios del Estado social de derecho, que según nuestra carta, se funda en un estado democrático y participativo, (preámbulo C.P.). Además, encuentra respaldo en el reconocimiento de derechos de diversa índole, como la participación ciudadana (Art. 1º C.P), el acceso al desempeño de cargos públicos (Art. 40 C.P.), el derecho al control social de la gestión pública (Art. 40 C.P.), el derecho a la igualdad de oportunidades (Art. 13 C.P.). Así mismo, está en armonía con principios de raigambre constitucional, como los principios propios de la función administrativa, entre los cuales se destaca la publicidad y transparencia (Art. 209 C.P.).

De otra parte, vale señalar que el artículo 2º de la Ley 909 de 2004, que contiene normas que regulan el empleo público y los principios básicos para el ejercicio de la gerencia pública, dispone que el criterio de mérito, de las calidades personales

¹⁹ La Corte Constitucional mediante la Sentencia C-702 de 1999, declaró exequible la expresión "o





y de la capacidad profesional, son los elementos sustantivos de los procesos de selección del personal que integra la función pública. *“Tales criterios se podrán ajustar a los empleos públicos de libre nombramiento y remoción, de acuerdo con lo previsto en la presente ley”*. Por lo tanto, el Gobierno nacional bien podía mejorar el procedimiento de selección de los superintendentes, estableciendo una metodología de difusión a fin de implementar mecanismos de transparencia y participación ciudadana.

Esta Sección en providencia del 7 de diciembre de 2017, a propósito de la designación del superintendente Financiero, cuyo nombramiento fue demandado ante esta corporación, tuvo la oportunidad de recordar que no puede confundirse la *“convocatoria pública”* que puede realizarse para proveer cargos públicos y el *“concurso de méritos”*, este último predicable de los cargos de carrera:

“En este contexto, toda vez que la convocatoria era una invitación a participar, no había lugar a establecer criterios objetivos de selección, puesto que se reitera, no se trata de un concurso de méritos, ya que el cargo de Superintendente no es de carrera sino de libre nombramiento y remoción.

Por lo anterior, es claro que la convocatoria no debía identificar criterios de selección adicionales a los requisitos establecidos en la ley para acceder al cargo, ni inhabilidades o incompatibilidades adicionales a las establecidas en la Constitución y la ley.”²⁰

En el mismo sentido, recientemente la Sección Quinta, al recabar sobre este punto, en la Sentencia del 27 de febrero de 2020, que analizó la legalidad del Decreto 1163 de 2019, expedido por el Gobierno nacional, a través del cual se derogó el Decreto 450 de 2016, que había establecido una invitación pública para integrar la terna de candidatos para elegir al fiscal General de la Nación, se volvió a pronunciar en los siguientes términos:

“Entonces, es claro que la competencia para la elección del fiscal general de la Nación en sus dos etapas es absolutamente discrecional y en virtud de dicha discrecionalidad pueden proferirse reglamentaciones adicionales con el fin de mejorar tanto el proceso de elaboración de la terna como el de elección, tal y como ocurrió con el Decreto 450 de 2016, que fijó un trámite para la integración de la terna consistente en una invitación pública, la elaboración de una lista, su publicación, una entrevista y la divulgación de la terna”²¹.

Por lo tanto, se concluye que la disposición acusada, agregó una actuación dentro del procedimiento de designación de los superintendentes que en manera alguna implica la alteración sustancial de la forma de selección de estos servidores públicos, ni restringió la potestad del presidente para nombrar o retirar libremente a sus agentes. Tampoco se vulneró el artículo 125 superior, en tanto señala, como principio general, la provisión de los empleos a través del sistema de

²⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. sentencia de 7 de diciembre de 2017. M.P.: Carlos Enrique Moreno Rubio. Rad.: 11001-03-28-000-2017-00019-00. Actor: Roberto Mauricio Rodríguez Saavedra. Demandado: Jorge Alexander Castaño Gutiérrez.

