



Demandantes: Germán Lozano Villegas
Daniel Currea Moncada
Demandado: Manuel Peña Suárez
(experto comisionado de la CREG en encargo)
Radicados: 11001-03-28-000-2024-00002-00 Acum
11001-03-28-000-2024-00024-00

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Magistrado ponente: LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA

Bogotá D.C., tres (3) de octubre de dos mil veinticuatro (2024)

Referencia: NULIDAD ELECTORAL
Radicación: 11001-03-28-000-2024-00002-00 (principal)
11001-03-28-000-2024-00024-00
Demandantes: GERMÁN LOZANO VILLEGAS
DANIEL CURREA MONCADA
Demandado: MANUEL PEÑA SUÁREZ – experto comisionado de la
Comisión de Regulación de Energía y Gas en encargo
Temas: Designación en encargo. Dedicación exclusiva. Cargo de
periodo fijo¹

FALLO – ÚNICA INSTANCIA

La Sala procede a dictar sentencia de única instancia dentro del proceso de nulidad electoral de la referencia, promovido contra la designación en encargo de experto comisionado de la CREG.

I. ANTECEDENTES

1.1. Las demandas

1.1.1. Expediente 11001032800020240000200

El señor Germán Lozano Villegas solicitó² que se declare la nulidad del artículo tercero del Decreto 1869 de 7 de noviembre de 2023, expedido por el presidente de la República en conjunto con el ministro de Minas y Energía, por medio del cual se nombró en encargo al señor Manuel Peña Suárez, en el cargo de experto comisionado, código 0090 de la planta de personal de la Comisión de Regulación de Energía y Gas.

¹ Reiteración de la sentencia de Sala de 5 de septiembre de 2024. Expediente 11001-03-28-000-2024-00011-00 Acum. Demandantes: Germán Lozano Villegas y otro. Demandado: experto comisionado en encargo de la CREG (Baisser Antonio Jiménez). M.P. Luis Alberto Álvarez Parra.

² Demanda presentada el 19 de diciembre de 2023.



Demandantes: Germán Lozano Villegas
Daniel Currea Moncada
Demandado: Manuel Peña Suárez
(experto comisionado de la CREG en encargo)
Radicados: 11001-03-28-000-2024-00002-00 Acum
11001-03-28-000-2024-00024-00

1.1.2. Expediente 11001032800020240002400

El señor Daniel Currea Moncada presentó demanda de nulidad electoral el 15 de enero de 2024, a fin de que se declare la nulidad del Decreto 1869 del 07 de noviembre de 2023, expedido por el presidente de la República y el ministro de Minas, con respecto a la designación en encargo del señor Peña Suárez.

1.2. Hechos comunes ambas demandas

Los demandantes, en los respectivos libelos introductorios, expusieron los siguientes fundamentos fácticos:

1.2.1. Afirmaron que el demandado, al momento de ser encargado como experto comisionado, se desempeñaba como jefe de Oficina, código 0137, grado 19 de la Unidad de Planeación Minera Energética (UPME).

1.2.2. Además, recordaron que el señor presidente de la República, mediante Decreto 1869 de 7 de noviembre de 2023, aceptó la renuncia de José Fernando Prada Ríos, quien ocupaba en propiedad ese cargo y, declaró la vacancia definitiva de este y designó en encargó al accionado (num. 3°).

1.3. Los fundamentos de hecho y de derecho

Bajo ese contexto fáctico, señalaron que el nombramiento en encargo del señor Manuel Peña Suárez está viciado de nulidad por haberse expedido con infracción de las normas en que debería fundarse, porque el literal d) y el párrafo del artículo 21 de la Ley 143 de 1994³ disponen que dicho cargo es de periodo y con dedicación exclusiva. En contraste, la designación indicó «sin que implique la separación de las funciones del empleo que viene ejerciendo».

Así también, señalaron que se violó el artículo 2.2.5.5.43 del Decreto 1083 de 2015, sobre el encargo en empleos de libre nombramiento y remoción, en el cual se sustentó el acto demandado, pero el cargo de experto comisionado es de período fijo y no responde a aquella tipología y, por esa razón la figura de designación temporal prevista para esos cargos no era aplicable.

Recordaron que el artículo 1 de la Ley 909 de 2004 divide y diferencia ambas modalidades⁴ y al ser un cargo de periodo su vinculación puede tener alguna

³ Modificado por el artículo 44 de la Ley 2099 de 2021.

⁴ Indicó que los empleos de libre nombramiento y remoción son aquellos en los cuales el nominador tiene la facultad de disponer la vinculación, siempre que la persona cumpla con los requisitos del empleo y, así también su retiro procede discrecionalmente y por la misma



Demandantes: Germán Lozano Villegas
Daniel Currea Moncada
Demandado: Manuel Peña Suárez
(experto comisionado de la CREG en encargo)
Radicados: 11001-03-28-000-2024-00002-00 Acum
11001-03-28-000-2024-00024-00

discrecionalidad, pero su retiro no, porque solo acontece por el cumplimiento del tiempo fijado en la Constitución Política o en la ley, lo cual lo desmarca de la modalidad de libre nombramiento y remoción.

Argumentaron que en las condiciones de esa designación se permite que el señor Peña Suárez continúe en el ejercicio de su empleo principal, como jefe de la oficina de la UPME, lo cual desnaturaliza la modalidad de dedicación exclusiva propia del empleo del experto comisionado.

Indicaron que la CREG es una unidad administrativa de carácter técnico que tiene como función general la regulación de los monopolios en la prestación de los servicios públicos y del mercado y la de promover la competencia en el sector. Cumple la finalidad de asegurar la independencia y autonomía respecto de las demás empresas del área, con ajenidad a cualquier factor o influencia política y de garantizar la continuidad en el ejercicio de la función reguladora (art. 21 Ley 143 de 1994, art. 73 Ley 142 de 1994).

Está conformada, entre otros miembros, por seis expertos en asuntos energéticos con dedicación exclusiva nombrados por el presidente de la República para períodos de cuatro años y precisamente, por ese carácter técnico, el legislador estableció las condiciones estrictas que deben reunir quienes ostentan cargos de representación, dirección y formulación de regulaciones, y las condiciones de exclusividad en el ejercicio de las funciones asignadas.

Aseveraron que la exclusiva dedicación corresponde a la filosofía del artículo 21 de la Ley 143 citada, a fin de evitar que existan conflictos de intereses entre la función de regulación y los sujetos regulados y con los organismos del gobierno como por ejemplo, el Ministerio de Minas y Energía o la UPME, a la que se encuentra vinculado de manera principal el accionado.

Explicaron que, si bien conforme al artículo 2.2.5.5.41 del Decreto 1083 de 2015, permite el encargo, con desvinculación o no de las atribuciones propias del cargo, ello para efectos del experto comisionado debió armonizarse con las normas citadas que imponen la dedicación exclusiva, dejando como única vía, que el señor Peña Suárez fuera separado de las funciones del empleo que venía ejerciendo.

voluntad del empleador. Por otra parte, los empleos de periodo están así fijados en el tiempo por la Constitución Política o la ley y aunque en su designación puede mediar algún margen de discrecionalidad, en su desvinculación no porque se da por el paso del tiempo.



Demandantes: Germán Lozano Villegas
Daniel Currea Moncada
Demandado: Manuel Peña Suárez
(experto comisionado de la CREG en encargo)
Radicados: 11001-03-28-000-2024-00002-00 Acum
11001-03-28-000-2024-00024-00

Sobre la necesaria dedicación exclusiva para el desempeño del cargo, la exposición de motivos de la Ley 143 de 1994, indicó:

(...) 4.15.1. En la exposición de motivos se propuso un total de dos Expertos Comisionados para periodos fijos en el cargo de tres años (Anexo 3.1). En este documento se dispuso que el cargo debía ser de dedicación exclusiva.

4.15.2. En la ponencia para primer debate en el Senado de la República se propuso un total de cuatro Expertos Comisionados para periodos fijos en el cargo de cinco años (Anexo 3.2). En este documento no se modificó el criterio de dedicación exclusiva.

4.15.3. En la ponencia para segundo debate en el Senado de la República se propuso un total de cinco Expertos Comisionados para periodos fijos en el cargo de cuatro años (Anexo 3.3). En este documento no se modificó el criterio de dedicación exclusiva.

4.15.4. Finalmente, en el informe de Conciliación se dispuso un total de cinco Expertos Comisionados, para periodos fijos en el cargo de cuatro años (Anexo 3.4). En este documento no se modificó el criterio de dedicación exclusiva (...).

Acotaron que mediante la Ley 2099 de 2021 se incrementó a seis (6) el número de expertos comisionados y se conservó el periodo de cuatro años y la dedicación exclusiva para ejercer el cargo (art. 44).

Explicaron que uno de los órganos que integra la estructura de la CREG es el comité de expertos integrado únicamente por los seis comisionados (art. 5 Dec. 1260 de 2013). Tiene como funciones: la formulación, adopción y evaluación del plan estratégico de la CREG (art. 6.1 *ib*); el planteamiento de la agenda regulatoria anual que debe presentarla para aprobación (art. 6.3 *ib*)

1.3.1. **Falta de competencia para expedir el acto demandado:** esta censura fue planteada en el vocativo 2024-00024-00. El actor señaló dos aspectos, a saber:

1.3.1.1. El primero, que el ministerio de Minas y Energía y la presidencia de la República no tenían competencia para nombrar en encargo a un experto comisionado, conforme se determina en los artículos 21 de la Ley 143 de 1994 y 6 del Decreto 1260 de 2013.

La parte actora consideró que, conforme a las normas citadas, el presidente de la República es quien nombra a los comisionados expertos de la GREG, pero no le corresponde designarlos en encargo y, mucho menos, sin desvincularlos de las funciones propias del cargo que vienen desempeñando.



Demandantes: Germán Lozano Villegas
Daniel Currea Moncada
Demandado: Manuel Peña Suárez
(experto comisionado de la CREG en encargo)
Radicados: 11001-03-28-000-2024-00002-00 Acum
11001-03-28-000-2024-00024-00

1.3.1.2. El segundo, que las entidades referidas no tenían facultad legal para alterar la estructura de la CREG, que se encuentra establecida en el precitado artículo 21.

El accionante explicó que el organigrama de la comisión diferencia a sus integrantes entre aquellos que desempeñan cargos en el gobierno nacional (ministros de Minas y Energía y Hacienda y Crédito Público y director del DNP), los expertos comisionados y el superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios.

De esta conformación, evidenció que el decreto impugnado infringe la diferenciación establecida por el legislador, porque el accionado hace parte de la UPME, entidad adscrita al ministerio de Minas y Energía, por ende, la designación del señor Peña Suárez como experto comisionado implica que pasa a tener dos cargos: el propio en la cartera ministerial y experto comisionado de la CREG.

Todo lo anterior conlleva a la incompetencia que afecta el acto demandado.

1.4. El trámite

1.4.1. En el vocativo 2024-00002-00, mediante auto del 16 de enero de 2024 se admitió la demanda y se ordenaron las respectivas notificaciones y órdenes. Por auto de 5 de marzo de la presenta anualidad se ordenó el trámite para analizar la posibilidad de acumulación con otro proceso.

En el expediente 2024-00024-00, la demanda fue inadmitida⁵ por providencia de 18 de enero y por auto de 29 de enero de la misma anualidad se corrió traslado de la medida cautelar solicitada al demandado, al ministerio de Minas y energía, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. El 22 de febrero de 2024, la Sala Electoral admitió la demanda y negó⁶ la suspensión provisional del numeral del acto demandado.

⁵ Para que relacionara las normas violadas y explicara el concepto de la violación, conforme a la previsión del artículo 162.4 del CPACA. La demanda fue subsanada oportunamente.

