



**Función Pública**

## FORMATO MEMORIA JUSTIFICATIVA

|                                 |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               |
|---------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Entidad originadora:            | Departamento Administrativo de la Función Pública                                                                                                                                                                                                                                                                                             |
| Fecha (dd/mm/aa):               | XX de octubre de 2025                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         |
| Proyecto de Decreto/Resolución: | de Proyecto de Decreto “Por el cual se modifica el Título 34 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1083 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública, en lo relacionado con el nombramiento y remoción del Superintendente de Industria y Comercio, del Superintendente Financiero y del Superintendente de Sociedades” |

### 1. ANTECEDENTES Y RAZONES DE OPORTUNIDAD Y CONVENIENCIA QUE JUSTIFICAN SU EXPEDICIÓN.

Conforme lo prescrito en el artículo 66 de la Ley 489 de 1998, las superintendencias son organismos creados por la ley, con autonomía administrativa y financiera, que cumplen funciones de inspección y vigilancia atribuidas por la ley o mediante delegación que haga el Presidente de la República previa autorización legal y cuya dirección se encuentra a cargo del Superintendente.

El numeral 13 del artículo 189 de la Constitución Política de Colombia consagra que, le compete al Presidente de la República nombrar a los presidentes, directores o gerentes de los establecimientos públicos nacionales y a las personas que deban desempeñar empleos nacionales cuya provisión no sea por concurso o no corresponda a otros funcionarios o corporaciones, según la Constitución o la ley.

Por su parte, el artículo 5 de la Ley 909 de 2004 “*Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones*” y el artículo 7 del Decreto 775 de 2005 “por el cual se establece el Sistema Específico de Carrera Administrativa para las Superintendencias de la Administración Pública Nacional” disponen que, el empleo público de Superintendente se clasifica como de libre nombramiento y remoción.

El Decreto Ley 770 de 2005 “por el cual se establece el sistema de funciones y de requisitos generales para los empleos públicos correspondientes a los niveles jerárquicos pertenecientes a los organismos y entidades del Orden Nacional, a que se refiere la Ley 909 de 2004” dispone que, los empleos de las entidades u organismos del Orden Nacional se clasifican en cinco niveles jerárquicos: Nivel Directivo, Nivel Asesor, Nivel Profesional, Nivel Técnico y Nivel Asistencial. El nivel Directivo comprende los empleos a los cuales corresponden funciones de dirección general, de formulación de políticas institucionales y de adopción de planes, programas y proyectos.

De acuerdo con lo anterior, el cargo de Superintendente corresponde a un empleo de nivel directivo y de libre nombramiento y remoción.

Ahora bien, frente a las exigencias para ocupar los empleos de los organismos y entidades del Orden Nacional, el artículo 5 del Decreto Ley 770 de 2005 dispone que, el Gobierno Nacional determinará las competencias y los requisitos de los empleos de los distintos niveles jerárquicos, teniendo en consideración: i) Estudios y experiencia; ii) Responsabilidad por personal a cargo; iii) Habilidades y aptitudes laborales; iv) Responsabilidad frente al proceso de toma de decisiones; v) Iniciativa de innovación en la gestión y vi) Valor estratégico e incidencia de la responsabilidad. Frente a los requisitos de estudios y de experiencia, esta norma dispone que el Gobierno Nacional deberá fijarlos con sujeción a unos mínimos y máximos, los cuales, para los empleos del nivel directivo, corresponden a los siguientes: Mínimo: Título Profesional y experiencia. Máximo: título profesional, título de postgrado y experiencia.

En aplicación de la anterior disposición, mediante Decreto 1785 de 2014, compilado en el Decreto 1083 de 2015, el Presidente de la República fijó los requisitos de educación y experiencia requeridos para ocupar los

diferentes empleos del nivel directivo, dependiendo del grado del cargo.

Pese a que los empleos de Superintendente Financiero, Superintendente de Sociedades y Superintendente de Industria y Comercio corresponden a cargos de nivel directivo, a quienes en principio les resultarían aplicables las reglas y requisitos comunes a todo cargo de este nivel, mediante el Decreto 1817 de 2015 el Presidente de la República en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial de las conferidas por los numerales 11 del artículo 189 de la Constitución Política, estableció condiciones para el ejercicio de la facultad de nominación y remoción de los empleos de Superintendente de Industria y Comercio, Superintendente Financiero y Superintendente de Sociedades.