²¹ Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia del 27 de febrero de 2020 Radicado 11001-03-24-000-2019-00-319-00. M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio.





carrera administrativa y las excepciones a la misma, entre las cuales, justamente están los empleos de libre nombramiento y remoción. En esta norma no se hizo alusión a la forma de designación de estos empleos. Así mismo, no se desconoció el artículo 23 de la Ley 909 de 2009, que prescribe que *“Los empleos de libre nombramiento y remoción serán provistos por nombramiento ordinario, previo el cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del empleo y el procedimiento establecido en esta ley”*, pues, como quedó explicado, la convocatoria pública, es un instrumento que en nada se opone a la Constitución y a la ley.

5.2 Período del cargo de superintendente

El segmento de la norma cuestionada dispone lo siguiente:

“ARTÍCULO 2.2.34.1.4. Designación y período de los Superintendentes. Los Superintendentes a que hace referencia este Título serán nombrados por el Presidente de la República para el respectivo período presidencial.”

Argumenta el actor que establecer un período fijo de cuatro (4) años para los superintendentes a los que se refiere el decreto, modifica la naturaleza de los empleos de libre nombramiento y remoción cuya definición está atribuida al legislador. Así mismo, esta temporalidad restringe la potestad del presidente de *“nombrar y remover libremente a sus agentes”* lo cual contraviene los artículos 125 y 189.13 de la Carta. Agrega que el artículo 5º de la Ley 909 de 2004 y 7º del Decreto Ley 775 de 2005, por su parte, identifican claramente el cargo de *“Superintendente”* como de *“libre nombramiento y remoción”*, razón por la cual, el Gobierno nacional, no podía, por vía reglamentaria, cambiar ni modificar el carácter de este empleo.

Por su parte, el Departamento Administrativo de la Función Pública, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, estimaron que no se modificó la naturaleza de este empleo público, en la medida que el mismo decreto dejó a salvo la potestad del presidente de retirar, en cualquier tiempo, a tales superintendentes. Afirman que era necesario brindarles una estabilidad relativa a quienes ejercen la vigilancia de la actividad empresarial, a través de la coincidencia de su período con el del presidente de la República, lo cual garantiza un margen de autonomía y mayor capacidad técnica, operativa y administrativa, para el cumplimiento de sus funciones, al tiempo que responde a las recomendaciones que hiciera la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico- OCDE, frente a la debilidad institucional que encontró frente a estas agencias estatales.

Respecto de esta norma, debe señalarse que el artículo 150 numeral 23 de la Carta, establece que corresponde al Congreso de la República hacer las leyes y por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: *“expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas”*, en este orden, se colige que es de reserva legal la regulación del empleo público, así como señalar sus características, las modalidades de vinculación, las condiciones de acceso, permanencia y retiro del servicio, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de quienes aspiren a



acceder a los cargos públicos, en tanto el “*empleo público*”, según el artículo 19 de la Ley 909 de 2004²², es “*el núcleo básico de la estructura de la función pública*”. Así las cosas, no podía establecerse, por vía reglamentaria, por parte del Gobierno nacional, un “*período fijo*” para el cargo de superintendente, en la medida que la duración del servicio es un elemento sustancial del empleo público, en tanto determina el tiempo de permanencia de su titular. En este orden, estima la Sala que con el precepto acusado, se presentó una usurpación de las atribuciones propias del Congreso de la República.

En relación con la reserva legal sobre este tema, la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-109 de 2002, señaló que:

“Corresponde al Congreso determinar mediante ley las calidades y requisitos para desempeñar los cargos públicos - salvo aquellos casos en los que el Constituyente ha señalado expresamente los atributos que deben reunir los aspirantes -, sea cual fuere la forma de vinculación, esto es, de carrera, de elección popular, de libre nombramiento y remoción, o contractual”.

“(…) por razón de lo dispuesto en el artículo 150.23 superior, esto es competencia del legislador y esto lo estimó en consonancia con el precepto 123 de la misma Constitución, según el cual “los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad, ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento” y por ello debe entenderse que es el Congreso quien tiene la potestad determinar las “exigencias, condiciones, calidades que deben reunir las personas que deseen ingresar al servicio del Estado, como también los deberes, prohibiciones, situaciones administrativas, inhabilidades, incompatibilidades e impedimentos y responsabilidades a que están sujetos, la forma de proveer los empleos, en fin, todos aquellos aspectos relacionados con el régimen de personal de los empleos de las distintas entidades públicas”.

