



Bogotá, D.C., 31 JUL 2014

Señores  
MAGISTRADOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL  
E. S. D.

REF.: Demanda de inconstitucionalidad contra un apartado del artículo 38 y el artículo 40 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.

Magistrado Ponente: MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Expediente D-10237

Concepto 580

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 242.2 y 278.5 de la Constitución Política, rindo concepto en relación con la demanda instaurada por el ciudadano Julio Andrés Moya Moreno contra un apartado del artículo 38 y el artículo 40 del Decreto ley 775 de 2005, los que se transcriben subrayando lo demandado:

**"DECRETO 775 DE 2005**

(marzo 17)

Diario Oficial No. 45.855 de 19 de marzo de 2005

**DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA**

*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,*

[...]

**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”.

#### 1. Planteamiento de la demanda

El accionante solicita la inexecutable del apartado según el cual “[e]l resultado de la evaluación será la calificación correspondiente al período semestral”, contenido en el artículo 38 del Decreto 775 de 2005. Así mismo, le pide a la Corte Constitucional que declare inexecutable el artículo 40 *ibidem*, al disponer que contra la calificación definitiva del desempeño laboral para los empleados de las superintendencias sólo procede el recurso de reposición, el cual deberá ser resuelto dentro de los quince (15) días siguientes a su presentación, por cuanto, en su parecer, el mismo vulnera los artículos 13 y 29 de la Constitución Política.

El accionante considera que la disposición acusada vulnera el artículo 13 de la Constitución Política, pues entiende que la evaluación de la carrera administrativa debe realizarse anualmente como se sucede en otras entidades públicas y no como fue establecida para las superintendencias, sin justificación alguna, en donde “[e]l Presidente de la República, por alguna razón, consideró que debían regirse con ciertas particularidades frente a los otros sistemas específicos de carrera administrativa [sin que se evidenci]en claramente los fundamentos que la soportaron”.

En cuanto al segundo planteamiento, en la demanda se hace referencia al trato excepcional que constituye para las superintendencias haber dispuesto que contra la calificación definitiva del desempeño laboral en esas entidades sólo proceda el recurso de reposición, frente al dado a los servidores de la DIAN, AEROCIVIL y el INPEC, para quienes sí se contempla la posibilidad de interponer el recurso de apelación.

De allí que el actor percibe que las normas demandadas están dando un trato diferente a sujetos iguales, con lo cual se vulneran los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso de los funcionarios de las superintendencias. Para efectos de esto último, en la demanda se cita la sentencia C-248 de 2013 (M.P. Mauricio González Cuervo), en donde se indica que toda excepción a la doble instancia debe tener una justificación razonable, racional y proporcional.

## 2. Problema jurídico

De conformidad con la demanda arriba resumida, esta jefatura considera que en el presente proceso corresponde determinar si el legislador:

- (i) Al establecer el período de cada seis (6) meses para evaluar el desempeño laboral de los servidores públicos de las superintendencias de la administración pública nacional, vulneró el derecho a la igualdad de trato de esos servidores en relación con lo regulado al respecto en otros regímenes de carrera administrativa, donde la evaluación es anual; y
- (ii) Al prescribir que contra la calificación definitiva de los mencionados servidores únicamente procede el recurso de reposición, vulnera los derechos al debido proceso y a la igualdad de trato de esos servidores frente a lo establecido al respecto en otros regímenes de carrera administrativa, debido a que para ellos procede el recurso de apelación contra la calificación definitiva de la evaluación de desempeño.

### 3. Análisis constitucional

3.1. Para resolver el primer cargo en relación con lo estipulado en el artículo 38 del Decreto 775 de 2012, referente a la evaluación de desempeño de los servidores públicos de las superintendencias para periodos semestrales y no anuales, debe determinarse la naturaleza jurídica de estos entes administrativos y el correspondiente grado de injerencia permitido al legislador para definir su sistema específico de carrera, en comparación con lo que puede establecerse al respecto en otros regímenes de ingreso y permanencia en el servicio público basado en el mérito.

Constitucionalmente, las superintendencias hacen parte de la estructura del Estado, como integrantes de la rama ejecutiva del Poder Público. En ese sentido, le corresponde al Congreso determinar la estructura y funciones de la administración nacional, lo que incluye lo correspondiente al régimen de las superintendencias, y señalar las funciones que el Presidente de la República les puede delegar, tal como lo determinan los artículos 115, 150 ordinal 7º, y 211 de la Carta Política.

La razón de ser de la existencia de estos entes en nuestra estructura organizativa es porque tienen la función técnica de ser los instrumentos de control policivo administrativo de las actividades económicas, como claramente lo establecen los artículos 189 -numerales 22, 24, 26-, 370 y 52 transitorio *ibidem*. Tan sensible es la función que cumplen estas entidades para la vida económica, que sus jefes pueden ser objeto de citaciones y de moción de censura por parte del Congreso de la República, tal como lo señala el artículo 135 de la Constitución Política.

