

**RESUMEN Y ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL 14 DE  
MAYO DE 2020 DE LA SECCIÓN QUINTA DEL CONSEJO  
DE ESTADO**

*Nombramiento, remoción y período fijo del Superintendente de Industria y  
Comercio*

**Magistrado Ponente**

**Dr. Luis Alberto Álvarez Parra**

**Análisis del CEDEC**

**Por:**

**Alfonso Miranda Londoño**

**Bogotá D.C., Mayo de 2020**

## ÍNDICE

<b>1. INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>3</b>
<b>2. NORMAS DEMANDADAS .....</b>	<b>5</b>
<b>3. PROBLEMA JURÍDICO .....</b>	<b>6</b>
<b>4. CONSIDERACIONES DEL CONSEJO DE ESTADO .....</b>	<b>6</b>
4.1 EN RELACIÓN CON LA INVITACIÓN PÚBLICA PARA PROVEER EL CARGO DE SUPERINTENDENTE (ART. 2.2.34.1.3 DEL ART. 1° DEL D. 1817 DE 2015).....	6
4.2 EN RELACIÓN CON EL PERIODO DEL CARGO DE SUPERINTENDENTE (ART. 2.2.34.1.4 DEL ART. 1° DEL D. 1817 DE 2015).....	7
4.3 EN RELACIÓN CON LA MOTIVACIÓN DEL ACTO DE RETIRO DEL EMPLEO DE SUPERINTENDENTE (ART. 2.2.34.1.5 DEL ART. 1° DEL D. 1817 DE 2015).....	8
4.4 EN RELACIÓN CON EL PLAZO Y LA FORMA DE PROVEER SU REPLAZO (ART. 2.2.34.1.6 Y ART. 2.2.34.1.7 DEL ART. 1° DEL D. 1817 DE 2015).....	9
<b>5. DECISIÓN.....</b>	<b>9</b>
<b>6. ANÁLISIS Y CONCLUSIONES DEL CEDEC .....</b>	<b>10</b>

**RESUMEN Y ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL 14 DE MAYO DE 2020  
DE LA SECCIÓN QUINTA DEL CONSEJO DE ESTADO**

***Nombramiento, remoción y período fijo del Superintendente de Industria y Comercio***

**Magistrado Ponente**

**Dr. Luis Alberto Álvarez Parra**

**Por:**

***Alfonso Miranda Londoño<sup>1</sup>***

**1. Introducción**

El 7 de agosto del 2018 el CEDEC hizo público el documento titulado “REFORMAS NECESARIAS AL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN COLOMBIA - Recomendaciones para el cuatrienio 2018- 2022”<sup>2</sup>, con el ánimo constructivo de expresarle a la comunidad académica y Estado, nuestras opiniones sobre la evolución del Derecho de la Competencia en Colombia y sobre todo, de presentar nuestras propuestas respecto de las importantes reformas que requiere nuestra normativa de competencia. Hoy nos reiteramos en estas propuestas.

---

<sup>1</sup> Abogado y socio economista Javeriano. Especialista en Derecho Financiero de la Universidad de los Andes. Master en Derecho de la Universidad de Cornell. Profesor de Derecho de la Competencia a nivel de pregrado y posgrado en la Universidades Javeriana, Externado y otras. Conferencista en Derecho de la Competencia a nivel nacional e internacional. Director del Departamento de Derecho Económico de la Facultad de Derecho de la Universidad Javeriana, director del Centro de Estudios de Derecho de la Competencia - CEDEC. Fundador y miembro de la Junta Directiva de la Asociación Colombiana de Derecho de la Competencia - ACDC. Designado como “Non Governmental Agent - NGA” de Colombia, ante el “International Competition Network - ICN” entre el 2012 y el 2016 y del 2019 hasta la fecha. Socio de la firma Esguerra Asesores Jurídicos.