De otro lado, establecer que los superintendentes mencionados “*serán nombrados por el Presidente de la República para el respectivo período presidencial*” implica una mutación de la naturaleza jurídica de este empleo, en la medida que, como lo sostuvo el demandante y el Ministerio Público, el linaje de este destino público fue establecido expresamente en los artículos 5º de la Ley 909 de 2004²³ y 7º del Decreto Ley 775 de 2005²⁴, como de “*libre nombramiento y remoción*”, categoría que

²² **Art. 19. Empleo Público.** El empleo público es el núcleo básico de la estructura de la función pública objeto de esta ley. Por empleo se entiende el conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado”.

²³ **ARTÍCULO 5o. CLASIFICACIÓN DE LOS EMPLEOS.** Los empleos de los organismos y entidades regulados por la presente ley son de carrera administrativa, con excepción de:

(...) En la Administración Descentralizada del Nivel Nacional:

Presidente, Director o Gerente General o Nacional; Vicepresidente, Subdirector o Subgerente General o Nacional; Director y Subdirector de Unidad Administrativa Especial; Superintendente; Superintendente Delegado; Intendente; Director de Superintendencia; Secretario General; Directores Técnicos, Subdirector Administrativo, Financiero, Administrativo y Financiero; Director o Gerente Territorial, Regional, Seccional o Local; Director de Unidad Hospitalaria; Jefes de Oficinas, Jefes de Oficinas Asesoras de Jurídica, de Planeación, de Prensa o Comunicaciones; Jefes de Control Interno y Control Interno Disciplinario o quien haga sus veces; asesores que se encuentren adscritos a los despachos del Superintendente Bancario y de los Superintendentes Delegados y Jefes de División de la Superintendencia Bancaria de Colombia”.

²⁴ **ARTÍCULO 7o. CLASIFICACIÓN DE LOS EMPLEOS EN LAS SUPERINTENDENCIAS.** Los empleos de las entidades reguladas por el presente decreto son de carrera, con excepción de los empleos de libre nombramiento y remoción.



no puede confundirse con el empleo de “*período fijo*”, pues son dos tipos de empleos claramente diferenciados en la ley, que obedecen a razones o fundamentos distintos. El empleo de período supone un tiempo para su ejercicio, sin que pueda ser despojado su titular del término fijado por la ley, sino cuando operan causales expresamente fijadas por el ordenamiento jurídico, que normalmente deviene de sanciones judiciales o administrativas²⁵. Tienen una estabilidad relativa que deriva del derecho de permanecer por un tiempo, razón por la cual ocupan una posición intermedia entre los empleos de carrera y los de libre nombramiento y remoción²⁶. Existe una garantía institucional en favor de este tipo de empleos inspirada en la necesidad de asegurar la continuidad de la política pública, la ejecución de los planes y programas, el modelo de gestión adoptado y los fines comprometidos con las responsabilidades asumidas.

Por su parte, el empleo de libre nombramiento y remoción, como lo indica la Corte Constitucional, se fundamenta “*en un grado importante de confianza, la cual es inherente al manejo de asuntos pertenecientes al exclusivo ámbito de la reserva y el cuidado que requieren cierto tipo de funciones, en especial aquellas en cuya virtud se toman las decisiones de mayor trascendencia para el ente de que se trata*”²⁷. Esta característica le otorga al nominador la potestad de nombrar y retirar discrecionalmente a su titular, por razones de necesidad, mérito o conveniencia públicas. Por lo tanto, con el segmento acusado el Gobierno nacional vulneró los artículos 125, 150.23, 189.11 y 13 de la Carta, al desbordar los límites de la potestad reglamentaria y los artículos 1º y 5º de la Ley 909 de 2004 y 7º del Decreto Ley 775 de 2005, que fijaron la naturaleza jurídica de este empleo como de libre nombramiento y remoción, sin que fuera dable asignarle un período, por las razones antes expuestas.