⁶ La denegatoria cautelar tuvo soporte en que ni de las pruebas obrantes en el expediente ni de la confrontación de las normas invocadas como infringidas con el acto que se pide suspender, se advirtió la configuración de los vicios censurados, comoquiera que se trató de un encargo de funciones por necesidad del servicio y no de la utilización de la figura de provisión del empleo de periodo fijo. Aunado a que no se advirtió en ese estadio del proceso, que el acto acusado contenga la decisión de resolver de manera definitiva la vacancia generada por la renuncia del titular del cargo de experto comisionado.



Demandantes: Germán Lozano Villegas
Daniel Currea Moncada
Demandado: Manuel Peña Suárez
(experto comisionado de la CREG en encargo)
Radicados: 11001-03-28-000-2024-00002-00 Acum
11001-03-28-000-2024-00024-00

1.4.2. Durante el término de traslado, el ministerio de Minas y Energía y la presidencia de la República contestaron la demanda, con planteamientos de defensa, similares y coincidentes, a saber: 1) inexistencia de causal de nulidad frente al Decreto 1869 del 7 de noviembre de 2023 al no ser desconocida la estructura e independencia de la CREG; 2) ausencia de la causal de nulidad frente al acto acusado al no ser desconocido el literal d) del artículo 21 de la Ley 143 de 1994 (mod. art. 44 Ley 2099 de 2021, al considerar que el cargo era susceptible de ser designado en las condiciones que se hizo (encargo y sin desligue de funciones).

En concreto, desarrollaron los siguientes planteamientos:

1.4.2.1. Inexistencia de causal de nulidad frente al Decreto 1869 del 7 de noviembre de 2023 al no ser desconocida la estructura e independencia de la CREG.

Indicaron que la parte actora desconoce que mediante el encargo se evidencia la intención del presidente de la República de solucionar las dificultades de la prestación del servicio y velar por su no paralización, garantizando la continuidad de este, a través de una figura de provisión transitoria, como lo permite la Ley 909 de 2004. No se trata, entonces, de querer desdibujar la independencia que garantizan los comisionados.

Acotaron que, frente a la presunta alteración de la estructura funcional de la CREG, la parte actora no probó cómo el encargo podría desdibujar la independencia de aquella, menos aún resulta viable que afirmaran que la cartera de Minas y Energía obtuvo una doble representación, por cuanto se trata de una designación temporal.

1.4.2.2. Inexistencia de causal de nulidad por violación del literal d) del artículo 21 de la Ley 143 de 1994 –mod. art. 44 Ley 2099 de 2021-, en lo atinente al período fijo y del artículo 2.2.5.5.43 del Decreto 1083 de 2015.

Plantearon como defensa que si bien es cierto el artículo 2.2.5.5.43 del Decreto 1083 de 2015 establece que el empleo es de libre nombramiento y remoción, también lo es que no existe en el ordenamiento jurídico norma que excluya la modalidad del encargo en los empleos de período fijo.

Al efecto, los artículos 2.2.5.4.7 y 2.2.5.5.41 del decreto citado –mod. art. 1 Dec. 648 de 2017- consagran la modalidad del encargo como una figura transversal, dentro de la aplicación del derecho laboral administrativo, para los siguientes supuestos de hecho: i) un empleado público en funciones; ii) un cargo público



Demandantes: Germán Lozano Villegas
Daniel Currea Moncada
Demandado: Manuel Peña Suárez
(experto comisionado de la CREG en encargo)
Radicados: 11001-03-28-000-2024-00002-00 Acum
11001-03-28-000-2024-00024-00

vacante; iii) un nombramiento en encargo, teniendo claro la temporalidad de la designación.

Así también, de acuerdo con el artículo 1 de la Ley 909 de 2004, en armonía con la Constitución Política, hacen parte de la función pública las siguientes clases de empleos: i) de carrera; ii) libre nombramiento y remoción; iii) periodo fijo y iv) temporales.

Dentro de ese contexto, los artículos 23 y 24 de la Ley 909 de 2004 señalan que los nombramientos pueden ser: ordinarios, en periodo de prueba, en ascenso y en encargo, aunque no regulan en detalle esta última modalidad.

Señalaron que para entender el encargo se debe acudir al Decreto 1083 de 2015, en los artículos 2.2.5.4.1⁷ y 2.2.5.4.7⁸, que disponen que esta modalidad se emplea para los movimientos de personal y que puede darse una asignación de funciones parcial o total.

De lo anterior, concluyeron que la figura del encargo es aplicable a cada tipología de formas de provisión del cargo incluida la de periodo fijo, que es la que corresponde al experto comisionado de la CREG, sin que ello resulte ilegítimo o prohibido. Señaló que asumir la postura de la parte actora implicaría dejar de aplicar el conjunto de disposiciones legales y reglamentarias mencionadas.

Reconocieron que, si bien pudo resultar errado que el decreto impugnado hubiera señalado en sus fundamentos el artículo 2.2.5.5.43 *ib*, comoquiera que este se refiere al encargo en empleos de libre nombramiento y remoción, ello no implica la nulidad del acto, dada la pluralidad de disposiciones que dan sustento a la posibilidad del encargo para los cargos de periodo fijo, a saber: los artículos 2.2.5.5.1, 2.2.5.4.7, 2.2.5.5.1, 2.2.5.5.45 del decreto citado.

Finalmente, aseveraron que el acto demandado no se expidió con infracción de las normas en que debería fundarse, comoquiera que el encargo no se prohíbe para los empleos de periodo fijo; por el contrario, se trata de una herramienta de provisión de cargos que pertenece al régimen general de la función pública

⁷ **Artículo 2.2.5.4.1. Movimiento de personal.** A los empleados que se encuentren en servicio activo se les podrá efectuar los siguientes movimientos de personal: 1. Traslado o permuta; 2. Encargo; 3. Reubicación y 4. Ascenso.

⁸ **Artículo 2.2.5.4.7. Encargo.** Los empleados podrán ser encargados para asumir parcial o totalmente las funciones de empleos diferentes de aquellos para los cuales han sido nombrados, por ausencia temporal o definitiva del titular, desvinculándose o no de las propias de su cargo, en los términos señalados en el siguiente capítulo.



Demandantes: Germán Lozano Villegas
Daniel Currea Moncada
Demandado: Manuel Peña Suárez
(experto comisionado de la CREG en encargo)
Radicados: 11001-03-28-000-2024-00002-00 Acum
11001-03-28-000-2024-00024-00

«dada su capacidad de armonizar las exigencias de los principios de eficacia, economía, celeridad y prevalencia del interés general, con las exigencias temporales de los procedimientos de selección de perfiles adecuados para esta clase de cargos».

Con fundamento, en lo anterior pidieron denegar las súplicas de la demanda.

Agregaron a los argumentos de defensa, los siguientes subtemas:

a) El carácter temporal del encargo no puede ser confundido con la permanencia para el ejercicio del cargo de comisionado de la CREG cuando se trata del nombramiento definitivo.

Indicaron que de conformidad con el artículo 2.2.5.5.41⁹ del Decreto 1083 de 2015 –mod. art. 1 Decreto 648 de 2017- el encargo puede darse con o sin dedicación exclusiva, siendo una opción discrecional para la autoridad nominadora y que es de carácter temporal.

Esa la razón por la cual afirmaron que el demandante yerra al pretender indicar que se violaron las disposiciones que invoca, por cuanto estas regulan nombramientos definitivos o en propiedad.

Descendieron a las normas propias de las comisiones de regulación, entre ellas, al artículo 21¹⁰ de la Ley 143 de 1994 –mod. art. 44 Ley 2099 de 2021- atinente a la dedicación exclusiva de los comisionados CREG, explicaron que se predica con respecto a aquellos expertos nombrados para periodos de cuatro años, sin que incluya a los encargados transitoriamente.

Aclararon que la labor realizada por los comisionados en encargo se realiza con la misma finalidad de los nombrados en propiedad, como es la de posibilitar la prestación del servicio que en el campo de la competencia de regulación requiere de un personal altamente calificado.

⁹ **Artículo 2.2.5.5.41 Encargo.** Los empleos podrán ser encargados para asumir parcial o totalmente las funciones de empleos diferentes de aquellos para los cuales han sido nombrados, por ausencia temporal o definitiva del titular, desvinculándose o no de las propias de su cargo...

¹⁰ **Artículo 44.** Modificar el artículo 21 de la Ley 143 de 1994, de la siguiente manera:
Artículo 21. Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG). La Comisión de Regulación de Energía y Gas se organizará como Unidad Administrativa Especial del Ministerio de Minas y Energía, que estará integrado de la siguiente manera:...d) Por seis (6) expertos en asuntos energéticos de dedicación exclusiva, nombrados por el Presidente de la República para periodos de cuatro (4) años....



Demandantes: Germán Lozano Villegas
Daniel Currea Moncada
Demandado: Manuel Peña Suárez
(experto comisionado de la CREG en encargo)
Radicados: 11001-03-28-000-2024-00002-00 Acum
11001-03-28-000-2024-00024-00

Concluyeron que el propósito del encargo es posibilitar la satisfacción inmediata, aunque transitoria, del servicio y, en este caso, logrando una respuesta ágil a la vacancia presentada.

Explicaron en capítulo posterior que el encargo puede ser realizado sin dedicación exclusiva, por ende, el funcionario asignado puede desempeñar ambas funciones, solo que debe verificarse que reúna los requisitos exigidos para el cargo.

En efecto, afirmaron que no existe prohibición y de hecho así se ha implementado de tiempo atrás¹¹, y en la actualidad, el artículo 2.2.5.4.7 del Decreto 1093 de 2015 –mod. art. 1 Dec. 648 de 2017, dispone: «Encargo. Los empleados podrán ser encargados para asumir parcial y totalmente las funciones de empleos diferentes de aquellos para los cuales han sido nombrados, por ausencia temporal o definitiva del titular, **desvinculándose o no de las propias de su cargo**, en los términos señalados en el siguiente capítulo...».

Ahora bien, conforme al artículo 2.2.5.5.41 del Decreto 1083 de 2015, nada impide que se encargue de las funciones de experto comisionado de la CREG a un funcionario sin desvincularlo de las funciones inherentes al cargo que ejerce en propiedad.

b) El nombramiento en encargo como medida para garantizar la continuidad en la prestación del servicio en la CREG, la primacía del interés general y la eficacia de la función pública.

Expusieron que, en relación con el encargo, la Corte Constitucional en la sentencia C-428 de 1997¹² indicó que es temporal «...es una situación administrativa de creación legal que le permite al Estado sortear las dificultades que puedan presentarse en los casos de ausencia temporal o definitiva de un empleado cuya labor es indispensable para la atención de los servicios a su cargo. Se trata realmente, de una medida de carácter excepcional que

¹¹ En reglamentaciones pasadas como el artículo 34 del Decreto 1950 de 1973 que indicaba: « [a] vencimiento del encargo, quien lo venía ejerciendo cesará automáticamente en el desempeño de las funciones de éste y recuperará la plenitud de las del empleo del cual es titular, si no lo estaba desempeñando simultáneamente».

¹² Expedientes acumulados D-1590, D-1599, D-1607 y D-1613. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 13 a 15, 18, 22, 26, 29 y 30 de la Ley 344 de 1996 “Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones”. M.P. José Gregorio Hernández Galindo, Alejandro Martínez Caballero y Vladimiro Naranjo Mesas.



Demandantes: Germán Lozano Villegas
Daniel Currea Moncada
Demandado: Manuel Peña Suárez
(experto comisionado de la CREG en encargo)
Radicados: 11001-03-28-000-2024-00002-00 Acum
11001-03-28-000-2024-00024-00

igualmente enfrenta situaciones excepcionales o de urgencia y que se cumple en lapsos cortos...» (art. 123 inc. 2 C.P.).

De tal suerte que, el carácter temporal y excepcional del encargo se explica o justifica por la necesidad de preservar la continuidad del servicio al interior de la administración, garantizando la primacía del interés general y el cumplimiento de los principios de la función administrativa (art. 209 *ib*).

