

Editorial

ANÍBAL ZÁRATE¹

El pasado 2 de mayo de 2024, la Sección Quinta del Consejo de Estado² confirmó la decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por medio de la cual ordenó al presidente realizar las acciones y gestiones necesarias para integrar la Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG) y, concretamente, cumplir con lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley 2099 de 2021, norma que establece un deber expreso, imperativo e inobjetable a cargo de este, consistente en nombrar a los seis expertos en asuntos energéticos de dedicación exclusiva que la conforman para un período fijo de cuatro años³.

Los hechos que dieron lugar a la demanda de cumplimiento se remontan al recurso por parte del actual mandatario a la figura del encargo interadministrativo para nombrar a los comisionados de dedicación exclusiva de estos reguladores. Es, por ejemplo, el caso de cuatro de los seis comisionados de la CREG que fueron nombrados de forma transitoria, luego de suspensiones⁴, vencimientos del período legal⁵ y renunciaciones. Mediante los decretos 476 y 477 de 31 de marzo de 2023 se encargaron en el empleo de expertos comisionados a los jefes de la Unidad de Planeación Minero Energética (UPME) y de la Oficina de Asuntos Regulatorios y Empresariales del Ministerio de

1 Doctor en Derecho, Universidad Panthéon-Assas (Paris II), París, Francia. Docente investigador del Departamento de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia. Correo-e: anibal.zarate@uexternado.edu.co. Enlace Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-5453-9464>. Para citar el artículo: Zárate, Aníbal, "Editorial", *Revista digital de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, n.º 32, 2024, pp. 3-6. DOI: <https://doi.org/10.18601/21452946.n32.01>.

2 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de 2 de mayo de 2024, rad. 25000-23-41-000-2023-01267-01.

3 Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección C, sentencia de 25 de enero de 2024.

4 Por ejemplo, *cfr.* Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de 2 de febrero de 2023, mediante la cual el Consejo de Estado anuló el nombramiento de Andrés Barreto como experto comisionado en asuntos energéticos de la CREG, contenido en el Decreto 1423 del 29 de julio de 2022, toda vez que el demandado no acreditó el cumplimiento de los requisitos establecidos en el literal c, párrafo 1, del artículo 21 de la Ley 2099 de 2021, necesarios para ocupar el empleo de comisionado experto de la CREG.

5 En julio de 2023 venció el período legal del experto comisionado José Fernando Prada, sin que se haya nombrado en propiedad a su reemplazo.

Minas y Energía. Unos días después se encargaron también como expertos comisionados de la CREG a dos asesores de la planta de personal de la misma cartera ministerial⁶. Para el accionante, este proceder del mandatario desconoce lo dispuesto en la Ley 2099 de 2021, disposición que ordena que la provisión de expertos se haga en propiedad.

Tanto el Tribunal Administrativo de Cundinamarca como el Consejo de Estado encentraron que todos los requisitos mínimos para que proceda la acción de cumplimiento se dieron en este caso⁷, y que la disposición invocada por el accionante contiene un mandato "claro, expreso y exigible, imperativo e inobjetable", toda vez que la Comisión está integrada por seis expertos en asuntos energéticos de dedicación exclusiva, nombrados por el presidente para períodos de cuatro años. De esta manera, en caso de existir vacantes, como sigue ocurriendo en la actualidad, el presidente debe nombrar una persona para ese mismo lapso. De hecho, el pasado mes de abril, la Presidencia de la República expidió dos decretos por medio de los cuales nombró, otra vez en encargo, dos nuevos comisionados para la CREG. Mientras que uno fue encargado por un período de tres meses, el segundo nombramiento indica que el encargo irá "mientras se provee la vacante"⁸. Es por esto que el Consejo de Estado halló en el mes de mayo que la renuncia del presidente a cumplir con el deber establecido en la Ley 2099 de 2021 estaba más que probada⁹. Conforme a estas decisiones, el presidente deberá nombrar en propiedad a los comisionados expertos de la CREG en un término de treinta días.

La decisión del Consejo de Estado nos parece acertada, ya que defiende la institucionalidad vigente, contribuye al mantenimiento de la independencia técnica del regulador y obliga al presidente, como autoridad administrativa,

6 A través de los decretos 491 y 492 del 4 de abril de 2023. Estos encargos interadministrativos fueron prorrogados mediante los decretos 1144 y 1145 de julio de 2023 por un término de tres meses. Esta composición sufriría variaciones y, para noviembre de 2023, mientras que algunos comisionados eran ratificados, otros dos entraban en reemplazo de algunos de los que habían sido nombrados en encargo. A esa fecha, habían sido nombrados cuatro de los seis comisionados, pero solo uno de ellos en propiedad.

7 (1) El actor probó la renuncia del presidente frente al cumplimiento del deber legal; (2) el deber se encuentra consagrado en una norma legal vigente; (3) la ausencia de otro instrumento judicial para lograr el efectivo cumplimiento del deber legal; (4) no se pretende la protección de derechos que puedan ser garantizados a través de tutela o el acatamiento de normas que establezcan gastos para la Administración.