Ahora bien, en cuanto a las recomendaciones de la OCDE, en el sentido de que puede ser conveniente para asegurar la autonomía y estabilidad técnica y operativa de las Superintendencias, el que se dote de un período fijo a los

Son de libre nombramiento y remoción los siguientes: (...) 7.1 *Superintendente*, Superintendente Delegado, Intendente, Secretario General, Director de Superintendencia, Director Administrativo, Financiero, Técnico u Operativo; Subdirector Administrativo, Financiero, Administrativo y Financiero, Técnico u Operativo, Director de Gestión, Jefes de Control Interno y de Control Interno Disciplinario, Jefe de Oficina, Jefes de Oficinas Asesoras de Jurídica, Planeación, Prensa o de Comunicaciones, o quien haga sus veces en cualquiera de los cargos descritos sin tener en cuenta la denominación”.

²⁵ “(...) En tercer lugar, se encuentran los empleos de período fijo, quienes se hallan delimitados temporalmente por el término en que se haya concebido la labor, de manera que el funcionario puede ser retirado del cargo al momento en que se cumpla el plazo establecido para estos efectos. Entre los funcionarios que ejercen estos cargos se puede identificar al Contralor General de la República, al Procurador General de la Nación, Defensor del Pueblo, Registrador Nacional, Magistrados, contralores departamentales y municipales, personeros municipales, entre otros. La jurisprudencia constitucional ha sostenido que uno de los propósitos del carácter delimitado en el tiempo se debe a que “[E]l período fijo, se explica más en virtud del principio democrático y de los principios de eficacia y eficiencia, que en gracia de asegurar al respectivo funcionario, un puesto de trabajo al margen de los vaivenes políticos” (Corte Constitucional, Sentencia T-767/15 de 16 de diciembre de 2015. M. P. Gabriel. Eduardo Mendoza Martelo. Referencia: Expediente T-4260336).

²⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección “A”. sentencia de 10 de febrero de 2011. M. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Rad No.: 25000-23-25-000-2001-07885-01(1653-08).

²⁷ Corte Constitucional. Sentencia No. C-514 de 1994. M. P. José Gregorio Hernández Galindo.





servidores que regentan esta clase de organismos, ello no puede disponerse por parte del ejecutivo, por vía reglamentaria, sin alterar el equilibrio de poderes, ni horadar fronteras propias de otros órganos estatales, dado que, como se indicó, le corresponde al Congreso de la República, regular todo lo relativo al régimen de los empleos públicos, y señalar sus características, modalidades de vinculación y permanencia, como depositario de la voluntad soberana y órgano de deliberación política, según el principio democrático y la jerarquización normativa que gobierna el modelo de Estado Social de Derecho colombiano.

Finalmente, debe señalar la Sala, que no le asiste razón al Departamento Administrativo de la Función Pública, cuando afirma en su escrito de contestación, que no es procedente aplicar la Ley 909 de 2004, en el caso *sub examine*, por cuanto el artículo 3º indicó que estas normas serían aplicables mientras no expidieran las propias del Sistema Específico de Carrera para las Superintendencias, régimen que fue adoptado mediante el Decreto Ley 775 de 2005. Al respecto debe precisarse que la Ley 909 de 2004, no solo reguló la carrera administrativa sino que fijó las reglas sobre el empleo público, los principios de la función pública, los postulados sobre la gerencia pública, los órganos para la dirección y gestión del empleo público, entre otros aspectos. Por lo tanto, su exclusión debe entenderse en cuanto al sistema específico de carrera, que hace relación a las etapas, pruebas, formas de evaluación del desempeño y demás aspectos, y no frente a las otras disposiciones que regulan el empleo público en general.

5.3 La motivación del acto de retiro del empleo de Superintendente

La norma impugnada por el actor es del siguiente tenor:

ARTÍCULO 2.2.34.1.5. Retiro del servicio de los Superintendentes. Cuando el retiro del servicio de los empleos de superintendentes enlistados en el artículo 2.2.34.1.1 del presente decreto se efectúe con anterioridad a la terminación del respectivo período presidencial, el acto de insubsistencia deberá ser motivado.

Expone el demandante que la parte subrayada al exigir la motivación del acto de retiro de los superintendentes, conculca la libertad que la Constitución Política le reconoce al Gobierno nacional para nombrar y remover a sus agentes y priva a este cargo de su verdadera naturaleza, competencia que solo está atribuida al legislador por mandato de la Carta. Agrega que “no existe una verdadera facultad de libre nombramiento y remoción cuando se exige la exposición de razones que motiven la desvinculación de un funcionario público”. Por lo tanto estima que se viola el artículo 189.13 constitucional; el artículo 5 y parágrafo 2º del artículo 41 de la Ley 909 de 2004 y 7 del Decreto Ley 775 de 2005.