Concretamente, mediante este decreto originalmente se dispuso que:

- Para ocupar los empleos de Superintendente de Industria y Comercio, Superintendente Financiero y Superintendente de Sociedades, se deberán acreditar unas calidades especiales correspondientes a título profesional y título de posgrado en la modalidad de maestría o doctorado en áreas afines a las funciones del empleo a desempeñar, y diez (10) años de experiencia profesional relacionada con las funciones del cargo a desempeñar, adquirida en el sector público o privado, o experiencia docente en el ejercicio de la cátedra universitaria en disciplinas relacionadas con las funciones del empleo.
- El nombramiento de los Superintendentes referidos se realizará por parte del Presidente de la República previa invitación pública. Además, se facultó al Presidente para solicitar la opinión de organizaciones ciudadanas, sociales, universitarias o académicas, sobre el buen crédito de los aspirantes que estime necesarios.
- Los Superintendentes a que hace referencia el Decreto serían nombrados para el respectivo período presidencial.
- En caso de que el Superintendente fuese retirado del servicio con anterioridad a la terminación del respectivo período presidencial, el acto de insubsistencia debería ser motivado.
- Finalizado el período constitucional del Presidente, debería designarse el reemplazo de los superintendentes referidos, dentro de los 3 meses siguientes a la fecha de posesión del nuevo mandatario.
- Si se produjere la vacancia del empleo de los superintendentes referidos antes de culminar el período presidencial, el empleo sería provisto mediante encargo, mientras se efectúa la nueva convocatoria.

Las razones por las cuales se adoptaron estas reglas especiales para los empleos de Superintendente de Industria y Comercio, Superintendente Financiero y Superintendente de Sociedades fueron las siguientes:

En enero de 2011 Colombia manifestó su interés por ser parte de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). Dos años después, en abril de 2013, el Consejo autorizó el inicio de discusiones con Colombia tendientes a su adhesión. En septiembre del mismo año, el Consejo estableció la Hoja de Ruta, documento en el cual se definieron términos, condiciones y procesos para la adhesión de Colombia con el objetivo de eventualmente extender una invitación oficial al país, para adherirse a la Convención de la OCDE y, de este modo, convertirse en miembro de la Organización. Para permitir que el Consejo tomara una decisión informada sobre la adhesión de Colombia, el país se sometió a revisiones por parte de 23 comités técnicos de la OCDE. Este proceso, que se surtió entre los años 2014 y 2018, culminó

con la adopción de una opinión formal de parte de cada uno de los Comités, cuyo conjunto fue presentado al Consejo, con la recomendación de extender una invitación de ingreso a Colombia<sup>1</sup>.

En este proceso de vinculación de Colombia a la OCDE se resaltan cuatro documentos relacionados con la expedición del Decreto 1817 de 2015:

### **I. Informe OCDE–BID: Seguimiento a los nueve exámenes inter-pares de la política y del derecho de competencia de países de América Latina (2012)<sup>2</sup>**

Este informe de seguimiento, elaborado conjuntamente por la OCDE y el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) en 2012, analizó los avances de nueve países latinoamericanos evaluados en anteriores exámenes inter-pares (peer reviews) de política y derecho de competencia, incluido el caso de Colombia (2009).

El documento examinó, entre otros aspectos, la estructura e independencia de las agencias de competencia. En este contexto, destacó que la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), al igual que su par en Brasil, hace parte del Poder Ejecutivo, lo que le ha permitido participar activamente en discusiones gubernamentales sobre reformas económicas y regulatorias.

No obstante, el informe advirtió que esta ubicación institucional podría conllevar una menor autonomía frente al Gobierno, lo cual puede afectar su capacidad de actuar de forma independiente al iniciar investigaciones, tomar decisiones y aplicar sanciones.

Asimismo, el informe resalta que debe buscarse un equilibrio entre independencia e integración institucional de la autoridad de competencia:

- Una mayor independencia formal exige construir reputación y reconocimiento institucional para influir en las reformas económicas.
- Una mayor integración al Ejecutivo permite incidencia inmediata en las políticas públicas, pero conlleva riesgos de menor independencia decisoria.

En síntesis, el informe plantea que el desafío para Colombia consiste en garantizar suficiente autonomía para adoptar decisiones técnicas, imparciales y libres de interferencias políticas, sin perder su capacidad de incidencia en la formulación de políticas públicas. En este punto, es importante destacar que, según lo manifestado por la OCDE, la independencia de la Superintendencia no se concentra en la capacidad de nominación del Superintendente por parte del Presidente, sino que la independencia se materializa gracias a la reputación y reconocimiento institucional de la entidad para influir en las reformas económicas, y parte de ello se logra como consecuencia de la integración de la autoridad con el ejecutivo.

