

COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS (CREG)-Norma que establece período fijo para comisionado experto no desconoce facultad presidencial de nombrar y remover libremente a sus agentes

COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS (CREG)-Comisionado experto no es agente del presidente

(...) la noción de agente del presidente no es predictable del cargo de comisionado experto de la CREG. 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 contradiría 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.

ARTICULO 125 DE LA CONSTITUCION POLITICA SOBRE EMPLEO PUBLICO-Alcance

EMPLEO PUBLICO-Concepto

(...) el artículo 19 de la Ley 909 de 2004 concibe el empleo público como “el conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado”

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN CARGOS PUBLICOS-Alcance

El legislador cuenta con la competencia para establecer excepciones a la carrera administrativa en cuanto al acceso de los empleos públicos, lo que incluye determinar aquellos de período fijo. En el ejercicio de esta potestad debe considerar si el tipo de funciones de determinado cargo es compatible o no con el sistema de carrera, como regla general.

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA-Facultad para crear, modificar o suprimir comisiones de regulación de los servicios públicos

INTERVENCION DEL ESTADO EN SERVICIOS PUBLICOS-Finalidad/LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS-Límites

(...) el legislador cuenta con un amplio margen para definir el régimen de los servicios públicos domiciliarios. Sin embargo, esta competencia está sujeta a unos parámetros sustantivos establecidos por la Constitución. En particular, la regulación e intervención del Estado en los servicios públicos tiene la finalidad principal de garantizar su prestación y el acceso a ellos de todos los habitantes del país bajo criterios de universalidad, eficiencia, eficacia, calidad y ampliación de cobertura.

COMISIONES DE REGULACION-Naturaleza

COMISIONES DE REGULACION-Periodo fijo de los comisionados

SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS-Características

(...) estos servicios tienen las siguientes características: (i) efectivizan otros derechos; (ii) son inherentes a la finalidad social del Estado; (iii) tienen vocación de universalidad; (iv) pueden ser prestados por el Estado, por las comunidades organizadas, o por los particulares; (v) se encuentran en la esfera de lo público, por cuanto es el Estado el que debe asegurar su prestación eficiente; (vi) se sujetan a un régimen jurídico especial; (vii) su régimen tarifario debe ser congruente con los criterios de costos, solidaridad y redistribución del ingreso; (viii) pueden ser estatizados por razones de soberanía o de interés social, siempre que se indemnice a los particulares afectados; y (ix) su prestación puede ser descentralizada “para corregir los errores de un mercado imperfecto y delimitar el ejercicio de la libertad de empresa, así como para preservar la sana y transparente competencia, con el fin de lograr una mejor prestación de aquéllos”

LIBERTAD DE CONFIGURACIÓN LEGISLATIVA EN SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS-Alcance

(...) la creación de la CREG es el resultado del ejercicio por parte del legislador de su amplio margen de configuración para establecer la regulación de los servicios públicos domiciliarios y definir los órganos encargados de implementarla. En ese sentido, le atribuyó independencia administrativa, técnica y patrimonial, lo cual se refuerza con el conjunto de características

relacionadas con su composición colegiada, que integra representantes del gobierno y expertos comisionados, su carácter técnico, el establecimiento de un período fijo de los expertos comisionados y una fuente autónoma de recursos. La condición independiente también se ve reforzada en el hecho de que ese atributo enmarca el ejercicio de las funciones que desempeña la CREG, tanto aquellas competencias propias asignadas directamente por la ley como las amparadas en la delegación que efectúe el presidente en el marco del artículo 370 de la Constitución.

COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS (CREG)-Funciones

FACULTAD PRESIDENCIAL DE NOMBRAR Y REMOVER LIBREMENTE A SUS AGENTES-Alcance

(...) el inciso 2.º del artículo 189.13 contiene la facultad presidencial de nombrar y remover libremente a sus agentes. De acuerdo con el criterio expresamente consagrado por la Constitución o la ley, esta calidad se predica de los jefes de los organismos superiores de la rama ejecutiva del orden nacional, como los ministros y los directores de departamento administrativo; los embajadores y los cónsules; el director, gerente o presidente de los establecimientos públicos o de las empresas industriales y comerciales del Estado.

AGENTES DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA-Interpretación y alcance del concepto

De la jurisprudencia constitucional y contenciosa administrativa pueden deducirse los criterios para identificar que un cargo corresponde con la figura de agente del presidente. En concreto, que esa calidad obedezca a una relación de dependencia y subordinación, por la que los subalternos deben responder y cumplir las órdenes que emita su superior y deben actuar bajo sus órdenes y orientaciones para asegurar la coherencia de la política pública, el

cumplimiento de los planes y la agenda de gobierno. Asimismo, no es determinante para establecer esa naturaleza la nominación del presidente frente a determinados cargos, pues esta facultad no se limita a cargos de libre nombramiento y remoción, sino que cobija otro tipo de empleos, en particular, de período fijo.

REPÚBLICA DE COLOMBIA

CORTE CONSTITUCIONAL

Sala Plena

Sentencia C-048 de 2024

Referencia: expediente D-15227

Demandada de inconstitucionalidad en contra del literal d) (parcial) del artículo 44 de la Ley 2099 de 2021 “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”

Demandante: Raymundo Francisco Marenco Boekhoudt

Magistrado ponente:

Juan Carlos Cortés González

Bogotá, D. C., veintiuno (21) de febrero de dos mil veinticuatro (2024)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial de la prevista en el artículo 241.4 de la Constitución Política, cumplidos todos los trámites y requisitos contemplados en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. SÍNTESIS DE LA DECISIÓN2

1. La Corte analizó si las expresiones acusadas del literal d) del artículo 44 de la Ley 2099 de 2021, que modificó el artículo 21 de la Ley 143 de 1994, en cuanto establecen que los comisionados expertos de la Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG) serán designados por el presidente de la República para períodos de cuatro años, desconocen la facultad del presidente de remover libremente a sus agentes, establecida en el artículo 189.13 superior.

1. Antes del examen de este problema jurídico, la Sala concluyó que la demanda reunía los presupuestos necesarios para emitir un pronunciamiento de fondo. En particular, cumplió el requisito de certeza porque cuestiona una interpretación plausible a partir de la cual los

expertos comisionados de la CREG son agentes del gobierno. En ese sentido, el establecimiento de un período fijo para estos cargos podría contravenir la atribución otorgada en la referida disposición constitucional. Por otro lado, las objeciones de una de las organizaciones intervenientes sobre la aptitud del cargo referían al asunto de fondo puesto a consideración de la Corte, relacionada con el entendimiento acerca de la figura de agente del presidente.

1. Al resolver el problema jurídico, la Sala concluyó que el establecimiento de un período en el cargo de comisionado experto en la CREG no contraría la facultad presidencial de remover libremente a sus agentes y declaró la exequibilidad del apartado acusado del literal d) del artículo 44 de la Ley 2099 de 2021.

1. Para sustentar esta conclusión, la Corte explicó la potestad de configuración legislativa para regular el empleo público, regular los servicios públicos domiciliarios y crear las comisiones de regulación como la CREG. Al respecto, sostuvo que el legislador cuenta con la competencia para establecer excepciones a la carrera administrativa para acceder a los empleos públicos, lo que incluye definir aquellos de período fijo. Recordó que el ejercicio de esa potestad implica considerar si el tipo de funciones de determinado cargo es incompatible con el sistema de carrera.

1. Por otra parte, señaló que el Congreso tiene un amplio margen de configuración para establecer nuevas modalidades de órganos para garantizar la eficiencia de la acción estatal y del servicio público. En particular, el legislativo confió a las comisiones de regulación, como la CREG, la responsabilidad de hacer cumplir el régimen legal de los servicios públicos domiciliarios y al legislador le corresponde determinar su grado de independencia y su esquema de organización. En todo caso, la jurisprudencia constitucional ha señalado que dichas comisiones de regulación deben gozar de independencia respecto del gobierno, para que sus actuaciones respondan a las necesidades del sector regulado, de acuerdo con los fines constitucionales y los parámetros establecidos en la ley. De ese modo, se pretende que

la actividad de la CREG se despliega en aras del interés general, con miras a proteger los derechos de los usuarios y asegurar la continuidad y calidad del servicio público correspondiente.

1. Respecto del inciso 2.º del artículo 189.13 de la Constitución, la Corte indicó que este contiene la facultad presidencial de nombrar y remover libremente a sus agentes. Aquella se predica, en primer lugar, de quienes conforman el gobierno junto con el presidente de la República, de acuerdo con la Carta. Esto es, los ministros del despacho y los directores de departamentos administrativos³. En segundo lugar, de los embajadores y los cónsules; y el director, gerente o presidente de los establecimientos públicos o de las empresas industriales y comerciales del Estado. Por su parte, de la jurisprudencia constitucional y contenciosa administrativa pueden deducirse que son agentes del presidente aquellos cargos que tengan una relación de dependencia y subordinación, en el que los subalternos deben responder y cumplir las órdenes que emita el presidente como su superior jerárquico y deben actuar bajo sus órdenes y orientaciones para asegurar la coherencia de la política pública, el cumplimiento de los planes y la agenda de gobierno. Explicó que la designación a cargo del presidente no es determinante para establecer esa naturaleza, ya que esa relación de nominación no se limita a cargos de libre nombramiento y remoción respecto de los cuales va aparejada la noción de agente, sino que cobija empleos de período fijo.

1. De conformidad con lo anterior, la Corte concluyó que la noción de agente del presidente no es predictable del cargo de comisionado experto de la CREG. 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 contradiría 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.

II. ANTECEDENTES

1. En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, el ciudadano Raymundo Francisco Marenco Boekhoudt demandó el apartado “para períodos de cuatro (4) años” contenido en el literal d) del artículo 44 de la Ley 2099 de 2021. El accionante argumentó que las expresiones acusadas son incompatibles con el artículo 189.13 de la Constitución.