Ahora bien, señalaron que el comisionado encargado, debido a la transitoriedad, no es que no ejerza el cargo en las mismas condiciones de responsabilidad y deberes que el empleo exige, como se evidencia en la práctica, con el informe de sesiones de la CREG y del comité de expertos, que se desarrollaron entre el 22 de noviembre de 2023 y el 1 de febrero de 2024, con la participación del accionado.

c) La utilidad de la figura del encargo respecto del experto comisionado de la CREG, por cuanto se trata de un cargo altamente técnico.

Explicaron la necesidad de contar con la modalidad de encargo en la designación de los comisionados de la CREG, toda vez que el artículo 21¹³ de la Ley 143 de 1994 –mod. art. 44 Ley 2099 de 2021- además de señalar la integración de la CREG por seis expertos nombrados por el presidente de la República, deja clara la necesidad del alto grado de especialidad y tecnicidad que el nombrado debe tener en el área energética¹⁴, por cuanto el ejercicio de las funciones supone grandes responsabilidades, cuya designación no puede ser tomada a la ligera. Esto legitima que el presidente de la República ejerza la facultad de nombramiento desde criterios de prudencia en la búsqueda del perfil apropiado. Con este argumento se descarta también la alegada incompetencia para la designación en encargo.

Destacaron la idoneidad profesional, académica y de experiencia del encargado para desempeñar el cargo de experto comisionado de la CREG.

¹³ (...) PARÁGRAFO 1. Los expertos deberán reunir las siguientes condiciones a) Ser colombiano y ciudadano en ejercicio; b) Tener título universitario en ingeniería, economía, administración de empresas o similares, derecho y estudios de posgrado; y c) Contar con una reconocida preparación y experiencia técnica en el área energética y haber desempeñado cargos de responsabilidad en entidades públicas o privadas del sector energético, nacional o internacional, por un periodo superior a seis (6) años; o haberse desempeñado como consultor o asesor por un periodo igual o superior...

¹⁴ Consejo de Estado. Sentencia de 2 de febrero de 2023. Radicado 11001-03-28-000-2022-00211-00. M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio.



Demandantes: Germán Lozano Villegas
Daniel Currea Moncada
Demandado: Manuel Peña Suárez
(experto comisionado de la CREG en encargo)
Radicados: 11001-03-28-000-2024-00002-00 Acum
11001-03-28-000-2024-00024-00

Con fundamento en todo lo anterior defendieron la legalidad del acto impugnado y solicitaron denegar las pretensiones de nulidad electoral planteadas por los demandantes.

1.4.3. Por auto de 29 de abril de 2024 se decretó la acumulación del vocativo de la referencia con el radicado 11001-03-28-000-2024-00024-00 (M.P. Pedro Pablo Vanegas Gil). A través de providencia de 4 de junio del año que transcurre se anunció trámite de sentencia anticipada y, entre otros temas, se fijó el litigio.

1.4.4. Los alegatos de conclusión y el concepto del ministerio público

1.4.4.1. La parte actora¹⁵ descalificó a la defensa en su argumento de justificar que el encargo al ser temporal no desnaturaliza la condición del cargo de experto comisionado, por cuanto el artículo 21 de la Ley 143 de 1994 al determinar los requisitos y demás características para dicho cargo es perentorio en que debe ejercerse de manera exclusiva, exigencia que no se relaciona con la temporalidad o permanencia de la designación sino con que no debe tener otro vínculo que pueda incidir en su capacidad de decisión.

Tampoco aceptó que la justificación del nominador fuera la de garantizar la continuidad en la prestación del servicio, por cuanto indicó que la falta definitiva de uno de sus miembros no puede causar una parálisis en el servicio. Esto con fundamento en el artículo 5 de la Resolución 105-3 de 2023 o reglamento interno de la CREG, esta puede funcionar con cinco integrantes, es decir el ministro de la cartera de Minas y Energía y cuatro de los seis expertos comisionados.

Señaló que el encargo realizado por el gobierno nacional en el acto demandado se hizo con respecto al cargo y no solo a las funciones, por cuanto ahí también se declaró la vacancia definitiva.

Agregó que, en época reciente, la Corte Constitucional en sentencia C-048 de 2024 declaró exequible el artículo 21 de la Ley 143 de 1994, en los puntos de la estructura de la CREG y las condiciones del empleo de experto comisionado, indicando claramente que no son agentes del Gobierno Nacional, señaló que posee características especiales para garantizar la independencia en la función reguladora.

¹⁵ Se hace referencia a ambos demandantes, comoquiera que se trata de procesos acumulados.



Demandantes: Germán Lozano Villegas
Daniel Currea Moncada
Demandado: Manuel Peña Suárez
(experto comisionado de la CREG en encargo)
Radicados: 11001-03-28-000-2024-00002-00 Acum
11001-03-28-000-2024-00024-00

Descalificó el argumento de defensa de la parte accionada atinente a que la condición de la dedicación exclusiva es solo para el nombramiento en propiedad, pero no para el de la modalidad de encargo, por cuanto la interpretación acorde a derecho es que la tipología de provisión temporal está prohibida en el caso del cargo de experto comisionado.

Añadió: «Por el contrario, [el art. 21 de la Ley 143 de 1994], sí estableció que debía proveerse a través de nombramiento que garantizara que quien lo ostente se dedique exclusivamente a sus funciones como experto comisionado. El mecanismo... es el nombramiento ordinario».

Indicó que, si en gracia de discusión se aceptara que es viable el encargo, el presidente de la República debió garantizar que esa designación temporal fuera de dedicación exclusiva y, por ende, con desvinculación de las atribuciones del cargo principal.

Reiteró los demás argumentos planteados en la demanda.

1.4.4.2. La parte accionada se reafirmó en los planteamientos de defensa de la respectiva contestación de la demanda.

1.4.4.3. El ministerio público guardó silencio.

II. CONSIDERACIONES

2.1. Competencia

De conformidad con lo establecido en el artículo 149¹⁶ numeral 3 del CPACA, modificado por el artículo 24 de la Ley 2080 de 2021 y en el artículo 13¹⁷ del

¹⁶ **Artículo 149. Competencia del Consejo de Estado en única instancia.** El Consejo de Estado, en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por intermedio de sus secciones, subsecciones o salas especiales, con arreglo a la distribución de trabajo que el reglamento disponga, conocerá en única instancia de los siguientes asuntos:

(...)

De la nulidad del acto de elección o llamamiento a ocupar la curul, según el caso, del Presidente y el Vicepresidente de la República, de los Senadores, de los representantes a la Cámara, de los representantes al Parlamento Andino, de los gobernadores, del Alcalde Mayor de Bogotá, de los miembros de la junta directiva o consejo directivo de las entidades públicas del orden nacional, de los entes autónomos del orden nacional y de las comisiones de regulación. Se exceptúan aquellos regulados en el numeral 7, literal a), del artículo 152 de esta ley.

¹⁷ **Artículo 13. Distribución de los procesos entre las secciones.** Para efectos de repartimiento, los asuntos de que conoce la Sala de lo Contencioso Administrativo se distribuirán entre sus secciones atendiendo un criterio de especialización y de volumen de trabajo, así:

(...)



Demandantes: Germán Lozano Villegas
Daniel Currea Moncada
Demandado: Manuel Peña Suárez
(experto comisionado de la CREG en encargo)
Radicados: 11001-03-28-000-2024-00002-00 Acum
11001-03-28-000-2024-00024-00

Acuerdo 080 de 2019 proferido por la Sala Plena del Consejo de Estado, esta Sala es competente para conocer en única instancia del proceso de la referencia, teniendo en cuenta que se pretende la nulidad del acto de nombramiento en encargo del señor Manuel Peña Sánchez, como experto comisionado de la Comisión de Regulación de Energía y Gas

2.2. El acto acusado

La parte actora pretende la nulidad del Decreto 1869 de 7 de noviembre de 2023, expedido por el presidente de la República en conjunto con el ministro de Minas y Energía, por medio del cual se nombró en encargo al señor Manuel Peña Suárez, en el cargo de experto comisionado, código 0090 de la planta de personal de la Comisión de Regulación de Energía y Gas.

2.3. Problema jurídico

Conforme a la fijación del litigio que se hiciera en el auto de 4 de junio de la presente anualidad, esta causa se contrae a lo siguiente:

Se contrae a determinar si debe declararse la nulidad de la designación del señor Manuel Peña Suárez como experto comisionado de la CREG, en la modalidad de encargo, por:

Infracción de las normas superiores en que deberían fundarse (artículos 125 de la Constitución Política; 21 de la Ley 143 de 1994 –mod. art. 44 Ley 2099 de 2021-; 5 y 24 de la Ley 909 de 2004 y los artículos 2.2.5.5.1, 2.2.5.5.41. 2.2.5.5.42 y 2.2.5.5.43 del Decreto 1083 de 2015), por cuanto dicha modalidad resulta incompatible con la figura de periodo fijo y porque al encargado no se le separó de las funciones que venía desempeñando como jefe de oficina de la UPME, siendo que el cargo de experto comisionado requiere de dedicación exclusiva, conforme las normas citadas.

Falta de competencia para expedir el acto demandado, comoquiera que el Gobierno Nacional (i) no podía hacer la designación en encargo y sin desvincular al encargado de sus atribuciones en el cargo que desempeña, conforme los artículos 21 de la Ley 143 de 1994 y 6 del Decreto 1260 de 2013 y (ii) carecía de facultad legal para alterar la estructura de la CREG.

El planteamiento anterior implica absolver el siguiente cuestionamiento:

¿Podía designarse en la modalidad de encargo al comisionado experto de la CREG?

Para el efecto, se debe establecer:

Sección Quinta:

(...)

3. Los procesos electorales relacionados con elecciones o nombramientos.



Demandantes: Germán Lozano Villegas
Daniel Currea Moncada
Demandado: Manuel Peña Suárez
(experto comisionado de la CREG en encargo)
Radicados: 11001-03-28-000-2024-00002-00 Acum
11001-03-28-000-2024-00024-00

- Si se transgredió o no la normativa superior invocada al haber designado en encargo al comisionado experto de la CREG, pues al parecer por la naturaleza de este empleo, aquella modalidad de provisión resulta incompatible.
- Si se podía utilizarla modalidad de encargo para la designación del experto comisionado, ya que este es un empleo de periodo.
- Si se podía encargar a un servidor sin separarlo de las funciones del cargo en propiedad que desempeña, comoquiera que el experto comisionado es un empleo con dedicación exclusiva, de conformidad con las normas que lo rigen.
- Si el Gobierno Nacional, a través del señor presidente de la República y el ministro del ramo, tenía competencia para hacer la designación en encargo, en las condiciones que se mencionan y si, con ello, alteró la estructura orgánica de la CREG.

En este punto, la Sala Electoral recaba, conforme se indicó al inicio, que este asunto no le es novedoso, comoquiera que en fallo del pasado 5 de septiembre de esta anualidad¹⁸, a partir de algunos planteamientos que son similares a los judicializados en esta causa, se anuló la elección del experto comisionado Baisser Antonio Jiménez. Así las cosas, las generalidades demarcadas en esa oportunidad se reiteran y se toman como propias de la Sala para resolver este asunto, en lo que resulta pertinente a la temática planteada en este vocativo.

2.4. Generalidades sobre el nombramiento de los expertos comisionados de la CREG

El artículo 21 de la Ley 143 de 1994¹⁹, que fue modificado por el artículo 44 de la Ley 2099 de 2021²⁰

Artículo 21. Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG). La Comisión de Regulación de Energía y Gas se organizará como Unidad Administrativa Especial del Ministerio de Minas y Energía, que estará integrada de la siguiente manera:

- a) Por el Ministro de Minas y Energía, quien la presidirá;
- b) Por el Ministro de Hacienda y Crédito Público;
- c) Por el Director del Departamento Nacional de Planeación;

¹⁸ Radicado 11001-03-28-000-2024-00011-00 Acum. M.P. Luis Alberto Álvarez Parra. Con salvamentos de voto de los doctores Omar Joaquín Barreto Suárez y Pedro Pablo Vanegas Gil y aclaración de voto de la doctora Gloria María Gómez Montoya.