Por su parte, las entidades demandadas²⁸ coinciden en argumentar que la motivación de este tipo de actos no está proscrita en ninguna ley, ni es contraria a la Constitución en la medida que está en consonancia con los principios

²⁸ Ver contestación de la demanda de Mincomercio folios 50 al 52; Departamento Administrativo de la Función Pública folios 66 y 67 y Minhacienda folios 73 y 74 del expediente.





superiores de la transparencia, moralidad, imparcialidad, publicidad y debido proceso, entre otros, al permitirle al funcionario conocer los motivos de su retiro para efectos de ejercer su derecho de defensa y contradicción.

En relación con este reproche, debe señalarse que es propio del ejercicio de la facultad discrecional respecto de la nominación de los “empleos de libre nombramiento y remoción”, la libertad que tiene el titular de dicha potestad para escoger o retirar del servicio, a los que deban ocupar dichos empleos, sin mayores condicionamientos que los que le señale la Constitución y la ley. Desde la expedición del Decreto 2400 de 1968, por el cual se adoptaron normas sobre la administración del personal civil y su reglamentario, el Decreto 1950 de 1973, se señalaron pautas sobre la motivación del acto de retiro de esta clase de empleos públicos.

Así, el artículo 26 del Decreto 2400, señaló:

“Artículo 26 “El nombramiento hecho a una persona para ocupar un empleo del servicio civil, que no pertenezca a una carrera, puede ser declarado insubsistente libremente por la autoridad nominadora, sin motivar la providencia. Sin embargo, deberá dejarse constancia del hecho y de las causas que lo ocasionaron en la respectiva hoja de vida”. (subrayado fuera de texto)

Esta norma se reiteró en el artículo 107 del Decreto reglamentario 1950 de 1973 en los siguientes términos:

“Artículo 107 “En cualquier momento podrá declararse insubsistente un nombramiento ordinario o provisional, sin motivar la providencia, de acuerdo con la facultad discrecional que tiene el gobierno de nombrar y remover libremente sus empleados”. (Subrayado fuera de texto)

Con la expedición de la Ley 909 de 2004, por la cual se expiden normas que regulan el Empleo Público, la Carrera Administrativa, Gerencia Pública y se dictan otras disposiciones, se acogió este mismo criterio referido a la no motivación de los empleos de libre nombramiento y remoción:

“Artículo 41 (...)

“Parágrafo 2. Es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado.

La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado”. (subrayado fuera de texto)

De lo anterior se concluye que fue el propio legislador quien señaló que el retiro de los funcionarios que ocupan empleos de libre nombramiento y remoción, no necesita motivación. Ahora bien, la Corte Constitucional, ha avalado esta pauta normativa respecto de este tipo de empleos:



“3.7.3. Así, en principio, todos los actos administrativos por medio de los cuales se desvincula a una persona de su cargo deben motivarse. Sin embargo, la jurisprudencia de esta Corporación^[46] ha reconocido que la exigencia de motivar los actos administrativos, en cuanto al retiro del servicio, admite excepciones, una de las cuales es, justamente, la relativa a los cargos de libre nombramiento y remoción, en tanto que, la declaratoria de insubsistencia (Decreto 1950 de 1973, artículo 107) responde a “la facultad discrecional que tiene el Gobierno de nombrar y remover libremente sus empleados”. (...)”²⁹

El Consejo de Estado, en igual sentido, ha reiterado en su jurisprudencia, de forma permanente y sistemática, que la no motivación del acto insubsistencia deviene de la naturaleza del empleo de libre nombramiento y remoción:

“Por todo lo anterior es válido concluir que, en el caso de los empleados que ejercen cargos de libre nombramiento y remoción en las entidades públicas -entre ellas las empresas industriales y comerciales del estado como lo es la Industria Licorera de Caldas- el nominador: i) tiene una potestad discrecional de retirar del servicio al empleado, ii) mediante un acto de declaratoria de insubsistencia de su nombramiento, iii) que no requiere motivación, iv) pero está en el deber de dejar en la hoja de vida del afectado los motivos del retiro, v) deber que ser incumplido puede llevar consecuencias disciplinarias para el nominador pero no afecta la validez del acto.”³⁰