### **II. Recomendación del Consejo de la OCDE sobre Política y Gobernanza Regulatoria (2012) — Sección 7.3<sup>3</sup>**

<sup>1</sup> Manual de Consulta. Participación de Colombia en la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. Disponible en: [https://www.dnp.gov.co/LaEntidad/\\_subdireccion-general-prospectiva-desarrollo-nacional/ocde-colombia/Paginas/manual-de-consulta.aspx](https://www.dnp.gov.co/LaEntidad/_subdireccion-general-prospectiva-desarrollo-nacional/ocde-colombia/Paginas/manual-de-consulta.aspx)

<sup>2</sup> Disponible en: [https://www.oecd.org/content/dam/oecd/es/publications/reports/2012/09/follow-up-to-the-nine-latin-american-peer-reviews-of-competition-law-and-policy-2012\\_45d5a3a2/eaed6950-es.pdf](https://www.oecd.org/content/dam/oecd/es/publications/reports/2012/09/follow-up-to-the-nine-latin-american-peer-reviews-of-competition-law-and-policy-2012_45d5a3a2/eaed6950-es.pdf)

<sup>3</sup> Disponible en: [https://www.oecd.org/es/publications/recomendacion-del-consejo-sobre-politica-y-gobernanza-regulatoria\\_9789264209046-es.html](https://www.oecd.org/es/publications/recomendacion-del-consejo-sobre-politica-y-gobernanza-regulatoria_9789264209046-es.html)

La Recomendación del Consejo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) sobre Política y Gobernanza Regulatoria, adoptada en 2012, establece lineamientos para el fortalecimiento de los marcos regulatorios nacionales y promueve la adopción de prácticas de gobernanza eficaces, coherentes y transparentes.

En particular, su Sección 7.3 señala que debe considerarse el establecimiento de entidades regulatorias independientes en ciertos escenarios en los que la autonomía institucional resulta esencial para garantizar decisiones imparciales y técnicas. Los tres supuestos clave que se destacan son:

- Cuando exista la necesidad de que la entidad regulatoria sea independiente para preservar la confianza pública: En contextos donde la legitimidad de las decisiones depende de la percepción de imparcialidad y objetividad, la separación orgánica respecto del poder ejecutivo resulta importante para fortalecer la credibilidad institucional y la aceptación social de las decisiones regulatorias.
- Cuando tanto el gobierno como los órganos privados se encuentren regulados bajo el mismo marco, requiriéndose neutralidad competitiva.
- Cuando el Estado actúa de forma simultánea como regulador y operador en un mercado, la independencia del ente regulador evita conflictos de interés y asegura que la regulación se aplique de manera simétrica y equitativa tanto al sector público como al privado.
- Cuando las decisiones regulatorias tengan impactos económicos significativos y deba protegerse la imparcialidad de la entidad: En estos casos, la autonomía institucional y decisoria actúa como salvaguarda frente a presiones políticas o económicas, permitiendo decisiones basadas exclusivamente en criterios técnicos y objetivos, y garantizando estabilidad y previsibilidad en el entorno regulatorio.

La Recomendación destaca que la independencia no es un fin en sí mismo, sino un mecanismo para asegurar decisiones libres de injerencias indebidas, especialmente cuando están en juego la confianza pública, la neutralidad competitiva y los impactos económicos de la regulación.

Finalmente, se planteó que, el objetivo general de la recomendación es orientar a los Estados en el diseño, aplicación, evaluación y mejora continua de sus marcos regulatorios, promoviendo políticas basadas en evidencia, coherentes y coordinadas, que fortalezcan la confianza pública, maximicen beneficios económicos, sociales y medioambientales, y contribuyan al desarrollo sostenible mediante una gobernanza regulatoria eficaz y de alcance gubernamental completo.

### **III. Informe Colombia: Assessment of Competition Law and Policy (OCDE)<sup>4</sup>**

El informe Colombia: Assessment of Competition Law and Policy, elaborado por la OCDE, tuvo como finalidad evaluar la disposición y capacidad de Colombia para implementar los instrumentos jurídicos sustantivos de la OCDE en materia de competencia, así como analizar sus políticas, prácticas e instituciones frente a los estándares y mejores prácticas internacionales, con el propósito de fortalecer la aplicación efectiva de la ley de competencia, promover la cooperación internacional y fomentar mercados competitivos que favorezcan el bienestar de los consumidores.

En dicho informe se señala que el plan inicial de Colombia para garantizar mayor independencia a sus

<sup>4</sup> Disponible en: [https://www.oecd.org/en/publications/colombia-assessment-of-competition-law-and-policy-2016\\_6dedc241-en.html](https://www.oecd.org/en/publications/colombia-assessment-of-competition-law-and-policy-2016_6dedc241-en.html)

autoridades de competencia y regulación -conforme la Sección 7.3 de la Recomendación del Consejo de 2012 sobre Política y Gobernanza Regulatoria- fue tramitar una enmienda constitucional que abarcara a todas las superintendencias y entidades reguladoras, en vez de modificar individualmente las leyes orgánicas de cada entidad. Aunque esa enmienda sigue pendiente como proyecto de largo plazo, el Gobierno colombiano optó por una medida temporal mediante la expedición del Decreto 1817 de 2015.