¹⁹ Por la cual se establece el régimen para la generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad en el territorio nacional, se conceden unas autorizaciones y se dictan otras disposiciones en materia de energética.

²⁰ Por medio de la cual se dictan disposiciones para la transición energética, la dinamización del mercado energético, la reactivación económica del país y se dictan otras disposiciones.



Demandantes: Germán Lozano Villegas
Daniel Currea Moncada
Demandado: Manuel Peña Suárez
(experto comisionado de la CREG en encargo)
Radicados: 11001-03-28-000-2024-00002-00 Acum
11001-03-28-000-2024-00024-00

d) Por seis (6) expertos en asuntos energéticos de dedicación exclusiva, nombrados por el Presidente de la República para períodos de cuatro (4) años.

El superintendente de servicios públicos domiciliarios asistirá con voz, pero sin voto.

La Comisión contará con el personal profesional, técnico y administrativo necesario para el cumplimiento de sus funciones, de acuerdo con lo que ella misma determine y tendrá regímenes especiales en materia de contratación, de administración de personal, de salarios y de prestaciones y gozará de autonomía presupuestal.

La Comisión manejará sus recursos presupuestales y operará a través del contrato de fiducia mercantil que celebrará el Ministerio de Minas y Energía con una entidad fiduciaria, el cual se someterá a las normas del derecho privado. Estas disposiciones regirán, igualmente, los actos que se realicen en desarrollo del respectivo contrato de fiducia.

Los expertos tendrán la calidad que determine el Presidente de la República y devengarán la remuneración que él mismo determine.

La Comisión de Regulación de Energía y Gas expedirá su reglamento interno, que será aprobado por el Gobierno Nacional, en el cual se señalará el procedimiento para la designación del Director Ejecutivo de entre los expertos de dedicación exclusiva.

Parágrafo 1°. Los expertos deberán reunir las siguientes condiciones:

- a) Ser colombiano y ciudadano en ejercicio;
- b) Tener título universitario en ingeniería, economía, administración de empresas o similares, derecho y estudios de posgrado; y
- c) Contar con una reconocida preparación y experiencia técnica, en el área energética y haber desempeñado cargos de responsabilidad en entidades públicas o privadas del sector energético, nacional o internacional, por un período superior a seis (6) años; o haberse desempeñado como consultor o asesor por un período igual o superior.

Parágrafo 2°. Los expertos comisionados serán escogidos libremente por el Presidente de la República. En su elección, el Presidente propenderá por la formación de un equipo interdisciplinario, por lo que no podrá nombrar a más de un abogado como experto comisionado.

Parágrafo 3°. Los expertos podrán ser reelegidos por una sola vez.

Parágrafo 4°. Los expertos no podrán ser elegidos en cargos directivos en entidades públicas o privadas del sector energético durante el año siguiente al ejercicio de su cargo.

Parágrafo 5°. Informes semestrales. Sin perjuicio del cumplimiento de la ley 1757 de 2015, la CREG deberá presentar ante las Comisiones Quintas del Congreso



Demandantes: Germán Lozano Villegas
Daniel Currea Moncada
Demandado: Manuel Peña Suárez
(experto comisionado de la CREG en encargo)
Radicados: 11001-03-28-000-2024-00002-00 Acum
11001-03-28-000-2024-00024-00

de la República, semestralmente un informe que sintetice las decisiones y actos administrativos expedidos indicando de forma clara y precisa la medida y el motivo de que provocó su aprobación.

De la norma transcrita se evidencian varias conclusiones de diversa índole; así, en materia de quorum duplican en número a los demás integrantes de la comisión, al punto que constituyen mayoría en el tema decisorio, pues cuentan con voz y voto. Sobre la naturaleza del cargo, el legislador se decantó por el cuatrienio, siendo entonces un típico cargo de periodo fijo.

Respecto a la competencia o facultad nominadora es potestad del presidente de la República designarlos a voluntad o discrecionalidad propia de él, pero dentro de los límites que se le fijan y que se traducen en las siguientes particularidades, tales como: (i) solo puede escoger a un abogado, bajo la justificación de una conformación multidisciplinaria; (ii) los nombrados deben poseer de alta especialidad, preparación y experiencia técnica en el área energética; ser profesional; contar con título de posgrado; (iii) contar, en su haber laboral, con el desempeño en cargos de responsabilidad en dicho sector, incluso es de recibo que haya sido consultor o asesor y, finalmente, (iv) establece como condición del ejercicio del cargo que se desempeñe con dedicación exclusiva.

Con todo, no se aborda la modalidad temporal o de encargo, que constituye uno de los puntos de discusión a dilucidar.

2.5. La provisión en encargo y el cargo de periodo fijo

De lo visto, es indiscutible que el legislador consideró que el cargo de experto comisionado debía concebirse como de periodo fijo.

Para la Sala, la teleología que acompaña a la creación de la tipología del cargo de periodo fijo responde a intereses generales y de institucionalidad del Estado, cuyo objetivo es desde asegurar la continuidad de las políticas públicas, que se logre la ejecución de los planes y programas, que no se interrumpa el modelo de gestión adoptado hasta garantizar un campo de ejercicio amplio y seguro de los propósitos misionales, mediante la limitación de la injerencia del nominador de turno.

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



Demandantes: Germán Lozano Villegas
Daniel Currea Moncada
Demandado: Manuel Peña Suárez
(experto comisionado de la CREG en encargo)
Radicados: 11001-03-28-000-2024-00002-00 Acum
11001-03-28-000-2024-00024-00

de sanciones judiciales o administrativas²¹. Tienen una estabilidad relativa que deriva del derecho de permanecer por un tiempo, razón por la cual ocupan una posición intermedia entre los empleos de carrera y los de libre nombramiento y remoción²².

Así las cosas, incluso de tiempo atrás, la Corte Constitucional²³ negó el amparo a la estabilidad reforzada de la tutelante quien fungía como secretaria general de un cabildo municipal, comoquiera que, por tratarse de un cargo de periodo fijo, el mecanismo de amparo no opera si lo que se pretende es extender el tiempo del empleo²⁴. Acotó que «los cargos de periodo fijo se caracterizan por estar delimitados temporalmente por el término establecido en la Constitución, la ley o el reglamento. De esta manera, el funcionario puede ser retirado del cargo en el momento que se cumpla el plazo fijado. Entre los funcionarios que ejercen estos cargos se pueden identificar al Contralor General de la República, al Procurador General de la Nación, al Defensor del Pueblo, al Registrador Nacional del Estado Civil, a los Magistrados de altas cortes, a los contralores departamentales y municipales y a los personeros municipales, entre otros [T-137 de 2014. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub]».

Al respecto, resulta útil recordar que esta es una de las clasificaciones de los empleos públicos, como claramente se determina de las previsiones de la Ley

²¹ “(...) En tercer lugar, se encuentran los empleos de período fijo, quienes se hallan delimitados temporalmente por el término en que se haya concebido la labor, de manera que el funcionario puede ser retirado del cargo al momento en que se cumpla el plazo establecido para estos efectos. Entre los funcionarios que ejercen estos cargos se puede identificar al Contralor General de la República, al Procurador General de la Nación, Defensor del Pueblo, Registrador Nacional, Magistrados, contralores departamentales y municipales, personeros municipales, entre otros. La jurisprudencia constitucional ha sostenido que uno de los propósitos del carácter delimitado en el tiempo se debe a que “[E]l período fijo, se explica más en virtud del principio democrático y de los principios de eficacia y eficiencia, que en gracia de asegurar al respectivo funcionario, un puesto de trabajo al margen de los vaivenes políticos” (Corte Constitucional, Sentencia T-767/15 de 16 de diciembre de 2015. M. P. Gabriel. Eduardo Mendoza Martelo. Referencia: Expediente T-4260336).

²² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia de 10 de febrero de 2011. M. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Rad: 25000-23-25-000-2001-07885-01(1653-08).

²³ Sentencia T-014 de 2019. Expediente T-6.937.173. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

²⁴ «...la estabilidad reforzada es predicable de los empleos públicos, específicamente cuando se trata de cargos que tienen término fijo. En efecto, mientras el vínculo esté vigente, la garantía constitucional descrita opera plenamente en las condiciones establecidas por la jurisprudencia de esta Corte, no así cuando se pretende extender el periodo establecido por la ley o cuando el mismo ya se ha cumplido. En suma, cuando la desvinculación del servicio del Estado se produce por el vencimiento del periodo establecido en la ley para su ejercicio, dicha protección no se configura, puesto que la cesación de la función pública operó con ocasión de una causal objetiva, con lo cual se evita la generación de consecuencias institucionales derivadas de la vinculación perpetua del funcionario con la administración, situación que estaría en abierta contradicción con el artículo 125 Superior u con los principios que orientan el ejercicio de la función pública».



Demandantes: Germán Lozano Villegas
Daniel Currea Moncada
Demandado: Manuel Peña Suárez
(experto comisionado de la CREG en encargo)
Radicados: 11001-03-28-000-2024-00002-00 Acum
11001-03-28-000-2024-00024-00

909 de 1994²⁵, en sus artículos 1 y 5:

TÍTULO I OBJETO DE LA LEY CAPÍTULO I

Objeto, ámbito de aplicación y principios

Artículo 1º. Objeto de la ley. La presente ley tiene por objeto la regulación del sistema de empleo público y el establecimiento de los principios básicos que deben regular el ejercicio de la gerencia pública.

Quienes prestan servicios personales remunerados, con vinculación legal y reglamentaria, en los organismos y entidades de la administración pública, conforman la función pública. En desarrollo de sus funciones y en el cumplimiento de sus diferentes cometidos, la función pública asegurará la atención y satisfacción de los intereses generales de la comunidad.

De acuerdo con lo previsto en la Constitución Política y la ley, hacen parte de la función pública los siguientes empleos públicos:

- a) Empleos públicos de carrera;
- b) Empleos públicos de libre nombramiento y remoción;
- c) Empleos de período fijo;
- d) Empleos temporales.

CAPÍTULO II

Clasificación de los empleos públicos

Artículo 5º. Clasificación de los empleos. Los empleos de los organismos y entidades regulados por la presente ley son de carrera administrativa, con excepción de:

1. Los de elección popular, los de período fijo, conforme a la Constitución Política y la ley, los de trabajadores oficiales y aquellos cuyas funciones deban ser ejercidas en las comunidades indígenas conforme con su legislación.

(...)

Las normas transcritas, al ser armonizadas con el marco normativo contenido en las Leyes 142 y 143 de 1994 y 2099 de 2021, que determinan que la CREG cuenta con un régimen especial en materia de administración de personal, con lo cual, los preceptos que se rigen para esta clase de vinculaciones deberán atender y ser acordes con la naturaleza especial con la que fue creada, permiten a la Sala deducir los siguientes dos aspectos nodales:

El primero, atinente a que siendo un cargo de periodo fijo, no resulta viable emplear la figura del encargo cuando se apresta a terminar el periodo legal del anterior funcionario en propiedad, esto tiene una razón valedera, por cuanto el

²⁵ Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.



Demandantes: Germán Lozano Villegas
Daniel Currea Moncada
Demandado: Manuel Peña Suárez
(experto comisionado de la CREG en encargo)
Radicados: 11001-03-28-000-2024-00002-00 Acum
11001-03-28-000-2024-00024-00

nominador, en este caso el señor presidente de la República en conjunto con su ministro del ramo, conocen de antemano de la finalización del plazo resolutorio y que correlativamente les surge el deber de proveerlo con la antelación necesaria para que no se interrumpan las funciones, con mayor razón cuando se trata de un cargo como el de experto comisionado, cuyos parámetros de elegibilidad responden a altas capacidades técnicas y especializadas en el sector de que se trate.