Por lo anterior, concluye la Sala que el cargo propuesto está llamado a prosperar en la medida que el decreto reglamentario no podía establecer una exigencia que no fue prevista para esta clase de empleos, sin vulnerar la cláusula general de competencia que sobre la materia le asiste al Congreso de la República. En efecto, el legislador fue claro al prescribir que la competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará “*mediante acto no motivado*” (Art. 41 Ley 909 de 2004). Así las cosas, tratándose del grado de confianza que se exige para el desempeño del empleo de Superintendente, el nominador está en la posibilidad de disponer libremente su provisión y retiro, sin que sea necesario expresar los motivos que lo llevan adoptar una u otra decisión. Por lo tanto, en el presente caso, se transgredió el artículo 125, 189 Numerales 11 y 13 de la Constitución Política; el artículo 5 y el párrafo 2º del artículo 41 de la Ley 909 de 2004 y 7º del Decreto Ley 775 de 2005.

No obstante lo anterior, ello no quiere decir que esta facultad sea ilimitada, pues una cosa es la discrecionalidad, que se inscribe en el ámbito de la actuación conforme a derecho y otra la arbitrariedad, la cual está proscrita en nuestro ordenamiento jurídico. Así, el hecho de que no se motive el acto de desvinculación de estos servidores, no es patente de curso para prohiar desafueros o desvinculaciones injustas, pues, este poder discrecional, debe ejercerse con fines vinculados a la búsqueda del interés general y el buen servicio

²⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-686/14. 11 de septiembre de 2014 .M.P Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Ref: expediente T- 4.346.728.

³⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. sentencia de 10 de diciembre de 2015. M.P.: Sandra Lisset Ibarra Vélez. Rad, 17001-23-33-000-2013-00109-01(1412-14). Actor: Gloria Mercedes Suarez González. Demandado: Industria Licorera de Caldas.



público, conceptos de los que está signada la función administrativa y no por motivos caprichosos o arbitrarios³¹. En este orden, los límites a la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción deben encontrarse en la racionalidad, la razonabilidad y proporcionalidad³² de la decisión, que están consignados en el artículo 44 del CPACA, según el cual, los actos discrecionales deben adecuarse a los fines de la norma que la autoriza y ser proporcional a los hechos que le sirven de causa.

5.4 Respeto del plazo y la forma de proveer su reemplazo

El artículo que objeto de controversia prescribe:

ARTÍCULO 2.2.34.1.6. Reemplazo de los Superintendentes al final del periodo presidencial. Finalizado el periodo constitucional del Presidente de la República, deberá designarse su reemplazo dentro de los tres (3) meses siguientes a la fecha de posesión del nuevo Mandatario.

Sin perjuicio de lo anterior, los superintendentes que vienen ejerciendo el cargo permanecerán en el ejercicio del mismo hasta tanto se poseione quien deba reemplazarlos.

ARTÍCULO 2.2.34.1.7. Reemplazo de los Superintendentes por vacancia definitiva antes de terminar el periodo presidencial. Producida la vacancia del empleo de superintendente antes de culminar el período presidencial, por cualquiera de las causales señaladas en la Ley, el empleo se podrá proveer de manera transitoria a través del encargo, mientras se efectúa la nueva convocatoria.

Considera el actor que tales preceptos, al disponer un plazo y la forma como se ha de proveer el reemplazo de los superintendentes Financiero, de Sociedades y de Industria y Comercio, al finalizar el periodo presidencial o por vacancia definitiva antes de terminar aquel, trasgreden los artículos 125 y 189.13 de la

³¹ “Siendo así, el poder discrecional no es un atributo omnímodo que le permita a las autoridades actuar soberanamente, puesto que no obstante que emana del privilegio que ostenta la administración de hacer efectivos los principios de ejecutoriedad y ejecutividad de sus decisiones, la autoridad debe tener presente que los poderes estatales no son un fin en sí mismo sino un medio al servicio de la sociedad y que sus decisiones surgen de la ordenación de unos hechos para lograr llegar a una finalidad. (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda, Subsección “B” sentencia de 23 de marzo de 2006. M.P. Alejandro Ordoñez Maldonado. Rad.: 25000-23-25-000-2002-04164-01(4164-04). En el mismo sentido ver Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B, Sentencia de 16 de febrero de 2006. M.P.: Alejandro Ordoñez Maldonado. Rad.: 25000-23-25-000-2000-02544-01(2544-04).

