

**Sentencia C-929/14**  
**(Bogotá D.C., 3 de diciembre de 2014)**

**Demanda de inconstitucionalidad** contra el inciso segundo del artículo 38 (parcial) y el artículo 40 ambos 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.*

**Actor:** Julio Andrés Moya Moreno.

**Referencia:** Expediente D-10237.

**Magistrado Ponente:** MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO.

**I. ANTECEDENTES.**

**1. Textos normativos demandados.**

El ciudadano Julio Andrés Moya Moreno, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad prevista en los artículos 40-6, 241 y 242 de la Constitución Política, demandó la constitucionalidad parcial del inciso segundo del artículo 38 y del artículo 40, ambos del Decreto Ley 775 de 2005. Los textos normativos acusados son los que se subrayan a continuación:

**DECRETO NÚMERO 775 de 2005**  
**(17 mar 2005)**

Por el cual se establece el Sistema Específico de Carrera Administrativa para las Superintendencias de la Administración Pública Nacional

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,  
En ejercicio de las facultades extraordinarias que le confiere el numeral 4 del artículo 53 de la ley 909 de 2004,

DECRETA:

**ARTÍCULO 38.** Obligación de evaluar.- Los empleados que deban calificar y evaluar el desempeño laboral de los empleados de carrera y de período de prueba, deberán hacerlo siguiendo las metodologías incluidas en el instrumento y en las fechas y circunstancias que determine el reglamento.

El resultado de la evaluación será la calificación correspondiente al período semestral. No obstante, si durante este período el jefe del organismo recibe información debidamente soportada sobre el deficiente desempeño laboral de un empleado, podrá ordenar, por escrito, que se le evalúen y califiquen sus servicios en forma extraordinaria.

(...)

**ARTÍCULO 40. Recursos.-** Contra la calificación definitiva sólo procede el recurso de reposición. El recurso se presentará y tramitará conforme a lo previsto para el recurso de reposición en el Código Contencioso Administrativo, pero deberá ser resuelto dentro de los quince (15) días siguientes a la presentación.”

## **2. Pretensión y cargos.**

### **2.1. Pretensión.**

El demandante solicita la inexecutable de los apartes demandados en los artículos 38 y 40 del Decreto Ley 775 de 2005 por la vulneración de los artículos 13 y 29 de la Constitución.

### **2.2. Cargo por violación del artículo 13 de la Constitución que prohíbe la adopción de medidas discriminatorias.**

2.2.1. Indica el demandante que el artículo 53 de la Ley 909 de 2004 confirió al Presidente de la República expresas facultades para expedir normas con fuerza de ley, en este caso, sobre el sistema específico de carrera administrativa para las Superintendencias, la Unidad Administrativa de la Aeronáutica Civil, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y el Departamento de la Presidencia de la República.

2.2.2. En desarrollo de la anterior facultad extraordinaria, se expidieron los decretos: (i) 775 de 2005 -Parámetros de funcionamiento de las Superintendencias- (ii) 790 de 2005 -Reguló la Unidad Administrativa de la Aero civil- (iii) 765 de 2005 -DIAN- (iv) 780 de 2005 -normalizó el DAPRE-los cuales, con excepción de la norma demandada, disponen un término anual para la evaluación de los empleados de carrera administrativa; inclusive la Ley 909 de 2004 frente a otro sistema específico -INPEC- dispone el mismo término de un año.

2.2.3. Argumenta que la Corte en la sentencia C-250 de 2013 indicó sobre los sistemas específicos de carrera que *“aun cuando se caracterizan por contener regulaciones especiales para el desarrollo y aplicación del régimen de carrera en ciertos organismos públicos, no tienen identidad propia, es decir, no son considerados por ese solo hecho como regímenes autónomos e independientes, pues son, en realidad, una derivación del régimen general de carrera, del cual se apartan solo en aquellos aspectos puntuales que pugnan o chocan con la especialidad funcional reconocida a ciertas entidades”*. Es decir, que deben

mantenerse los principios básicos que orientan la carrera administrativa en general, por lo cual no existe justificación del trato diferente que reciben los servidores de las superintendencias frente a sus pares del INPEC y los demás regímenes en lo referente a la calificación semestral.

2.2.4. Agrega, que la diferenciación es injustificada y contradice lo dispuesto por la Comisión Nacional del Servicio Civil en el Acuerdo 137 de 2010, *Por el cual se establece el Sistema Tipo de Evaluación del Desempeño Laboral de los Servidores de Carrera Administrativa y Período de Prueba*, el cual se aplica anualmente a los empleados que presten sus servicios en entidades que se rigen por la Ley 909 de 2004 o que hagan parte de los sistemas específicos y especiales de origen legal. Así como también es inconsistente con los artículos 34, 36 y 37 del Decreto demandado, que dispone tener en cuenta el Plan Anual de Gestión en la evaluación de desempeño.

### **2.3. Cargo por violación del artículo 31 de la Constitución por desconocimiento del derecho de la doble instancia.**

2.3.1. El artículo 40 del Decreto ley 775 de 2005 dispone de dos presupuestos normativos que trasgreden el derecho al debido proceso, en tanto que contra la calificación definitiva solo procede el recurso de reposición, disminuyendo con ello el derecho a la defensa de los funcionarios de las Superintendencias frente a la previsión de doble instancia.

2.3.2. La sentencia C-248 de 2013 indicó respecto de la excepción a la doble instancia que debe mediar una justificación razonable, racional y proporcional, la cual, se desconoce en el caso de la demanda, pues en el sentir del actor el Presidente de la República en los demás casos -DIAN, AEROCIVIL, INPEC etc- si consagró el recurso de apelación.

### **2.4. Cargo por violación del artículo 29 de la Constitución por desconocimiento del derecho a la defensa.**

2.4.1. Finalmente, el mismo artículo 40, desconoce el derecho a la defensa de los servidores de las superintendencias al crear un procedimiento diferente y contrario al estipulado en las normas generales, puesto que en lo referente a su radicación y sustentación dispone que se aplicará el Código Contencioso Administrativo, en cuyo caso, se prevé una etapa probatoria y por otro, la normativa del Decreto que los rige ordena que el recurso será resuelto en 15 días, pretermitiendo el período de pruebas.

## **3. Intervenciones.**

### **3.1. Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República: exequibilidad o inhibición.**

3.1.1. El apoderado para asuntos ante la rama judicial solicita la inhibición, al considerar que el cargo por igualdad requiere de una carga argumentativa calificada, la cual, no se satisface por parte de la demanda ya que debía analizarse en la admisión los aspectos técnicos de las superintendencias de la administración pública como elemento fundamental para determinar si el trato ofrecido por el artículo demandado es injustificado, desproporcional o irracional.

3.1.2. Respecto del artículo 40 del Decreto 775 de 2005 solicita la declaratoria de exequibilidad, en tanto que la doble instancia como garantía constitucional no es un principio absoluto, por lo que no es predicable en todos los sectores de la administración pública, tal y como lo expresó la Corte en la Sentencia C-248 de 2013 al referirse sobre la apelación de ciertos autos en el proceso disciplinario.

### **3.2. Departamento Administrativo de la Función Pública: exequibilidad.**

3.2.1. El ente administrativo indica en su intervención que las entidades que se rigen por un sistema específico de carrera contienen regulaciones especiales para el desarrollo de sus actividades, por lo cual, su régimen de carrera presenta particularidades propias dependiendo de la entidad.

3.2.2. Si bien el Decreto 775 de 2005 fijó las reglas en materia de provisión de cargos, procesos de selección, evaluación de desempeño, registro público, retiro de servicios entre otras. A su turno, otorgó a las Superintendencias la posibilidad de que sean ellas mismas quienes ejecuten algunas funciones relacionadas con la operación de su sistema específico de carrera, dentro de las cuales se encuentra lo relativo a la evaluación de desempeño.

3.2.3. El legislador ordinario facultó al legislador extraordinario para apartarse de lo dispuesto en la Ley 909 de 2004 en cuanto a la regulación de los sistemas específicos de carrera, por lo que no pueden catalogarse los desarrollos normativos efectuados en ejercicio de dicha facultad extraordinaria como inconstitucionales, por no haber acogido en su integridad lo dispuesto en la Ley 909 de 2004.

### **3.3. Superintendencia Financiera de Colombia: exequible.**

3.3.1. De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional en especial la Sentencia C-1230 de 2005, los temas del sistema específico de las Superintendencias que pueden contener divergencias con el sistema general de carrera administrativa son: (i) el ingreso, (ii) la permanencia, (iii) ascenso y (iv) retiro del personal.

3.3.2. La *permanencia* está directamente relacionada con la evaluación del desempeño, en tanto que el ingreso y la continuidad en el cargo debe fundarse en el mérito, el cual, naturalmente es valorado a través de la calificación del trabajo. En consecuencia, el examen del desempeño dependerá de la entidad en la que se ubique el personal evaluado, en este caso, los servidores de las superintendencias públicas.

3.3.3. En el caso de la Superintendencia Financiera, el impacto de sus decisiones juega un papel determinante en la economía nacional, por lo que su personal debe cumplir con los más altos estándares de calidad, tal y como lo recomendó la misión Kemmerer en 1927. Razón por la cual, la evaluación semestral hace más severa la permanencia en el cargo, en la medida que permite mantener la más alta calidad técnica y moral de sus funcionarios.

#### **3.4. Superintendencia de Industria y Comercio: exequible.**

3.4.1. El régimen de calificación de desempeño semestral es una disposición razonable que permite alcanzar un fin legítimo, tendiente a garantizar el cumplimiento de los principios y funciones asignadas a las Superintendencias a través de sus funcionarios.

3.4.2. La norma atacada hace parte integral de la norma del sistema específico de carrera, la cual, va dirigida a quienes aspiran a ejercer funciones públicas en las superintendencias, en ese sentido, no solo debe tener en cuenta los requisitos para acceder al cargo, sino también para permanecer en el con base en una conducta intachable.

3.4.3. Al poseer una regulación específica, en lo atinente a la periodicidad de la evaluación del desempeño, se parte de los presupuestos de eficacia, eficiencia y efectividad, aspectos que deben primar en el desempeño de las funciones de las Superintendencias, atendiendo su carácter técnico, sancionatorio, de Autoridad Nacional de regulación y protección de la competencia.

#### **3.5. Superintendencia de Sociedades: exequible.**

3.5.1. El contexto sobre el cual se debe hacer el examen de igualdad es entre todos los empleados de las Superintendencias, ya que no puede tildarse de discriminatoria por diferenciarse del sistema general de carrera.

3.5.2. En cuanto a la vulneración del debido proceso por la falta de doble instancia, el mismo funcionario es el que determina su rendimiento mediante la comprobación del logro de sus objetivos, soportado con documentos, estadísticas e indicadores del cumplimiento de las metas.

#### **3.6. Superintendencia de Puertos y Transporte: exequible.**

3.6.1. La premisa de la demanda yerra al considerar que todos los regímenes de carrera deben equipararse, por lo que la acusación debía fundarse en contra de todo el régimen específico y no en contra de una expresión de una de sus regulaciones, en este caso, de permanencia en el cargo.

3.6.2. La Sentencia C-250 de 2013 señaló sobre la carrera administrativa que existen tres sistemas: (i) el general, (ii) los especiales y (iii) los específicos. En ese sentido

el sistema ordinario está regulado en la Ley 909 de 2004 y el específico en el Decreto 775 de 2005, del cual, se permiten ciertas divergencias del sistema ordinario, acorde con las necesidades propias de cada entidad.

### **3.7. Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios: exequible.**

3.7.1. El hecho de consagrarse un plan anual de gestión no riñe con el establecimiento de la calificación semestral, en tanto que el diseño constitucional y legal de la superintendencia de servicios públicos domiciliarios, la convierten en una entidad especial dentro de la estructura administrativa del Estado y permite que su régimen prestacional atienda a situaciones especiales en razón de su especialidad y carácter técnico, materializado en su propio sistema de carrera.