El Decreto 1817, que entró en vigor de manera inmediata, aplica a la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), la Superintendencia Financiera y la Superintendencia de Sociedades, y dispuso que el Superintendente fuese nombrado por un período fijo coincidente con el mandato presidencial de cuatro años, pudiendo ser removido por el Presidente únicamente por causa justificada.

Por su parte, el Superintendente Delegado para la Competencia —al igual que los demás delegados de la SIC— continúa siendo designado y removido libremente por el Superintendente, sin un período fijo, situación que no fue modificada por el Decreto 1817.

Frente a la evaluación de este aspecto, se mencionó en el Informe que *“Para abordar esta cuestión, el Presidente de Colombia emitió recientemente el Decreto 1817, vigente desde el 15 de septiembre de 2015, que dispone que el Superintendente de la SIC será nombrado por un período fijo coincidente con el mandato presidencial de cuatro años, y podrá ser destituido por este solo por causa justificada. En opinión del Comité, el Decreto 1817 constituye una solución práctica al problema de garantizar la independencia política de un organismo unipersonal”*.

De acuerdo con lo anterior, la independencia de la autoridad de competencia se materializó con el mencionado establecimiento de un periodo fijo del Superintendente, quien sólo podría ser destituido por causa justificada, norma que como se expone, fue sacada del ordenamiento jurídico como consecuencia de una decisión del Consejo de Estado.

#### **IV. Manual de Consulta Participación de Colombia en la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos<sup>5</sup>**

Con el apoyo que brindó el Banco Interamericano de Desarrollo al Gobierno de la República de Colombia en el marco del “Programa de Cooperación Técnica para el Ingreso de Colombia a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos” se elaboró un Manual de Consulta en el año 2020.

En este documento se consigna que una de las acciones desarrolladas por Colombia para asegurar la independencia de la autoridad de competencia fue la expedición del Decreto 1817 del 2015, el cual le otorgó mayor independencia al Superintendente de Industria y Comercio (junto con los de Sociedades y Financiero) al establecer : i) un periodo fijo para su nombramiento por parte del Presidente; ii) la coincidencia del período del Presidente de la República con el de estos tres Superintendentes y iii) la necesidad de que el Presidente haga públicas las razones de destitución, en caso de suspenderlos antes de la finalización de dicho periodo. Con estas tres determinaciones se procuró *“otorgar al Superintendente de Industria y Comercio mayor libertad para tomar medidas que usualmente son impopulares o afectan poderosos intereses”*.

De acuerdo con la anterior contextualización, la expedición del Decreto 1817 de 2015 persiguió dotar de autonomía a la autoridad de competencia, al establecer unas especiales reglas para la remoción del Superintendente de Industria y Comercio. Concretamente, el elemento principal de este Decreto fue

<sup>5</sup> Disponible en: <https://www.dnp.gov.co/LaEntidad/subdireccion-general-prospectiva-desarrollo-nacional/ocde-colombia/Paginas/manual-de-consulta.aspx>

establecer un período fijo para la vinculación y retiro de estos superintendentes, atado al periodo del Presidente de la República. Asimismo, se resalta que, tal como lo reconocieron los propios informes, esta medida supondría un impulso inmediato para dotar de autonomía a la autoridad de competencia, pues cualquier modificación estructural supondría una enmienda constitucional.

Ahora bien, el Decreto 1817 de 2015 fue demandado a través del medio de control de nulidad simple previsto en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011. Esta demanda fue decidida por la Sección Quinta del Consejo de Estado mediante sentencia 14 de mayo de 2020 dictada dentro del expediente bajo radicado 11001032400020150054200.

En esta sentencia el Consejo de Estado sostuvo, entre otras cosas, lo siguiente:

- Establecer un periodo fijo para los empleos de Superintendente de Industria y Comercio, Superintendente Financiero y Superintendente de Sociedades transgrede el principio de reserva legal.