1. Mediante Auto del 10 de mayo de 20234, el magistrado sustanciador admitió el cargo propuesto en la demanda⁵ y ordenó: (a) fijar en lista el proceso para garantizar la intervención ciudadana; (b) correr traslado a la procuradora general de la Nación, para lo de su competencia; (c) comunicar el inicio de la actuación a los presidentes de la República y del Congreso de la República y a los ministros de Hacienda y Crédito Público, de Minas y Energía, y de Ambiente y Desarrollo Sostenible, de acuerdo con los artículos 244 de la Constitución y 11 del Decreto 2067 de 1991; y (d) decretó la práctica de algunas pruebas⁶.

1. Por último, en virtud del artículo 13 del Decreto 2067 de 1991, invitó a otras autoridades y organizaciones⁷ para que emitieran concepto sobre distintos asuntos relacionados con el cargo de la demanda⁸. Lo anterior, sin perjuicio de que se pronunciaran sobre cualquier otro aspecto que consideraran esencial para la decisión de la Corte.

III. TEXTO DE LA NORMA DEMANDADA

1. A continuación, se transcribe la disposición acusada y se subrayan los apartados demandados:

“LEY 2099 DE 2021

(julio 10)

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.

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. [...]".

IV. LA DEMANDA

1. El accionante sustentó su reproche en que el literal “d” (parcial) del artículo 44 de la Ley 2099 de 2021 trasgrede lo establecido en el artículo 189.13 de la Constitución. En consecuencia, solicitó declarar inexequible los apartados acusados por desconocer la facultad que tiene el gobierno de nombrar y remover libremente a sus agentes.

1. El demandante sostuvo que el texto legal acusado restringe al presidente de la República la potestad para remover de manera libre de sus cargos a los expertos que integran la CREG. Lo anterior, porque les establece un periodo fijo de cuatro años, a pesar de que estos son sus agentes en la materia. El accionante explicó que, de acuerdo con el artículo 370 de la Constitución, el presidente tiene las funciones de señalar las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos y ejercer, el control, la inspección y la vigilancia de las entidades que los presten, a través de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios⁹.

1. Agregó que la CREG es una unidad administrativa especial adscrita al Ministerio de Minas y Energía. Por esa razón, en su sentir, los comisionados expertos que la conforman están bajo la jerarquía del presidente, quien tiene la facultad para removerlos libremente¹⁰. Por otra parte, destacó que, según el Consejo de Estado, la regulación de los servicios públicos es una función típicamente administrativa que el presidente ejerce a través de las comisiones de

regulación, vía delegación prevista en el artículo 68 de la Ley 142 de 1994 o por asignación directa de la ley¹¹. Añadió que estos órganos integran el sector central de la administración nacional por lo que están subordinados al presidente¹². En respaldo de lo anterior citó apartados de la Sentencia C-1162 de 2000 y de una decisión del Consejo de Estado¹³.

1. Igualmente, el demandante argumentó que si el presidente tiene la facultad para remover libremente a los ministros, directores de departamentos administrativos y al superintendente de servicios públicos domiciliarios, con mayor razón la atribución cobija a los expertos de la CREG. Lo anterior, porque desarrollan facultades de regulación y control de los servicios públicos que están bajo la responsabilidad del primer mandatario¹⁴.

1. Por otra parte, sostuvo que el presidente ejerce varias atribuciones en relación con los comisionados de la CREG, como designarlos, reelegirlos y determinar sus calidades y remuneración. Es contrario al carácter de jefe de Estado, de gobierno y suprema autoridad administrativa que no pueda remover a estos funcionarios que gestionan la regulación de los servicios públicos domiciliarios en su nombre.

1. Aseguró que los comisionados de la CREG no son de aquellos cargos que deban proveerse por concurso ni su nombramiento le corresponde a otros funcionarios o corporaciones. Por lo tanto, la Constitución y la ley facultan al presidente de la República para removerlos libremente porque están bajo su subordinación.

1. En cumplimiento de lo ordenado por el magistrado sustanciador mediante autos del 10 de mayo, 15 de junio¹⁵ y 21 de julio de 2023¹⁶, la presidencia de la República y el secretario general del Senado remitieron los siguientes documentos y respuestas relacionadas con la norma en cuestión:

Autoridad

Respuesta

Secretaría general del Senado de la República

Aportó los documentos que conforman el trámite legislativo que se adelantó únicamente en esa cámara¹⁷.

Secretaría jurídica de Presidencia de la República

La Secretaría Jurídica remitió las respuestas enviadas por el Ministerio de Minas y Energía y la CREG. Son agentes del presidente en el sector de minas y energía “los presidentes de agencia, directores generales de establecimientos públicos, de las entidades adscritas; viceministros y Secretario General del Ministerio de Minas y Energía y adicionalmente se tienen como empleos de periodo fijo los denominados Expertos Comisionados de la Comisión de Regulación de Energía y Gas – CREG”¹⁸. Adjuntó un documento con un cuadro en el que se relacionan las personas que han ocupado y que ostentan hoy el cargo de expertos en la CREG¹⁹. Remitió la contestación brindada al efecto por el Ministerio de Minas y Energía y anexó un archivo que contiene una relación de las personas que han ostentado los cargos de comisionados expertos de la CREG hasta la actualidad, con sus respectivos períodos de ejercicio y los actos administrativos que los vinculan y retiran del cargo²⁰.

VI. INTERVINIENTES E INVITADOS

1. A continuación, se resumen los argumentos expuestos por los distintos intervenientes e invitados a rendir concepto.

Interviniente

Argumentos

Laura Buendía Grigoriu21

Exequibilidad. Sostuvo que para abordar el problema jurídico que la demanda propone debe resaltar las características económicas de los servicios a cargo de las referidas comisiones de regulación. Esos servicios son fundamentales para satisfacer necesidades básicas de las personas, como la electricidad, el agua potable, el alcantarillado y las telecomunicaciones. Dada esa importancia, su financiación debe ser eficiente y se debe evitar que intervenciones o decisiones populares en el corto plazo, disminuyan los recursos disponibles en el futuro para su prestación. Por eso, se requiere de un arreglo institucional con reguladores independientes de presiones electorales o políticas, que impida la reducción de los precios de los servicios u otras medidas que intervengan en la tasa de retorno de los activos dispuestos para su prestación. La provisión de estos servicios públicos requiere capital caracterizado por ser inversiones “hundidas” y activos “específicos”. Estas características generan un riesgo elevado de interferencia política mediante la fijación de precios de consumo de los servicios que alteren el esquema de costos con el que puede operar el prestador. En este contexto, los operadores podrían optar por bajos niveles de inversión, reducción de gastos de mantenimiento que comprometen la calidad del servicio o incrementos anticipados del precio a los usuarios. Los períodos fijos de los reguladores y retiros reglados son necesarios para garantizar su independencia.

Añadió que los expertos comisionados de la CREG no son agentes del Gobierno y ninguna norma constitucional así los define. A este análisis gramatical se suma una interpretación sistemática y teleológica del ordenamiento superior que apoya que los reguladores de los servicios públicos cuenten con la independencia, la cual se garantiza con su período fijo en el ejercicio del cargo. Al constituyente no le fue ajeno que el régimen tarifario a cargo del legislador debe considerar los costos de prestación del servicio. La facultad presidencial de intervenir en los servicios públicos implica fijar las políticas generales de administración y el control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, a través del Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios. Por el contrario, la fijación de tarifas es un asunto que no es competencia del presidente de la República.

Asociación Nacional de Empresas Generadoras (ANDEG)22

Exequibilidad. Afirmó que el periodo fijo establecido para los comisionados expertos es una garantía de estabilidad, independencia y objetividad de las regulaciones que realiza la CREG. La independencia de la entidad, la cual se deriva del artículo 23 de la Ley 143 de 1994, establece un criterio de balance para la toma de decisiones internas, en razón a que también está integrada por miembros que son subordinados del presidente de la República.

Adujo que es importante que la entidad reguladora sea independiente y neutral, por lo que es necesario que dentro de la misma existan funcionarios que no se encuentren sujetos a presiones políticas por parte del gobierno, situación que se antepone a los intereses de un Estado prestador de servicios. La presencia de miembros en la CREG con independencia permite una efectiva libertad para la regulación en materia de servicios públicos.

Hemberth Suárez Lozano23

Remitió concepto sobre la naturaleza de la CREG. Indicó que esas comisiones de regulación son unidades administrativas especiales (UAE), que no cuentan con personería jurídica porque están adscritas a algún ministerio, tienen autonomía financiera, técnica y administrativa, y cumplen propósitos específicos de cada cartera.

Las comisiones tienen entre sus funciones fijar el régimen tarifario aplicable a cada sector con el propósito de prestar eficientemente el servicio, en las mejores condiciones de calidad o precio y prevenir que las empresas actúen como monopolios u oligopolios.

Tienen la función de regular, es decir, expedir normas y conceptos que someten la conducta de las personas que prestan el servicio público domiciliario. También se encargan de la recuperación de costos para cada año, sin excluir, las funciones propias que se establecen en la Ley 143 de 1994.

La regulación de los servicios públicos domiciliarios es una forma de intervención estatal en la economía para corregir errores de un mercado imperfecto y para delimitar el ejercicio de la libertad de empresa. Con lo anterior se logra una eficiente prestación de servicios, sin que esta función implique que existan “competencias legislativas”. Dichas atribuciones (expedir conceptos y resoluciones) se deben ejercer de acuerdo con la ley y las directrices del gobierno a través de los ministros.