### **3.8. Aeronáutica Civil: exequible.**

3.8.1. El apoderado judicial de la Aerocivil indica en su intervención que el Decreto acusado no le es aplicable a su representada, pues dicha entidad se rige por la Ley 909 de 2004.

### **3.9. Universidad Externado de Colombia: exequible.**

3.9.1. La constitucionalidad de carreras específicas es un tema avalado por la Corte en reiteradas ocasiones, bajo la consideración de que los fines de dichas entidades administrativas justifican la adecuación de su estructura conforme a sus objetivos y funciones.

3.9.2. En el marco de la flexibilidad de los regímenes específicos de carrera, es factible la implementación de un sistema de calificación diferente al general y ordinario, por lo que la lectura del derecho a la igualdad no puede ser abordada estrictamente, sino con base en la finalidad de dicha diferenciación, justificada en las finalidades de inspección, control y vigilancia que ameritan una calificación más dinámica de su personal.

## **4. Concepto del Procurador General de la Nación<sup>1</sup>: exequible / condicionado e inexecutable.**

4.1. Respecto del primer cargo, aboga por su constitucionalidad en la medida que la misma ley fija periodos de calificación incluso menores, como bimestrales o trimestrales, por lo que en dicho proceso, lo importante es que previamente se hayan establecido las reglas para su desarrollo.

4.2. En cuanto a la restricción de los medios de defensa frente al acto de la calificación, dicha limitación resulta desproporcionada e irrazonable, con base en las siguientes consideraciones: (i) la tendencia normativa es la procedencia de los

---

<sup>1</sup> Concepto No. 5807 del 31 de julio de 2014.

recursos de reposición y apelación, tal y como se establece para los regímenes de carrera de la Dian –D 765 de 2005, Aerocivil –D 790 de 2005-, Procuraduría General –D 262 de 2002- y Fiscalía General –D 20 de 2014-.

(ii) Constitucionalmente, lo ideal es establecimiento de la doble instancia para todas las actuaciones administrativas, no obstante, las excepciones se fundamentan en el bien jurídico involucrado con la expedición del acto administrativo. En el caso bajo estudio, al tratarse de la calificación del servicio se compromete el derecho fundamental al trabajo, que además se relaciona con la dignidad humana, en la medida que la mala calificación no solo trae como consecuencia la declaratoria de insubsistencia, sino además la sanción de poder participar en otros concursos.

(iii) El derecho al debido proceso se basa en la garantía de imparcialidad en el control de la actuación de la primera instancia, a través de la calificación de una segunda instancia, la cual, es ajena a la relación laboral inmediata que motiva no solo la calificación sino la resolución del recurso de reposición.

4.4. Por lo anterior, la vista Fiscal, considera que el artículo 40 del Decreto 775 de 2005 es constitucional bajo el entendido de que también procede el recurso de apelación frente al acto de la calificación del desempeño.

4.5. En cuanto al término de 15 días para resolver el recurso, solicita se declare inconstitucional, pues el establecimiento de un término menor al de la Ley 1437 de 2011, vulnera el derecho de defensa del recurrente y de la eficiencia de la administración para tomar sus decisiones, en tanto que el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso prevé un período de defensa de 30 días para cada uno de los recursos.

## **II. FUNDAMENTOS.**

### **1. Competencia.**

Este tribunal es competente para pronunciarse sobre la constitucionalidad de las expresiones contenidas en el artículo 38 y 40 del Decreto-Ley 755 de 2005, atendiendo lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 241 de la Constitución Política.

### **2. Aptitud de la demanda.**

2.1. Conforme a la solicitud de inhibición por parte de uno de los participantes respecto del cargo por vulneración del derecho a la igualdad, se considera que logra suscitar una duda mínima sobre la constitucionalidad de la norma, no solo para la Corte, sino también para el Ministerio Público y los demás intervinientes, en la medida que la mayoría solicitan su exequibilidad.

2.2. Esta Corporación constata que la demanda: (i) señala con claridad que la expresión legal que presuntamente transgrede la Constitución es “*El resultado de la*

*evaluación será la calificación correspondiente al período semestral*” - artículo 38 del Decreto Ley 775 de 2005-; (ii) indica la Norma Superior que considera vulnerada -artículo 13 CP-; (iii) presenta como concepto de inconstitucionalidad, el tratamiento legal diferenciado en cuanto a la periodicidad semestral de la evaluación otorgado a los servidores de las superintendencias de la administración pública frente a los servidores públicos del régimen de carrera general –Ley 909 de 2004- e incluso frente a otros regímenes de carrera específicos –DIAN, AEROCIVIL, DAPRE- cuya calificación es anual.

### **3. Problemas jurídicos.**

Corresponde establecer si las expresiones: (i) *“El resultado de la evaluación será la calificación correspondiente al período semestral”*, contenida en el artículo 38 del Decreto 775 de 2005, al fijar el período de evaluación del servicio en seis meses, ¿constituye una discriminación legal injustificada (CP,13) frente a la evaluación anual prevista en la Ley 909 de 2004 y en los regímenes regulados con fundamento en el artículo 53 de la Ley 909 de 2005 –AEROCIVIL –D 790/05-, DIAN –D 765/05- y DAPRE –D 780/05?

(ii) *“Contra la calificación definitiva sólo procede el recurso de reposición”*, dispuesta en el artículo 40 del Decreto 775 de 2005, ¿restringe el derecho a la doble instancia (CP, 31) de los servidores de las superintendencias de la administración pública, al limitar el ejercicio del derecho de defensa al uso del recurso de reposición, cuando la norma superior contempla que todas los actos o sentencias son apelables?

(iii) *“El recurso se presentará y tramitará conforme a lo previsto para el recurso de reposición en el Código Contencioso Administrativo, pero deberá ser resuelto dentro de los quince (15) días siguientes a la presentación”*, comprendida en el artículo 40 del Decreto 775 de 2005, ¿constituye una vulneración del debido proceso y del derecho de defensa de los servidores de las superintendencias públicas al establecer que el recurso de reposición se regirá por el Código Contencioso Administrativo en cuyo caso prevé por remisión un período probatorio que a su vez, en la norma especial, se omite al no disponer de una etapa probatoria?

### **4. Cargo 1º: vulneración del derecho a la igualdad.**

#### **4.1. Alcance del cargo.**

Según la demanda, el Decreto ley 775 de 2005, en su artículo 38, consagra una norma que vulnera el derecho a la igualdad de los servidores públicos de las Superintendencias Públicas al determinar que la evaluación del servicio será semestral. Ello, por cuanto resulta discriminatorio frente a la calificación anual aplicada a los servidores públicos regulados en otros sistemas de carrera.



## **4.2. Flexibilidad en los regímenes específicos de carrera -reiteración de jurisprudencia-**

4.2.1. El sistema de carrera por concurso de méritos involucra un proceso técnico en la dirección del personal y un mecanismo de fomento de los principios de igualdad e imparcialidad, pues procura que a la administración pública ingresen los profesionales más capacitados, rechazando aquellos factores de calificación que pugnen con la esencia misma del Estado social de derecho como lo pueden ser el clientelismo o favoritismo.

4.2.2. No obstante, la Constitución, la Ley y la Jurisprudencia, han determinado diferentes tipos de carrera, resumidas en la Sentencia C-1230 de 2005 del siguiente modo:

“Ahora bien, de acuerdo con el contenido del artículo 130 Superior, el cual le asigna a la Comisión Nacional del Servicio Civil la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos -salvo de las que tienen carácter especial-, la jurisprudencia ha dejado establecido que bajo el actual esquema constitucional coexisten tres categorías de sistemas de carrera administrativa: la carrera general, regulado actualmente por la Ley 909 de 2004, y las carreras de naturaleza especial. En relación con los regímenes especiales, ha destacado que éstos tienen origen constitucional, en el sentido de que existe un mandato expreso del constituyente para que ciertas entidades del Estado se organicen en un sistema de carrera distinto al general, y también tienen origen legal, en la medida que es el legislador, ordinario o extraordinario, quien toma la decisión de crearlos a través de leyes o decretos con fuerza de ley.

Sin pretender establecer una enumeración taxativa, a partir de una interpretación sistemática de la Constitución, en las Sentencias C-391 de 1993, C-356 de 1994 y C-746 de 1999, este Tribunal ha calificado como regímenes especiales de origen constitucional, el de los servidores públicos pertenecientes a las siguientes entidades estatales: (i) las Fuerzas Militares y la Policía Nacional (C.P. arts. 217 y 218); (ii) la Fiscalía General de la Nación (C.P. art. 253); (iii) la Rama Judicial del poder público (C.P. art. 256-1°); (iv) la Contraloría General de la República (C.P. art. 268-10°); la Procuraduría General de la Nación (C.P. art. 279) y las universidades del Estado (C.P. art. 69).

Respecto de los regímenes especiales de origen legal, los mismos han sido denominados por el legislador “*sistemas específicos de carrera administrativa*”, y definidos, inicialmente en el artículo 4° de la Ley 443 de 1998 y ahora en el artículo 4° de la Ley 909 de 2004, como “*aquellos que en razón a la singularidad y especificidad de las funciones que cumplen las entidades en las cuales se aplican, contienen regulaciones específicas para el desarrollo y aplicación de la carrera administrativa en materia de ingreso,*

*capacitación, permanencia, ascenso y retiro del personal y se encuentran consagrados en leyes diferentes a las que regulan la función pública”.*

El propio artículo 4° de la Ley 909 de 2004 determina que son *sistemas específicos de carrera* los que rigen para el personal que presta sus servicios en las siguientes entidades públicas: (i) el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS); (ii) el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec); (iii) la Unidad Administrativa Especial de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN); (iv) las superintendencias; (v) el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República; (vi) la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil; y (vii) el personal científico y tecnológico de las entidades públicas que conforman el Sistema Nacional de Ciencia y Tecnología.

Sobre dichos *sistemas específicos*, ha precisado la jurisprudencia que éstos pueden existir, es decir, que son en principio constitucionalmente admisibles, toda vez que su configuración e implementación hace parte de la competencia asignada al legislador para regular todo lo atinente a la función pública y, particularmente, a la carrera administrativa.”

4.2.3. Un primer pronunciamiento sobre los regímenes específicos de carrera y el régimen general se encuentra contenido en la Sentencia C-563 de 2000, en los siguientes términos:

“No existe impedimento de orden constitucional para que el Congreso, en ejercicio de la cláusula general de competencia legislativa que el Constituyente radicó en esa Corporación, pueda crear sistemas especiales de carrera de contenido particular, que a su vez hagan parte del sistema de carrera administrativa general.

Lo anterior por cuanto si bien dichos sistemas no se regirán por las normas de carrera de carácter general, dada su singularidad y especialidad, si deberán estar sometidos a otras de carácter especial que produzca el legislador, lo que no implica, como parece entenderlo el actor, que a través de éstas últimas el Congreso pueda excluir del régimen de carrera, sin más, las entidades que él arbitrariamente decida, pues aquel se impone ‘para todos los empleos de los órganos y entidades del Estado, salvo las excepciones de la Constitución y de la ley’; para lo que está habilitado el legislador es para flexibilizar las garantías de dicho régimen general, en razón de la singularidad y especificidad del objeto de una determinada entidad, siempre y cuando con sus decisiones no vulnere, contradiga o desconozca el ordenamiento superior.