En ese contexto de regulación fundacional además es viable que, en ejercicio de su facultad de configuración, la ley determine el período de evaluación definitiva de desempeño laboral de los servidores públicos de las superintendencias en forma diferente a lo regulado para otros entes públicos, con el fin de garantizar que dichas entidades cumplan con los fines estatales en lo que a ellas les compete realizar a través de un desempeño eficiente de sus funcionarios.

Al respecto, así como la ley puede establecer períodos anuales de evaluación, como lo ha hecho en muchos regímenes de carrera, también podría establecer evaluaciones definitivas para menores períodos que el cuestionado en el presente proceso —v.gr. bimestral, trimestral, etc.—, sin que esto resulte irrazonable y desproporcionado desde el punto de vista de la igualdad y la equidad, del derecho fundamental al trabajo o la permanencia en el empleo con base en el mérito, ya que es inherente a la función pública la responsabilidad en el ejercicio de la misma por parte de sus servidores, tal como lo establecen los artículos 6° y 121 a 124 de la Carta Política.

De hecho, cabe el establecimiento legal y la aplicación administrativa de las evaluaciones de desempeño definitivas de carácter extraordinario cuando la administración pública tenga acervo probatorio debidamente soportado en cuanto al desempeño funcional insatisfactorio de cualquier empleado de carrera administrativa, tal como lo establece para el régimen de carrera de las superintendencias el artículo 39 del Decreto 775 de 2005.

Así, lo importante para efectos de la evaluación de desempeño laboral es que se hayan establecido previamente reglas claras y concertadas para practicarla, con el fin de garantizar el fin esencial del estado de facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan, lo cual en el sistema específico de carrera administrativa para las superintendencias se

concreta mediante los planes anuales de gestión y la concertación de objetivos que se debe realizar con cada uno de sus servidores, al tenor de lo dispuesto en el artículo 34 del Decreto 775 de 2005.

Por tanto, no se presenta una lesión del principio de igualdad de trato con el establecimiento del periodo semestral para evaluar el desempeño laboral de los servidores públicos de las superintendencias, por lo que se solicitará a la Corporación Judicial que lo declare ajustado al orden normativo superior.

3.2. Frente al segundo cargo formulado a partir de lo establecido en el artículo 40 del Decreto 775 de 2005, según el cual la procedencia únicamente del recurso de reposición contra la calificación definitiva de servicios de los servidores públicos de las superintendencias vulnera el derecho a la igualdad de trato y el debido proceso, tomando como referente la aplicabilidad del recurso de apelación en otros regímenes de carrera para dicha evaluación de desempeño, se debe analizar si resulta razonable y proporcionado tal tratamiento legal, teniendo en cuenta que la tendencia general es establecer la procedencia de ambos recursos en la vía gubernativa en relación con el evento cuestionado.

Así, debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que la tendencia normativa legal común es que procedan los recursos de reposición y de apelación contra el acto de la calificación definitiva de servicios laborales para los servidores públicos de carrera<sup>1</sup>. En ese sentido, el artículo 38 de la Ley 909 de 2004, por ejemplo, que es la norma general sobre carrera administrativa, lo establece así expresamente. Lo que además se confirma cuando se advierte que, por regla general, contra los actos administrativos

---

<sup>1</sup> Cfr. Regímenes de carrera administrativa de la Dian (Decreto 765 de 2005, artículo 49), Aerocivil (Decreto 790 de 2005, artículo 32), Procuraduría General de la Nación (Decreto 262 de 2002, artículo 232), Fiscalía General de la Nación (Decreto 20 de 2014, artículos 75, 76, 80).

de carácter definitivo proceden los recursos de reposición y apelación, como lo establece expresamente el artículo 74 de la Ley 1437 de 2012.

Desde la perspectiva constitucional, esta jefatura considera que esta tendencia se cimienta en la garantía del debido proceso que debe regir en toda clase de actuaciones administrativas, en lo que a la doble instancia se refiere, lo cual se vuelve un imperativo que acepta excepciones pero dependiendo de los bienes jurídicos que se encuentren involucrados con la expedición del respectivo actos. Así, entre más sensibles sean los bienes jurídicos involucrados en la decisión administrativa o judicial, mayor debe ser la garantía procesal, lo que incluye la procedencia de la doble instancia. Esto, claro está, en la medida en que ello sea posible, pues existen actos que, en tanto proferidos por la máxima autoridad de la respectiva entidad, por ejemplo, no pueden ser susceptibles de apelación.

En el presente caso, esta vista fiscal advierte que con la calificación definitiva de servicios de los servidores públicos de las superintendencias en carrera administrativa lo que se compromete es el derecho fundamental al trabajo, como parte del derecho fundamental y político de acceder al desempeño de cargos públicos y permanecer en ellos de forma estable, y como expresión garantista y contraprestación al principio del mérito, lo que además tiene relación con la dignidad humana de tales trabajadores materializada en la contraprestación que reciben, tal como se desprende de lo establecido en los artículos 1, 2, 25, 40 y 125 de la Carta Política.