*En palabras de la máxima corporación “El artículo 150 numeral 23 de la Carta, establece que corresponde al Congreso de la República hacer las leyes y por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: “expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas”, en este orden, se colige que es de reserva legal la regulación del empleo público, así como señalar sus características, las modalidades de vinculación, las condiciones de acceso, permanencia y retiro del servicio, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de quienes aspiren a acceder a los cargos públicos, en tanto el “empleo público”, según el artículo 19 de la Ley 909 de 2004, es “el núcleo básico de la estructura de la función pública”.*

*De acuerdo con lo anterior, la autoridad judicial sostuvo que, “no podía establecerse, por vía reglamentaria, por parte del Gobierno nacional, un “período fijo” para el cargo de superintendente, en la medida que la duración del servicio es un elemento sustancial del empleo público, en tanto determina el tiempo de permanencia de su titular. En este orden, estima la Sala que, con el precepto acusado, se presentó una usurpación de las atribuciones propias del Congreso de la República”.*

De esta forma, el Consejo de Estado reconoció que la herramienta jurídica utilizada por el Ejecutivo para ahondar en la búsqueda de la independencia de la Superintendencia no podía ser un decreto reglamentario, sino que se trataba de un asunto de orden legislativo.

- Por su naturaleza legal, el empleo de Superintendente corresponde a un cargo de libre nombramiento y remoción, debiéndose proteger la potestad nominadora del Presidente de la República y el grado de confianza que caracteriza estos empleos.

De otra parte, conforme a lo descrito por la OCDE, y como se ha venido describiendo en este documento, la Superintendencia hace parte de la rama ejecutiva, y se mantiene por disposición constitucional y legal, la capacidad de nominación del Superintendente por parte del Presidente. De manera particular, en esta decisión consideró el Consejo de Estado que:

*“De otro lado, establecer que los superintendentes mencionados “serán nombrados por el Presidente de la República para el respectivo período presidencial” implica una mutación de la naturaleza jurídica de este empleo, en la medida que, como lo sostuvo el demandante y el Ministerio Público, el linaje de este destino público fue establecido expresamente en los artículos 5º de la Ley 909 de 2004 y 7º del Decreto Ley 775 de 2005, como de “libre nombramiento y remoción”, categoría que no puede confundirse con el empleo de “período fijo”, pues son dos tipos de empleos claramente diferenciados en la ley, que obedecen a razones o*

*fundamentos distintos. El empleo de período supone un tiempo para su ejercicio, sin que pueda ser despojado su titular del término fijado por la ley, sino cuando operan causales expresamente fijadas por el ordenamiento jurídico, que normalmente deviene de sanciones judiciales o administrativas.*

(...)

*Por su parte, el empleo de libre nombramiento y remoción, como lo indica la Corte Constitucional, se fundamenta “en un grado importante de confianza, la cual es inherente al manejo de asuntos pertenecientes al exclusivo ámbito de la reserva y el cuidado que requieren cierto tipo de funciones, en especial aquellas en cuya virtud se toman las decisiones de mayor trascendencia para el ente de que se trata”. Esta característica le otorga al nominador la potestad de nombrar y retirar discrecionalmente a su titular, por razones de necesidad, mérito o conveniencia públicas”.*

En este sentido, el Consejo de Estado determinó que, bajo el diseño constitucional y legal, el Superintendente requiere un grado importante de confianza con el Presidente, y corresponde a este último como nominador la potestad de nombrar y retirar discrecionalmente a su titular, por las razones expuestas.

- La existencia de las recomendaciones provenientes de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) relacionadas con la nominación del Superintendente no pueden adaptarse por el ejecutivo, y requieren una discusión por parte del Congreso de la República

En el fallo citado, el Consejo de Estado, en cuanto a la posibilidad de nominación y fijación de requisitos del Superintendente por parte del Ejecutivo vía reglamentaria, dispuso que *“Ahora bien, en cuanto a las recomendaciones de la OCDE, en el sentido de que puede ser conveniente para asegurar la autonomía y estabilidad técnica y operativa de las Superintendencias, el que se dote de un período fijo a los servidores que regentan esta clase de organismos, ello no puede disponerse por parte del ejecutivo, por vía reglamentaria, sin alterar el equilibrio de poderes, ni horadar fronteras propias de otros órganos estatales, dado que, como se indicó, le corresponde al Congreso de la República, regular todo lo relativo al régimen de los empleos públicos, y señalar sus características, modalidades de vinculación y permanencia, como depositario de la voluntad soberana y órgano de deliberación política, según el principio democrático y la jerarquización normativa que gobierna el modelo de Estado Social de Derecho colombiano”.* En este sentido, el órgano judicial determinó que no corresponde al Ejecutivo establecer limitaciones al empleo público en relación con las capacidades del Superintendente.