En ese sentido, en anteriores oportunidades se ha pronunciado esta Corporación, al señalar que el legislador, para dar cumplimiento al mandato del artículo 125 de la Carta Política, deberá optar en primera instancia por el régimen de carrera ordinaria y sólo podrá establecer regímenes de libre nombramiento y remoción o regímenes especiales que flexibilicen las

garantías de carrera, cuando para ello exista una razón suficiente. (Subraya fuera de texto).

4.2.4. Posteriormente, en la Sentencia C-250 de 2013, la Corte analizó el artículo 49 del Decreto 775 de 2005, “*Por el cual se establece el Sistema Específico de Carrera Administrativa para las Superintendencias de la Administración Pública Nacional*”. Dicha norma excluía la conformación de las comisiones de personal en las Superintendencias, y fue expulsada del ordenamiento jurídico, en tanto que fomentaba injustificadamente la desigualdad frente a los demás servidores públicos, pues la regulación acusada no hacía parte de las regulaciones susceptibles de regulación especial. En esa ocasión se expresó lo siguiente:

“Esa flexibilización no implica la desaparición de los presupuestos esenciales de la carrera, sino su modulación para hacerlos compatibles con las características de la respectiva entidad, siendo del caso examinar cuáles de esos principios y postulados básicos podrían ser objeto de moderación al regular una sistema específico de carrera.

Como quiera que tales principios y postulados se encuentran en la Constitución y en la ley general sobre carrera, resulta pertinente traer de nuevo a colación el artículo 4º de la Ley 909 de 2004, de acuerdo con cuyas voces las regulaciones específicas para sistemas de ese tipo han de contener reglas referentes “al desarrollo y aplicación de la carrera administrativa en materia de ingreso, capacitación, permanencia, ascenso y retiro del personal”.

Son estos, entonces, los distintos ámbitos en los que caben regulaciones flexibles que atiendan a la índole de las funciones de la entidad de que se trate, lo cual permite sostener que las materia diferentes al ingreso, capacitación, la permanencia, el ascenso y el retiro no son, en principio, susceptibles de cambio so pretexto de la instauración de un sistema específico de carrera y menos aún si, fuera de no encajar en ninguno de los mencionados ámbitos, cuentan con una regulación ya dispuesta por el legislador en la ley general.”

### **4.3. Examen de igualdad concreto.**

4.3.1. El desarrollo del juicio de igualdad involucra el examen del precepto demandado, la revisión de la norma respecto de la cual se alega el trato diferenciado injustificado y la consideración del propio principio de igualdad. Dada su complejidad, el juicio no puede reducirse a contrastar el concepto jurídico acusado y la regla constitucional que sirve de parámetro de control; requiere de otro elemento a considerar, consistente en la confrontación con grupo del cual se predica un trato diferente, que hace las veces de término de la comparación.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> C-093 de 2001.

4.3.2. En un examen de igualdad se requiere evacuar varias etapas. En primer lugar es necesario (i) determinar el criterio de comparación -identificar si los supuestos de hecho son susceptibles de confrontación y si se examinan sujetos de la misma naturaleza-, y con fundamento en ello, (ii) definir si se afecta en el plano jurídico el mandato de trato igual. En caso de ser así, se (iii) constatará si la diferencia de trato está constitucionalmente justificada, es decir, si las situaciones en comparación merecen un trato diferente desde la Constitución.

4.3.3. Conforme a lo anterior, debe la Corte establecer, en primer lugar, si el trato diferenciado establecido por el legislador extraordinario en el Decreto 775 de 2005 consistente en prescribir un período semestral para la calificación del desempeño de los funcionarios de las superintendencias afecta el mandato de trato igual entre iguales, en tanto que para los funcionarios destinatarios de la Ley 909 de 2004 – régimen general- como de otros sistemas específicos AEROCIVIL –D 790/05-, DIAN –D 765/05- y DAPRE –D 780/05-, se ha previsto que la calificación se surta anualmente, tal y como se evidencia en el siguiente cuadro comparativo:

<b>Superintendencias D-775/05</b>	<b>Sistema General L-909/05</b>	<b>Aerocivil D-790/05</b>	<b>Dian D-765/05</b>	<b>Dapre D-780/05</b>
Art. 38 (...) El resultado de la evaluación será la calificación correspondiente al período semestral. No obstante, si durante este período el jefe del organismo recibe información debidamente soportada sobre el desempeño deficiente laboral de un empleado, podrá ordenar, por escrito, que se le evalúen y califiquen sus servicios en forma extraordinaria.	Art. 38 (...) El resultado de la evaluación será la calificación correspondiente al período anual, establecido en las disposiciones reglamentarias, que deberán incluir dos (2) evaluaciones parciales al año. No obstante, si durante este período el jefe del organismo recibe	Art. 37 (...) La calificación será el resultado de dos evaluaciones semestrales, que se realizarán en las fechas y condiciones que establezca el reglamento. No obstante, si durante este período el Director General de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, Aerocivil recibe información debidamente soportada sobre el desempeño laboral deficiente de un empleado,	Art. 44 Artículo 44. El resultado de la evaluación será la calificación correspondiente al período ordinario de un año, durante el cual se realizarán el número de evaluaciones parciales que se requieran.  Cuando durante el período ordinario, el empleado público con personal a	Art. 23 (...) El resultado de la evaluación será la calificación correspondiente al período anual, la cual deberá incluir dos (2) evaluaciones parciales al año. No obstante, si en cualquier momento el jefe del organismo considera que el desempeño laboral de un empleado es deficiente podrá ordenar, por

	información debidamente soportada de que el desempeño laboral de un empleado es deficiente podrá ordenar, por escrito, que se le evalúen y califiquen sus servicios en forma inmediata.	podrá ordenar por escrito que se le evalúen y califiquen extraordinariamente sus servicios en forma inmediata.	cargo o el responsable del área considere el desempeño laboral de un empleado, podrá solicitar por escrito al Director del organismo o a quien este delegue, que se le evalúen y califiquen sus servicios en forma inmediata, (...)	escrito, que se evalúen y califiquen sus servicios en forma inmediata.
--	---	--	---	--

4.3.4. El planteamiento del demandante sugiere que el criterio de comparación que debe emplearse para definir si es o no posible un trato diferente entre el grupo regulado por el Decreto 775 de 2005 y los sujetos de comparación antes enunciados, consiste en la condición de servidor público y por lo tanto, la periodicidad de la evaluación debería ser idéntica.

4.3.5. La Corte no comparte la anterior consideración, dado que el legislador tanto ordinario como extraordinario, se encuentra habilitado –al amparo del margen de configuración reconocido en el artículo 125 de la Carta- para regular el régimen de carrera y tomar en consideración entre muchos otros factores: (i) el tipo de funciones asignadas a los diferentes servidores públicos, (ii) el grado de importancia que tiene su cumplimiento adecuado, (iii) el nivel de confianza requerido en las aptitudes del servidor correspondiente. Razón por la cual, el criterio de comparación para definir si se afecta el mandato de trato igual debe definirse no solo por la condición de servidor público sino también por otros rasgos que, como los mencionados, podrían ser considerados para definir la periodicidad de la calificación de desempeño.

En particular la Corte estima del caso referir las siguientes características especiales del régimen jurídico aplicable a las superintendencias y que puede explicar en buena medida el tratamiento diverso.

**4.3.5.1. Diferenciación en la fuente de regulación.** El artículo 3 de la Ley 909 de 2004<sup>3</sup> al referirse al campo de aplicación, enlistó los servidores públicos a los que se le *aplicaría íntegramente* dicha normativa, sin que dentro de su numeración se incluyera a los servidores de las superintendencias públicas, por cuanto en la normativa subsiguiente los caracterizó como destinatarios de un sistema de carrera diferente, con base en la siguiente justificación:

**ARTÍCULO 4o. SISTEMAS ESPECÍFICOS DE CARRERA ADMINISTRATIVA.**

1. Se entiende por sistemas específicos de carrera administrativa aquellos que en razón a la singularidad y especialidad de las funciones que cumplen las entidades en las cuales se aplican, contienen regulaciones específicas para el desarrollo y aplicación de la carrera administrativa en materia de ingreso, capacitación, permanencia, ascenso y retiro del personal y se encuentran consagradas en leyes diferentes a las que regulan la función pública. (...)

2. Se consideran sistemas específicos de carrera administrativa los siguientes:  
- El que rige para el personal que presta sus servicios en las Superintendencias. (Subrayas fuera de texto)  
(...)

Con base en lo anterior, y conforme al margen de configuración<sup>4</sup> del legislador, la ley que regula el empleo público y la carrera administrativa determinó que los regímenes específicos desde su misma creación son diferentes al sistema de carrera común, sobre todo, en los aspectos de *ingreso, capacitación, permanencia, ascenso y retiro* del personal.

**4.3.5.2. Justificación constitucional del tratamiento legal.** La Corte al estudiar el artículo 4 de la Ley 909 de 2004, declaró la constitucionalidad de la existencia de los sistema de carrera específicos, indicando que “*Sobre dichos sistemas específicos, ha precisado la jurisprudencia que éstos pueden existir, es decir, que son en principio constitucionalmente admisibles, toda vez que su configuración e implementación hace parte de la competencia asignada al legislador para regular todo lo atinente a la función pública y, particularmente, a la carrera administrativa*”.<sup>5</sup>

<sup>3</sup> ARTÍCULO 3o. CAMPO DE APLICACIÓN DE LA PRESENTE LEY.

1. Las disposiciones contenidas en la presente ley serán aplicables en su integridad a los siguientes servidores públicos:

a) A quienes desempeñan empleos pertenecientes a la carrera administrativa en las entidades de la Rama Ejecutiva del nivel Nacional y de sus entes descentralizados. (...)

b) A quienes prestan sus servicios en empleos de carrera en las siguientes entidades: (...)

c) A los empleados públicos de carrera de las entidades del nivel territorial: departamentos, Distrito Capital, distritos y municipios y sus entes descentralizados;

d) La presente ley será igualmente aplicable a los empleados de las Asambleas Departamentales, de los Concejos Distritales y Municipales y de las Juntas Administradoras Locales. Se exceptúan de esta aplicación quienes ejerzan empleos en las unidades de apoyo normativo que requieran los Diputados y Concejales. (...)

<sup>4</sup> Ut Supra C-563 de 2000.

<sup>5</sup> C-1230 de 2005.

No obstante, la flexibilización en asuntos de ingreso, capacitación, permanencia, ascenso y retiro, es tan estricta, que cuestiones ajenas a dichas materias podrían ser inconstitucionales, tal y como ocurrió en el caso tratado en la Sentencia C-250 de 2013. En esa ocasión declaró inexecutable la norma que pretermitió la conformación de comisiones de personal en las Superintendencias al no ser un asunto de la exclusión y estar regulado en la ley general.

Ahora bien, conviene determinar en qué categoría se ubica la norma acusada, con el fin de constatar si es susceptible de una regulación diferente a la general o si por el contrario su regulación debe regirse por las normas comunes del sistema de carrera. En ese sentido, el artículo acusado -38 del Decreto 775 de 2005- se ubica dentro de la estructura normativa en la categoría de permanencia, conforme lo dispone el artículo 35 de ese mismo decreto, al establecer que la evaluación de desempeño se tendrá en cuenta para “*Determinar la permanencia en el servicio*”. Concluyendo, que al tratarse de una disposición que regula la permanencia en el cargo, corresponde a las materias sobre las cuales el legislador válidamente puede determinar una regulación distinta a la prevista en el régimen general.

**4.3.5.3. Excepciones legales del trato deprecado.** Como se deduce del cuadro comparativo –Ut Supra 4.3.5- el período de calificación anual no es inmodificable, pues se habilita la modificación del plazo anual por uno inferior en el evento de evidenciarse el desempeño deficiente del funcionario, siendo posible proceder a la valoración inmediata del servicio. Lo cual implica, que incluso para los servidores cobijados por los otros sistemas específicos –DIAN, AEROCIVIL y DAPRE- está prevista una calificación menor a la anual.