Invitado

Argumentos

CREG24

Exequibilidad. La CREG es una entidad que hace parte de la rama ejecutiva del poder público en el orden nacional. Está integrada por los ministros de Minas y Energía y Hacienda y Crédito Público, el director del Departamento Nacional de Planeación y expertos comisionados de dedicación exclusiva. Estos últimos son empleos de período. El legislador dispone de un amplio margen para configurar el papel institucional de los órganos de regulación que cree para regular los servicios públicos. Con fundamento en dichas competencias y fines constitucionales, el legislador dotó a las comisiones de regulación de unas características para garantizar su independencia técnica: (i) conformación como cuerpo colegiado, (ii) conformación con expertos sectoriales de dedicación exclusiva, (iii) designación de expertos por períodos fijos, reelegibles y no sujetos a la carrera administrativa, (iv) fuente de financiación propia. Esos rasgos de independencia buscan que las decisiones se basen en criterios técnicos de largo plazo y que a su vez incorporen la política pública del gobierno, para lo cual varios de sus agentes tienen asiento en la CREG. Por otro lado, la regulación del empleo público está sometida a reserva legal. Esto incluye la duración del servicio. La Constitución no prohíbe que las agencias del Estado tengan una composición mixta entre agentes del presidente y otros funcionarios de período, para asegurar el cumplimiento de los fines de esas entidades. La modificación del régimen del empleo de estos funcionarios altera la estructura que el legislador diseñó para garantizar la

independencia y que la toma de decisiones en la CREG atienda al interés general y la prestación eficiente del servicio. La adscripción de la CREG al Ministerio de Minas y Energía corresponde a la orientación y coordinación con las políticas de este sector y no a una subordinación jerárquica individual de los expertos comisionados al presidente. Por todo lo anterior, los comisionados expertos no tienen el carácter de agentes del gobierno.

Amílcar David Acosta Medina25

Exequibilidad. Consideró que la regulación en la prestación de los servicios públicos está reservada al Estado, pues es suya la responsabilidad de que estos sean suministrados con eficiencia, calidad, continuidad y solidaridad, de acuerdo con lo establecido en la Constitución Política.

La competencia de la determinación y modificación de la metodología para el cálculo de la tarifa que debe pagar al usuario es una función privativa de la CREG, de conformidad con el inciso 3º del artículo 357 de la Constitución Política. Por esta razón, se infiere que cuando la CREG ejerce esa función, “lo hace a motu proprio y no por delegación presidencial”. En consecuencia, estimó que no le es posible asumir al primer mandatario de la Nación funciones que no le han sido conferidas expresamente por el ordenamiento jurídico.

Afirmó que quienes integran la CREG en calidad de comisionados expertos no tienen el carácter de agentes del gobierno y tampoco le deben subordinación a la Presidencia de la República. Por lo tanto, no podrían ser servidores públicos de libre nombramiento y remoción.

Por último, manifestó la importancia de la autonomía y la independencia de la CREG y que debe estar conformada por un cuerpo colegiado de profesionales expertos en el sector, con dedicación exclusiva, periodo fijo y no sujetos a las disposiciones que regulan la carrera

administrativa, lo que ayudaría a garantizar criterios técnicos, objetivos y a largo plazo de las decisiones que tome.

Con relación al periodo expresó que la necesidad de un periodo fijo y la dedicación exclusiva, radica en el deber de asegurar la continuidad de la política pública que se haya definido y que a pesar de que el experto comisionado sea proveído por el Presidente, no puede ser considerado como su agente, en razón a que este debe gozar de independencia para asegurar las acciones que proponga y las decisiones que adopte, pues podrían incurrir en conflicto de intereses por su doble condición de expertos comisionados, mientras fungen como asesores del Ministerio de Minas y Energía.

Asociación Colombiana de Distribuidores de Energía Eléctrica (ASOCODIS)²⁶

Exequibilidad. Expresó que el asunto gira entorno a establecer si los comisionados expertos son o no agentes del presidente de la República. Para este propósito, se debe establecer si las funciones desempeñadas por estos son propias de la entidad reguladora o por el contrario son funciones delegadas por el presidente de la República.

Precisó que, de acuerdo con el artículo 370 superior, el presidente fija las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos. Por otra parte, el Estado tiene la obligación de fijar las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios. Sin embargo, allí no se indicó cual es la entidad estatal específica encargada de la materia, por lo que le encomendó al legislador la tarea de determinar el organismo encargado de la regulación de competencias y responsabilidades relacionadas con la prestación de servicios públicos domiciliarios.

En este sentido, la Ley 143 de 1994 atribuyó funciones a la CREG. Esta ley no contempló la delegación de funciones establecida en el artículo 68 de la Ley 142 de 1994, pues las competencias otorgadas son relacionadas con aspectos técnicos y operativos puntuales, diferentes a la formulación de políticas generales de administración y control de eficiencia de

los servicios públicos a cargo del presidente. No pueden confundirse con las competencias asignadas al presidente según el artículo 370 superior, en razón a que estas las determinó expresamente el legislador en cabeza de la CREG.

Refirió que el periodo fijo otorgado a los comisionados expertos es un elemento que utilizó el legislativo para otorgarle independencia a las Comisiones de Regulación. La Corte ha considerado que el otorgar independencia a las entidades reguladoras de servicios públicos hace parte de la libre configuración legislativa. Además, según la Sentencia C-150 de 2003, los comisionados expertos no son agentes, representantes y tampoco subordinados del presidente de la República.

Señaló que el artículo 2.º del Decreto 1524 de 1994, reconoció expresamente que la CREG ejerce funciones propias otorgadas por el artículo 23 de la Ley 143 de 1994. De otra parte, argumentó que, si bien el presidente de la República delegó a la CREG algunas obligaciones establecidas en el artículo 370 superior, esto no afecta la independencia con la que esta entidad ejerce sus funciones más relevantes y tampoco la competencia del legislador para asignar un periodo fijo a los cargos de comisionados expertos para la ejecución de sus funciones.

Asociación Colombiana de Generadores de Energía Eléctrica (ACOLGEN)²⁷

Exequibilidad. Sostuvo que el artículo 125 de la Constitución estableció una reserva legal en cuanto a la determinación de los periodos y nombramientos de los funcionarios públicos. Agregó que de conformidad con la Sentencia C-195 de 1994, los empleos que son de libre nombramiento y remoción son aquellos empleos que la Constitución establece y que determine la ley. En sentido similar, mencionó una providencia del Consejo de Estado en la que se indicó que la función que le ha dado la Constitución al presidente de la República es la de expedir lineamientos y políticas públicas en materia de servicios públicos en lo concerniente a la inspección y vigilancia, mientras que la ley misma le otorgó la facultad de regulación en temas tarifarios a la CREG y los consideró como actividades intrínsecamente diferentes y de reserva legal.

Estimó que no hay ninguna incompatibilidad entre el artículo 21 de la Ley 143 de 1994, literal d) con el artículo 189.13 superior, en la medida en que las funciones asignadas por la Constitución son diferentes. La CREG no debe estar bajo las órdenes del presidente de la República, sino que debe expedir regulación técnica que asegure un funcionamiento del mercado energético eficiente, así como un régimen tarifario justo para todos los colombianos.

Comisión de Regulación de Comunicaciones²⁸

Exequibilidad. Mencionó los orígenes de las Comisiones de Regulación en diferentes partes del mundo y enfatizó en que estas siempre han gozado de independencia, pues es un rasgo característico esencial de estas entidades.

Luego, explicó que la figura de la Comisión de Regulación se dio con la entrada en vigor de la Constitución de 1991. Esta estableció de manera sistemática e integral que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado y el artículo 365 superior determinó que este debe asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

En desarrollo de esta premisa constitucional, el legislativo creó la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones - CRT, la Comisión de Regulación Energética - CRE y la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento. Posteriormente, con la expedición de la Ley 142 de 1994 se adoptó el régimen de los servicios públicos domiciliarios, se realizó un cambio sustancial a la configuración legal de las Comisiones de Regulación, en tanto: "i) entendió, en su artículo 68, que las funciones regulatorias previstas en la Ley correspondían a la fijación de políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios que le encomienda el artículo 370 de la Constitución Política; ii) dispuso que el Presidente señalaría tales políticas por medio de las comisiones de regulación, si decidía delegarlas, y iii) aunque mantuvo la naturaleza jurídica de unidades administrativas

especiales sin personería jurídica, les reconoció autonomía administrativa, patrimonial y técnica”.

Aclaró que el esquema de ejercicio de funciones por delegación no era absoluto, pues el artículo 74 de la Ley 142 de 1994 atribuyó competencias regulatorias a las tres Comisiones de Regulación. En igual sentido, lo realizó con la CREG en los artículos 7, 8, 11, 18, 19, 23, 25, 29, 36, 41, 42, 44, 45, 46, 47, 54, 57 y 71 de la Ley 143 de 1994. Así las cosas, ambas leyes sostuvieron la lógica de que, aunque los expertos comisionados fuesen designados por el presidente, no son sus representantes, sino que ejercen sus funciones de conformidad con la ley y con base en el nivel de experticia por el cual fueron nombrados. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional y contenciosa administrativa, el legislador cuenta con un amplio margen de configuración legislativa que le permite atribuir directamente funciones regulatorias a las comisiones de regulación de servicios públicos.

Sostuvo que conforme el texto superior, el gobierno tiene la facultad de nombrar y remover libremente a sus agentes. Sin embargo, en el marco de la configuración legislativa que tiene el Congreso, adoptó una arquitectura institucional donde algunos cargos que deben ser nombrados por el presidente, no sean de su libre remoción, por ser cargos de periodo fijo.

En línea con lo anterior, expuso que la Constitución no dispone en ninguno de sus apartes que un funcionario se convierta en agente del presidente por el solo hecho de que este, por disposición legal, deba nombrarlo. Por tal motivo consideró que la demanda confunde la naturaleza del libre nombramiento con la de los cargos en los que se aplica la condición de ser agente del presidente, cuando en realidad, la ley establece cargos cuyo nombramiento corresponde al presidente de la República, sin que el funcionario quien lo ocupa tenga la obligación de ejercer sus funciones en representación del Ejecutivo o como un agente de este.

Exequibilidad. Señaló que permitir que el presidente de la República pueda remover los

expertos comisionados en la misma forma en la que retira del cargo a servidores públicos de libre nombramiento y remoción, sería también desconocer el régimen de los servicios públicos que estableció el legislador. Lo anterior, pues la naturaleza de la Comisión es la de una unidad administrativa especial sin personería jurídica, que hace parte del sector central de la rama ejecutiva. Sin embargo, en el caso de los comisionados de dedicación exclusiva, su retiro sólo procede de acuerdo con lo aplicable para cargos de periodo, es decir, porque sobreviene una inhabilidad, por renuncia, por destitución como consecuencia de un proceso disciplinario y, ordinariamente, por el vencimiento del periodo para el cual fueron nombrados. Por consiguiente, su retiro no obedecería a la facultad discrecional de su nominador.