El segundo, tiene que ver con las situaciones imprevistas que causen el retiro del experto comisionado en propiedad. En este contexto, surgen dos posibles caminos: o bien, entender que el silencio de la norma frente a la modalidad de provisión del empleo en encargo está proscrita; o bien, decantarse por entender que sí es posible que el nominador haga una designación temporal, mientras se surte la provisión definitiva de quien lo ocupará en propiedad para el siguiente cuatrienio.

Al respecto, considera la Sala que la respuesta está en los contenidos de la Ley 909 de 2004 y el Decreto 1083 de 2015, sin perder de base que desde años atrás el legislador quiso otorgar a las comisiones de regulación un carácter especialísimo y crear un cargo de naturaleza de igual estirpe como lo es el de experto comisionado y que se contienen en las Leyes 142 y 143 de 1994 y 2099 de 2021.

Pues bien, en la Ley 909 de 2004, la figura del encargo es mencionada y regulada en los siguientes términos:

Artículo 24. Encargo. Mod. art. 1 Ley 1960 de 2019. Mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de carrera administrativa, los empleados de carrera tendrán derecho a ser encargados en estos...

En el evento en que no haya empleados de carrera con evaluación sobresaliente, el encargo deberá recaer en quienes tengan las más altas calificaciones descendiendo del nivel sobresaliente al satisfactorio, de conformidad con el sistema de evaluación que estén aplicando las entidades. Adicionalmente el empleado a cumplir el encargo deberá reunir las condiciones y requisitos previstos en la ley.

En encargo deberá recaer en un empleado que se encuentre desempeñando el cargo inmediatamente inferior de la planta de personal de la entidad.

Los cargos de libre nombramiento y remoción, en caso de vacancia temporal o definitiva, podrán ser provistos a través del encargo de empleados de carrera o de libre nombramiento y remoción, que cumplan los requisitos y el perfil para su desempeño.

En caso de vacancia definitiva el encargo será hasta por el término de tres (3)



Demandantes: Germán Lozano Villegas
Daniel Currea Moncada
Demandado: Manuel Peña Suárez
(experto comisionado de la CREG en encargo)
Radicados: 11001-03-28-000-2024-00002-00 Acum
11001-03-28-000-2024-00024-00

meses, prorrogables por tres (3) meses más, vencidos los cuales el empleo deberá ser provisto en forma definitiva.

Parágrafo 1. Lo dispuesto en este artículo se aplicará para los encargos que sean otorgados con posterioridad a la vigencia de esta ley.

Parágrafo 2. Previo a proveer vacantes definitivas mediante encargo o nombramiento provisional, el nominador o quien este haya delegado, informará la existencia de la vacante a la Comisión Nacional del Servicio Civil a través del medio que se indique.

Así las cosas, en materia de vacancias, se advierte la figura del encargo aplicable a los empleos de carrera y a los de libre nombramiento y remoción, para situaciones específicas y supuestos fácticos delimitados, sin que figuren los llamados cargos de periodo fijo con dedicación exclusiva.

Lo anterior, resulta concordante con el tratamiento que se observa se hizo en el Decreto 1083 de 2015, sobre este punto y temas análogos que permite el manejo de la designación para los empleos de periodo, como se observa a continuación:

CAPÍTULO 3 FORMAS DE PROVISIÓN

Artículo 2.2.5.3.1. Provisión de las vacancias definitivas. (...)

Las vacantes definitivas en empleo de periodo o de elección se proveerán siguiendo los procedimientos señalados en las leyes o decretos que los regulan.

Artículo 2.2.5.3.3. Provisión de las vacantes temporales. Las vacantes temporales en empleos de libre nombramiento y remoción podrán ser provistas mediante la figura del encargo, el cual deberá recaer en empleados de libre nombramiento y remoción o de carrera administrativa, previo cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del cargo.

Las vacantes temporales en empleos de carrera, podrán ser provistas mediante nombramiento provisional, cuando no fuere posible proveerlas mediante encargo con empleados de carrera.

Tendrá el carácter de provisional la vinculación del empleado que ejerza un empleo de libre nombramiento y remoción que en virtud de la ley se convierta en cargo de carrera. El carácter se adquiere a partir de la fecha en que opere el cambio de naturaleza del cargo, el cual deberá ser provisto teniendo en cuenta el orden de prioridad establecido en el presente título, mediante acto administrativo expedido por el nominador.

Parágrafo. Los encargos o nombramientos que se realicen en vacancias temporales, se efectuarán por el tiempo que dure la misma.

CAPÍTULO 4



Demandantes: Germán Lozano Villegas
Daniel Currea Moncada
Demandado: Manuel Peña Suárez
(experto comisionado de la CREG en encargo)
Radicados: 11001-03-28-000-2024-00002-00 Acum
11001-03-28-000-2024-00024-00

MOVIMIENTO DE PERSONAL

Artículo 2.2.5.4.1. Movimientos de personal. A los empleados que se encuentren en servicio activo se les podrá efectuar los siguientes movimientos de personal.

1. Traslado o permuta.
2. Encargo.
3. Reubicación.
4. Ascenso.

Artículo 2.2.5.4.7. Encargo. Los empleados podrán ser encargados para asumir parcial o totalmente las funciones de empleos diferentes de aquellos para los cuales han sido nombrados, por ausencia temporal o definitiva del titular, desvinculándose o no de las propias de su cargo, en los términos señalados en el siguiente capítulo.

CAPÍTULO 5 DE LAS SITUACIONES ADMINISTRATIVAS

Artículo 2.2.5.5.1. Situaciones administrativas. El empleado público durante su relación legal y reglamentaria se puede encontrar en las siguientes situaciones administrativas:

- (...)
5. En ejercicio de funciones de otro empleo por encargo.
- (...).

De lo anterior, la Sala encuentra que resulta viable afirmar que la figura del encargo como modalidad de provisión del empleo o como situación laboral administrativa, conforme a la normativa precedente fue contemplada de manera expresa para el experto comisionado con un doble condicionamiento que resulta concurrente, a saber: la tipología de ser un cargo de periodo fijo y la manera de ejercerlo con dedicación exclusiva.

En efecto, otro componente se suma al manejo del cargo referido es el atinente a que la Ley 143 de 1994, como se vio consideraciones anteriores, le agregó una cualificación importante, en aras de conformar un régimen jurídico especial propio acorde a la naturaleza técnica de las Comisiones de Regulación, al establecer que para los nombramientos de los expertos comisionados que las integran, era necesario contar con «exclusividad» en el ejercicio de las funciones, sin diferenciar si se trataba de nombramientos definitivos, provisionales o en encargo. Este aspecto es de gran trascendencia precisamente por las especificidades que el propio legislador determinó en los actos de creación e implementación de aquellos.



Demandantes: Germán Lozano Villegas
Daniel Currea Moncada
Demandado: Manuel Peña Suárez
(experto comisionado de la CREG en encargo)
Radicados: 11001-03-28-000-2024-00002-00 Acum
11001-03-28-000-2024-00024-00

Conforme a las consideraciones expuestas, la Sala procederá a resolver lo siguiente:

¿Se infringieron las normas superiores invocadas, por encargar al demandado del empleo de experto comisionado de la CREG, al tratarse de un cargo de periodo fijo y de dedicación exclusiva?²⁶

Como se dijo, para la parte actora, el encargo del demandado en el empleo de experto comisionado de la CREG, mientras se desempeñaba como jefe de una oficina de la UPME, infringió las normas invocadas²⁷, pues la referida figura no es aplicable a cargos de periodo fijo de los comisionados, dado que solo está prevista para aquellos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa, naturalezas que no se predica de aquellos, aunado a que se desatendió la condición medular de la dedicación exclusiva propia de dicho empleo.

Dentro de las normas invocadas, varias transcritas en precedencia, la Sala destaca el artículo 21 de la Ley 143 de 1994, en la que se fijaron las cualificaciones concretas para el cargo que se estudia. El referido artículo prevé lo siguiente:

Artículo 21. Comisión de Regulación de Energía y Gas CREG. La Comisión de Regulación de Energía y Gas se organizará como Unidad Administrativa Especial del Ministerio de Minas y Energía, que estará integrada de la siguiente manera:

[...]

d) Por seis (6) expertos en asuntos energéticos de **dedicación exclusiva**, nombrados por el presidente de la República para **periodos de cuatro (4) años**.

[...]

De las pruebas que obran en el expediente, se encuentran demostrados los siguientes extremos:

(i) El accionado al momento de designarlo en encargo, fungía como jefe de la Oficina de Gestión de Proyectos de Fondos de la Unidad de Planeación Minero Energética (UPME), desde el 1 de febrero de 2023²⁸.

²⁶ Corresponde al cargo de violación de normas superiores de la fijación del litigio.

²⁷ Artículos 125 de la Constitución Política; 21 de la Ley 143 de 1994 –mod. art. 44 Ley 2099 de 2021–; 5 y 24 de la Ley 909 de 2004 y los artículos 2.2.5.5.1, 2.2.5.5.41, 2.2.5.5.42 y 2.2.5.5.43 del Decreto 1083 de 2015)

²⁸ Información registrada en el Sistema de Información y Gestión del Empleo Público SIGEP, adjuntada como anexo de la demanda.



Demandantes: Germán Lozano Villegas
Daniel Currea Moncada
Demandado: Manuel Peña Suárez
(experto comisionado de la CREG en encargo)
Radicados: 11001-03-28-000-2024-00002-00 Acum
11001-03-28-000-2024-00024-00

Reposa en los antecedentes administrativos remitidos por el Ministerio de Minas y Energía, que fueron adjuntados con la contestación de la demanda, una certificación²⁹ en la que se informa:

Que el servidor público MANUEL PEÑA SUÁREZ,... labora en la Unidad de Planeación Minero Energética, desde el primero de febrero de 2023.

En la actualidad desempeña mediante nombramiento ordinario el cargo de Jefe de Oficina Código 0137 – Grado 19, en la Oficina de Gestión de Proyectos de Fondos, cargo de libre nombramiento y remoción.

Al respecto, el Decreto 1869 de 7 de noviembre de 2023, demandado en este asunto, en su parte considerativa, indicó:

Que el doctor JOSÉ FERNANDO PRADA RÍOS,... presentó renuncia al empleo de Experto Comisionado Código 0090 de la planta de personal de la Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG).

Que evaluada la solicitud, este despacho encuentra procedente aceptar la renuncia y declarar la vacancia definitiva del empleo denominado Experto Comisionado, Código 0090 de la planta de personal de la Comisión de Regulación y Energía y Gas (CREG).

Que dadas las necesidades del servicio, se requiere encargar de las funciones del empleo de Experto Comisionado, Código 0090, al funcionario MANUEL PEÑA SUÁREZ,... quien actualmente desempeña el empleo de Jefe de Oficina, Código 0137, Grado 19 de la Unidad de Planeación Minero Energética (UPME).

A partir de esa motivación, resolvió designar al demandado en dicho empleo, por el término de tres (3) meses o mientras se efectúa la provisión definitiva correspondiente, así:

Artículo 3. Encargo. Encargar, a partir de la fecha, al funcionario MANUEL PEÑA SUÁREZ..., de las funciones del empleo denominado Experto Comisionado, Código 0090 de la planta de personal de la Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG), por el término de tres (3) meses o mientras se efectúe la provisión definitiva del empleo, sin que implique separación de las funciones del empleo que viene ejerciendo.

Analizado el contenido del acto se tienen dos situaciones que giran en torno a que la modalidad de designación fue mediante encargo y que se dejó que el designado continuara con las atribuciones de su cargo original.