<sup>2</sup> <https://centrocedec.files.wordpress.com/2018/08/derecho-de-la-competencia-2018-2022.pdf>

En ese documento el CEDEC recomendó que la autoridad de competencia debe ser independiente del Gobierno y dijo textualmente:

*“La política de competencia es una política Estatal, pero no debe convertirse en una política gubernamental, razón por la cual la autoridad debe ser independiente del gobierno. Sus miembros deben ser nombrados por un sistema de pesos y contrapesos, con base en sus calificaciones académicas y experiencia profesional, pero deben contar con un término estable y no deben ser funcionarios de libre nombramiento y remoción del presidente de la República.*

*En relación con este aspecto debe aclararse que, con el fin de lograr el acceso a la OCDE, el Gobierno de Colombia expidió el Decreto 1817 de 2015, por medio del cual se establecieron algunos requisitos para el nombramiento del Superintendente; la posibilidad de discusión respecto de las calidades de los candidatos; y un período para el ejercicio del cargo, el cual termina al mismo tiempo que el período presidencial.*

*Es evidente que las medidas adoptadas por el mencionado decreto, a pesar de estar orientadas a otorgarle a la SIC una mayor independencia del presidente, resultan, a lo más, cosméticas e insuficientes para garantizar la independencia de la autoridad de competencia respecto del Gobierno.*

*El establecimiento de una autoridad de competencia independiente del Gobierno resulta consistente con la recomendación de la OCDE, en el sentido de dotar a la autoridad de competencia de mayor independencia y personal calificado.<sup>3</sup>*

El documento mencionado no hizo un análisis de la constitucionalidad y legalidad del decreto objeto de la decisión que aquí se resume y se analiza. Solamente se pronunció sobre la insuficiencia de esa medida para lograr el objetivo de una autoridad de competencia independiente del gobierno.

Este tema también fue tratado en la sesión de agosto de 2018 del CEDEC, realizada con la participación de varios expertos en Derecho de la Competencia incluyendo a Krisztian Katona, quien ocupa el cargo de “*Counsel for International Antitrust*” en la Oficina de Asuntos Internacionales de la Federal Trade Commission.<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> “COLOMBIA POLÍTICAS PRIORITARIAS PARA UN DESARROLLO INCLUSIVO ENERO 2015”: <http://www.oecd.org/about/publishing/colombia-politicas-prioritarias-para-un-desarrollo-inclusivo.pdf>

<sup>4</sup> <https://youtu.be/Hs-DZKeJpos>

Es por eso que resulta de gran importancia para el CEDEC, realizar el resumen y análisis de la sentencia del 14 de mayo de 2020, proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado (Rad. 00542-00), con ponencia del magistrado Luis Alberto Álvarez Parra, que es el objeto del presente documento.

## 2. Normas demandadas

El señor Santiago Botero Arango<sup>5</sup> solicitó la nulidad simple del artículo 1° del Decreto 1817 del 15 de septiembre de 2015 proferido por el Departamento Administrativo de la Función Pública (DAFP), mediante el cual fueron adicionados 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*”.

A continuación las normas demandadas y, subrayado, los apartes por los cuales se solicitó la referida nulidad:

- **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 periodo 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 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” (se destaca).
- **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.

---

<sup>5</sup> Santiago Botero Arango es abogado javeriano (2018) y trabaja en Vélez Gutiérrez Abogados desde 2019.

Sin perjuicio de lo anterior, los superintendentes que vienen ejerciendo el cargo permanecerán en el ejercicio del mismo hasta tanto se posesione 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”.

### **3. Problema Jurídico**

Establecer si los referidos apartes de los artículos demandados están viciados de nulidad por infringir los artículos 125 y 189 (Núm. 13) de la Constitución; los artículos 1, 2, 5, 23, 41 de la Ley 909 de 2004; y el artículo 7° del Decreto Ley 775 de 2005, al haberse regulado en el Decreto 1817 de 2015 asuntos de competencia del legislador.

En concreto, por haberse modificado 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.