Estimó que, por la esencialidad de los servicios públicos, es necesario que la autoridad de regulación cuente con el grado de independencia necesario para asegurar las tarifas y que estas no se conviertan en deseos de cada gobierno, sino que obedezcan a análisis técnicos propios del mercado, sin intereses particulares o políticos.

Con base en lo expuesto, la Sentencia C-150 de 2003 afirmó que, con miras a garantizar la imparcialidad y neutralidad, y en ejercicio de la potestad de configuración legislativa de las comisiones de regulación, estas deben tratarse de órganos colegiados, con carácter técnico especializado, contar con independencia patrimonial, sus miembros deben tener un periodo fijo y deben estar sujetos a un régimen de conflicto de intereses, compatibilidades e inhabilidades. Lo que no implica, según el interviniente, que el ejecutivo no tenga posibilidad de influir en sus decisiones, pues cuenta con otros miembros en las comisiones de regulación como los ministros del ramo, el director de planeación, entre otros, lo que propicia al equilibrio de opiniones entre lo político y lo técnico.

Julián Daniel López Murcia30

Manifestó que sería contrario a la naturaleza de la CREG determinar a los comisionados expertos como agentes del presidente, pues esto limitaría su independencia. Además, este cargo dejaría de ser de carácter técnico para convertirse en político. De igual manera, afirmó que las comisiones de regulación son órganos colegiados de carácter técnico, especializado e

independiente. Esto se evidencia en los requisitos exigidos para ocupar los cargos en mención, por lo que, al determinar que los comisionados expertos son agentes del presidente, la CREG perdería la naturaleza independiente que ostenta.

Argumentó que de la interpretación del artículo demandado se extraen tres tipos de requisitos, según el Consejo de Estado, que son: (i) preparación académica; (ii) experiencia técnica en el sector energético y (iii) desempeño en cargos de responsabilidad, refiriéndose en detalle a la forma de acreditarlos.

Academia Colombiana de Jurisprudencia³¹

Exequibilidad. Afirmó que las comisiones de regulación (CREG y CRA) fueron creadas como unidades administrativas especiales, con independencia administrativa, técnica y patrimonial, adscritas al ministerio, pero sin personería jurídica. Con base en esta última característica, son dependencias del sector central de la rama ejecutiva del poder público de orden nacional.

Expuso que, de conformidad con la jurisprudencia de esta corporación, las Comisiones solo tienen facultades técnicas y operativas de acuerdo con lo establecido en la Constitución, la ley y en aquella reglamentación que expida el presidente, mediante actos de intervención en la economía del país, de acuerdo con el artículo 334 de la Constitución.

Debido a su naturaleza, el presidente de la República tiene la competencia para nombrar a los expertos previa acreditación de los requisitos propios del cargo, lo que deriva en que la relación entre el mandatario y los expertos sea la de nominador. Estimó que los seis expertos son agentes del presidente en los términos del artículo 189.13 de la Constitución. El presidente tiene la facultad, de conformidad con el artículo 68 de la Ley 142 de 1994, de delegar la competencia del artículo 370 superior en cabeza de las Comisiones de Regulación. Sostiene que, si bien es discrecional, hay una voluntad del presidente de activar ese principio organizacional, con la delegación de sus facultades, pero no la competencia de acuerdo con

el artículo 211 de la Constitución.

Además de la delegación hay otras leyes que comprenden funciones propias, como pasa con las facultades previstas por el artículo 23 de la Ley 143 de 1994, lo que permitiría inferir que cuentan con una independencia relativa, por lo cual deben procurar la mayor coherencia entre las políticas del presidente y la concepción técnica que reclama el sector.

Directamente relacionado al cargo en discusión, manifestó que para atacar el argumento del demandante sobre que no había norma constitucional que facultara al legislador a establecer los períodos de los integrantes de las comisiones, el artículo 365 constitucional había sometido a un régimen jurídico especial a los servicios públicos, que correspondía al Congreso de la República con una cláusula de reserva de ley que amparaba esa libertad de configuración, por lo cual fue a través del artículo 44 de la ley 2099 de 2021 que los expertos desempeñarían sus cargos durante un periodo fijo. Esto determina que en la Constitución no hay competencias absolutas, el presidente debe ejercer la función nominadora con estricta sujeción a la normativa rectora que lo habilita, lo orienta y lo limita, sin ser estas competencias opuestas. Por el contrario, son necesarias para que el ejercicio de todos los integrantes de la CREG procure la mayor coherencia entre la legislación, las políticas del gobierno y la concepción técnica que reclama el sector.

Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios³²

Exequibilidad. Indicó que, de acuerdo con los artículos 365 y 370 de la Constitución, el Estado tiene el deber de definir las políticas públicas en materia de servicios públicos domiciliarios y la competencia de regular estos asuntos se encuentra en cabeza del ejecutivo. Es así como el presidente tiene la obligación constitucional de regular lo concerniente a los servicios públicos domiciliarios. Sin embargo, esta autoridad puede delegar tales obligaciones en atención a lo contemplado en el artículo 189 del texto superior. Lo anterior se materializa con la expedición de la Ley 142 de 1994, en especial, lo contemplado en el artículo 68 de la normativa. Sin embargo, estas funciones pueden ser reasumidas por el ejecutivo en el momento que lo considere.

Posteriormente, realizó una exposición del marco constitucional y normativo de las facultades del presidente y la delegación de funciones relacionada con los servicios públicos domiciliarios a las Comisiones de Regulación de Servicios Públicos. Así como respecto de la normativa que creó la CREG, la reglamentación que la rige y su composición.

Expuso que los comisionados de la CREG no son considerados como agentes del presidente de la República, en razón a que los mismos son nombrados por períodos fijos de cuatro años. Esto desdibuja la facultad discrecional del presidente para retirarlos del cargo, en razón a que estos solo pueden ser apartados del cargo en los siguientes casos: "(i) por vencimiento del periodo para el cual fue nombrado; (ii) por destitución como consecuencia de un proceso disciplinario; (iii) porque le sobrevenga una inhabilidad; (iv) por decisión judicial; (v) por renuncia; (vi) por revocatoria en su nombramiento en caso de no cumplir con el perfil y los requisitos para el ejercicio del cargo; o (vii) por el cumplimiento de los requisitos establecidos para tener derecho a la pensión una vez notificada la inclusión en nómina"33.

Comisión Colombiana de Juristas³⁴

Inhibición o exequibilidad. En primer lugar, estimó que la demanda no estructuró adecuadamente la acusación por carencia de certeza y solicitó declarar un fallo inhibitorio. La demanda no advirtió las características especiales del cargo de experto en la CREG, ni su regulación, al estimar que las apreciaciones sobre la norma acusada no correspondían a la realidad jurídica, y desconocer el artículo 44 de la ley 2099 de 2021, pues asumió que los expertos eran agentes del presidente de la República y que por ello su elección se adecuaba a los cargos de libre nombramiento y remoción.

De forma subsidiaria, argumentó las razones por las cuales se debería declarar la exequibilidad. Sostuvo que, si bien por la estructura orgánica de la Comisión podían ser calificados como agentes de la presidencia, el ejercicio de sus funciones exigía labores de carácter sumamente técnico que exigían un grado de independencia en la toma de

decisiones y de estabilidad en el cargo. Con el fin de dar autonomía técnica a la CREG, el legislador tuvo en cuenta un periodo de permanencia de cuatro años de algunos de sus miembros en concreto para adelantar sus funciones, sin tener la presión de una posible remoción en cualquier momento posterior a su nombramiento. Esto en ejercicio de la potestad de configuración entregada por la Constitución, al consagrar la estabilidad en el cargo como estrategia para garantizar el ejercicio de la función administrativa y, por consiguiente, los principios de eficiencia en la prestación de los servicios públicos.

Concluyó en que si bien la ley faculta al presidente para elegir de forma libre a los expertos de la CREG, esta no era una razón suficiente para afirmar que se trata de cargos de libre nombramiento y remoción, pues los cargos de la comisión recibieron un tratamiento legislativo especial que atiende a la naturaleza de las funciones que desempeñan.

Universidad del Norte35

Exequibilidad. Manifestó que la CREG es una unidad administrativa especial sin personalidad jurídica y forma parte integral de la estructura central de la rama ejecutiva. El cargo de experto comisionado no se designa mediante procesos de selección competitivos o a través de otras autoridades o corporaciones, sino que dicha designación está en cabeza del presidente de la República. Sin embargo, los expertos comisionados no son considerados agentes directos del presidente, en razón a que su nombramiento es realizado por periodos fijos de cuatro años. La determinación legislativa de este periodo fijo eliminó la posibilidad que el presidente destituya a discrecionalidad a los comisionados, durante el curso de su mandato.

Expuso que los comisionados pueden ser apartados del cargo por los siguientes motivos: (i) finalización del periodo para el que fueron nombrados; (ii) destitución derivada de una sanción disciplinaria; (iii) aparición de inhabilidades; (iv) renuncia; (v) no cumplir con los requisitos y perfil requeridos; (vi) resolución judicial y (vii) cumplir los requisitos para la obtención de la pensión de vejez.

Sostuvo que, de acuerdo con la libertad de configuración legislativa otorgada al legislador en la Constitución, este no tiene restricciones para determinar la naturaleza de los empleos (libre nombramiento y remoción, de periodo o carrera) en las agencias estatales. Además, tampoco existe una prohibición legal para que en estas entidades concurran empleos de diferente naturaleza.

Expresó que, pese a que la norma establece que los expertos comisionados de la CREG son designados por el presidente, estos no tienen la condición de sus agentes directos, pues al determinar la naturaleza del cargo como de periodo fijo, garantiza su independencia para cumplir con los objetivos de la entidad a la que pertenecen. Adicionalmente, argumentó que la norma garantiza la independencia entre la CREG y el poder ejecutivo en la toma de decisiones.