En contraste, esta Sala advierte que el artículo 21 en cita, precisa la naturaleza jurídica e integración de la CREG y los requisitos que deberán cumplirse para ejercer el cargo de experto comisionado.

²⁹ Expedida el 14 de marzo de 2023.



Demandantes: Germán Lozano Villegas
Daniel Currea Moncada
Demandado: Manuel Peña Suárez
(experto comisionado de la CREG en encargo)
Radicados: 11001-03-28-000-2024-00002-00 Acum
11001-03-28-000-2024-00024-00

Para la Sala, **en primer lugar**, el encargo, como se esbozó en consideraciones anteriores, luego de observar toda la normativa, no es procedente en estos eventos, comoquiera que existen diversos preceptos establecidos en las Leyes 142, 143 de 1994, como también en la Ley 2099 de 2021, que aludieron a referencias especiales que no pueden ser desatendidas por el nominador, como se explicó respecto de esta modalidad de designación frente al empleo de periodo fijo y a la condición inmersa en el mismo en la que se exigió dedicación exclusiva para un período de cuatro años.

Estos aspectos que se esbozan, son relevantes, debido a que el legislador dotó al empleo de experto comisionado de la condición de **ser de período fijo y con dedicación exclusiva**, las cuales, constituyen una garantía de independencia que debe caracterizar el ejercicio de la función reguladora que se predica de estas comisiones³⁰.

Es de subrayar que la jurisprudencia constitucional ha referido que existe un conjunto de condiciones institucionales que deben cumplir los órganos de regulación, buscando que esta función sea atendida por instituciones **que sean independientes del Gobierno Nacional** y conforme con el perfil que el

³⁰ La Corte Constitucional consideró sobre el particular lo siguiente: El primer rasgo común estriba en que la función estatal de regulación es ejercida por una autoridad específicamente creada y concebida para fijar y ajustar de manera continua las reglas de juego a las cuales debe sujetarse una actividad determinada dentro de un sector socio-económico. Segundo, la actividad determinada sujeta a regulación, reviste una especial trascendencia en cuanto compromete el desarrollo del mercado en un ámbito donde, en mayor o menor medida, está envuelto el goce efectivo de los derechos de las personas y donde se juzga necesario adoptar medidas de protección social y de corrección de las fallas del respectivo mercado. Tercero, la autoridad reguladora dispone de instrumentos de regulación peculiares para el cumplimiento de su misión específica los cuales pueden ser de la más diversa naturaleza según el problema que ésta deba abordar, puesto que tales instrumentos van desde la mera recepción y divulgación de información (medida de comunicación), pasando por la intervención en los precios (medida económica) hasta la adopción de normas y la imposición de sanciones a quienes las infrinjan (medidas jurídicas). **Cuarto, la función de regulación es usualmente confiada a órganos con un mayor grado de independencia que el que tienen las entidades administrativas preexistentes en el respectivo país sometidas a controles jerárquicos o de tutela. No obstante, esta mayor independencia no sustrae a las autoridades de regulación de los controles característicos de un Estado democrático de derecho puesto que sus actos pueden ser revisables por los jueces, sus decisiones son objeto de debate político y legislativo en el Congreso o Parlamento correspondiente, el jefe del ejecutivo dispone de medios diversos para incidir, así sea en algunos casos de manera general y mediata, en la orientación de dichas autoridades y sus integrantes y resoluciones están sujetas al escrutinio de los ciudadanos.** Quinto, la función de regulación está fundada en la necesidad de encontrar y mantener un equilibrio entre intereses legítimos contrapuestos en contextos socio-económicos de gran dinamismo de tal forma que, a pesar de los cambios frecuentes y acelerados que se presenten, el Estado disponga de instrumentos para orientar sostenidamente las actividades socio-económicas reguladas hacia los fines de interés general señalados por el constituyente y el legislador” Sentencia C-150 del 2003.



Demandantes: Germán Lozano Villegas
Daniel Currea Moncada
Demandado: Manuel Peña Suárez
(experto comisionado de la CREG en encargo)
Radicados: 11001-03-28-000-2024-00002-00 Acum
11001-03-28-000-2024-00024-00

legislador establezca en el ámbito de su libertad de configuración³¹, buscando que se cumpla con la finalidad de específica de garantizar que las actuaciones de las comisiones de regulación respondan a las necesidades propias del sector regulado y no:

[A] las presiones políticas, los motivos coyunturales, el acceso privilegiado de algunas fuerzas a los procesos decisorios, la captura del regulador por el regulado, entre otras contingencias que impiden que el órgano regulador actúe en aras del interés general con miras a proteger los derechos de los usuarios y asegurar la continuidad y calidad del servicio público correspondiente³².

El anterior razonamiento se fundamenta específicamente en las siguientes características que se predicen de las comisiones de regulación, entre ellas, la CREG: (i) su carácter colegiado, (ii) su naturaleza técnica y especializada, (iii) su independencia patrimonial, (iv) el período fijo de sus comisionados y (v) el sometimiento a un régimen de conflicto de intereses, compatibilidades e inhabilidades³³.

En atención a lo dicho, el período fijo de los comisionados busca hacer menos probable que se encuentren sujetos a presiones por parte del gobierno de turno, en tanto supone un plazo específico para el ejercicio del empleo, sin que el titular pueda ser despojado del mismo, salvo por las razones legales específicamente establecidas para el efecto, que normalmente se relacionan con la existencia de decisiones judiciales o administrativas que así lo dispongan, razón por la cual, los cargos con dicha condición «ocupan una posición intermedia entre los empleos de carrera y los de libre nombramiento y remoción»³⁴.

Es de anotar que la anterior connotación no conlleva en sí misma desconocer la facultad nominadora del presidente de la República respecto de los expertos comisionados de la CREG, dado que lo buscado es el establecimiento de una limitante a la facultad discrecional de nombrar, con el fin de garantizar la independencia de la CREG.

Como segundo aspecto, debe decirse que la Corte Constitucional³⁵ indicó que los expertos comisionados no son agentes del presidente, debido a que:

³¹ C-150 del 2003. Título 4.4.1.4.

³² *Idem*.

³³ Sentencia C-048 del 2024. Reitera criterio de la sentencia C-150 del 2003.

³⁴ Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia del 14 de mayo de 2020. Radicación: 11001032400020150054200.

³⁵ Sentencia C-048 del 2024 MP. Juan Carlos Cortés González.



Demandantes: Germán Lozano Villegas
Daniel Currea Moncada
Demandado: Manuel Peña Suárez
(experto comisionado de la CREG en encargo)
Radicados: 11001-03-28-000-2024-00002-00 Acum
11001-03-28-000-2024-00024-00

(...) Dicho cargo no ha sido calificado por ninguna norma constitucional o legal con esa naturaleza y la asignación del presidente de nombrar estos funcionarios obedece al margen de configuración legislativa para definir el empleo público. Tampoco corresponde con el criterio sentado por la jurisprudencia de **que sean subalternos del presidente y sometidos a sus órdenes y orientaciones para asegurar el cumplimiento de la agenda y los planes de gobierno, pues esto contraría el carácter independiente que el legislador, en ejercicio de sus atribuciones, le asignó a la CREG. De igual modo, esa independencia que se manifiesta concretamente en la garantía de que los comisionados expertos puedan desempeñar su función por el período en el que fueron nombrados, permite que los fines de la regulación constitucional de los servicios públicos domiciliarios se hagan efectivos.** De interpretarse en el sentido opuesto, se desconocería la independencia de la entidad para el ejercicio de sus funciones y se obstaculizaría el cumplimiento de los propósitos que asigna la Constitución a la regulación de los servicios públicos domiciliarios (énfasis fuera del texto original).

A las mencionadas características, se suma el hecho de ser un empleo de dedicación **exclusiva**, que se basa en la idea del ejercicio de una función regulatoria técnica y altamente especializada. En decisiones de constitucionalidad, se ha precisado que esa connotación de algunos empleos de la administración pública, contribuye a la profesionalización y representación directa de los intereses de la Nación³⁶.

Bajo estas condiciones, la dedicación exclusiva también tiene como fin la garantía de independencia de la Comisión de Regulación de Energía y Gas, buscando que los expertos comisionados que la integran solo atiendan al ejercicio de su función frente al mercado y a los usuarios, así como la materialización de su independencia en el manejo de los servicios públicos domiciliarios que son de su competencia, privilegiando el interés general que se predica de ellos y la función que desempeñan en el marco del Estado Social y Democrático de Derecho.

En atención a lo dispuesto, le asiste razón a la parte demandante, al señalar que las dos condiciones del empleo descritas en precedencia, son incompatibles con la figura del encargo, y que si bien se encuentra consagrada en el Decreto 1083 del 2015, ella tiene un carácter supletivo frente a regulaciones específicas de la CREG, por ello responde a la naturaleza de otras posiciones al interior de la administración pública que son incompatibles con la forma en que el mismo legislador concibió la figura de los expertos comisionados.

³⁶ Corte Constitucional, sentencia C-426 del 2020. En reiteración del criterio expuesto en la sentencia C-827 del 2001.



Demandantes: Germán Lozano Villegas
Daniel Currea Moncada
Demandado: Manuel Peña Suárez
(experto comisionado de la CREG en encargo)
Radicados: 11001-03-28-000-2024-00002-00 Acum
11001-03-28-000-2024-00024-00

En criterio de esta Sala, de permitirse el encargo, el presidente de la República desconocería la necesidad de contar con un período fijo para permitir la independencia de la comisión en el ejercicio de su función regulatoria, pues quien llega al cargo en dichas condiciones, se encuentra sujeto directamente a la facultad del nominador y puede ser removido en cualquier momento, sin la prerrogativa propia del tiempo que institucionalmente está llamado a ocupar.

Para tal efecto, es de resaltar que esta Sala de Sección³⁷, al decidir una acción de cumplimiento interpuesta contra el presidente de la República para atender lo señalado en el literal d) del artículo 21 de la Ley 143 de 1994, consideró lo siguiente:

Ahora bien, de su contenido se deriva un mandato o deber de naturaleza imperativa, expresa e inobjetable a cargo del señor presidente de la república, consistente en nombrar a 6 expertos que la conforman, pese a que del contenido de la norma no se precise el modo en que se deben proveer tales cargos [encargo o permanentemente]. Por tanto, atendiendo a la postura jurisprudencial de la Sentencia de 25 de enero de 2024 precitada, la Sala comparte la conclusión mayoritaria del Tribunal de primera instancia en tanto que el presidente de la república **debe nombrar las plazas que resulten vacantes de manera permanente [modo] por el periodo que señala disposición «períodos de cuatro (4) años»**, con el fin de no dejar en incertidumbre la función regulatoria que la CREG tiene a su cargo. (Énfasis fuera del texto original).

Para esta Sección, permitir que el encargo mantenga el ejercicio de las funciones del empleo que originalmente ocupa la persona a que se designa, contrariaría el criterio de «dedicación exclusiva», que determinó el legislador; por lo cual, quien llegue al cargo ostentando dos condiciones laborales, afectaría de tajo ese sentido que trajo la norma.

Así las cosas, está claro que el aquí demandado ostenta el empleo en la Unidad de Planeación Minero Energética (UPME)³⁸, entidad adscrita al Ministerio de

³⁷ Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia del 2 de mayo del 2024. Radicación 25000-23-41-000-2023-01267-01. M.P. Luis Alberto Álvarez Parra. Con salvamento de voto de la magistrada Gloria María Gómez Montoya, al considerar que no era de la competencia del juez de la acción de cumplimiento, establecer condicionamientos a la forma en que se debía de cumplir el mandato contenido en la norma. Manifestó que si bien era la obligación del presidente proceder con el nombramiento de los expertos comisionados de la CREG, lo cierto es que no correspondía por medio de esta acción constitucional, fijar la forma en que ello debería realizarse.