### **4. Consideraciones del Consejo de Estado**

#### **4.1 En relación con la invitación pública para proveer el cargo de Superintendente (Art. 2.2.34.1.3 del Art. 1° del D. 1817 de 2015).**

El Consejo de Estado indicó que con la norma demandada no se transgredió la competencia del Presidente de la República prevista en el numeral 13 del artículo 189 de la Constitución, con fundamento en la cual este último puede “*designar libremente a sus agentes*”. Lo anterior, justificado en lo siguiente:

- En virtud de lo establecido en el numeral 13 del artículo 189 de la Constitución, el presidente de la República tiene una potestad discrecional para “*nombrar y remover libremente a sus agentes*”.
- Por su parte, de conformidad con lo establecido en el artículo 66 de la Ley 489 de 1998, en concordancia con lo señalado en los numerales 24 y 27 del artículo 189 de la Constitución, el Consejo de Estado concluyó que los superintendentes,

en este caso el de Industria y Comercio, Financiero y Sociedades, son 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 esta medida, señaló que “... 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”, todo lo cual encuentra respaldo en el reconocimiento de derechos de distinta índole como lo son la participación ciudadana (Art. 1° C.P.); acceso al desempeño de cargos públicos (Art. 40 C.P.); al control social de la gestión pública (Art. 40 C.P.); a la igualdad de oportunidades (Art. 13 C.P.), así como en principios propios de la función administrativa, entre los cuales destaca la publicidad y transparencia (Art. 209 C.P.)

Así mismo, destacó que el artículo 2° de la Ley 909 de 2004 dispone que el criterio de mérito, de las calidades personales y de la capacidad profesional “... se podrán ajustar a los empleos públicos de libre nombramiento y remoción”.

Así mismo, el Consejo de Estado señaló que con la referida norma tampoco se vulneró el artículo 125 de la Constitución, ya que, si bien el referido artículo señala como principio general que los “empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera”, el mismo artículo exceptúa de la referida regla aquellos empleos de “libre nombramiento y remoción” y, que en dicho artículo, no se hizo alusión a la forma de designación de estos empleos.

Por último, indicó que con la norma demandada tampoco se transgredió el artículo 23 de la Ley 909 de 2009 ya que, como se mostró, “... la convocatoria pública, es un instrumento que en nada se opone a la Constitución y a la ley”.

#### **4.2 En relación con el periodo del cargo de Superintendente (Art. 2.2.34.1.4 del Art. 1° del D. 1817 de 2015).**

El Consejo de Estado concluyó que al haberse establecido en la norma demandada “... un periodo fijo” para el cargo de superintendente de Industria y Comercio, Financiero y Sociedades se presentó una “... usurpación de las atribuciones propias del Congreso de la República”. Lo anterior, justificado en lo siguiente:

- Destacó que en virtud de lo establecido en el numeral 23 del artículo 150 de la Constitución, le corresponde al Congreso de la República “... expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas”.
- Por su parte, señaló que de conformidad con lo establecido en el artículo 19 de la Ley 909 de 2004, el “empleo público” es el “... núcleo básico de la estructura de la función pública”.

- En esta medida, concluyó 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” (se destaca).

Adicionalmente señaló que la norma demandada, al establecer que los superintendentes de Industria y Comercio, Financiero y Sociedades “... serán nombrados por el Presidente de la República para el respectivo período presidencial”, ello implica “... una mutación de la naturaleza jurídica de este empleo” por cuanto que, tal y como lo señala expresamente los artículos 5° de la Ley 909 de 2004 y 7° del Decreto Ley 775 de 2005, este tipo de empleos son de “... libre nombramiento y remoción”, distinto al empleo de “período fijo”.

En esta medida, señaló el alto tribunal, que si bien la OCDE recomienda que a los superintendentes se los dote de un “período fijo”, “... 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”, en este caso las facultades propias del Congreso de la República.

#### **4.3 En relación con la motivación del acto de retiro del empleo de superintendente (Art. 2.2.34.1.5 del Art. 1° del D. 1817 de 2015).**

El Consejo de Estado señaló que la norma demandada, al incluir como exigencia la motivación del retiro del empleo de Superintendente, vulneró “... la cláusula general de competencia que sobre la materia le asiste al Congreso de la República”, ya que 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)”.

No obstante, señaló que dicha facultad no es “ilimitada”, ya que “... 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”.

En esta medida, los límites a la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción “deben encontrarse en la **racionalidad**, la **razonabilidad** y **proporcionalidad** 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” (se destaca).



#### 4.4 En relación con el plazo y la forma de proveer su remplazo (Art. 2.2.34.1.6 y Art. 2.2.34.1.7 del Art. 1° del D. 1817 de 2015).