VII. CONCEPTO DE LA PROCURADORA GENERAL DE LA NACIÓN

1. La procuradora general de la Nación solicitó a la Corte que declare la exequibilidad de la norma acusada. Sostuvo que la Asamblea Nacional Constituyente consideró pertinente limitar las potestades del presidente de la República para la libre nominación y remoción de sus agentes gubernamentales³⁶. Es decir, dicha potestad no cobija a representantes administrativos y de Estado³⁷. Por esa razón el artículo 189.13 de la Constitución establece que “el Gobierno tiene la facultad de nombrar y remover libremente a sus agentes”.

1. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional³⁸, el gobierno está conformado por el presidente de la República, los ministros del despacho y los directores de departamentos administrativos, el cual tiene a cargo la dirección y orientación de la administración pública. Las funciones simplemente ejecutivas o administrativas no son funciones gubernamentales

porque carecen de esa naturaleza directiva frente a la conducción del país.

1. Los expertos que integran la CREG no son agentes del gobierno. Si bien son nominados por el presidente y a estos se les puede delegar la función de “señalar, con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios”, esta atribución (i) es administrativa y (ii) es ejercida en forma independiente y técnica, sin subordinación. La Sentencia C-272 de 1998 explicó que la atribución contenida en el artículo 370 de la Constitución es una función típicamente administrativa y cuando el presidente la ejerce actúa como jefe de la administración. Este carácter se extiende a sus delegatarios. Asimismo, la Sentencia C-150 de 2003 advirtió que el período fijo de los comisionados busca preservar su independencia y hace menos probable que sus decisiones se condicione por el gobierno de turno. Por ende, los comisionados no son servidores de libre nombramiento y remoción en los términos del artículo 189.13 de la Carta. En ese sentido, el legislador puede disponer que tengan un período fijo de cuatro años.

VIII. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. En virtud de lo dispuesto en el artículo 241.4 de la Constitución Política, la Corte Constitucional es competente para conocer de esta demanda, pues se trata de una acusación de inconstitucionalidad contra los apartados contenidos en un precepto que forma parte de una ley de la República.

Análisis sobre la aptitud del cargo

1. La Comisión Colombiana de Juristas sostuvo que el demandante no estructuró

adecuadamente la acusación y, por lo tanto, la Corte debería inhibirse de resolver de fondo el asunto³⁹. En particular, consideró que la censura carece de certeza porque el demandante incurre en el yerro de concluir que los expertos comisionados de la CREG corresponden a cargos de libre nombramiento, sin que este carácter se deduzca del contenido de la disposición demandada. Por el contrario, a partir del establecimiento de un período fijo para esos cargos se descarta que sean de libre nombramiento y remoción. Afirmó que de la lectura de la norma acusada no se puede concluir que estos expertos comisionados sean agentes de la presidencia de la República y que, aunque están subordinados al presidente, desarrollan “funciones técnicas que exigen garantías de estabilidad en el ejercicio de sus labores”⁴⁰. Por lo anterior, concluyó que la demanda se estructuró “a partir de apreciaciones del demandante que no responden a la realidad jurídica y que desconocen la literalidad de todo el artículo 44 de la ley 2099 de 2021”⁴¹.

1. La Sala constata que la interveniente asumió la carga mínima argumentativa para solicitar la inhibición por parte de la corporación y es procedente su análisis⁴². La Corte considera que, contrario a lo expuesto por la interveniente, el demandante cumplió con los presupuestos de aptitud del cargo, lo que permite estudiar de fondo la censura. En particular, esta reúne el requisito de certeza porque cuestiona una interpretación plausible a partir de la cual los expertos comisionados de la CREG son agentes del gobierno. En este sentido, la Sala evidencia que hubo un esfuerzo argumentativo en la demanda y su corrección por demostrar ese carácter de los expertos comisionados de la entidad, que descarta que se trate de una simple apreciación subjetiva del demandante.

1. Al respecto, el actor expuso que la CREG se encuentra subordinada al presidente de la República y, dada su relación jerárquica, la Constitución le otorga al primer mandatario la facultad de remover libremente a los expertos comisionados que la integran⁴³. Además, refirió una decisión del Consejo de Estado⁴⁴ para sustentar que la regulación de los servicios públicos es una función administrativa que, por consiguiente, es ejercida por la CREG bajo la subordinación del presidente como suprema autoridad administrativa⁴⁵. Asimismo, explicó que las comisiones de regulación como la CREG son unidades administrativas especiales

adscritas a un respectivo ministerio y hacen parte del sector central de la administración⁴⁶. Al ejercer funciones de regulación y control de calidad sobre los servicios públicos, que también le competen al presidente de la República, se requiere que los expertos comisionados sean de su confianza⁴⁷.

1. Los argumentos descritos en la demanda sustentan una postura argumental en cuanto que los expertos comisionados de la CREG son agentes del gobierno. De ese modo, la fijación de un período de cuatro años para esos cargos contenida en la disposición acusada podría contrariar el artículo 189.13 superior que prevé la atribución presidencial de remover libremente a los agentes gubernamentales. En ese sentido, el demandante no cuestiona la constitucionalidad de una apreciación subjetiva suya en torno a la norma demandada, sino que ataca una proposición jurídica real y existente. Por otro lado, el argumento de la interviniente relativo a la naturaleza del cargo de experto comisionado de la CREG justamente corresponde con el asunto de fondo que debe resolver la Corte. En consecuencia, como la censura es cierta, contrario a lo planteado por la Comisión Colombiana de Jurista, la Sala procederá a emitir un pronunciamiento de mérito sobre el cargo propuesto.

Planteamiento del problema jurídico y metodología de solución

1. El problema jurídico que debe resolver la Corte es el siguiente: ¿el apartado acusado del literal d) del artículo 44 de la Ley 2099 de 2021, que modificó el artículo 21 de la Ley 143 de 1994, y que establece que los comisionados expertos de la CREG serán designados por el presidente de la República para períodos de cuatro años desconoce la facultad de dicho funcionario de remover libremente a los agentes del gobierno establecida en el artículo 189.13 superior?

1. De acuerdo con los argumentos esbozados por el demandante, las distintas intervenciones en el proceso y el concepto de la procuradora general de la Nación, para resolver el problema

enunciado la Corte desarrollará los siguientes asuntos: describirá la potestad de configuración legislativa para (i) regular el empleo público, (ii) determinar la estructura de la administración nacional, en general, y las comisiones de regulación, en particular, y (iii) regular los servicios públicos domiciliarios. Además, (iv) expondrá las características y el carácter independiente de la CREG; y (v) desarrollará la interpretación y el alcance del concepto de agentes del gobierno. Con fundamento en estas consideraciones, (vi) analizará la constitucionalidad de las expresiones demandas.

La potestad de configuración legislativa para regular el empleo público

1. El artículo 125 de la Constitución señala que “[l]os empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley”. Así, la norma constitucional prevé la carrera como norma general y las excepciones expresas a esta. Además, faculta al legislador para que, en uso de su margen de configuración normativa y en el marco de lo dispuesto en el artículo 150.2348 superior, determine otros tipos de empleo público que no deben ser proveídos a través de los sistemas de carrera⁴⁹. Ese margen incluye la configuración de la naturaleza de la vinculación jurídica y permanencia en el empleo de los individuos que hacen parte de la administración del Estado. En concreto, “ninguna previsión constitucional obliga al legislador a homogeneizar el régimen laboral de la administración pública, mediante la sumisión de sus servidores a un mismo tipo de vinculación”⁵⁰ ni a que deba escoger un solo modelo de vinculación laboral de los servidores públicos⁵¹.

1. Esta atribución del legislador está sujeta a límites. Al respecto, la jurisprudencia ha dicho que el órgano legislativo: “está así facultado constitucionalmente para determinar las excepciones a la carrera administrativa, siempre y cuando no altere la naturaleza de las cosas, es decir, mientras no invierta el orden constitucional que establece como regla general la carrera administrativa, ni afecte tampoco la filosofía que inspira este sistema”⁵².

Igualmente, al ejercer esta competencia debe considerar de manera objetiva el papel que juegan los distintos cargos dentro de la estructura del Estado y hacer una evaluación del tipo de funciones a ellos asignadas, para considerar, de esta manera, las que son incompatibles con el sistema de carrera y aquellas que encajan con su finalidad⁵³.

1. Con fundamento en lo anterior, el artículo 19 de la Ley 909 de 2004 concibe el empleo público como “el conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado”. A su turno, esa misma ley resalta en su artículo 1.º que hacen parte de la función pública los empleos de carrera, de libre nombramiento y remoción, de período fijo y temporales. Estos también son referidos en el artículo 5.º de dicha normativa como excepciones a la carrera administrativa, junto con los empleos de elección popular, los de trabajadores oficiales y aquellos cuyas funciones deban ser ejercidas en las comunidades indígenas de acuerdo con la legislación especial.

1. El legislador cuenta, entonces, con la competencia para establecer excepciones a la carrera administrativa en cuanto al acceso de los empleos públicos, lo que incluye determinar aquellos de período fijo. En el ejercicio de esta potestad debe considerar si el tipo de funciones de determinado cargo es compatible o no con el sistema de carrera, como regla general.

El margen de configuración legislativa para determinar la estructura de la administración nacional y las comisiones de regulación

1. Por otra parte, el artículo 150.7 de la Carta reconoce al Congreso la facultad de determinar la estructura de la administración nacional. En desarrollo de esta función, el legislador se encuentra habilitado para fijar las características de los distintos órganos de creación legal, esto es, para establecer, la independencia administrativa, técnica y patrimonial de ciertas

agencias estatales, con o sin personería jurídica, para modificar sus características y aun para suprimirlas. Dado que la Constitución no consagra una enunciación taxativa de los tipos de órganos que pueden ser instituidos en desarrollo de dicha norma, el Congreso tiene la potestad de formular nuevas modalidades de órganos y de renovarlas, con miras a garantizar la eficiencia de la acción estatal y del servicio público⁵⁴.