4.3.6. Con fundamento en lo antes visto, es factible constatar que el grupo de los empleados de las superintendencias no es asimilable al del régimen común contemplado en la Ley 909 de 2004. No obstante, ello no es tan claro cuando se comparan a dichos servidores – los cobijados por el Decreto 775 de 2005- con los trabajadores de los sistemas regulados por el Presidente de la República en cumplimiento del artículo 53 de la Ley 909 de 2004.

4.3.6.1. Al respecto, debe señalarse que el mandato de igualdad no implica que el legislador tenga que otorgar tratos iguales en todos los casos en los cuales se presenten grupos que, prima facie, resultan similares. Sobre el particular, este Tribunal ha tenido oportunidad de explicar que no en todos los juicios debe existir una congruencia perfecta entre el criterio de comparación relevante y los grupos establecidos por el legislador. Así, en la sentencia C-741 de 2003 indicó la Corte:

“La identificación del criterio de comparación (...) sirve para examinar si la clasificación del legislador agrupa realmente a personas diferentes a la luz de la norma acusada, en otras palabras, si las clases fueron racionalmente configuradas o si lo fueron caprichosamente. La racionalidad de la medida

---

diferenciadora obedece al grado de acierto en incluir a todas las personas similarmente situadas para los fines de la ley. Así, la determinación de si dos grupos son comparables depende de su situación vista a la luz de los fines de la norma. // Una clasificación es claramente racional si incluye a todas las personas en similar situación, y es totalmente irracional si ninguna de las personas incluidas tiene relación alguna con tales fines. Los casos donde la racionalidad de la clasificación es discutible, se refieren a los casos en que la ley no incluye a todas las personas colocadas en similar situación a la luz del fin buscado (*infra-inclusiva*) – p.ej. garantiza la educación gratuita a los niños de baja estatura y no a los de alta estatura –, incluye personas colocadas en situación diferente a la luz del fin buscado (*sobre-inclusiva*) – p.ej. garantiza la educación gratuita a niños de padres adinerados – o, al mismo tiempo, excluye a unas colocadas en situación similar e incluye a otras no colocadas en situación semejante (*sobre-inclusiva e infra-inclusiva*) – p.ej. garantiza la educación gratuita a todos los niños de baja estatura sean ricos o pobres y no a los altos –. // En los casos donde la racionalidad de la clasificación es discutible, el control ejercido por el juez constitucional reconoce que no es posible exigir al legislador una congruencia perfecta entre el criterio de diferenciación y la delimitación del ámbito de las clases resultantes de dicho criterio. Esto porque en una democracia donde se respeta el principio de separación de las ramas del poder público debe haber una distribución de funciones y un sistema de controles que permitan a la vez el cumplimiento efectivo de los fines del Estado, así como el respeto y la realización de principios, derechos y valores materiales. En este marco el legislador goza de un margen de configuración legislativa en materia del diseño de las políticas públicas, sin que le sea exigible jurídica, ni prácticamente dada la creciente complejidad social, una racionalidad máxima, es decir, una congruencia perfecta entre el criterio de diferenciación y la delimitación de las clases resultantes de aplicar dicho criterio.” (Subraya fuera de texto).

4.3.6.2. Así las cosas, no siempre es inconstitucional una disposición legislativa que suponga algún grado de incongruencia entre el criterio de comparación y los grupos destinatarios de un trato diferente. Esas decisiones podrán encontrar apoyo no solo en la complejidad que la regulación de determinadas materias tiene sino también en el principio democrático que –aunque en diferente grado- acompaña las decisiones adoptadas por el legislador ordinario y extraordinario. En síntesis, el legislador cuenta con la posibilidad de efectuar clasificaciones bajo la condición de que no resulten arbitrarias por resultar sobre-inclusivas o infra-inclusivas-.

4.3.7. Procede la Corte a establecer entonces si frente al subgrupo de los empleos contenidos en el artículo 53 de la Ley 909 de 2004, se afecta el mandato de trato igual o si, por el contrario, la disposición acusada se encuentra amparada por el margen de configuración reconocido al legislador.



4.3.7.1. La diferencia entre el período de calificación de los funcionarios de las superintendencias y el de los funcionarios –Dian, Aerocivil y Dapre- puede explicarse en las siguientes razones:

(i) de la norma habilitante no se desprende que el legislador extraordinario estuviera obligado a otorgar un trato idéntico a todos los empleos públicos sobre los cuales se facultó, es así, como la autorización entorno a la Dian fue para *modificar* el régimen existente, en el caso del Departamento Administrativo de la Presidencia se limitó a *regular* de manera general el sistema de empleo y en cuanto a la Aerocivil y Supersociedades, se circunscribió a la intervención de los contenidos de ingreso, permanencia, ascenso y retiro del personal, tal y como se enuncia en la norma transcrita a continuación:

ARTÍCULO 53. FACULTADES EXTRAORDINARIAS. De conformidad con el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política, revístese de precisas facultades extraordinarias al Presidente de la República por el término de seis (6) meses, contados a partir de la fecha de promulgación de esta Ley, para expedir normas de fuerza de ley que contengan:

1. El procedimiento que debe surtirse ante y por la Comisión Nacional del Servicio Civil, para el cumplimiento de sus funciones.
2. El sistema general de nomenclatura y clasificación de empleos aplicable a las entidades del orden territorial que deban regirse por la presente ley.
3. El sistema de funciones y requisitos aplicable a los organismos y entidades de los órdenes nacional y territorial que deban regirse por la presente ley, con excepción del Congreso de la República.
4. El sistema específico de carrera para el ingreso, permanencia, ascenso y retiro del personal de las superintendencias de la Administración Pública Nacional, de la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil.
5. Las normas que modifiquen el sistema específico de carrera para los empleados de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.
6. Las normas que regulen el sistema específico de carrera administrativa para los empleados públicos que prestan sus servicios en el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República. (Subrayas fuera de texto).

(ii) La naturaleza de las funciones que le fueron asignadas a las Superintendencias en el artículo 66 de la Ley 489 de 1998 dispone que estos organismos son creados con autonomía administrativa y financiera, sin personería jurídica, y que cumplen funciones de inspección y vigilancia atribuidas por la ley o mediante delegación que haga el Presidente de la República previa autorización legal; (iii) el artículo 2 del Decreto 775 de 2005 al ocuparse de ése sistema específico de carrera, aludió a la naturaleza del servicio prestado por las superintendencias para indicar en su ámbito de aplicación que:

Las superintendencias son organismos de carácter técnico, que hacen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público y prestan el servicio de

supervisión, mediante el ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control atribuidas por la ley o mediante delegación del Presidente de la República.

Para el ejercicio de dichas funciones, el presente decreto establece las normas para el ingreso, la permanencia, el ascenso y el retiro de sus servidores.

4.3.7.2. Corolario de lo anterior, las especiales atribuciones asignadas a las superintendencias, su contenido técnico y especializado y su notable injerencia en la actividad de determinados mercados –sociedades, financiero, transporte, salud, industria y comercio, etc-, constituyen factores que permiten que el legislador defina un trato diferenciado en lo relativo a la *permanencia* -calificación del desempeño-. Se trata entonces de un grupo de entidades públicas que por el tipo de funciones atribuidas no tienen que ser destinatarias del mismo régimen de evaluación aplicable a los funcionarios de las otras entidades del Estado. Ello es además compatible con la jurisprudencia de este Tribunal que ha señalado en la sentencia C-250 de 2013 que la “flexibilización no implica la desaparición de los presupuestos esenciales de la carrera, sino su modulación para hacerlos compatibles con las características de la respectiva entidad, siendo del caso examinar cuáles de esos principios y postulados básicos podrían ser objeto de moderación al regular una sistema específico de carrera.”

#### **4.4. Conclusión del cargo.**

La disposición acusada deviene constitucional por el cargo de igualdad, en la medida que frente a las divergencias antes anotadas (i) se logra evidenciar un criterio de diferenciación entre la situación fáctica de los servidores de la superintendencias públicas y los funcionarios cobijados por la Ley 909 de 2004, pues la ley que regula el régimen de carrera y el empleo público los considera de distinta naturaleza jurídica -artículos 3 y 4 Ley 909 de 2004-; (ii) la Corte ha avalado las discrepancias entre los distintos sistemas de carrera, en especial, la flexibilización en aspectos de *ingreso*, *capacitación*, *permanencia*, *ascenso* y *retiro* del personal. –C 1230 de 2005-; (iii) conforme a dicha flexibilización, se constata que la disposición acusada pertenece a la categoría de *permanencia* en el cargo – artículo 36 D-775 de 2005- y por lo tanto susceptible de una regulación diferente a la prevista en el régimen general e incluso en otros sistemas específicos; (iv) el plazo anual de calificación no es inalterable y se prevé para los demás sistemas – Dian, Aerocivil, Dapre- la calificación anticipada en caso de evidenciarse el desempeño laboral deficiente; (v) finalmente, la regulación de los regímenes específicos enlistados en el artículo 53 de la Ley 909 de 2004 –Dian, Aerocivil y Dapre- no prescribe un trato idéntico entre los mismos, por lo cual, en atención a las funciones de inspección, control y vigilancia que adelantan las Superintendencias y su carácter técnico y especializado, justifica una regulación especial respecto de la calificación de otros sistemas, asunto que además fue avalado por la Corte en la Sentencia C-250 de 2013 al permitir cierta modulación del régimen de carrera con fines de hacerlo compatible con la entidad.

## **5. Cargo 2º: desconocimiento de la doble instancia -CP, art 31-.**

### **5.1. Alcance del cargo.**

Se acusa la norma demandada parcialmente -artículo 40 del Decreto 775 de 2005- por vulnerar el derecho a la doble instancia de los servidores de las superintendencias públicas, al no consagrar el recurso de apelación contra el acto de calificación en el curso del proceso de evaluación del servicio, en detrimento del derecho a la defensa y el debido proceso del empleado estatal.

### **5.2. Excepciones al principio de la doble instancia -reiteración de jurisprudencia-.**

5.2.1. El artículo 31 de la Constitución consagra que toda sentencia judicial podrá ser apelada, salvo, las excepciones que consagre la ley. Al respecto, la jurisprudencia ha reiterado que no todo fallo es susceptible de impugnación e incluso se avalan excepciones legales en procesos judiciales.<sup>6</sup> Por lo cual, tratándose de procesos administrativos, dicha previsión es incluso menos estricta, en la medida que el derecho a la doble instancia en sí mismo no es absoluto y está sujeto a limitaciones acorde con el amplio margen de configuración del Legislador. Al respecto, la Corte al pronunciarse sobre la exequibilidad de un caso en el que no se dispuso del recurso de alzada - artículo 74 de la Ley 1437 de 2011- para las decisiones de los representantes legales y máximas autoridades del nivel territorial, indicó en la C-034 de 2014 sobre la flexibilidad del principio tratándose de procedimientos de la administración, lo siguiente:

“Como elementos integradores del debido proceso, esta Corporación ha resaltado los siguientes: a) el derecho a la jurisdicción y el acceso a la justicia; b) el derecho al juez natural; c) el derecho a la defensa; d) el derecho a un proceso público, desarrollado dentro de un tiempo razonable; e) el derecho a la independencia del juez y f) el derecho a la independencia e imparcialidad del juez o funcionario.