- Dado el grado de confianza que supone el empleo de Superintendente el nominador está en la posibilidad de disponer libremente de su provisión y retiro

Sostuvo el máximo órgano de la jurisdicción contenciosa administrativa que *“En efecto, el legislador fue claro al prescribir que la competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará “mediante acto no motivado” (Art. 41 Ley 909 de 2004). Así las cosas, tratándose del grado de confianza que se exige para el desempeño del empleo de Superintendente, el nominador está en la posibilidad de disponer libremente su provisión y retiro, sin que sea necesario expresar los motivos que lo llevan a adoptar una u otra decisión. Por lo tanto, en el presente caso, se transgredió el artículo 125, 189 Numerales 11 y 13 de la Constitución Política; el artículo 5 y el parágrafo 2º del artículo 41 de la Ley 909 de 2004 y 7º del Decreto Ley 775 de 2005.*

*En efecto, si los cargos de superintendente de Industria y Comercio, Financiero y de Sociedades son de libre nombramiento y remoción, no resulta acorde que se señale un plazo para su designación una vez termine el período presidencial. El ejercicio de la facultad nominadora del primer mandatario frente a tales*

*cargos, se mantiene incólume para nombrar y remover a estos servidores, en cualquier tiempo”*

Con fundamento en lo anterior, el Consejo de Estado decidió:

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

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

A la luz de lo anterior, esta decisión judicial implicó el retiro del ordenamiento jurídico de las disposiciones que consagraban que para la provisión y el retiro de los empleos de Superintendente de Industria y Comercio, Superintendente Financiero y Superintendente de Sociedades aplicaban las siguientes reglas: i) un periodo fijo para su nombramiento por parte del Presidente; ii) la coincidencia del período del Presidente de la República con el de estos tres Superintendentes y iii) la necesidad de que el Presidente haga públicas las razones de destitución, en caso de suspenderlos antes de la finalización de dicho periodo.

La expedición de esta Sentencia supone el decaimiento de las bases y la finalidad del Decreto 1817 de 2015, pues la esencia de esta norma consistía en el establecimiento de un periodo fijo del Superintendente con el cual se pretendía fortalecer la independencia de la autoridad de competencia-y, de contera, dar cumplimiento a las recomendaciones de la OCDE-. No obstante, con esta decisión judicial, todo entendimiento relativo al periodo fijo del Superintendente en todas sus dimensiones fue declarado nulo y, como consecuencia, erradicado del sistema normativo.

Siendo así, ante el retiro del ordenamiento jurídico de las reglas de periodo fijo del Superintendente – el cual, se reitera, constituía la base y finalidad del Decreto 1817 de 2015-, resulta necesario modificar esta normatividad en lo que respecta a los requisitos, exigencias y procedimiento para nombrar al Superintendente Financiero, de Sociedades y de Industria y Comercio, con el fin de procurar una armonía y coherencia normativa, pues no se encuentra razón alguna para mantener en estos empleos unos requisitos y procedimientos especiales para su provisión, máxime cuando el Consejo de Estado ha ratificado que, a la luz de nuestro ordenamiento actual, el grado de confianza que supone el empleo de Superintendente implica que el nominador está en la posibilidad de disponer libremente de su provisión y retiro, y que el mecanismo para determinar un periodo fijo para el Superintendente está sujeto a reserva legal.

Asimismo, es de considerar que, en el mismo sentido, la Corte Constitucional ha señalado que los cargos del nivel directivo -dentro del cual se encuentra el de Superintendente- exigen una confianza cualificada que justifica el mantenimiento de la libertad de provisión y retiro por parte del nominador. En palabras de la alta corporación *“siendo la regla general la de la pertenencia a la carrera, según los mandatos constitucionales, las excepciones que la ley consagre solamente encuentran sustento en la medida en que, por la naturaleza misma de la función que se desempeña, se haga necesario dar al cargo respectivo un trato en cuya virtud el nominador pueda disponer libremente de la plaza, nombrando, confirmando o removiendo a su titular por fuera de las normas propias del sistema de carrera. Estos cargos, de libre nombramiento y remoción, no pueden ser otros que los creados de manera específica, según el catálogo de funciones del organismo*

*correspondiente, para cumplir un papel directivo, de manejo, de conducción u orientación institucional, en cuyo ejercicio se adoptan políticas o directrices fundamentales, o los que implican la necesaria confianza de quien tiene a su cargo dicho tipo de responsabilidades. En este último caso no se habla de la confianza inherente al cumplimiento de toda función pública, que constituye precisamente uno de los objetivos de la carrera pues el trabajador que es nombrado o ascendido por méritos va aquilatando el grado de fe institucional en su gestión, sino de la confianza inherente al manejo de asuntos pertenecientes al exclusivo ámbito de la reserva y el cuidado que requieren cierto tipo de funciones, en especial aquellas en cuya virtud se toman las decisiones de mayor trascendencia para el ente de que se trata” (Sentencia C-514 de 1994).*

Que como expuso la OCDE, la autonomía o independencia de la autoridad de competencia no está atada de manera exclusiva a la posibilidad de nominación del Presidente de la República, sino que esta también depende del reconocimiento de las decisiones que la autoridad adopte para el mercado y los consumidores.