En lo que concierne al aparte de la norma demandada con la cual se impuso un límite de tiempo para la designación del reemplazo del superintendente, una vez “*finalizado el período constitucional del presidente de la República*” (Art. 2.2.34.1.6 del Art. 1° del D. 1817 de 2015), el Consejo de Estado señaló que ello “... *contraría el ordenamiento jurídico*”, lo cual soportó en las mismas razones señaladas al analizar la ilegalidad del artículo 2.2.34.1.4 contenido en el artículo 1° del Decreto 1817 de 2015.

Por su parte, en relación con el aparte demandado del artículo 2.2.34.1.7 contenido en el artículo 1° del Decreto 1817 de 2015 según el cual, una vez 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*”, el Consejo de Estado señaló que la referida norma no podía “... *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*” (se destaca).

Lo anterior justificado en que, si bien “el encargo” es una figura prevista en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004 para proveer las vacancias de los empleos públicos, lo cierto es que la norma demandada está fundada en la culminación del período de los superintendentes, cuyo contenido normativo está previsto en el artículo 2.2.34.1.4 del Art. 1° del Decreto 1817 de 2015, por lo cual -señaló el Consejo de Estado-, de mantenerse vigente el aparte de la norma demandada (artículo 2.2.34.1.7 del Art. 1° del D. 1817 de 2015), 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*”.

Por lo anterior, el Consejo de Estado declaró la nulidad de disposición acusada (artículo 2.2.34.1.7 del Art. 1° del D. 1817 de 2015), “... *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*”.

## 5. Decisión

El Consejo de Estado resolvió el presente caso en los siguientes términos:

- En relación con el artículo 2.2.34.1.3 contenido en el artículo 1° del Decreto 1817 de 2015, declaró la **legalidad** del referido artículo.

- En relación con el artículo 2.2.34.1.4 contenido en el artículo 1° del Decreto 1817 de 2015, declaró **la nulidad** de la expresión “*para el respectivo período presidencial*”.
- En relación con los artículos 2.2.34.1.5, 2.2.34.1.6, y 2.2.34.1.7 contenidos en el artículo 1° del Decreto 1817 de 2015 declaró la **nulidad** de la totalidad de los referidos artículos.

## 6. Análisis y conclusiones del CEDEC

El procedimiento establecido en el artículo 2.2.34.1.3 contenido en el artículo 1° del Decreto 1817 de 2015 se seguirá aplicando, por lo cual, el Presidente de la República nombrará a los superintendentes de Industria y Comercio, Financiero y de Sociedades, previa invitación pública, a la cual se podrán presentar aquellos que cumplan con los requisitos y condiciones establecidos para ocupar el respectivo cargo (artículo 2.2.34.1.2. contenido en el artículo 1° del Decreto 1817 de 2015).

- Los superintendentes de Industria y Comercio, Financiero y de Sociedades no tienen un “periodo fijo” y el mismo tampoco corresponde al del “respectivo periodo presidencial”.
- Los superintendentes, al tener un cargo de “*libre nombramiento y remoción*”, pueden ser removidos a discreción del Presidente de la República, sin que para ello se requiera que este último profiera un “acto motivado”.

No obstante, la decisión de remover a cualquier superintendente debe ser acorde con los criterios de racionalidad, razonabilidad y proporcionalidad (artículo 44 de la Ley 1437 de 2011).

- Con fundamento en lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004, la figura del encargo sigue siendo aplicable. No obstante, tratándose de los superintendentes de Industria y Comercio, Sociedades y Financiero, dicha figura será aplicable siempre y cuando previamente se lleve a cabo una invitación pública en los términos establecidos en el artículo 2.2.34.1.3 contenido en el artículo 1° del Decreto 1817 de 2015.

En conclusión, la sentencia analizada revela, como ya lo hemos dicho, un intento cosmético para aparentar ante la OCDE que la autoridad de competencia colombiana tiene una independencia institucional del gobierno que en realidad no posee, porque no existen las bases constitucionales y legales para ello. La independencia de la autoridad de competencia forma parte de un conjunto de reformas que el CEDEC ha propuesto, con el fin de mejorar la institucionalidad y la aplicación del Derecho de la Competencia en Colombia. Es preciso acometer cuanto antes esta tarea.