³⁸ Creada por la Ley 143 de 1994, conforme al artículo 13: ...La Unidad de Planeación Minero Energética de que trata el artículo 12 del Decreto 2119 de 1992, se organizará como Unidad Administrativa Especial adscrita al Ministerio de Minas y Energía, con patrimonio propio y personería jurídica y con regímenes especiales en materia de contratación, de administración de personal, de salarios y de prestaciones y con autonomía presupuestal...

Por otra parte, la normativa que alude al decreto que se cita, dispuso: Artículo 12. Unidad de Planeación. Conviértase a la Comisión Nacional de Energía en la Unidad de Planeación Minero



Demandantes: Germán Lozano Villegas
Daniel Currea Moncada
Demandado: Manuel Peña Suárez
(experto comisionado de la CREG en encargo)
Radicados: 11001-03-28-000-2024-00002-00 Acum
11001-03-28-000-2024-00024-00

Minas y Energía y, por otro lado, ocupa la posición de experto comisionado de la CREG, el cual, como ya se indicó, no tiene la condición de agente del presidente de la República -mucho menos de sus ministros- y, por lo tanto, debe ejercer sus funciones por fuera del ámbito que se deriva de una relación legal y reglamentaria con aquellos.

Por tal motivo, la mera vinculación con el cargo principal que desempeña resulta suficiente para vislumbrar que en el demandado pueden encontrarse dos intereses, al ser funcionario del Gobierno Nacional y a la vez de la comisión, aspecto que conllevó a que el primero, tenga un asiento adicional de aquellos que por ley le corresponden (Ministerio de Minas y Energía, Ministerio de Hacienda y Crédito Público y director de Planeación Nacional).

Bajo esta perspectiva, la inexistencia de una prohibición o limitación expresa de aplicar la figura del encargo a este tipo de empleos debe ceder ante la norma particular, concreta y especial que, en punto de los expertos comisionados de la CREG, refiere a las condiciones en que deben ser nombrados, esto es, por un **período fijo y con dedicación exclusiva**. A lo anterior, se debe adicionar que los funcionarios públicos, entre ellos el presidente de la República, deben actuar conforme las competencias y autorizaciones constitucionales y legales, por lo que sus decisiones están vinculadas en un sentido positivo al principio de legalidad.

En tal sentido, al tratarse de empleos que no pueden ser ejercidos en encargo, en tanto implicaría una dependencia que impide trabajar con criterios de objetividad e imparcialidad ajenos a los intereses del gobierno, lo que es un aspecto esencial en el trabajo de la Comisión, debe necesariamente bajo dicha tesitura declararse la nulidad del acto enjuiciado.

Finalmente, para la Sala no parece razonable que siendo de tal importancia la función regulatoria, y dada la potestad discrecional de que goza el presidente de la República, este no provea el empleo en forma definitiva y acuda a la figura del encargo, a sabiendas que el legislador fue claro al establecer que la CREG será integrada por expertos que en forma **exclusiva**, materializan las funciones que el constituyente previó para cumplir con los fines del estado, de cara al tratamiento de una actividad económica.

Un tercer punto, apunta a que, contrario a lo manifestado por el demandado y las entidades que contestaron el libelo, no queda duda de que el presidente de la República para evitar, precisamente, la «parálisis de la prestación de

Energética del Ministerio de Minas y Energía, que tendrá el carácter de Unidad Administrativa Especial, y cuyo objetivo será la planeación integral del sector minero energético...



Demandantes: Germán Lozano Villegas
Daniel Currea Moncada
Demandado: Manuel Peña Suárez
(experto comisionado de la CREG en encargo)
Radicados: 11001-03-28-000-2024-00002-00 Acum
11001-03-28-000-2024-00024-00

servicios», podía nombrar de manera definitiva a estos funcionarios y no en encargo como lo hizo.

Conforme a lo dicho, la Sala debe comprender que a partir de una lectura con efecto útil de las Leyes 142, 143 de 1994 y 2099 de 2021, sobre las expresiones «independiente», «exclusiva» y de «periodo fijo» que caracterizan a la CREG y a sus comisionados, se advierte que estas no dieron vía libre a esta situación administrativa, precisamente, porque en la redacción de la norma, estas palabras se edificaron para evitar la paralización del servicio público de regulación, con lo cual el nombramiento debía ser provisto en forma definitiva ante la vacancia absoluta de su titular. Es decir, se observa una suerte de incompatibilidad entre el encargo y la exclusividad que se predica en esta clase de empleos.

Finalmente, debe decirse frente a la improcedencia del encargo en esta clase de cargos que, los atributos de que gozan los comisionados de la CREG dependen necesariamente que su vinculación se deba al cumplimiento de los requisitos de identidad y experiencia, al acatamiento de las calidades y por supuesto a que se trata de empleos de periodo fijo caracterizado, en este caso, por un libre nombramiento pero su remoción, solo se podrá materializar cuando se cumpla el plazo fijado o, como es lógico, por situaciones derivadas de investigaciones y sanciones disciplinarias, fiscales o penales o por declaratoria de nulidad electoral, este termine de manera anticipada.

Así las cosas, la Sala concluye que, al encargar al señor Manuel Peña Suárez como experto comisionado de la CREG, el periodo fijo que se estableció para esta clase de empleos se predica incompatible por cuanto:

- 1- Una de las garantías que permiten el desarrollo de la función reguladora por parte de la comisión es que esta sea libre de presiones indebidas, como lo pueden ser las culminaciones de periodo súbitas, normalmente presentadas por criterios no técnicos.
- 2- Esta clase de prerrogativas hacen que la discrecionalidad en el retiro quede limitada por cuanto, al existir una data exacta de finalización, sea ese el motivo de salida del empleo y no las situaciones administrativas *pro tempore* que normalmente caracterizan los encargos.
- 3- El importante funcionamiento de la CREG y el desarrollo de las actividades de sus expertos, hacen que el periodo fijo, sea una condicionante para que los proyectos de regulación tengan una suerte de perennidad técnica en el tiempo, y eviten, como es lógico, la injerencia indebida de aspectos que no tienen esa pericia.



Demandantes: Germán Lozano Villegas
Daniel Currea Moncada
Demandado: Manuel Peña Suárez
(experto comisionado de la CREG en encargo)
Radicados: 11001-03-28-000-2024-00002-00 Acum
11001-03-28-000-2024-00024-00

- 4- La seguridad en la determinación de las funciones de la CREG a través de los estudios científicos que hacen sus expertos para aprobación de la comisión, permite que estos funcionarios desarrollen sus habilidades en el periodo por el que fueron elegidos, sin que decisiones de otra índole afecten la pericia con que deben ser reguladas las materias de energía y gas.

Así las cosas, visto todo lo anterior, debe declararse la nulidad del acto enjuiciado.

¿Al encargar al demandado en el empleo de experto comisionado de la CREG, dejando que continuara con el ejercicio del cargo en la UPME, se desconoció la estructura e independencia de dicha comisión y se incurrió en incompetencia por parte del Gobierno Nacional?³⁹

De acuerdo con la parte actora, se desconoció la estructura de la CREG porque se encargó del empleo de experto comisionado al demandado, mientras era jefe de Oficina, código 0137, grado 19 de la Unidad de Planeación Minera Energética (UPME), lo que afectó la independencia de la comisión, sobre todo, en lo relativo a sus funciones de regulación. Además, el Gobierno Nacional carecía de competencia para modificar la estructura de la CREG, al haber designado en esas condiciones al experto comisionado Peña Suárez.

Según el Decreto 1260 de 2013, «Por el cual se modifica la estructura de la Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG)», la entidad tiene la naturaleza de Unidad Administrativa Especial, adscrita al Ministerio de Minas y Energía y como objeto, entre otros, el de regular los monopolios en la prestación de los servicios de energía eléctrica y gas combustible.

Artículo 1. Nombre y Naturaleza Jurídica. La Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG), es una Unidad Administrativa Especial, con autonomía administrativa, técnica y financiera, sin personería jurídica, adscrita al Ministerio de Minas y Energía.

Artículo 2. Objeto. La Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG) tiene por objeto regular los monopolios en la prestación de los servicios públicos domiciliarios de energía eléctrica y gas combustible, cuando la competencia no sea, de hecho, posible; y, en los demás casos, la de promover la competencia entre quienes presten servicios públicos, para que las operaciones de los

³⁹ Corresponde a la censura que se condensó en la falta de competencia para expedir el acto demandado y la carencia de facultad para alterar la estructura de la CREG, que la parte actora sustentó en la violación del artículo 21 de la Ley 143 de 1994 y el artículo 6 del Decreto 1260 de 2013, indicada en la fijación del litigio.



Demandantes: Germán Lozano Villegas
Daniel Currea Moncada
Demandado: Manuel Peña Suárez
(experto comisionado de la CREG en encargo)
Radicados: 11001-03-28-000-2024-00002-00 Acum
11001-03-28-000-2024-00024-00

monopolistas o de los competidores sean económicamente eficientes, no impliquen abusos de la posición dominante, y produzcan servicios de calidad. Igualmente tiene por objeto expedir la regulación económica para las actividades de la cadena de combustibles líquidos derivados de hidrocarburos, en los términos y condiciones señalados en la ley.

Por su parte, el artículo 73 de la Ley 142 de 1994 establece las facultades generales de las comisiones de regulación en los siguientes términos:

Artículo 73. Funciones y facultades generales. Las comisiones de regulación tienen la función de regular los monopolios en la prestación de los servicios públicos, cuando la competencia no sea, de hecho, posible; y, en los demás casos, la de promover la competencia entre quienes presten servicios públicos, para que las operaciones de los monopolistas o de los competidores sean económicamente eficientes, no impliquen abuso de la posición dominante, y produzcan servicios de calidad.

Asimismo, el artículo 44 de la Ley 2099 de 2021 dispone que la CREG está conformada por:

Artículo 44. Modificar el artículo 21 de la Ley 143 de 1994, de la siguiente manera: Artículo 21. Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG). La Comisión de Regulación de Energía y Gas se organizará como Unidad Administrativa Especial del Ministerio de Minas y Energía, que estará integrada de la siguiente manera: a) Por el Ministro de Minas y Energía, quien la presidirá; b) Por el Ministro de Hacienda y Crédito Público; c) Por el Director del Departamento Nacional de Planeación; d) Por seis (6) expertos en asuntos energéticos de dedicación exclusiva, nombrados por el Presidente de la República para períodos de cuatro (4) años.

Esta Sala, en relación con la CREG, su naturaleza y funciones, ha señalado que «[...] dadas las especificidades de la función de regulación de la CREG, en tanto desarrolla la finalidad social de intervención del Estado en los servicios públicos, las decisiones que emite deben estar sujetas a estrictos criterios técnicos que atiendan las características del sector y su dinámica propia, así como a “parámetros objetivos adoptados después de procesos cuidadosos de deliberación, con argumentos de orden especializado y orientados a alcanzar los objetivos de interés general trazados en la ley que fijó el régimen de dichos servicios.”⁴⁰»⁴¹

Dicho esto, debe determinarse si, dada la naturaleza de la CREG, esto es, de unidad administrativa especial, con autonomía, **sin personería jurídica y adscrita** al Ministerio de Minas y Energía, el encargo del demandado, como

⁴⁰ Corte Constitucional, sentencia C-150 de 2003.

⁴¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia del 2 de febrero del 2023. Radicación 11001-03-28-000-2022-00211-00. M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio.



Demandantes: Germán Lozano Villegas
Daniel Currea Moncada
Demandado: Manuel Peña Suárez
(experto comisionado de la CREG en encargo)
Radicados: 11001-03-28-000-2024-00002-00 Acum
11001-03-28-000-2024-00024-00

experto comisionado, sin desvincularse de su cargo de jefe de la oficina de la UPME, entidad también adscrita a la cartera de Minas y Energía, afectó la estructura e independencia de la CREG.