De este modo, a los cargos de Superintendente Financiero, de Sociedades y de Industria y Comercio deberán ser aplicables los requisitos y exigencias comunes para todo cargo del nivel directivo -esto es, los contenidos en el artículo 2.2.2.4.2 del Decreto 1083 de 2015-, al haber desaparecido del ordenamiento jurídico las reglas especiales de periodo fijo por cuenta de la decisión del Consejo de Estado, siendo necesario resguardar la potestad del nominador de nombrar y retirar a todos los Superintendentes con los requisitos generales exigidos para todo empleado del nivel directivo.

Adicionalmente, se hace necesario ajustar el procedimiento de invitación pública de manera que resulte siendo una facultad del Presidente de la República, pues no existe razón para consagrar procedimientos obligatorios especiales que deba seguir el nominador, cuando conserva la facultad de provisión y retiro de todos los Superintendentes sin ninguna limitación temporal.

En síntesis, dada la proscripción del ordenamiento jurídico de restricciones en la provisión y retiro del cargo de Superintendente Financiero, de Sociedades y de Industria y Comercio por cuenta de la decisión adoptada por el Consejo de Estado frente a la legalidad del Decreto 1817 de 2015, resulta necesario que estos cargos sean provistos conforme las reglas generales de todo empleo del nivel directivo, esto es, con los requisitos de formación y experiencia aplicables para los cargos de este nivel jerárquico consagrados en el artículo 2.2.2.4.2 del Decreto 1083 de 2015 y dotando al nominador de la posibilidad de realizar una invitación pública, en caso de estimarlo necesario.

## **2. AMBITO DE APLICACIÓN Y SUJETOS A QUIENES VA DIRIGIDO**

El acto administrativo regirá en todo el territorio nacional y será aplicable tanto a quienes aspiren a ocupar el cargo de Superintendente, como al Presidente de la República en su calidad de nominador.

No obstante, se aclara que, conforme lo dispuesto en el artículo 2 del Decreto, a los superintendentes nombrados antes de su expedición no se les exigirán requisitos distintos a los acreditados en el momento de su posesión.

## **3. VIABILIDAD JURÍDICA**

### **3.1 Análisis de las normas que otorgan la competencia para la expedición del proyecto normativo**

*Mediante el artículo 53 numerales 3 y 4 de la Ley 909 de 2004 el legislador revistió de facultades extraordinarias al presidente de la República para que dictara normas con fuerza de ley que desarrollaran i) «el sistema de funciones y requisitos aplicable a los organismos y entidades de los órdenes nacional y territorial» que deban regirse por la Ley 909 de 2004 y ii) «el sistema específico de carrera para el ingreso, permanencia, ascenso y retiro del personal de las superintendencias de la Administración Pública Nacional».*

*En cumplimiento de lo anterior, se profirió el Decreto Ley 770 de 2005, norma que en su artículo 5 confirió facultades al Gobierno Nacional para que determine las competencias y los requisitos de los empleos de los distintos niveles jerárquicos, debiendo atender unos parámetros para cada nivel.*

*De acuerdo con lo anterior, el Presidente de la República se encuentra facultado normativamente para fijar los requisitos para desempeñar el cargo de Superintendente, respetando los parámetros y criterios fijados en el Decreto Ley 770 de 2005.*

### 3.2 Vigencia de la ley o norma reglamentada o desarrollada

*El decreto modificado – 1817 de 2015 - se encuentra actualmente vigente y se encuentra compilado en el Decreto 1083 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública.*

*Asimismo, se resalta que con la modificación realizada en este Decreto se excluyen la totalidad de las disposiciones que fueron declaradas nulas por el Consejo de Estado en sentencia dictada dentro del expediente bajo radicado 11001032400020150054200, atendiendo a la imposibilidad de reproducir normas que previamente han sido retiradas del ordenamiento por una autoridad judicial.*

### 3.3. Disposiciones derogadas, subrogadas, modificadas, adicionadas o sustituidas

*Con este acto administrativo se modifica el Título 34 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1083 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública.*

### 3.4 Revisión y análisis de la jurisprudencia que tenga impacto o sea relevante para la expedición del proyecto normativo (órganos de cierre de cada jurisdicción)