5.5.3. Frente a la exigencia de los elementos integradores del debido proceso, esta Corporación ha precisado que es más rigurosa en determinados campos del derecho, como en materia penal, en el que la actuación puede llegar a comprometer derechos fundamentales como la libertad de la persona; mientras que en el ámbito del derecho administrativo su aplicación es más flexible, en la medida en que la naturaleza del proceso no implica

---

<sup>6</sup> C-103 de 2005 “En relación con sentencias judiciales, la Corte ha indicado que es necesario estudiar cada caso individual para determinar la constitucionalidad de las exclusiones de la doble instancia, pero al mismo tiempo ha precisado ciertos criterios que deben ser respetados por el Legislador para que su decisión de someter un procedimiento o acto procesal determinado a trámite de única instancia no riña con la Constitución”

necesariamente la restricción de derechos fundamentales. (subraya fuera de texto).

En este orden de ideas, el cumplimiento de las garantías mínimas del debido proceso contempladas en la Constitución, tendrán diversos matices según el derecho de que se trate, dado que no todo derecho es de orden penal, sino que es posible encontrar “reglas y procedimientos” de otros órdenes como el civil, el administrativo, el policivo, el correccional, el disciplinario o el económico, entre otros, que no son comparables o asimilables directamente al ordenamiento penal y que comportan decisiones y sanciones de diversa categoría, matices que deberán ser contemplados en la regulación de sus propias reglas.”

5.2.2. En la reciente Sentencia C-034 de 2014, al analizarse la constitucionalidad del artículo 40 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo –CPACA- referido a la falta de apelación contra el auto que decide la solicitud de pruebas, este Tribunal reiteró que la extensión de las garantías del debido proceso al procedimiento administrativo no son idénticas, con base en las siguientes consideraciones:

(i) (...) el debido proceso judicial se encuentra ligado a la materialización de los derechos, la protección de la Constitución o de la ley; en tanto que la actuación administrativa atañe al adecuado ejercicio de funciones públicas de diversa naturaleza para la satisfacción de los intereses de toda la comunidad. Por ello, también ha puntualizado la Corte,” (ii) “la segunda debe ceñirse a la vez a los artículos 29 y 209, Superiores. Además, los procesos judiciales deben otorgar una respuesta definitiva a los conflictos sociales, en tanto que las actuaciones administrativas son susceptibles de control ante la jurisdicción.

Por ello, aunque el debido proceso se aplica en toda actuación administrativa o judicial, en el primer escenario ocurre bajo estándares más flexibles para asegurar la eficiencia, eficacia, celeridad y economía por parte de la Administración. Así las cosas, si de una parte la disposición acusada restringe los derechos de defensa y contradicción en materia probatoria, en una etapa específica de la actuación administrativa; desde la otra orilla del conflicto, el principio democrático, la potestad de configuración legislativa y los principios de la función pública, sugieren la validez de la regulación demandada. Este tipo de conflictos, de conformidad con la jurisprudencia constitucional deben resolverse mediante el análisis de razonabilidad y proporcionalidad de la medida.” (Subraya fuera de texto)

5.2.3. Conforme a lo anterior, se reitera que no se está en presencia de un derecho inmutable, pues la misma Carta Política introduce su excepción, incluso tratándose de providencias judiciales, al tiempo que tratándose de actos administrativos su inaplicación es más flexible. No obstante lo anterior, se reitera que en el desarrollo

del trámite no están excluidas las garantías mínimas del debido proceso. La Corte en la Sentencia C-401 de 2013, al evaluar la limitación de la doble instancia en el auto que niega las pruebas en el proceso disciplinario, indicó respecto de dichas garantías lo siguiente:

De acuerdo a lo preceptuado por el artículo 29 constitucional, la jurisprudencia de esta Corporación ha indicado que: “no es que las reglas del debido proceso penal se apliquen a todas las actuaciones judiciales o administrativas o de carácter sancionatorio; en verdad, lo que se propone el Constituyente es que en todo caso de actuación administrativa exista un proceso debido, que impida y erradique la arbitrariedad y el autoritarismo, que haga prevalecer los principios de legalidad y de justicia social, así como los demás fines del Estado, y que asegure los derechos constitucionales, los intereses legítimos y los derechos de origen legal y convencional de todas las personas”. La extensión del derecho constitucional fundamental al debido proceso, a las actuaciones administrativas, busca garantizar la correcta producción de los actos administrativos, razón por la cual comprende “todo el ejercicio que debe desarrollar la administración pública en la realización de sus objetivos y fines estatales, lo que implica que cubija todas las manifestaciones en cuanto a la formación y ejecución de los actos, a las peticiones que presenten los particulares, a los procesos que por motivo y con ocasión de sus funciones cada entidad administrativa debe desarrollar y desde luego, garantiza la defensa ciudadana al señalarle los medios de impugnación previstos respecto de las providencias administrativas, cuando crea el particular que a través de ellas se hayan afectado sus intereses” (subraya fuera de texto)

La Corte ha expresado que hacen parte de las garantías del debido proceso administrativo, entre otras, las siguientes: i) el derecho a conocer el inicio de la actuación; ii) a ser oído durante el trámite; iii) a ser notificado en debida forma; iv) a que se adelante por la autoridad competente y con pleno respeto de las formas propias de cada juicio definidas por el legislador; v) a que no se presenten dilaciones injustificadas; vii) a gozar de la presunción de inocencia; viii) a ejercer los derechos de defensa y contradicción; ix) a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen por la parte contraria; x) a que se resuelva en forma motivada; xi) a impugnar la decisión que se adopte y a xii) promover la nulidad de los actos que se expidan con vulneración del debido proceso.

5.2.4. Acorde con las garantías mínimas antes vistas, se tiene que los servidores de las superintendencias en el curso del proceso de evaluación gozan de múltiples beneficios, (i) conocen y participan activamente en la concertación de los objetivos tanto institucionales como individuales para efectos del proceso de evaluación del desempeño, como lo expresa el artículo 34 Decreto 775 de 2005 al disponer en el marco de referencia de la evaluación que “*Cada Superintendencia deberá formular un Plan Anual de Gestión, precisado por dependencias, el cual será el marco de*

referencia para la concertación de objetivos con cada servidor público dentro del proceso de evaluación del desempeño. (Subraya fuera de texto). Lo cual indica que todo empleado público adscrito a ese régimen no solo conoce a profundidad la metodología de la calificación, (ii) sino que cuenta con la posibilidad de colaborar en la definición de los parámetros con base en los cuales será evaluado, tal y como está previsto en el artículo 36 del mismo decreto:

Artículo 36. *Criterios básicos de evaluación.* La evaluación del desempeño se hará en función de los aportes de cada servidor público al cumplimiento de los objetivos, metas y funciones de la respectiva Superintendencia. Para efectos de la evaluación se tendrán en cuenta los siguientes criterios:

36.1 *Marco constitucional y legal.* Las funciones que le corresponde cumplir a cada Superintendencia, a través de sus servidores, se sujetarán a lo señalado en la Constitución Política, las leyes y lo establecido en el Plan Nacional de Desarrollo.

36.2 *Plan Anual de Gestión.* Con fundamento en el marco constitucional y legal, cada Superintendente deberá aprobar para cada vigencia fiscal, a más tardar el 15 de diciembre de cada año, el Plan Anual de Gestión para el año siguiente, el cual para su elaboración y consolidación, definirá mecanismos de participación de todos los servidores públicos de la entidad respectiva.

En el Plan Anual de Gestión se identificarán todos los proyectos, actividades y funciones que deberá desarrollar la Superintendencia, y será la base para la concertación de objetivos y posterior evaluación de los servidores de carrera. (Subraya fuera de texto).

Dicho Plan incluirá de manera detallada todas las metas operativas institucionales e individuales y las acciones de mejoramiento a las que se comprometerá cada Superintendencia, el Superintendente y cada uno de los servidores públicos de la entidad, durante la vigencia del Plan.

(iii) Adicionalmente, están informados sobre el inicio del procedimiento; son notificados personalmente de los resultados -artículo 39 *Ibíd*- y en el evento de presentarse una discrepancia sobre la calificación, contra dicho acto cabe recurso de reposición, el cual deberá ser resuelto en un término perentorio de 15 días, lo cual, garantiza que no se presenten dilaciones injustificadas, como lo prevé el artículo 40 de la siguiente manera:

(...) El recurso se presentará y tramitará conforme a lo previsto para el recurso de reposición en el Código Contencioso Administrativo, pero deberá ser resuelto dentro de los quince (15) días siguientes a la presentación.

5.2.5. Finalmente, y como lo mencionaban algunos intervinientes, el régimen de carrera específico de las Superintendencias será administrado por cada una de ellas, no obstante el artículo 6 del Decreto 775 de 2005, prevé que la Comisión Nacional del Servicio Civil vigilará la gestión de dicha competencia. Al respecto, en la Sentencia C-1262 de 2005, la Corte al estudiar otro régimen específico de carrera – DIAN- indicó respecto de la función de guardia de la CNSC, lo siguiente:

“¿Qué significa entonces la posibilidad de diseñar Sistemas Específicos de Carrera? Para la Sala, de los criterios jurisprudenciales expuestos sobre el particular se derivan los ítems que caracterizan el sentido de los mencionados sistemas específicos. Estos son:

(i) Los Sistemas Generales de carrera, así como los Sistemas Específicos de Carrera, sin excepción y por mandato constitucional (art. 130 C.N) deben ser administrados y vigilados por la Comisión Nacional del Servicio Civil. Esto conlleva tanto a la unificación de los criterios a partir de los cuales se conforma la estructura de los concursos, como a que en lo relativo a la operatividad de los mismos se cierre la potestad reglamentaria del Ejecutivo por cuanto la competencia para ello la estableció el Constituyente de 1991 en la Comisión Nacional del Servicio Civil; sin perjuicio de la potestad reglamentaria de carácter general del artículo 189.11 Superior.”

5.2.6. En resumen, la falta de previsión de la doble instancia en el acto que califica definitivamente el servicio de los empleados adscritos a la carrera del sistema específico de las Superintendencias no transgrede el derecho a la doble instancia en tanto que (i) dicha prerrogativa no es absoluta y es más flexible tratándose de procesos administrativos –C 034/14-;(ii) pese a que su consagración no es imperativa, el trámite debe estar provisto de las garantías mínimas del debido proceso como conocer del inicio de la actuación, ser evaluado por el funcionario competente, ser notificado en debida forma entre otras –C 401/13- (iii) Dichas garantías se constatan en curso del procedimiento acusado en la medida que los funcionarios participan activamente en la elaboración y concertación de los objetivos y del plan anual de gestión con base en los cuales posteriormente serán evaluados, así como de la notificación personal del resultado y de la estipulación de un término ágil para la resolución del recurso de reposición, así como la vigilancia de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

### **5.3. Obligatoriedad de doble instancia en el caso concreto.**

5.3.1. Teniendo en cuenta que la naturaleza jurídica de la calificación definitiva semestral corresponde a un proceso interno de la respectiva superintendencia, la obligatoriedad de la doble instancia se debilita al tratarse de un acto administrativo. Como se concluyó atrás (supra II, 5.2.1), el diseño legal de procedimientos administrativos admite un grado de flexibilidad mayor que el desarrollado en instancias judiciales. Por lo que, puede concluirse que dicho procedimiento –acto definitivo de la calificación- tal y como fue concebido por el legislador extraordinario, necesariamente no debe estar dotado de la previsión de doble instancia.

5.3.2. Adicionalmente, en el caso de los destinatarios del Decreto 775 de 2005 la estipulación de una única instancia para su proceso de calificación del desempeño, es sí misma no es arbitraria o desconoce otras garantías, pues se incluye en el

procedimiento los postulados del debido proceso desarrollados en el punto 5.2.4., es decir, (i) previo al inicio del proceso de evaluación conocen a profundidad de los objetivos, metas y planes con base en los cuales será medido el desempeño, ello, por haber participado en la determinación del Plan Anual de Gestión; (ii) la notificación de dicho acto se prevé de manera personal, contando además con un término ágil en la resolución del recurso de reposición; (iii) la administración de su régimen de carrera es vigilado permanente por la Comisión Nacional del Servicio Civil.