En primer lugar, en cuanto al vicio de falta de competencia en el nombramiento, debe precisarse que, el cargo propuesto por la parte actora tiene como finalidad cuestionar la modificación la estructura de la CREG; es decir, lejos de cuestionar la posibilidad del presidente de la República en elegir a los expertos comisionados, lo que realmente se discute es esa alteración de la forma con que se tiene prevista a la comisión, a través del encargo del demandado.

Sobre esta base, la Sala observa que en este punto es dable armonizar el cargo propuesto por la parte activa relacionado con la improcedencia del encargo, con la afectación de la estructura, que según se indicó en los libelos, quedó en entredicho al haberse nombrado al demandado, siendo este funcionario de la UPME. En otras palabras, conforme al cuestionamiento de la parte actora, este juzgador reconoce que de forma implícita existe una doble representación por parte del presidente de la República en la CREG, que alteró la estructura de la citada corporación.

En segundo momento, y en lo que respecta al desconocimiento de la independencia de la CREG, la Sala observa que el demandado, mientras estuvo encargado como experto comisionado, no se desvinculó de sus funciones primarias en la UPME, lo que demuestra que al no desligarse no tuvo la dedicación exclusiva y, por ello, se desconoció el fin de la norma en lo que hace a su independencia.

La Sala frente a este reparo, y en línea con lo expuesto en precedencia, ve que la independencia de la que goza la comisión se pudo ver lacerada, al incluirse dentro de sus expertos a un funcionario en el que pervivía un vínculo legal y reglamentario con una entidad que tiene asiento en la junta directiva de la CREG.

En otros términos, el hecho de que el demandado hubiere ejercido simultáneamente su labor como jefe de oficina de la UPME agenciando, como es lo propio, los intereses de esta entidad, también contribuyó a desplegar sus actividades, modificando implícitamente la estructura que concibió el legislador en la Comisión.

Ahora bien, en lo relativo al desconocimiento de la estructura de la CREG, la Sala observa que, a través del encargo, se personifican los intereses gubernamentales de la cartera de Minas y Energía, afectando los parámetros



Demandantes: Germán Lozano Villegas
Daniel Currea Moncada
Demandado: Manuel Peña Suárez
(experto comisionado de la CREG en encargo)
Radicados: 11001-03-28-000-2024-00002-00 Acum
11001-03-28-000-2024-00024-00

establecidos por las disposiciones legales, con lo cual se desechó su organización y funcionamiento.

En este punto, el régimen normativo de los servicios públicos, separan el actuar, funcionamiento y composición de: i) los miembros de la CREG (en los cuales tienen asiento todos los funcionarios, incluidos los que representan al gobierno) y, ii) los expertos comisionados, los cuales fueron concebidos en forma separada y con actuaciones específicas y diferenciadas en el ámbito de ciertas competencias que estableció el legislador ordinario.

Sobre esta base, al revisarse la estructura que se fijó en la Ley 142 de 1994, se puede observar la diferenciación entre quienes conforman al grupo denominado, «expertos comisionados» de la composición de la CREG en sí misma. Al respecto, se tiene que esta clase de empleos al ser de dedicación exclusiva, poseen unas calidades, requisitos específicos y corresponden a una estructura única y diferenciada de los demás miembros que actúan en la citada entidad.

Estos expertos tienen perfectamente definida una estructura que cuenta con identidad propia, a la luz de lo establecido por el artículo 70 *ibidem*, en la que se dispuso lo siguiente:

Artículo 70. Estructura orgánica de las comisiones de regulación. Para el cumplimiento de las funciones que les asigna esta Ley, en el evento de la delegación presidencial, las comisiones de regulación tendrán la siguiente estructura orgánica, que el Presidente de la República modificará, cuando sea preciso, previo concepto de la comisión respectiva dentro de las reglas del artículo 105 de esta Ley.

70.1. Comisión de Regulación:

a) Comité de Expertos Comisionados.

Esta disposición al ser armonizada con el literal d) del artículo 44 de la Ley 2099 de 2021, permite establecer que esos seis expertos en asuntos energéticos de dedicación exclusiva, nombrados por el presidente de la República para períodos de cuatro años, tienen funciones, calidades, estructura e ingreso único y autónomo que se ve desarrollado por los preceptos del artículo 6 del Decreto 1260 de 2013, entre las que se destacan, y con exclusión de los demás miembros que componen la CREG, las siguientes:

3. Formular la agenda regulatoria anual y presentarla para aprobación de la Comisión.

17. Repartir internamente el trabajo y asignar los asuntos a cada Comisionado.



Demandantes: Germán Lozano Villegas
Daniel Currea Moncada
Demandado: Manuel Peña Suárez
(experto comisionado de la CREG en encargo)
Radicados: 11001-03-28-000-2024-00002-00 Acum
11001-03-28-000-2024-00024-00

22. Proponer ante la Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG), la designación de un Experto Comisionado como Director Ejecutivo, en los términos de la Ley 143 de 1994.

De lo anterior, se desprende con plena claridad que la estructura diferenciada entre el comité de expertos y la CREG es marcada, comoquiera que sobre los primeros se edificó una organización independiente la cual, si bien converge necesariamente con la que despliega en su integridad en la comisión, no por ello puede predicarse su similitud u homogenización.

Al respecto y dada la separación entre una y otra composición de servidores, el **decreto** en estudio diferenció, entre otras cosas, la existencia de actividades y características que distancian la estructura de estas dos instancias:

- 1- Los documentos que estudian separadamente el comité de expertos y la comisión para el ejercicio de sus funciones. (Art. 7 numeral 2).
- 2- La precisión sobre la función que debe materializar la dirección ejecutiva de la CREG para dirigir la evaluación de la regulación, presentando exclusivamente al Comité de expertos los resultados de tal ejercicio. (Art. 7 numeral 3).
- 3- Las sesiones de la CREG (incluidos los miembros del gobierno junto a los comisionados) son distintas a las que se desarrollan por parte del Comité de expertos comisionados. (Art. 7 numeral 15).
- 4- Este comité de expertos puede proferir decisiones y circulares a la luz de la diferenciación que dio la normativa antedicha. (Art. 7 numeral 19).

Este apartamiento se nota con mayor profundidad en el Decreto 1573 de 2023, por medio del cual el Ministerio de Minas y Energía aprobó el reglamento interno de la CREG, contenido en la Resolución 105 003 del 14 de septiembre de dicho año, en la que se puede observar los diferentes ámbitos, y con ello, una marcada estructura del comité de expertos respecto a la comisión en pleno, así:

Artículo 9. Presentación de los proyectos de actos administrativos y demás decisiones. El Comité de Expertos decidirá sobre los proyectos que serán presentados a la Comisión en cada sesión, de conformidad con lo establecido en el artículo 5 de la presente resolución.

Para el análisis de los proyectos de actos administrativos que se van a someter a consulta, por lo menos dos (2) días hábiles de anticipación a la fecha de la sesión en cuyo orden del día se pretende incluir, **la Dirección Ejecutiva remitirá a los integrantes de la Comisión y a los Superintendentes**, en los temas de su competencia, el texto del proyecto que se someterá a aprobación, así como el documento técnico que exige el artículo 31 de este reglamento y los demás insumos que considere necesarios. Este plazo podrá ser inferior en los casos previstos en el tercer inciso del artículo 34 del presente reglamento.



Demandantes: Germán Lozano Villegas
Daniel Currea Moncada
Demandado: Manuel Peña Suárez
(experto comisionado de la CREG en encargo)
Radicados: 11001-03-28-000-2024-00002-00 Acum
11001-03-28-000-2024-00024-00

Como puede observarse, la CREG tiene una marcada diferencia en su conformación interna, y en lo que interesa a la presente decisión, son los expertos comisionados los que poseen una estructura, funciones y finalidades propias que deben ser amparadas, para así evitar la inclusión de funcionarios que se encuentran ligados al gobierno de turno, afectando su propia estructura.

Conforme a lo expuesto, se tiene que, a partir de ese reglamento interno, se profundiza aún más la diferenciación existente entre los expertos y propiamente la organización que nutre la CREG, así:

Artículo 17. Decisiones del comité. Las decisiones del Comité de Expertos constarán en actas que se suscribirán por el director ejecutivo y quien actúe como Secretario del Comité, o en su defecto deberán tener el visto bueno de los comisionados que la aprobaron. **Las funciones del Comité de Expertos relacionadas con los aspectos propios de la regulación serán tratadas internamente y, en caso de discrepancia, deberán ser planteados ante la Comisión debidamente sustentadas.** Cuando una decisión del Comité de Expertos no sea adoptada por unanimidad, los miembros que salvan su voto justificarán su posición, de lo cual se dejará constancia en la respectiva acta.

Artículo 27. Informe al Congreso de la República. En cumplimiento de lo previsto en el párrafo 5 del artículo 21 de la Ley 143 de 1994, el informe semestral al Congreso deberá **será revisado por el Comité de Expertos y presentado para aprobación por la Comisión.** En el acta de sesión quedará informada por parte del Director Ejecutivo la fecha de remisión del respectivo informe, cuando dicho trámite se haya surtido.

Artículo 28. Coordinación del desarrollo de los proyectos. El Comité de Expertos distribuirá los proyectos de la agenda regulatoria anual entre los expertos comisionados, aplicando los siguientes criterios: a) cada proyecto será liderado por al menos dos expertos comisionados, b) la asignación de proyectos de regulación de una actividad se distribuirá entre los expertos comisionados, propendiendo que ningún experto agrupe la coordinación de todos los proyectos de un sector o actividad.

Artículo 35. Reglas especiales de difusión para la adopción de fórmulas tarifarias de combustibles líquidos. Cuando la Comisión adopte fórmulas tarifarias para el sector de combustibles líquidos, observará las siguientes reglas:

4. **El Comité de Expertos deberá elaborar el documento final que servirá de base para la toma de la decisión y los integrantes de la Comisión evaluarán** este documento, las memorias escritas de las consultas públicas, los comentarios, las informaciones, los estudios y las propuestas allegadas al procedimiento.

Con estas precisiones, la estructura que sigue tanto a la Comisión como al Comité de expertos, permite advertir la autonomía de este último, el cual se



Demandantes: Germán Lozano Villegas
Daniel Currea Moncada
Demandado: Manuel Peña Suárez
(experto comisionado de la CREG en encargo)
Radicados: 11001-03-28-000-2024-00002-00 Acum
11001-03-28-000-2024-00024-00

protege solo si es conformado por personas que no representan directamente las instrucciones políticas del gobierno de turno, y en el *sub judice* es claro que el demandado al fungir como jefe de la oficina de la UPME, adscrita al ministerio de Minas y Energía, afectó la estructura de la comisión y, por ende, el Gobierno Nacional no podía haberlo plasmado en los términos que lo hizo, por lo que excedió su atribución de designación del experto comisionado y afectó la arquitectura del ente.

Por lo anterior, este cargo también es de recibo.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad del nombramiento, en encargo, del señor Manuel Peña Suárez, como experto comisionado de la Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG), contenido en el numeral tercero del Decreto 1869 de 7 de noviembre de 2023, por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: Contra la presente decisión no procede recurso alguno.

TERCERO: En firme este proveído, archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

OMAR JOAQUÍN BARRETO SUÁREZ

**Presidente
Salva voto**

**LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA
Magistrado**

**GLORIA MARÍA GÓMEZ MONTOYA
Magistrada**



Demandantes: Germán Lozano Villegas
Daniel Currea Moncada
Demandado: Manuel Peña Suárez
(experto comisionado de la CREG en encargo)
Radicados: 11001-03-28-000-2024-00002-00 Acum
11001-03-28-000-2024-00024-00

PEDRO PABLO VANEGAS GIL
Magistrado
Salva voto

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO
Conjuez

«Este documento fue firmado electrónicamente. Usted puede consultar la providencia oficial con el número de radicación en <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/Vistas/Casos/procesos.aspx>»