1. En cumplimiento de esta atribución constitucional, las leyes correspondientes pueden determinar el órgano que hará cumplir el régimen de las regulaciones o el mandato de intervención en el ámbito de los servicios públicos domiciliarios, su campo de acción, sus competencias, los fines que han de orientarlo, así como los instrumentos para alcanzar estos. Al respecto, el amplio margen del legislador incluye la posibilidad de configurar el papel institucional del órgano de regulación que decida crear específicamente para el efecto⁵⁵. En ese sentido, el legislativo confió a las comisiones de regulación la responsabilidad de hacer cumplir el régimen legal de dichos servicios⁵⁶.

1. La Constitución no fijó el grado de autonomía que deben tener las comisiones de regulación creadas por el legislador. En ese sentido, es una potestad de este último determinar el “perfil institucional de los órganos de regulación por él creados, de tal manera que [...] puede dotarlos del grado de independencia que estime necesario dentro del respeto a los límites constitucionales”⁵⁷. Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha indicado que el logro de los fines estatales a los que está sujeta la intervención estatal en los servicios públicos, requiere que los órganos de regulación creados por la ley para este propósito dispongan de instrumentos adecuados a la especificidad de su función⁵⁸.

1. Sobre este aspecto, la Corte ha identificado los principales rasgos de la regulación en los siguientes términos:

“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 una 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”⁵⁹.

1. En este orden de ideas, la independencia de las comisiones de regulación se diferencia de la de otros órganos de regulación, como la junta directiva del Banco de la República, en cuanto esta goza de una autonomía determinada directamente por la Constitución. La propia norma constitucional creó esos órganos constitucionales y definió su estructura institucional básica y sus funciones, de tal modo que estas no pueden ser establecidas por el legislador o

por el gobierno⁶⁰. En cambio, en el caso de los órganos de regulación de creación legal, la Constitución no define su régimen ni precisa su nivel de independencia, por cuanto este será el que el legislador determine.

1. De acuerdo con lo expuesto, esta corporación ha establecido un conjunto de condiciones institucionales que deben cumplir los órganos de regulación para alcanzar los propósitos a los que se dirige la intervención estatal en los servicios públicos domiciliarios. En particular, la Corte ha señalado que la creación de órganos especializados de regulación frente a la prestación de los servicios públicos se justifica en que “esta función sea cumplida por entidades que gozan de independencia respecto del gobierno, según el perfil institucional que el legislador determine, para propender por la realización de los principios que establece la Constitución respecto de dichas actividades”⁶¹. Con esta independencia se busca 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 decisarios, 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 correspondiente”⁶².

1. En síntesis, el legislador tiene la atribución para fijar las características de los distintos órganos que constituyan la administración pública. Esto incluye determinar si cuentan con independencia administrativa, técnica y patrimonial, personería jurídica, así como modificar sus características. Igualmente, puede asignar la función estatal de regular e intervenir los servicios públicos domiciliarios a órganos creados especialmente para ello, establecer su perfil institucional y, en particular, dotarlos del grado de independencia que requieran y de los instrumentos adecuados a su función. Precisamente, en ejercicio de esa potestad, el legislativo encargó a las comisiones de regulación la obligación de hacer cumplir el régimen legal de estos servicios. Dicha independencia busca que sus actuaciones no atiendan a motivaciones o factores distintos a las necesidades propias del sector regulado y al interés general, considerando los derechos de los usuarios y que los servicios públicos cumplan

criterios de continuidad, eficiencia y calidad.

La potestad de configuración legislativa para regular los servicios públicos domiciliarios

1. Al legislador le corresponde definir el régimen jurídico para asegurar la eficiente y continua prestación de los servicios públicos domiciliarios. La jurisprudencia constitucional⁶³ ha sustentado esta atribución en los artículos 150.23, 365, 367, 368, 369 y 370 de la Constitución.

1. El ejercicio de esta competencia legislativa tiene una relación estrecha, por un lado, con las normas sustantivas que describen el régimen de los servicios públicos y, por otro, con disposiciones que sustentan el amplio margen de configuración en la materia. Respecto del parámetro sustantivo, existe un detallado marco constitucional que refleja la importancia de dichos servicios como instrumentos para la realización de los fines del Estado Social de Derecho y el logro de la plena vigencia y eficacia de los derechos constitucionales que garantizan una existencia digna⁶⁴. De ese modo, los servicios públicos domiciliarios están ligados al respeto de la dignidad humana, a la prevalencia del interés general y a la solidaridad que debe imperar entre las personas. En virtud del artículo 2.º, constituye un fin esencial del Estado promover la prosperidad y garantizar los derechos y principios consagrados en la Constitución, que incluye el acceso a los servicios públicos. A su turno, el acceso a los servicios públicos domiciliarios de todas las personas materializa el principio de igualdad material consagrado en el artículo 13 de la Carta.

1. De la misma manera, forman parte del marco constitucional de los servicios públicos domiciliarios los mandatos previstos en el régimen económico y de la hacienda pública (artículos 333 y 334 superiores). Estas disposiciones no solo reconocen los derechos a la libertad económica, libertad de empresa, libre competencia económica y libre iniciativa privada, sino que le atribuyen al Estado la potestad de intervenir en su ejercicio, entre otras,

para “asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos”⁶⁵. También lo integran las normas relativas a las competencias de las entidades territoriales en materia de servicios públicos (artículos 106, 289, 302, 311 y 319 de la Constitución), las disposiciones del Título XII, capítulo 5 de la Constitución, que definen “la Finalidad Social del Estado y de los Servicios Públicos” (artículos 365 a 370 superiores) y, por último, las normas que le atribuyen al presidente de la República la potestad de ejercer la inspección y vigilancia de los servicios públicos (artículo 189.22), así como el “señalamiento de las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios” (artículo 370). En concreto, el artículo 365 de la Constitución dispone que el Estado mantiene la regulación, el control y la vigilancia de los servicios públicos.

1. A partir del ordenamiento constitucional brevemente descrito, estos servicios tienen las siguientes características⁶⁶: (i) efectivizan otros derechos; (ii) son inherentes a la finalidad social del Estado; (iii) tienen vocación de universalidad; (iv) pueden ser prestados por el Estado, por las comunidades organizadas, o por los particulares; (v) se encuentran en la esfera de lo público, por cuanto es el Estado el que debe asegurar su prestación eficiente; (vi) se sujetan a un régimen jurídico especial; (vii) su régimen tarifario debe ser congruente con los criterios de costos, solidaridad y redistribución del ingreso; (viii) pueden ser estatizados por razones de soberanía o de interés social, siempre que se indemnice a los particulares afectados; y (ix) su prestación puede ser descentralizada “para corregir los errores de un mercado imperfecto y delimitar el ejercicio de la libertad de empresa, así como para preservar la sana y transparente competencia, con el fin de lograr una mejor prestación de aquéllos”⁶⁷.

1. La regulación e intervención del Estado en los servicios públicos tiene como una de sus finalidades primordiales garantizar su prestación y el acceso a ellos de todos los habitantes del país. A partir de lo anterior, la jurisprudencia de este tribunal ha definido los siguientes criterios respecto del deber estatal de asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos⁶⁸: (i) universalidad, que se traduce en garantizar el acceso igualitario a los servicios

públicos a todas las personas que habitan el país; (ii) eficiencia, entendida como la optimización de su consumo para lograr unos niveles determinados de confort y de servicio, es decir, lograr servicios que satisfagan las necesidades reales de los usuarios; (iii) eficacia, la cual implica alcanzar los objetivos del sistema de servicios públicos mediante un uso óptimo de todos los recursos que se requieren para su adecuada prestación; (iv) calidad, que supone garantizar servicios públicos que cumplan con unos estándares mínimos establecidos por la autoridad competente, y (v) ampliación de cobertura, lo cual conlleva a elevar el número de personas que tienen acceso a los servicios públicos, con miras a lograr un sistema universal.

1. Además del conjunto de preceptos sustantivos descritos, la Constitución refiere el margen de configuración legislativa en materia de servicios públicos. En particular, el artículo 150.23 superior determina que al legislador le corresponde expedir la norma que regirá la prestación de los servicios públicos. Asimismo, el artículo 367 señala que la “ley fijará las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación, y el régimen tarifario que tendrá en cuenta además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos”. Además, determinará las entidades competentes para fijar las tarifas. Con base en estas disposiciones, la jurisprudencia constitucional ha establecido que existe un amplio margen de configuración legislativa para determinar las estructuras responsables de hacer cumplir las políticas trazadas por el legislador en materia de servicios públicos⁶⁹. Esto en consonancia con la atribución ya descrita de crear los órganos de la administración nacional.

1. El alcance de la amplia libertad de configuración del legislador para regular servicios públicos tiene como límite varios deberes constitucionales. Entre estos se encuentran: (i) asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional (artículo 365); (ii) dar solución a las necesidades básicas insatisfechas de saneamiento ambiental y de agua potable (artículo 366); (iii) garantizar la universalidad de la cobertura y la calidad en la prestación de los servicios públicos domiciliarios (artículos 365 y 367), y (iv) garantizar los derechos y deberes de los usuarios (artículo 369)⁷⁰. Estos criterios constitucionales

evidencian que, si bien el ejercicio de la potestad de configuración legislativa en materia de servicios públicos es amplio (se extiende a todos los aspectos de su prestación, vigilancia y control), no es ilimitado porque el ejercicio de dicha competencia debe estar encaminado y orientado a la realización efectiva de los fines, principios y deberes constitucionales que le sirven de fundamento⁷¹. Así, el Congreso debe observar los principios constitucionales de eficiencia, universalidad y solidaridad, entre otros.

1. En resumen, el legislador cuenta con un amplio margen para definir el régimen de los servicios públicos domiciliarios. Sin embargo, esta competencia está sujeta a unos parámetros sustantivos establecidos por la Constitución. En particular, la regulación e intervención del Estado en los servicios públicos tiene la finalidad principal de garantizar su prestación y el acceso a ellos de todos los habitantes del país bajo criterios de universalidad, eficiencia, eficacia, calidad y ampliación de cobertura.