5.3.3. Por último, es de anotar, que los actos administrativos que deriven de la calificación definitiva semestral pueden ser controvertidos judicialmente, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, mediante las acciones previstas para el efecto en la Ley 1437 de 2011.

#### **5.4. Conclusión del cargo.**

5.4.1. El demandante solicita la inexecutable de la expresión contenida en el artículo 40 del Decreto 775 de 2005 que resuelve que contra el acto de la calificación definitiva sólo procede recurso de reposición. Fundamenta el cargo en el artículo 31 Superior, que dispone el principio de la doble instancia para todos los actos o sentencias judiciales. No obstante, la Corte en reiterada jurisprudencia ha indicado que ese derecho -doble instancia- no es *absoluto*, ni siquiera en estancias judiciales, por lo que al referirse a actos administrativos, es aún menos riguroso e indispensable.

5.4.2. No obstante, la estructura del respectivo trámite, debe contener las garantías mínimas del debido proceso, en cuyo caso se evidencia que (i) los servidores de las superintendencias tienen la posibilidad de participar activamente en la determinación de sus propias metas u objetivos para efectos de la evaluación de desempeño –D 775/05 artículo 34-; (ii) tienen garantizada su participación en la creación de la metodología con base en la cual se llevará a cabo la calificación –D 775/05 artículo 36- (iii) ordena que la comunicación de sus actos sea personal y el procedimiento está dotado de un término expedito de 15 días, lo cual asegura que el trabajador no será sometido a una dilación injustificada en cuanto a la definición de su situación –D 775/05 artículo 40-. Finalmente, (iv) el trámite adoptado para efectos de la calificación del servicio es vigilado por la Comisión Nacional del Servicio Civil –D 775/05 artículo 6-.

5.4.3. En suma, esta Corporación constata que la limitación a la doble instancia en el curso de la evaluación del desempeño, (i) no es desproporcionada o irrazonable al no ser imperativa tratándose de derechos administrativos, (ii) cuenta con garantías adicionales en el desarrollo de la evaluación, y (iii) contra dicho acto administrativo proceden los recursos propios de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, por lo cual, procederá a declararla executable.

#### **6. Cargo 3º: omisión de etapa probatoria -CP art 29-**



## **6.1. Libertad de configuración legislativa en materia de procedimientos judiciales o administrativos. Reiteración de jurisprudencia.**

6.1.1. De manera reiterada y pacífica este Tribunal ha señalado que por virtud de la cláusula general de competencia contenida en los numerales 1 y 2 del artículo 150 Superior, le corresponde al Legislador regular los procedimientos judiciales y administrativos, especialmente en las materias de competencia, términos procesales, recursos, *régimen probatorio*, entre otros. En la Sentencia C-507 de 2014 al estudiarse la norma que facultaba a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, para modificar las cuantías previstas en el artículo 25 de la Ley 1564 de 2012, la Corte efectuó una compilación de los principales aspectos sujetos a regulación, del siguiente tenor:

“(i) el establecimiento de los recursos y medios de defensa que pueden intentar los administrados contra los actos que profieren las autoridades, -esto es, los recursos de reposición, apelación, u otros -, así como los requisitos y las condiciones de procedencia de los mismos.<sup>7</sup> (ii) Las etapas procesales y los términos y formalidades que se deben cumplir en cada uno de los procesos. (iii) La radicación de competencias en una determinada autoridad judicial, siempre y cuando el constituyente no se haya ocupado de asignarla de manera explícita en la Carta.<sup>8</sup> (iv) Los medios de prueba<sup>9</sup> y (v) los deberes, obligaciones y cargas procesales de las partes, del juez y aún de los terceros intervinientes, sea para asegurar la celeridad y eficacia del trámite, o para proteger a las partes o intervinientes, o para prevenir daños o perjuicios en unos u otros procesos”<sup>10</sup><http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/c-507-14.htm> - ftn6. Sin embargo, ha señalado esta Corporación que dicha potestad no es absoluta, pues “[...] debe ser ejercida sin desconocer los principios y valores constitucionales, la vigencia de los derechos fundamentales de los ciudadanos, y los principios de razonabilidad, proporcionalidad y prevalencia del derecho sustancial sobre lo adjetivo (Art. 228 C.P.), que se constituyen en límites al ejercicio legítimo de tales competencias” . (Subraya fuera de texto).

6.1.2. En tanto que la norma bajo escrutinio de constitucionalidad –artículo 40 DI 775/05- fue proferida por el Presidente en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confirió el numeral 4 del artículo 53 de la Ley 909 de 2004, resulta pertinente traer a colación la Sentencia C-970 de 2004, en la cual, la Corte indicó respecto de la posibilidad de legislación delegada en el ejecutivo, lo siguiente:

Quando se confieren facultades extraordinarias legislativas al Ejecutivo: i) no es el Ejecutivo quien decide en torno a la oportunidad para el ejercicio de la

---

<sup>7</sup> C-803 de 2000.

<sup>8</sup> C-111 de 2000.

<sup>9</sup> C-1270 de 2001.

<sup>10</sup> C-1104 de 2001.

función legislativa, puesto que no se trata de una facultad que pueda ejercer cuando lo estime conveniente. Por el contrario, el órgano habilitante es quien dice, cuando se confieren las facultades, y cuál es la extensión temporal de las mismas. Por otra parte, tales facultades se agotan con su ejercicio, de manera que ni aún sin haberse concluido el periodo para el cual fueron conferidas puede el Ejecutivo modificar el contenido de las normas con fuerza de ley que haya expedido al amparo de las mismas. ii) tampoco decide el Ejecutivo en cuanto a la materia sobre la que habrá de recaer su actividad legislativa, en la medida en que ella debe estar definida de manera precisa en la norma habilitante; iii) la orientación de la legislación delegada es también predeterminada en la norma de habilitación, en la medida en que ella debe establecer de manera precisa el ámbito de las facultades, y, finalmente iv) la legislación delegada puede ser, en cualquier tiempo modificada, derogada o sustituida por el titular de la función legislativa. (Subraya fuera de texto)

6.1.3. Dado que entorno al problema jurídico se puede presentar una confrontación entre el principio de celeridad –el recurso se resolverá en 15 días desde su presentación- y el trámite de pruebas previsto por remisión al artículo 79 del CPACA –hasta en un término de 30 días-. Esta Corporación en la Sentencia C-371 de 2011 al resolver la constitucionalidad del trámite del recurso de apelación contra autos en materia de descongestión judicial, indicó respecto de la tensión que pueda presentarse entre el principio de celeridad y el derecho de contradicción, lo siguiente:

En desarrollo de estos principios, de un lado los procesos deben tener una duración razonable y, de otro, deben establecer mecanismos que permitan a los sujetos procesales e intervinientes controvertir, en condiciones de igualdad, las pruebas presentadas, así como los argumentos de hecho y de derecho que se aduzcan en su contra. Ha destacado así mismo la jurisprudencia que en el proceso de producción del derecho, como en el de su aplicación, las distintas garantías que conforman la noción de debido proceso pueden entrar en tensión. Así, en ciertos casos el principio de celeridad puede entrar en conflicto con la garantía de contradicción probatoria, o con el derecho de defensa, pues un término judicial breve, naturalmente recorta las posibilidades de controversia probatoria o argumentativa. Al respecto la jurisprudencia ha señalado que algunas de las garantías procesales son prevalentes, pero también ha aceptado que otras pueden verse limitadas a fin de dar un mayor alcance a intereses públicos legítimos o a otros derechos fundamentales implicados. (subraya fuera de texto).

6.1.4. Ahora bien, cuando la Corte ha encontrado que una disposición legal no resuelve un tema de relevancia constitucional, se ha empleado el principio de *efecto útil de la norma* con el fin de orientar la norma legal a contenidos constitucionales que garanticen la efectividad del derecho sustancial. En la Sentencia C-564 de 2004, se estudió la constitucionalidad de los artículos 3, 46 y 48 de la ley 472 de 1998 en relación con el ejercicio las acciones populares y de grupo. En dicha oportunidad el

artículo tercero reiteraba dos veces ciertos elementos de la definición de la acción de grupo y de su procedencia “estas acciones son interpuestas por un número plural de personas o un conjunto de personas que (i) “reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales a dichas personas”, y que además (ii) “las condiciones uniformes deben tener también lugar respecto de todos los elementos que configuran la responsabilidad.” La Corte se planteó cuál de las dos definiciones debía ser retirada del ordenamiento jurídico al ser incompatible y consideró lo siguiente:

En la medida en que la primera parte del inciso primero de los artículos 3 y 46 de la ley 472 de 1998 desarrolla adecuadamente los elementos propios de la acción de grupo, no tiene ningún sentido constitucional conservar la parte final de ese mismo inciso que simplemente duplica, al parecer innecesariamente, los elementos definitorios de la acción, sobre todo si se recuerda que esa reiteración ha sido el fundamento legal de la doctrina de la exigencia de la preexistencia del grupo como requisito de procedibilidad de dichas acciones, requisito que, como ha sido explicado por esta sentencia, es desproporcionado, desconoce el derecho de acceso a la administración de justicia, y riñe con la naturaleza y finalidad de las acciones de grupo. Por estas razones, la Corte considera que la expresión “*Las condiciones uniformes deben tener también lugar respecto de todos los elementos que configuran la responsabilidad*” contenida en la parte final del inciso primero, de los artículos 3 y 46 de la ley 472 de 1998, no contribuye a precisar los alcances y contornos de la acción de grupo, y por el contrario, en la medida en que reitera los elementos contenidos en la primera parte de ese inciso, da sustento legal a la doctrina de la preexistencia del grupo, la cual, como se ha mostrado largamente en esta sentencia, es contraria a la Carta. Por ello, ese aparte es constitucionalmente problemático. (subraya fuera de texto).

6.1.5. En la Sentencia C-1017 de 2012 la Corte declaró exequibles el literal a) del artículo 3° de la Ley 1431 de 2011 y la expresión “*en votación secreta*” contenida en el numeral 2° del artículo 136 de la Ley 5 de 1992, en el entendido que el voto secreto no aplica en los casos en que por mandato constitucional y legal se impone a los partidos y movimientos políticos o grupos significativos de ciudadanos, la obligación de postular candidatos, en cuyo caso la votación debe ser nominal y pública. Con base en el principio del efecto útil de las normas y de armonización del derecho, se dedujo lo siguiente:

No sobra recordar que los preceptos constitucionales se someten al principio de armonización, conforme al cual “la Constitución debe ser abordada como un sistema armónico y coherente, de tal forma que la aplicación de una norma superior no debe contradecir o agotar el contenido de otras disposiciones constitucionales, sino que debe buscarse, en lo posible, interpretaciones que permitan la máxima efectividad de todas las normas de la Constitución”; así como al principio de efecto útil que exige que entre dos sentidos posibles de

un precepto, uno de los cuales produce consecuencias jurídicas y el otro no, debe preferirse necesariamente el primero. (Subraya fuera de texto).

6.1.6. Finalmente, en la Sentencia C-499 de 1998 esta Corporación se enfrentó a un problema de interpretación frente a los vocablos “dependencia” y “adscrita” en la medida que se les podía atribuir significados distintos a los que realmente debía atribuir, para resolver dicha contrariedad se indicó lo siguiente:

De acuerdo con el principio hermenéutico de conservación del derecho, también conocido como principio de interpretación de la ley conforme a la Constitución, la Corte Constitucional no puede excluir una norma legal del ordenamiento jurídico, por vía de la declaración de inexecutable, cuando existe, por lo menos, una interpretación de la misma que se aviene con el texto constitucional. De ser así, el juez de la Carta se encuentra en la obligación de declarar la executable de la norma legal condicionada a que ésta sea entendida de acuerdo con la interpretación que se concilia con el Estatuto Superior. Con esto, se persigue, esencialmente, salvaguardar, al menos, alguno de los posibles efectos jurídicos de la disposición demandada, de manera tal que se conserve, al máximo, la voluntad del legislador. (subraya fuera de texto).