Esto es así porque las consecuencias de una evaluación con calificación insatisfactoria implica el retiro del servicio mediante la declaratoria de insubsistencia, con el agravante —a manera de sanción indirecta— de no poder participar el servidor desvinculado por esta causa en los concursos que realicen las superintendencias para proveer cargos públicos de carrera administrativa, tal como lo ordenan los artículos 5º, 35, 42 y 44 del mismo Decreto 775 de 2005.

Ante la trascendencia de los derechos fundamentales en juego, por lo tanto, esta vista fiscal considera que se hace necesario garantizar la doble instancia frente a la calificación definitiva del desempeño laboral de los servidores de las superintendencias, dado que una de las competencias propias de la vinculación al empleo público que rige la relación laboral entre el evaluador y el evaluado es la competencia actitudinal mutua, la cual puede resultar comprometida cuando esa relación sufre deterioros o desgastes.

Lo anterior debe ser así porque el derecho fundamental al trabajo se construye a partir de la premisa de la desigualdad en la relación laboral, lo que en este evento se manifiesta con la decisión unilateral que toma el funcionario evaluador frente al evaluado, quien es el mismo que conoce en forma unilateral del recurso de reposición que el evaluado llegare a interponer frente a la misma, resolviéndolo en forma unidireccional.

Por eso, en este caso el debido proceso se basa en la garantía de imparcialidad en el control de la actuación de la primera instancia administrativa calificadora por parte de una segunda instancia, que es ajena a la relación laboral inmediata que motiva tanto la calificación como el recurso de reposición contra la misma, lo cual le representa al Estado el beneficio de actuar eficientemente en el control de tales actuaciones administrativas para evitar la generación de responsabilidades patrimoniales por daños antijurídicos.

En el presente caso, por lo tanto, en atención a los bienes jurídicos que se deben tutelar en relación con las consecuencias de la calificación definitiva de las evaluaciones de desempeño, esta jefatura considera que no resulta razonable ni proporcionado que sólo sea procedente el recurso de reposición contra la misma y que el mismo deba ser resuelto en el término máximo improrrogable de quince días, cuando la Ley 1437 de 2011, por el contrario, concede un período probatorio de hasta treinta días para cada

uno de los recursos, en aras de garantizar tanto el derecho de defensa del recurrente como la eficiencia de la administración para tomar sus decisiones.

Desde el punto de vista fáctico, además, se observa que el defecto por el cual fue demandado el artículo 40 del Decreto 775 de 2005 hace alusión a una omisión en la cual incurrió el legislador extraordinario, al hacer uso de las facultades extraordinarias que le concedió el numeral 4º del artículo 53 de la Ley 909, ya que la misma ley en su condición de reguladora general de la carrera administrativa, en su artículo 38 estableció la procedencia de los recursos de reposición y apelación para la calificación definitiva de la evaluación de desempeño de todos los servidores públicos.

Ante lo demostrado, si bien la situación analizada compromete los bienes jurídicos constitucionales aludidos, lo que resulta aplicable es la declaratoria de constitucionalidad del artículo 40 del Decreto 775 de 2005 bajo el entendido que también procede el recurso de apelación contra la calificación definitiva de las evaluaciones de desempeño de los servidores públicos en carrera administrativa de las superintendencias, en los términos de la Ley 1437 de 2011.

Lo anterior, porque así lo permite el principio de conservación del derecho para que, precisamente en situaciones como la analizada dentro del presente proceso, efectivamente se garanticen los bienes jurídicos constitucionales vulnerados en forma explícita y eficiente y no mediante interpretaciones que deben ser llenadas por el aplicador de la ley ante vacíos jurídicos que se dejaran excluyendo del ordenamiento jurídico las normas deficientes.

Así, esta jefatura solicitará el condicionamiento señalado para la norma demanda, exceptuando el aparte relativo al término perentorio de quince días dentro de los cuales debe resolverse el recurso de reposición que se

haya interpuesto contra la calificación definitiva de las evaluaciones de desempeño de los servidores públicos en carrera administrativa de las superintendencias, el cual, por el contrario, se pedirá que sea declarado contrario a la Carta Política por vulnerar el derecho de defensa del recurrente y la eficiencia de la administración para tomar sus decisiones.

#### 4. Solicitud final

Por lo expuesto, el Procurador General de la Nación le solicita a la Corte Constitucional:

- (i) Declarar **EXEQUIBLE** el apartado según el cual “[e]l resultado de la evaluación será la calificación correspondiente al período semestral”, contenido en el artículo 38 del Decreto Ley 775 de 2005; y
- (ii) Declarar **INEXEQUIBLE** la expresión el apartado “pero deberá ser resuelto dentro de los quince (15) días siguientes a la presentación” contenido en el artículo 40 del mismo decreto, y **EXEQUIBLE** el resto de dicho artículo bajo el entendido que también procede el recurso de apelación contra la calificación definitiva de las evaluaciones de desempeño de los servidores públicos en carrera administrativa de las superintendencias, en los términos de la Ley 1437 de 2011.

De los Señores Magistrados,



**ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO**  
Procurador General de la Nación

ABC/JDContrerasB/Nroa