*En la expedición de este Decreto se debe tener en consideración que el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta en Sentencia del 6 de julio de 2023 dictada dentro del expediente bajo radicado 11001-03-24-000-2022-00328-00 se pronunció frente a una demanda promovida en ejercicio del medio de control de nulidad simple contra el artículo 2.2.34.1.2, ordinal 1, del Decreto 1083 de 2015, adicionado por el artículo 1 del Decreto 1817 del 2015.*

*En esta oportunidad, el Consejo de Estado reafirmó la potestad que tiene el Presidente de la República de fijar los requisitos y exigencias para ocupar los diferentes empleos en entidades y organismos del orden nacional y, en particular, de los de nivel directivo.*

*En palabras de la alta corporación:*

*“En el mismo orden se concluye que el presidente de la República es la Suprema Autoridad Administrativa según lo establece el artículo 189 constitucional y, por ello, a través de las*

*superintendencias cumple la función de inspección, control y vigilancia en los distintos sectores de la vida nacional. Desde tal criterio jerárquico se tiene que el ejecutivo, dentro del marco de la ley, tenía la facultad de establecer las funciones y requisitos generales para los empleos públicos correspondientes a las entidades del orden nacional, como en este caso sucedió con las aludidas superintendencias, y cuyo sustento reposó, se reitera, en la Ley 909 de 2004 y el Decreto Ley 770 de 2005*

*Así las cosas, si se tiene en cuenta que el margen de regulación del presidente de la República se circunscribía a desarrollar los requisitos de vinculación a cargos del nivel directivo, como el de superintendente, atendiendo a los mínimos y máximos del referido decreto, se tiene que la reglamentación posterior a través de la norma censurada, de acuerdo con las facultades del artículo 189 numeral 11 de la Constitución, resulta compatible con los límites establecidos”*

De acuerdo con lo anterior, el Presidente de la República se encuentra facultado para determinar las competencias y los requisitos de los empleos de los distintos niveles jerárquicos con sujeción a los criterios establecidos en el Decreto Ley 770 de 2005.

### **3.5. Circunstancias jurídicas adicionales**

No se presentan circunstancias jurídicas adicionales que se deban destacar en este acápite.

## **4. IMPACTO ECONÓMICO**

Las disposiciones contenidas en el acto administrativo no generan un impacto económico ni para el Estado ni para los particulares.

## **5. VIABILIDAD O DISPONIBILIDAD PRESUPUESTAL**

Para la expedición del acto administrativo no se requiere de viabilidad o disponibilidad presupuestal.

## **6. IMPACTO MEDIOAMBIENTAL O SOBRE EL PATRIMONIO CULTURAL DE LA NACIÓN**

Con la expedición del acto administrativo no se causaría afectación al medio ambiente o sobre el patrimonio cultural de nación.

## **7. ESTUDIOS TÉCNICOS QUE SUSTENTEN EL PROYECTO NORMATIVO (Si cuenta con ellos)**

No aplica.

### **ANEXOS:**

|                                                                                                                                                                                      |                    |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------|
| Certificación de cumplimiento de requisitos de consulta, publicidad y de incorporación en la agenda regulatoria<br>(Firmada por el servidor público competente –entidad originadora) | (Marque con una x) |
| Concepto(s) de Ministerio de Comercio, Industria y Turismo<br>(Cuando se trate de un proyecto de reglamento técnico o de procedimientos de evaluación de conformidad)                | (Marque con una x) |
| Informe de observaciones y respuestas                                                                                                                                                | (Marque con una x) |

|                                                                                                                                                                                             |                           |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------|
| <i>(Análisis del informe con la evaluación de las observaciones de los ciudadanos y grupos de interés sobre el proyecto normativo)</i>                                                      |                           |
| Concepto de Abogacía de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio<br><i>(Cuando los proyectos normativos tengan incidencia en la libre competencia de los mercados)</i> | <i>(Marque con una x)</i> |
| Concepto de aprobación nuevos trámites del Departamento Administrativo de la Función Pública<br><i>(Cuando el proyecto normativo adopte o modifique un trámite)</i>                         | <i>(Marque con una x)</i> |
| Otro<br><i>(Cualquier otro aspecto que la entidad originadora de la norma considere relevante o de importancia)</i>                                                                         | <i>(Marque con una x)</i> |

**Aprobó:**

\_\_\_\_\_  
Nombre y firma del Jefe de la Oficina Jurídica entidad originadora o dependencia que haga sus veces

\_\_\_\_\_  
Nombre y firma del (los) servidor(es) público(s) responsables en la entidad cabeza del sector administrativo que lidera el proyecto normativo

\_\_\_\_\_  
Nombre y firma del (los) servidor(es) público(s) responsables de otras entidades