Sin embargo, si la interpretación conforme a la Constitución de una determinada norma le resta a esta última todo efecto jurídico, lo que en realidad debería proceder es una declaratoria de inexecutable pura y simple. Ciertamente, en un evento como el mencionado, las dos decisiones - de executable condicionada y de inexecutable - serían, en la práctica, equivalentes, siendo la última mucho más acorde con los principios de eficacia del derecho y de seguridad jurídica. Resulta contrario a los principios mencionados, mantener en el ordenamiento una disposición que carece de toda eficacia jurídica, pues se contradice el principio del efecto útil de las normas generando, al mismo tiempo, una circunstancia que puede originar grave confusión e incertidumbre.

## **6.2. Alcance del artículo 40 del Decreto 775 de 2005 frente al actual Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso.**

6.2.1. La norma acusada prescribe que *“El recurso se presentará y tramitará conforme a lo previsto para el recurso de reposición en el Código Contencioso Administrativo, pero deberá ser resuelto dentro de los quince (15) días siguientes a la presentación”*. En ese orden, se presentan dos situaciones a considerar: (i) una en la que la remisión hecha por el Decreto Ley 775 de 2005 al Código Contencioso Administrativo -Decreto Ley 1 de 1984- está derogada respecto de los asuntos de presentación y trámite, subsistiendo únicamente la imposición de un término propio para su resolución y, (ii) la otra, en la que dicha remisión debe entenderse ajustada al actual Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -Ley 1437 de 2011- a través de la cual, dentro de la materia del

trámite, se estipula la posibilidad de presentar pruebas y practicarlas en un plazo de hasta 30 días.

6.2.2. La diferencias entre el antiguo Código Contencioso y el actual, respecto de la presentación y trámite del recurso se evidencia en el siguiente cuadro:

<b>Decreto Ley 1 de 1984</b>	<b>Ley 1437 de 2011</b>
<p data-bbox="342 593 662 675" style="text-align: center;"><b>OPORTUNIDAD Y PRESENTACIÓN.</b></p> <p data-bbox="224 717 781 1236"><b>ARTÍCULO 51.</b> Modificado por el art. 3, Decreto Nacional 2304 de 1989 De los recursos de reposición y apelación habrá de hacerse uso, por escrito, en la diligencia de notificación personal, o dentro de los cinco (5) días siguientes a ella, o a la desfijación del edicto, o la publicación, según el caso. Los recursos contra los actos presuntos podrán interponerse en cualquier tiempo.</p> <p data-bbox="224 1278 781 1704">Los recursos se presentarán ante el funcionario que dictó la decisión, salvo lo dispuesto para el de queja, y si quien fuere competente no quisiere recibirlos podrán presentarse ante el procurador regional o ante el personero municipal, para que ordene su recibo y tramitación e imponga las sanciones correspondientes.</p> <p data-bbox="224 1712 781 1834">El recurso de apelación podrá interponerse directamente, o como subsidiario del de reposición.</p> <p data-bbox="224 1841 781 2003">Transcurridos los términos sin que se hubieren interpuesto los recursos procedentes, la decisión quedará en firme.</p> <p data-bbox="224 2011 781 2088">Los recursos de reposición y de queja no son obligatorios.</p>	<p data-bbox="803 593 1377 1148"><b>ARTÍCULO 76. OPORTUNIDAD Y PRESENTACIÓN.</b> Los recursos de reposición y apelación deberán interponerse por escrito en la diligencia de notificación personal, o dentro de los diez (10) días siguientes a ella, o a la notificación por aviso, o al vencimiento del término de publicación, según el caso. Los recursos contra los actos presuntos podrán interponerse en cualquier tiempo, salvo en el evento en que se haya acudido ante el juez.</p> <p data-bbox="803 1198 1377 1624">Los recursos se presentarán ante el funcionario que dictó la decisión, salvo lo dispuesto para el de queja, y si quien fuere competente no quisiere recibirlos podrán presentarse ante el procurador regional o ante el personero municipal, para que ordene recibirlos y tramitarlos, e imponga las sanciones correspondientes, si a ello hubiere lugar.</p> <p data-bbox="803 1632 1377 1834">El recurso de apelación podrá interponerse directamente, o como subsidiario del de reposición y cuando proceda será obligatorio para acceder a la jurisdicción.</p> <p data-bbox="803 1841 1377 1918">Los recursos de reposición y de queja no serán obligatorios.</p>
<p data-bbox="224 2095 781 2173"><b>ARTÍCULO 55.</b> Los recursos se concederán en el efecto suspensivo.</p>	<p data-bbox="803 2095 1377 2257"><b>ARTÍCULO 79. TRÁMITE DE LOS RECURSOS Y PRUEBAS.</b> Los recursos se tramitarán en el efecto suspensivo.</p>

	<p>Los recursos de reposición y de apelación deberán resolverse de plano, a no ser que al interponerlos se haya solicitado la práctica de pruebas, o que el funcionario que ha de decidir el recurso considere necesario decretarlas de oficio.</p> <p><u>Cuando con un recurso se presenten pruebas, si se trata de un trámite en el que interviene más de una parte, deberá darse traslado a las demás por el término de cinco (5) días.</u></p> <p><u>Cuando sea del caso practicar pruebas, se señalará para ello un término no mayor de treinta (30) días. Los términos inferiores podrán prorrogarse por una sola vez, sin que con la prórroga el término exceda de treinta (30) días.</u> (subrayas fuera de texto)</p> <p>En el acto que decrete la práctica de pruebas se indicará el día en que vence el término probatorio.</p>
--	--

### 6.3. Inclusión del período probatorio en el caso en concreto.

6.3.1. Conforme a la anterior comparación normativa, al momento de regularse lo relativo al recurso de reposición en contra del acto de la calificación definitiva de desempeño, el Presidente de la República investido de expresas facultades remitió al Código Contencioso los asuntos de *interposición* y *trámite*, sin que se incluyera en la norma general o especial una etapa de pruebas.

6.3.2. Posteriormente, la norma que suplía la regulación en esos asuntos – interposición y trámite- fue derogada expresamente por el artículo 309<sup>11</sup> de la Ley 1437 de 2011, por lo que la alusión dispuesta en el artículo 40 del Decreto 775 de 2005 –ahora demandado- involucra dos interpretaciones posibles: (i) una consistente en la derogatoria tácita de los contenidos de presentación y trámite en las Superintendencias, pues, el Decreto 1 de 1984 desapareció del ordenamiento

<sup>11</sup> **ARTÍCULO 309. DEROGACIONES.** Deróganse a partir de la vigencia dispuesta en el artículo anterior todas las disposiciones que sean contrarias a este Código, en especial, el Decreto 01 de 1984, el Decreto 2304 de 1989, los artículos 30 a 63 y 164 de la Ley 446 de 1998, la Ley 809 de 2003, la Ley 954 de 2005, la Ley 1107 de 2006, el artículo 73 de la Ley 270 de 1996, el artículo 90 de la Ley 962 de 2005, y los artículos 57 a 72 del Capítulo V, 102 a 112 del Capítulo VIII y 114 de la Ley 1395 de 2010.

jurídico y por lo tanto no existe norma que reglamente dicha materia, (ii) otra hermenéutica, que presta un efecto útil y conserva el sentido de la norma, consiste en que la remisión expresa a la *-presentación y trámite* del recurso- no puede quedar vaciada de contenido jurídico, ya que puede ser suplida de conformidad con las nuevas disposiciones atinentes a la *presentación* –artículo 76- y *trámite* –artículo 79- ambas del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo.

6.3.3. Teniendo en cuenta que la segunda parte del artículo 40 del Decreto 775 de 2005 se refiere a una norma procesal especial que por virtud del principio de celeridad consagra la resolución del recurso “*dentro de los quince (15) días siguientes a la presentación*” se presenta una confrontación entre la etapa probatoria adicionada por la ley en el artículo 79 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo que impone un plazo para resolverlas de hasta 30 días y la omisión de dicho período probatorio en el cuerpo de la norma especial, indicando sólo el vencimiento de quince días para decidir el recurso. Conforme al anterior planteamiento, se presentan dos interpretaciones plausibles respecto del derecho a presentar pruebas en el recurso de reposición:

6.3.3.1. La primera, frente a la falta de estipulación de un período probatorio dentro de los quince días para resolver el recurso, dicha expresión niega el presupuesto de la etapa de pruebas, que a su vez se reconoce vía remisión expresa al trámite del recurso del artículo 79 *Ibíd*, por lo que frente a dicha incompatibilidad sustantiva, la estipulación de resolver el recurso al cabo de quince días desde su presentación resultaría contraria al debido proceso en su arista de contradicción y defensa, no por el hecho de que deba ser obligatorio un lapso de pruebas en el recurso de reposición, sino porque la norma no puede ser incongruente y consagrar a su vez la concesión y negatoria del mismo derecho. Es decir, lo otorga vía remisión al CPACA y lo niega al no regularlo dentro de su texto.

6.3.3.2. En la segunda, debe aclarar que el plazo previsto en el decreto acusado -15 días- al referirse exclusivamente al término que tiene la administración para decidir el recurso, no puede ser modificado o segmentado al tratarse de una norma especial para adicionar un período de práctica de pruebas. Por lo cual, la interpretación que más respeta la estructura de la norma consagrada en el artículo 40 del Decreto 775 de 2005 consiste en que solicitadas las pruebas –con la presentación del recurso- se suspenderá el término de 15 días para decidir con el fin de practicarlas, el plazo previsto para esa diligencia será el indicado en el artículo 79 de la Ley 1437 de 2011, por lo cual, la administración cuenta con la posibilidad de decretar un plazo de hasta 30 días dependiendo de la complejidad de la prueba. Empero, al indicar que “*Los términos inferiores podrán prorrogarse por una sola vez, sin que con la prórroga el término exceda de treinta (30) días.*”

6.3.3.3. Culminado el término probatorio, automáticamente se reanuda el plazo para decidir, conforme lo prevé el artículo 80 del CPACA, “*Vencido el período probatorio, si a ello hubiere lugar, y sin necesidad de acto que así lo declare,*

*deberá proferirse la decisión motivada que resuelva el recurso. La decisión resolverá todas las peticiones que hayan sido oportunamente planteadas y las que surjan con motivo del recurso.”*

6.3.3.4. Con base, en la anterior interpretación se supera la tensión entre el principio de celeridad -15 días para decidir- y el principio del debido proceso en su perspectiva del derecho de defensa y contradicción, al permitirse un período mínimo probatorio –hasta 30 días- dependiendo de las consideraciones de la administración, y se respeta al máximo la estructura normativa prevista por el artículo 40 en el sentido de remitir al Código Administrativo –hoy Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo- los aspectos de *presentación* y *trámite* del recurso de reposición. Máxime, si el artículo 34 del CPACA prevé una fórmula de resolución del conflicto entre las disposiciones especiales y las generales, así:

**ARTÍCULO 34. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN Y PRINCIPAL.** Las actuaciones administrativas se sujetarán al procedimiento administrativo común y principal que se establece en este Código, sin perjuicio de los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales. En lo no previsto en dichas leyes se aplicarán las disposiciones de esta Parte Primera del Código. (subrayas fuera de texto)

6.3.3.5. Corolario de lo anterior, al no estipularse en la ley especial un período probatorio, el cual, si se incluye a través de la remisión expresa que hace en cuanto al *trámite*, se presenta una incongruencia normativa, la cual, se soluciona a través de la interpretación constitucional que más preserva el derecho sustancial, mantiene el efecto útil de la norma y a su vez, respeta la estructura normativa empleada por el legislador extraordinario, al resolver la disparidad en materia de pruebas, conforme lo prevé el artículo 79 de la Ley 1437 de 2011.