³² Al respecto y de forma reiterada la Sección Segunda de Consejo de Estado ha manifestado: “*En armonía con el anterior planteamiento, la jurisprudencia constitucional ha indicado que la discrecionalidad debe ser ejercida siempre dentro de parámetros de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad. En tal sentido, ha identificado como límites para el ejercicio de dicha facultad, los siguientes: a) debe existir una norma de rango constitucional o legal que contemple la discrecionalidad expresamente, b) su ejercicio debe ser adecuado a los fines de la norma que la autoriza, y c) la decisión debe ser proporcional a los hechos que le sirven de causa.*

A su turno, el artículo 36 del CCA –hoy en día artículo 44 del CPACA- establece que, en la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser «adecuada» a los fines de la norma que la autoriza y «proporcional» a los hechos que le sirven de causa; lo anterior supone que debe existir una razón para adoptar la decisión, fundada en normas jurídicas y en hechos reales y ciertos, lo cual hace que la discrecionalidad tenga como medida la «razonabilidad», y ello, de suyo, comporta un límite a la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción.” Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A sentencia de 5 de octubre de 2017. M.P. Rafael Francisco Suárez Vargas. Rad.: 75001-23-31-000-2007-00336-01(2310-11).



Constitución y los artículos 2 y 23 de la Ley 909 de 2004, por cuanto es parte de la reserva del legislador la determinación de los procedimientos para la vinculación de los empleados públicos.

Por su parte, las autoridades administrativas consideraron que el plazo y modalidad para proveer tales empleos, están justificados en razón de la importancia de las funciones de supervisión, control y vigilancia adscritos a estos servidores públicos, que exige que no haya un vacío institucional. Luego, el plazo establecido de tres (3) meses para llevar a cabo la convocatoria correspondiente, es apenas razonable. En cuanto al “encargo”, señalaron que esta figura tiene respaldo en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004, razón por la cual no se vulnera norma alguna.

Asimismo, el Ministerio Público, aboga por que se declare la nulidad del apartado del artículo 2.2.34.1.6, en la medida que imponer un plazo al nominador para ejercer esta potestad discrecional implica desconocer que se trata de un cargo de libre nombramiento y remoción, lo cual, en su sentir, infringe la reserva legal. Frente al artículo 2.2.34.1.7., relacionado con el “*encargo*” de este empleo, solicita negar la nulidad impetrada por encontrarlo ajustado a derecho, en la medida que la norma no impone una obligación sino que es una facultad mientras se adelanta la invitación pública. Además la figura del “*encargo*”, está consagrada en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004, razón por la cual, no resulta contraria a derecho.

Al respecto, impera analizar ambas disposiciones por separado, habida cuenta que en sentir de esta Sala, tienen alcances y consecuencias distintas. En cuanto a la primera disposición, por medio de la cual se impone un límite de tiempo para la designación del reemplazo del superintendente, una vez “*finalizado el período constitucional del presidente de la República*”, se encuentra que este precepto contraría el ordenamiento jurídico, lo cual deviene de los mismos argumentos anteriormente expuestos relacionados con el período. En efecto, si los cargos de superintendente de Industria y Comercio, Financiero y de Sociedades son de libre nombramiento y remoción, no resulta acorde que se señale un plazo para su designación una vez termine el período presidencial. El ejercicio de la facultad nominadora del primer mandatario frente a tales cargos, se mantiene incólume para nombrar y remover a estos servidores, en cualquier tiempo. En este orden, la Sala observa que lo previsto sobre el reemplazo de los superintendentes al final del periodo presidencial, guarda relación directa con el período fijado para los superintendentes en el artículo 2.2.34.1.4, aspecto que fue encontrado contrario a las normas superiores, en consecuencia, correrá su misma suerte.