Las características y la garantía de independencia de la CREG

1. Como se explicó en la sección anterior, el legislador cuenta con un amplio margen para establecer el régimen en materia de servicios públicos, crear los órganos encargados de ejercer la regulación en ese ámbito y establecer los atributos de estas entidades, con el grado de independencia que estime necesario. Precisamente mediante la expedición de la Ley 142 de 1994 se estableció el régimen jurídico integral para la oferta y prestación de los servicios públicos domiciliarios⁷².

1. El artículo 69.2 de la Ley 142 de 1994 creó la CREG como una unidad administrativa especial, con independencia administrativa, técnica y patrimonial⁷³. Además, estableció que hace parte del sector central de la rama ejecutiva del poder público. Lo anterior, de conformidad con el artículo 38 de la Ley 489 de 1998⁷⁴, por cuanto el artículo 1.º del Decreto 1260 de 2013 señala que la entidad carece de personería jurídica⁷⁵. Asimismo,

dicha normativa adscribió la CREG al Ministerio de Minas y Energía.

1. En cuanto a la conformación de la CREG, el artículo 21 de la Ley 143 de 1994, modificado por el artículo 44 de la Ley 2099 de 2021, determinó la composición de la CREG, así: los ministros de Minas y Energía y Hacienda y Crédito Público, el director del Departamento Nacional de Planeación y seis expertos comisionados designados por el presidente de la República. El superintendente de servicios públicos asiste con voz, pero sin voto. La Corte ha explicado que esta combinación permite un adecuado equilibrio entre las posiciones de sus integrantes, para que estas se ponderen desde varias perspectivas, que sus miembros se controlen mutuamente y que el número plural de personas responsables de la toma de decisiones dificulte que se ejerzan presiones⁷⁸.

1. En relación con el carácter técnico de la CREG, se destaca que el artículo 3.^º de la Ley 142 de 1994 señala que la regulación debe adoptarse de acuerdo con la “fijación de metas de eficiencia, cobertura y calidad, evaluación de las mismas, y definición del régimen tarifario” y la “[o]rganización de sistemas de información, capacitación y asistencia técnica”. Además, los artículos 73.3 y 73.4 de la normativa referida prescriben que corresponde a estas comisiones “[d]efinir los criterios de eficiencia y desarrollar indicadores y modelos para evaluar la gestión financiera, técnica y administrativa de las empresas de servicios públicos y solicitar las evaluaciones que considere necesarias para el ejercicio de sus funciones” y “[f]ijar las normas de calidad a las que deben ceñirse las empresas de servicios públicos en la prestación del servicio”. La sujeción de las decisiones de las comisiones de regulación de servicios públicos domiciliarios a criterios técnicos busca que la actuación de aquellas se funde en “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”⁷⁹.

1. Respecto del establecimiento de un período fijo para los comisionados, la Corte ha dicho que esta característica pretende preservar su independencia al hacer “menos probable que sus decisiones se encuentren condicionadas por presiones de parte del gobierno de turno”⁸⁰. Lo anterior, sin perjuicio de que estos cargos sean designados por el presidente de la República, pues no son de libre remoción⁸¹. En este punto, el carácter de aquellos es similar a otros cargos de período fijo designados por el presidente de la República, como es el caso de determinados miembros de la junta directiva del Banco de la República⁸². El empleo de período supone un tiempo para su ejercicio, sin que pueda ser despojado su titular del término fijado por la ley, sino cuando operan causales expresamente fijadas por el ordenamiento jurídico, que normalmente deviene de sanciones judiciales o administrativas⁸³. 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 remoción⁸⁴.

1. Acerca de la independencia patrimonial de la CREG, el artículo 85 de la Ley 142 de 1994 prescribe que “[c]on el fin de recuperar los costos del servicio de regulación que preste cada comisión, y los de control y vigilancia que preste el Superintendente, las entidades sometidas a su regulación, control y vigilancia, estarán sujetas a dos contribuciones, que se liquidarán y pagarán cada año”, según las reglas que esa misma norma define. Así, la normativa mencionada establece un mecanismo de financiación para que las comisiones de regulación “no se encuentren totalmente sujetas a la política presupuestal de acuerdo con las prioridades de gasto de los sucesivos gobiernos y en atención a coyunturas determinadas, sino que gocen de fuentes que les permitan cubrir gastos necesarios para llevar a cabo su misión institucional”⁸⁵.

1. La CREG ejerce múltiples funciones que pueden agruparse según provengan de la delegación del presidente, previa autorización legal, o de la asignación directa por parte de la ley. En cuanto a las primeras, esta corporación ha explicado que, de acuerdo con el artículo 211 superior, a la ley le corresponde definir las funciones presidenciales que son susceptibles de delegación⁸⁶. Dicha posibilidad no se reserva a las funciones que el presidente ejecuta

como suprema autoridad administrativa, como ocurría en el ordenamiento constitucional previo a 1991, sino que puede extenderse a las que ejerce como jefe de Estado y de gobierno, salvo cuando una atribución compromete a tal punto la integridad del Estado y la investidura presidencial que se requiere una actuación directa del presidente⁸⁷. En este sentido, el artículo 370 superior asigna al presidente de la República la competencia de fijar políticas de control y eficiencia de los servicios públicos. Al referirse a esta función, la jurisprudencia constitucional explicó que esta potestad presidencial es ejercida por el primer mandatario como jefe de la administración⁸⁸. Al considerar que dicha función es “típicamente administrativa”, admitió que puede ser delegada en las comisiones de regulación de servicios públicos domiciliarios⁸⁹. Asimismo, consideró que esa delegación guarda correspondencia con el fortalecimiento de los principios de eficacia y celeridad de la administración para la provisión de servicios públicos domiciliarios⁹⁰. Para concretar esa posibilidad, el artículo 68 de la Ley 142 de 1994 prevé que el presidente pueda delegar en la CREG la función presidencial de señalar, de conformidad con la ley, las políticas generales de la administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios de energía eléctrica y gas. En efecto, mediante el Decreto 2253 de 1994, el presidente delegó en la CREG las funciones a las que se refiere el artículo 68 de la Ley 142 de 1994⁹¹. En particular, dispuso que el ejercicio de aquellas debía hacerse “en la forma prevista en esta Ley, en relación con los servicios públicos respectivos”⁹².

1. Además de esa función delegada del presidente, las Leyes 142 y 143 de 1994 asignan directamente a la CREG otro conjunto de facultades. Así, la Sentencia C-066 de 1997 recordó que esas atribuciones asignadas directamente por la ley a las comisiones de regulación “son instrumentos de realización de los intereses públicos consagrados en la Constitución y la ley”. A partir de esta consideración, la referida providencia descartó, por ejemplo, que la potestad de las comisiones de regulación de regular materias contractuales fuera contraria a las competencias presidenciales en materia de servicios públicos domiciliarios. En forma similar, el Consejo de Estado ha descrito que la CREG ejerce en forma simultánea funciones delegadas por el presidente de la República y otras establecidas de manera directa por el legislador⁹³.

1. Por ejemplo, el artículo 73 de la Ley 142 de 1994 señala las funciones y facultades generales de las comisiones en cuanto promover la competencia en la prestación de los servicios públicos, a fin de que las operaciones sean eficientes, no impliquen abuso de la posición dominante y se presten servicios de calidad⁹⁴. A estas funciones, en el caso de la CREG, se suman aquellas especiales establecidas en el artículo 74.1 de la Ley 142 de 1994 que dispone que las comisiones de regulación están encargadas, entre otras, de: (i) regular el ejercicio de las actividades del sector y asegurar la oferta energética eficiente; (ii) propiciar la competencia en el sector y proponer la adopción de medidas necesarias para impedir abusos de posición dominante; (iii) liberar de manera gradual los mercados hacia la libre competencia; (iv) adoptar reglas de comportamiento diferencial, según la posición de las empresas en el mercado; (v) expedir regulaciones específicas para la autogeneración y cogeneración de electricidad y el uso eficiente de esta por parte de los consumidores y (vi) definir los criterios para la fijación de compromisos de ventas garantizadas de energía entre las empresas eléctricas, y entre éstas y los grandes usuarios. A su vez, el artículo 23 de la Ley 143 de 1994 adiciona otras funciones generales relacionadas con asegurar la disponibilidad de una oferta energética eficiente, definir la metodología para el cálculo de las tarifas y aprobarlas, fijar las tarifas de venta de electricidad para los usuarios finales, entre otras⁹⁵.

1. Una de esas funciones directamente atribuidas por la ley a la CREG es la regulación del régimen tarifario. En efecto, las empresas que prestan los servicios públicos domiciliarios de energía y gas pertenecen al régimen de libertad regulada⁹⁶. Por esta razón, tales empresas no definen sus tarifas de manera autónoma, sino que lo hacen a partir de la reglamentación que emite la CREG⁹⁷. En concreto, la Ley 142 de 1994 dispone que las comisiones de regulación son las llamadas a establecer las tarifas, de acuerdo con las previsiones que allí se consagran y con respeto de los principios que la Constitución consagró en la materia⁹⁸. En concordancia con lo descrito, el Consejo de Estado ha explicado que el régimen tarifario de los servicios públicos domiciliarios, así como la facultad de designar a las autoridades competentes para llevar a cabo la función de regulación tarifaria propiamente dicha son materias sometidas a reserva de ley⁹⁹. En ejercicio de esta atribución, las leyes 142 y 143 de 1994 asignaron a las comisiones de regulación ese rol funcional¹⁰⁰.