#### **6.4. Conclusión del cargo.**

6.4.1. Se acusa de inconstitucional a la segunda parte del artículo 40 del Decreto 775 de 2005 por vulneración del debido proceso y el derecho de defensa y contradicción al disponer de un término inferior -15 días- al dispuesto en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

6.4.2. La Jurisprudencia ha indicado que en algunos casos, puede existir tensión entre el principio de celeridad y la garantía de contradicción probatoria, o con el derecho de defensa, pues un término breve, naturalmente recorta las posibilidades de controversia probatoria. No obstante, dicho conflicto se origina en la derogatoria de la norma que regulaba las materias de presentación y trámite del recurso –Decreto 1 de 1984- por parte del nuevo Código de Procedimiento Administrativo –Ley 1437 de 2011-, en el cual, dentro del *trámite del recurso* –artículo 79 Ibíd- se incluye un período probatorio que antes era inexistente.



6.4.3. La norma es Constitucional frente a la interpretación que garantice la efectividad del derecho de defensa, no por el hecho de que sea obligatoria la inclusión de una etapa probatoria en el recurso de reposición, sino porque frente a la incongruencia normativa generada por las disposiciones del nuevo código, en las que si prevé una etapa probatoria, se preferirá la norma general y que garantiza una mayor efectividad en el derecho de defensa de conformidad con el artículo 79 de ese mismo Código, mantiene la estructura normativa diseñada por el legislador extraordinario el sentido de mantener la remisión de los asuntos de presentación y trámite conforme a la Ley 1437 de 2011 y permite la conservación del derecho sustancial.

### III. CONCLUSIÓN.

**1. La demanda.** El ciudadano Julio Andrés Moya Moreno en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad solicita sean declaradas inexecutable unas expresiones contenidas en los artículos 38 y 40 del Decreto 775 de 2005 por la vulneración del (i) *derecho a la igualdad* (CP, 13) de los servidores de las superintendencias frente a los empleados del régimen común y de los específicos – DIAN, AEROCIVIL y DAPRE- reglamentados por el Presidente del República en desarrollo de las facultades conferidas en el artículo 53 de la Ley 909 de 2004, al determinarse que para los primeros el período de la calificación será semestral, mientras que en todos los demás casos será de un año; (ii) *derecho a la doble instancia* (CP, 31) se acusa al primer aparte del artículo 40 del Decreto 775 de 2005 de vulnerar la previsión constitucional de que todos los actos o sentencias son susceptibles de apelación en tanto que contra el acto que decide la calificación del servicio, solo procede el recurso de reposición; por último (iii) se desconoce el *derecho al debido proceso y de defensa* por parte del artículo 40 *Ibíd*, al determinar contradictoriamente un período de prueba de hasta 30 días en el trámite del recurso por remisión del Código Contencioso Administrativo y a su vez, disponer que en todo caso el recurso se resolverá en 15 días contados a partir de su presentación.

**2. Problemas jurídicos-constitucionales.** (i) La expresión “*el resultado de la evaluación será la calificación correspondiente al período semestral*”, contenida en el artículo 38 del Decreto 775 de 2005, al fijar el período de evaluación del servicio en seis meses ¿constituye una discriminación legal injustificada frente a la evaluación anual prevista en la Ley 909 de 2004 y en los otros regímenes dictados con base en la misma habilitación legislativa –DIAN, AEROCIVIL y DAPRE- (CP,13)? (ii) La expresión “*contra la calificación definitiva sólo procede el recurso de reposición*”, prevista en el artículo 40 del Decreto 775 de 2005 ¿restringe el derecho a la doble instancia (CP, 31) de los servidores de las superintendencias de la administración pública, al limitar el ejercicio del derecho de defensa al uso del recurso de reposición, cuando la norma superior contempla que todos los actos y sentencias son apelables?. (iii) La expresión normativa “*el recurso se presentará y tramitará conforme a lo previsto para el recurso de reposición en el Código Contencioso Administrativo, pero deberá ser resuelto dentro de los quince (15) días siguientes a la presentación*”, comprendida en el artículo 40 del Decreto 775 de

2005, ¿constituye una vulneración del debido proceso y del derecho de defensa (CP, 29) de los servidores de las superintendencias públicas al establecer que el recurso de reposición se regirá por el Código Contencioso Administrativo en cuyo caso se prevé por remisión un período probatorio que a su vez, en la norma especial, se omite al no disponer de una etapa probatoria?

**3. Cargo 1º Vs igualdad (CP, 13).** No se desconoce el mandato de trato igualitario, en la medida que entre los grupos sujetos a comparación se presentan las siguientes discrepancias que los hacen no asimilables (i) un primer criterio de diferenciación se da entre la situación fáctica de los servidores de la superintendencias públicas y los funcionarios cobijados por la Ley 909 de 2004, pues la ley que regula el régimen de carrera y el empleo público los considera de distinta naturaleza jurídica -artículos 3 y 4 Ley 909 de 2004-; (ii) la Corte ha avalado las diferencias entre los distintos sistemas de carrera, en especial, la flexibilización en aspectos de *ingreso, capacitación, permanencia, ascenso y retiro* del personal. -C 1230 de 2005-; (iii) conforme a dicha flexibilización, se constata que la disposición acusada pertenece a la categoría de *permanencia* en el cargo -artículo 36 D-775 de 2005- y por lo tanto susceptible de una regulación diferente a la prevista en el régimen general; (iv) el plazo anual de calificación no es inalterable ya que incluso para los demás sistemas específicos se prevé una calificación anticipada en caso de evidenciarse el desempeño laboral deficiente; (v) finalmente, frente al segundo grupo, la norma habilitante -53 de la Ley 909 de 2004- con base en la cual se expidieron los decretos que regularon los regímenes específicos de la DIAN, AEROCIVIL y DAPRE no impone que su reglamento sea idéntico. De igual modo, la Jurisprudencia de esta Corte ha aceptado que no siempre se puede exigir al legislador un trato idéntico entre sujetos con algún grado de similitud, en el evento de ser posible diferenciarlos. En el caso de funcionarios de las superintendencias, dicha diferenciación se origina en las funciones de inspección, control y vigilancia que adelantan, su carácter técnico y especializado, y la posibilidad que tiene el legislador de modular las materias de flexibilización -ingreso, capacitación, permanencia, ascenso y retiro- de dicha carrera con el fin de adecuarla o compatibilizarla con el funcionamiento de la entidad -C 250 de 2013-.

**4. Cargo 2º Vs doble instancia (CP, 31).** Esta Corporación encuentra que la limitación a la doble instancia en el curso de la evaluación del desempeño, no es desproporcionada o irrazonable, y procederá a declararla exequible, en la medida que (i) el derecho a la doble instancia no es absoluto y refiriéndose a actos administrativos su aplicación no es imperativa; (ii) los servidores de las superintendencias cuentan con las garantías mínimas al debido proceso y en especial, con la posibilidad de participar activamente en la determinación de sus propias metas y objetivos para efectos de la evaluación de desempeño -D 775/05 artículo 34-; tienen garantizada su participación en la creación de la metodología con base en la cual se llevará a cabo la calificación -D 775/05 artículo 36- ; el procedimiento está dotado de un término expedito de 15 días, lo cual asegura que el trabajador no será sometido a una dilación injustificada en cuanto a la definición de su situación -D 775/05 artículo 40-; (iii) contra dicho acto administrativo proceden

los recursos propios de la jurisdicción de lo contencioso administrativo y finalmente (iv) el procedimiento adoptado para efectos de la calificación del servicio es vigilado por la Comisión Nacional del Servicio Civil –D 775/05 artículo 6-.

**5. Cargo 3º Vs debido proceso – derecho a la defensa (CP, 29).** Con base en la derogatoria expresa del Código Contencioso Administrativo, los aspectos de *presentación y trámite* a los que remite la norma acusada, son provistos por las disposiciones que lo sustituyen en el nuevo CPACA. Por tanto, la incongruencia normativa se soslaya acogiendo la interpretación que presta un efecto útil y conserva el derecho sustancial previsto por el legislador extraordinario, por ello, en la armonización del trámite del recurso de reposición frente a la simultánea consagración y negación del derecho a una etapa probatoria, prima la disposición que consagra una mayor garantía para el derecho de defensa, por lo cual, cuando se soliciten pruebas con la presentación del recurso, a juicio de la administración de concederán hasta 30 días para resolverlas, vencido dicho plazo, se continuará con el término de 15 días para decir, sin necesidad de auto que lo reanude. Aclarando, que el establecimiento una dicha etapa probatoria, no se origina en el hecho de ser obligatoria en dichos procesos, sino por la incongruencia normativa que la concede y a su vez la niega.

**6. Razón de decisión.** (i) No puede predicarse el desconocimiento del mandato de trato igual cuando los grupos sometidos a comparación son disimiles o su diferenciación se origina en el cumplimiento de un finalidad determinada por el legislador. Por lo cual, en materia de *permanencia* se admite una regulación diferente de los servidores públicos de las superintendencias frente a los del régimen general y sus pares en el sistema específico al diferenciarse de estos últimos, en razón de su naturaleza técnica, especializada y conforme a la posibilidad de modulación con miras a garantizar el correcto funcionamiento de la entidad. (ii) Las eventuales limitaciones al principio de la doble instancia en el curso de procesos administrativos son constitucionales en la medida que el derecho no es absoluto y su procedimiento incorpore las garantías mínimas del derecho al debido proceso, - como conocer del inicio de la actuación, ser oído, notificado en debida forma, participar en la concreción de los objetivos y metodologías con base en las cuales serán calificados entre otras-. Garantías que se evidencian en el curso del proceso de calificación de la evaluación de desempeño. (iii) frente a dos regulaciones contradictorias dentro de un mismo cuerpo normativo –uno por remisión expresa- y otro por su propia disposición- se adoptará la interpretación que conserve la estructura de la norma y a su vez cumpla con el efecto útil. Por ello, en lo no previsto en el término del período de pruebas, se adoptará la regulación general de los recursos en el Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo.

#### **IV. DECISIÓN.**

La Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

**RESUELVE:**

**Primero.** Declarar **EXEQUIBLE** por el cargo de igualdad, la expresión “*El resultado de la evaluación será la calificación correspondiente al período semestral*”, contenida en el inciso segundo del artículo 38 del Decreto 775 de 2005.

**Segundo.** Declarar **EXEQUIBLE** por el cargo de vulneración de la doble instancia, la expresión “*Contra la calificación definitiva sólo procede el recurso de reposición*”, prevista en el artículo 40 del Decreto 775 de 2005.

**Tercero.** Declarar **EXEQUIBLE** por las razones expuestas la expresión “*El recurso se presentará y tramitará conforme a lo previsto para el recurso de reposición en el Código Contencioso Administrativo, pero deberá ser resuelto dentro de los quince (15) días siguientes a la presentación*”, prevista en el artículo 40 del Decreto 775 de 2005.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional, cúmplase y archívese el expediente.

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA  
Magistrado

MARIA VICTORIA CALLE CORREA  
Magistrada  
*Con aclaración de voto*

MAURICIO GONZALEZ CUERVO  
Magistrado

LUIS GUILLERMO GUERRERO PEREZ  
Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO  
Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO  
Magistrada

JORGE IVAN PALACIO PALACIO  
Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB MARTHA SACHICA MENDEZ



La actualidad jurídica en el momento en que ocurre

Magistrado

Magistrada (E)

ANDRES MUTIS VANEGAS  
Secretario General (E)