8 Decretos 429 y 430 de abril de 2024.

9 "La Sala considera que es necesario que el señor presidente de la república cumpla las previsiones del artículo 44 de la Ley 2099 de 2021 y provea las vacantes. Por tanto, como en el expediente no se encuentra acreditado que todos los expertos fueron nombrados, se confirmará la sentencia de primera instancia", Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de 2 de mayo de 2024, rad. 25000-23-41-000-2023-01267-01.

a cumplir con el deber establecido en la Ley 2099 de 2021, algo esencial en cualquier Estado democrático y de derecho. El encargo interinstitucional, de acuerdo a las reglas vigentes en materia de función pública, es extraño al espíritu del mandato consagrado en el artículo 44 de la Ley 2099 de 2021, ya que este ocurre cuando el presidente designa temporalmente a un empleado de otra entidad de la rama ejecutiva para que asuma, total o parcialmente, las funciones de otro empleo vacante del cual él sea el nominador, por falta temporal o definitiva de su titular¹⁰, cuestión que parece chocar con la necesidad de proveer expertos comisionados de dedicación exclusiva para períodos fijos determinados en la misma ley¹¹. Esta figura es en todo caso inconveniente para el caso de la CREG, toda vez que: (1) el funcionario que es nombrado no está desvinculado de su empleo original en el Ministerio de Minas o en otra entidad, en el cual además actúa como un subordinado del ministro o del presidente; lo cual puede atentar contra la independencia del regulador, así como con el deber de que estos sean expertos de "dedicación exclusiva". (2) Pese a que la ley establece para los encargos regulares unos tiempos límite de tres meses, prorrogable por tres meses más, no es claro si para los empleos de período fijo la transitoriedad iría hasta por el término del mismo¹², o si el presidente podría eventualmente nombrar como comisionado, a través de un nuevo encargo y una vez transcurridos los seis meses, a otro funcionario del mismo ministerio o de otro órgano de la rama ejecutiva. De ocurrir cualquiera de estos dos escenarios, la garantía de independencia reflejada en el período que poseen los comisionados de dedicación exclusiva perdería toda su eficacia¹³. Los límites al poder de remoción

- 10 Decreto 1083 de 2015, artículo 2.2.5.5.45. El encargo interinstitucional puede recaer en un empleado de carrera o de libre nombramiento y remoción que cumpla con los requisitos para el desempeño del cargo.
- 11 Es precisamente en estos términos que el Consejo de Estado recuerda que "el nombramiento de todos los expertos comisionados permite la debida intervención del Estado en el ámbito de los servicios públicos, asunto que está ligado al deber que en él recae, esto es, garantizar la realización efectiva de los postulados mínimos del Estado social de derecho, asegurar la prestación eficiente de servicios y proteger los derechos de los usuarios bajo los límites constitucionales y legales, la Sala considera que es necesario que el señor presidente de la República cumpla las previsiones del artículo 44 de la Ley 2099 de 2021 y provea las vacantes".
- 12 En concepto 062151 de 22 de febrero de 2021, el DAFP indicó que "En cuanto al encargo de personas que no correspondan al régimen de carrera administrativa o de libre nombramiento se considera que el término del encargo para el empleo de comisionado de la Comisión de Regulación de Comunicaciones será hasta por el término restante del periodo institucional fijo del comisionado respectivo", lo cual nos parece desvirtúa la naturaleza misma del encargo.
- 13 Según concepto de la Procuraduría de 17 de octubre de 2023, "el periodo de los agentes expertos que hacen parte de la Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG) tienen un periodo fijo de cuatro años y no son servidores de libre remoción". Añade

del presidente solo se materializan con la provisión del empleo definitivo, es decir, desde que el comisionado de dedicación exclusiva de la CREG está en propiedad y comienza el término de su período fijo, que es personal¹⁴. En otras palabras, mientras el nombramiento sea transitorio, el presidente puede retirar del empleo (e incluso del ministerio) a los funcionarios de libre nombramiento y remoción de otras entidades que haya designado de manera transitoria, lo que precisamente podría explicar su renuencia a hacer estos nombramientos en propiedad.

Sin duda alguna, los nombramientos que se realizan de los empleados públicos constituyen un tema fundamental de la función pública, atendiendo a que estos, sin importar su clasificación (de carrera administrativa, de libre nombramiento y remoción, de período, o temporales), son los servidores públicos que realizan las tareas típicas del Estado; de allí que su relación sea estatutaria o legal y reglamentaria. Es por esto que para el presente número proponemos a nuestros lectores una primera parte monográfica dedicada al régimen de responsabilidad aplicable a quienes desarrollan funciones públicas. En esta sección, y como ya es costumbre, nuestros lectores encontrarán los trabajos de destacados autores nacionales, así como las investigaciones de juristas franceses, españoles, belgas e italianos. En línea con las nuevas tendencias en materia de internacionalización de revistas científicas, en el presente número también se incluyen escritos en francés, italiano e inglés. Para concluir esta breve presentación, nuestros lectores también encontrarán en esta edición, al lado del contenido monográfico dedicado a la responsabilidad de servidores públicos, algunas reflexiones puntuales en derecho administrativo sancionador sobre actividad de fomento y en materia de organización territorial.

¡Una provechosa lectura!

el órgano de control que esos expertos no son agentes del gobierno, ya que su labor es de naturaleza administrativa y es ejercida de forma independiente y técnica, sin subordinación.

14 Corte Constitucional, sentencia C-011 de 1994; DAFP, concepto n.º 077441 de 4 de marzo de 2021.