Ahora bien, respecto del apartado del artículo 2.2.34.1.7., según el cual, producida la vacancia de este empleo “*antes de culminar el período presidencial, por cualquiera de las causales señaladas en la Ley, el empleo se podrá proveer de manera transitoria a través del encargo, mientras se efectúa la nueva convocatoria*”, estima la Sala que, en principio, no contraría el ordenamiento jurídico, habida cuenta que como lo sostienen las entidades demandadas y el



Ministerio Público, “el encargo”, es una figura prevista en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004, para proveer las vacancias de los empleos públicos. Sin embargo, como esta disposición también está fundada en la culminación del período de los superintendentes, cuyo contenido normativo está previsto en el artículo 2.2.34.1.4, en coincidencia con el periodo presidencial, como se desprende de su enunciado normativo, no puede mantenerse vigente, no por la sustancialidad de la figura, la cual tiene pleno respaldo legal, sino por el contexto y la forma como está redactada la norma, que la justifica y valida a partir de la existencia de dicho periodo. En efecto, si se mantuviera el apartado cuestionado se avalaría tácitamente el antecedente descrito consistente en que una vez producida la vacancia de superintendente “antes de culminar el período presidencial”, se puede optar por la figura del encargo. En consecuencia, se declarará la nulidad de la disposición acusada, sin perjuicio de la potestad que ostenta el nominador de acudir a la situación administrativa del encargo, en los términos del artículo 24 de la Ley 909 de 2004, previo a efectuar la invitación pública de que trata el artículo 2.2.34.1.3 del Decreto 1817 de 2015, con el fin de proveer de manera definitiva la vacante correspondiente.

2.5 Conclusión

Conforme con los argumentos expuestos debe proceder la Sala a declarar la nulidad de las normas contenidas en el artículo 1º del Decreto 1817 del 15 de septiembre de 2015, mediante el cual se adicionó el Decreto 1083 del mismo año, en lo que respecta a la expresión “para el respectivo período presidencial”, señalado en el artículo 2.2.34.1.4. En cuanto artículo 2.2.34.1.5., si bien el actor circunscribió la nulidad al apartado “se efectúe con anterioridad a la terminación del respectivo período presidencial, el acto de insubsistencia deberá ser motivado”, por constituir una unidad normativa que le da sentido al texto restante, se procederá declarar la nulidad de la totalidad del artículo. En lo que respecta al artículo 2.2.34.1.6., y el segmento acusado, que refiere a la designación “dentro de los tres (3) meses siguientes a la fecha de posesión del nuevo Mandatario”, ocurre lo mismo; es necesario anular la totalidad del artículo, habida cuenta que si expulsara de la disposición solamente el texto acusado, quedaría subsistente el apartado referido al período del presidente con el cual se quiso hacer coincidir con el período de los Superintendentes, lo cual fue encontrado lesivo del ordenamiento jurídico. Finalmente, también se declarará la nulidad de todo el artículo 2.2.34.1.7., a pesar de haberse solicitado la nulidad de la expresión “el empleo se podrá proveer de manera transitoria a través del encargo, mientras se efectúa la nueva convocatoria”, por las razones precedentes, esto es, porque quedaría sin sentido, el texto restante.

Con fundamento en lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:





PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD PARCIAL del artículo 1º del Decreto 1817 del 15 de septiembre de 2015 *“por el cual se adiciona el Decreto 1083 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública, en lo relacionado con el nombramiento y remoción del Superintendente de Industria y Comercio, del Superintendente financiero y del Superintendente de Sociedades”*, de conformidad con las consideraciones de esta providencia, en lo que respecta a los artículos 2.2.34.1.5., 2.2.34.1.6.y 2.2.34.1.7. del decreto mencionado, los cuales se anularán en su totalidad.

SEGUNDO: Declarar la nulidad de la expresión *“para el respectivo período presidencial”* contenida en el artículo 2.2.34.1.4. del decreto anteriormente mencionado.

TERCERO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

TERCERO: ADVERTIR a los sujetos procesales que contra esta decisión no procede ningún recurso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA
Presidente

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Magistrada

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Magistrada

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Magistrado





Radicación: 11001-03-24-000-2015-00542-00
Demandante: Santiago Botero Arango
Medio de Control de Simple Nulidad