1. La Sala insiste en que el legislador le confirió directamente a la CREG un conjunto de funciones diferenciadas de aquellas que ejerce con fundamento en la delegación que efectúe el presidente de la República. Ambos grupos de atribuciones las desempeña en el marco de su independencia. La distinción entre funciones propias y delegadas fue corroborada recientemente por el Consejo de Estado al resolver la solicitud de medida cautelar de suspensión provisional de los efectos del Decreto 227 de 2023101. Esta providencia concedió la medida al considerar que la normativa cuyos efectos suspende implicaba que el presidente no asumía las funciones previstas en el artículo 370 superior. Por el contrario, se arrogó atribuciones distintas a estas en materia tarifaria, que la ley directamente ha asignado a la CREG.

1. Como se refirió, la CREG está adscrita al Ministerio de Minas y Energía. No obstante, la relación de adscripción se refiere a la conformación de un sector de la administración y no a una suerte de jerarquía o subordinación. En ese sentido, el artículo 42 de la Ley 489 de 1998 establece que un sector administrativo está integrado por el ministerio o departamento administrativo, las superintendencias y las demás entidades que la ley defina como adscritas o vinculadas a aquellos. Con la adscripción de la CREG al Ministerio de Minas y Energía, el legislador dispuso la integración de ese órgano al sector administrativo que tiene a cargo esa cartera ministerial, puesto que el Constituyente no previó que aquellas fueran agencias independientes a la estructura de la rama ejecutiva.

1. En suma, la creación de la CREG es el resultado del ejercicio por parte del legislador de su amplio margen de configuración para establecer la regulación de los servicios públicos domiciliarios y definir los órganos encargados de implementarla. En ese sentido, le atribuyó independencia administrativa, técnica y patrimonial, lo cual se refuerza con el conjunto de características relacionadas con su composición colegiada, que integra representantes del gobierno y expertos comisionados, su carácter técnico, el establecimiento de un período fijo de los expertos comisionados y una fuente autónoma de recursos. La condición independiente también se ve reforzada en el hecho de que ese atributo enmarca el ejercicio

de las funciones que desempeña la CREG, tanto aquellas competencias propias asignadas directamente por la ley como las amparadas en la delegación que efectúe el presidente en el marco del artículo 370 de la Constitución.

Interpretación y alcance del concepto de agentes del gobierno

1. El artículo 189.13 de la Constitución establece que le corresponde al presidente “[n]ombrar a los presidentes, directores o gerentes de los establecimientos públicos nacionales y a las personas que deban desempeñar empleos nacionales cuya provisión no sea por concurso o no corresponda a otros funcionarios o corporaciones, según la Constitución o la ley. // En todo caso, el Gobierno tiene la facultad de nombrar y remover libremente a sus agentes”. De acuerdo con el Consejo de Estado¹⁰², la referida disposición constitucional consagra dos atribuciones. La primera, se trata de una cláusula general de competencia en cabeza del presidente de la República para nombrar a todas las personas que deban desempeñar empleos nacionales, siempre que esa nominación no corresponda a otras corporaciones y funcionarios. La segunda, una potestad discrecional de nombrar y remover libremente a sus agentes.

1. La facultad presidencial de retirar a sus agentes se predica, en primer lugar, de quienes conforman el gobierno junto con el presidente de la República, de acuerdo con la Constitución. Esto es, los ministros del despacho y los directores de departamentos administrativos¹⁰³. En segundo lugar, los embajadores y los cónsules¹⁰⁴. En cuanto a las normas de rango legal, el artículo 77 de la Ley 489 de 1998 refiere el cargo de director, gerente o presidente de los establecimientos públicos¹⁰⁵. El artículo 91 de esta misma normativa establece que los gerentes o presidentes de las empresas industriales y comerciales del Estado son agentes del presidente de la República, de su libre nombramiento y remoción¹⁰⁶. Es decir, algunas normas constitucionales y legales han consagrado expresamente aquellos empleos públicos que se considera que son ejercidos por agentes del presidente de la República.

1. A juicio del tribunal de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, la facultad descrita en el inciso 2.º del artículo 189.13 de la Constitución se sustenta en que el presidente es el jefe de toda la administración pública nacional, “de suerte que quienes son sus agentes o representantes, deben actuar bajo sus órdenes y orientaciones a fin de asegurar la coherencia de la política pública, el cumplimiento de sus planes y la concreción de su agenda de gobierno”¹⁰⁷.

1. Por su parte, la jurisprudencia constitucional se ha referido a la figura del agente en dos oportunidades. Primero, la Sentencia C-579 de 1996 reiteró que los directores y gerentes de las empresas industriales y comerciales del Estado son agentes del presidente. Segundo, la Sentencia C-599 de 2000 analizó si la calificación de los gerentes o presidentes de las empresas industriales y comerciales del Estado como agentes del presidente de la República violaba el carácter excepcional de que el presidente se encargue de los nombramientos y desconocía la descentralización por servicios. Al respecto, la Corte expuso que el artículo 189.13 superior prevé que en el nivel nacional le corresponde al presidente nombrar a los directores o gerentes de los establecimientos públicos cuya designación no les competa a otras autoridades, lo cual brindó respaldo constitucional a la norma analizada. Aunado a lo anterior, reiteró la Sentencia C-579 de 1996, en el sentido de que dichos cargos tienen el carácter de agentes del presidente. Respaldó esta postura en la necesidad de que el Estado Social de Derecho cuente con los instrumentos adecuados para ejercer una intervención eficaz en la economía, mediante la asunción inmediata de actividades económicas que responda a una política social y económica uniforme, adoptada por el jefe del ejecutivo. Concluyó que la calificación como agentes del presidente para esos cargos no contradice, sino que desarrolla el precepto constitucional¹⁰⁸.

1. Los pronunciamientos señalados, tanto del Consejo de Estado como de esta corporación, muestran que para la interpretación sobre el alcance del concepto de agente se ha acudido a dos criterios. Por un lado, que tengan una relación de dependencia y subordinación, en el que los subalternos deben responder y cumplir las órdenes que emita el presidente como su

superior jerárquico. Por el otro, que deban actuar bajo sus órdenes y orientaciones para asegurar la coherencia de la política pública, el cumplimiento de los planes y la agenda de gobierno.

1. También resulta relevante como antecedente de la actual disposición constitucional el artículo 120.6 de la Constitución Política de 1886. Tal precepto señalaba que le correspondía al presidente de la República, como suprema autoridad administrativa, “[n]ombrar las personas que deban desempeñar cualesquiera empleos nacionales cuya provisión no corresponda a otros funcionarios o corporaciones, según esta Constitución o leyes posteriores. // En todo caso el Presidente tiene facultad de nombrar y remover libremente sus agentes”. En vigencia de la constitución anterior, el artículo 28 del Decreto 1050 de 1968¹⁰⁹ determinó que eran agentes del presidente los directores, gerentes o presidentes de los establecimientos públicos, salvo las universidades, y de las empresas industriales y comerciales del Estado, así como quienes representaban al gobierno en las juntas directivas de los mismos organismos y de las sociedades de economía mixta.

1. Con base en ese parámetro de control, la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 3 de septiembre de 1971, resolvió una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo del Decreto 3175 de 1968 que establecía quiénes hacían parte de la junta directiva del Instituto Nacional de Aprovechamiento de Aguas y Fomento Eléctrico. En particular, señalaba que dos de los miembros eran nombrados por el presidente de la República de listas presentadas por asociaciones gremiales. La Corte Suprema de Justicia declaró exequible la norma analizada con fundamento en que (i) a la ley le corresponde expedir los estatutos básicos de los establecimientos públicos, (ii) esos miembros de la junta directiva del instituto no tienen la calidad de agentes del presidente como sí lo tienen otros integrantes como el ministro de obras públicas, (iii) no son representantes de la Nación que deban ser designados por el presidente, pues ninguna disposición constitucional o legal así lo prevé¹¹⁰.

1. A las pautas destacadas para la interpretación de la figura de agente del presidente, es importante agregar que la Constitución no establece una equivalencia entre que al

presidente le corresponda designar a quienes ocupen determinados cargos y que estos adquieran, por ese motivo, el carácter de sus agentes, en condición de libre remoción. Al respecto, la Sentencia C-386 de 2022 analizó si la limitación para ser nombrado o ascendido en un cargo público a quienes no hubieran pagado las multas impuestas por violación del Código Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana transgredía el derecho fundamental de acceder al ejercicio de funciones y cargos públicos. Para resolver el cargo, esta corporación se refirió a que el nombramiento no solo ocurre en aquellos empleos clasificados como de libre nombramiento y remoción. También se extiende a otro tipo de cargos como los de período fijo, cargos en provisionalidad o los correspondientes a plantas temporales¹¹¹. De hecho, como uno de esos ejemplos, la Sala Plena se refirió al nombramiento de los expertos comisionados de la CREG¹¹². De ese modo, destacó que la facultad nominadora no necesariamente está ligada a la de remover discrecionalmente: “además de los cargos de carrera, la provisión de empleos por el sistema de nombramiento no se reduce a los cargos de libre nombramiento, pues existen casos en los que el empleo se provee por nombramiento, pero no se aplica la facultad discrecional para remover a sus titulares, como los de período fijo, los nombramientos en provisionalidad y los nombramientos en plantas temporales”.

1. En síntesis, el inciso 2.º del artículo 189.13 contiene la facultad presidencial de nombrar y remover libremente a sus agentes. De acuerdo con el criterio expresamente consagrado por la Constitución o la ley, esta calidad se predica de los jefes de los organismos superiores de la rama ejecutiva del orden nacional, como los ministros y los directores de departamento administrativo; los embajadores y los cónsules; el director, gerente o presidente de los establecimientos públicos o de las empresas industriales y comerciales del Estado. Además, de la jurisprudencia constitucional y contenciosa administrativa pueden deducirse los criterios para identificar que un cargo corresponde con la figura de agente del presidente. En concreto, que esa calidad obedezca a una relación de dependencia y subordinación, por la que los subalternos deben responder y cumplir las órdenes que emita su superior y deben actuar bajo sus órdenes y orientaciones para asegurar la coherencia de la política pública, el cumplimiento de los planes y la agenda de gobierno. Asimismo, no es determinante para establecer esa naturaleza la nominación del presidente frente a determinados cargos, pues esta facultad no se limita a cargos de libre nombramiento y remoción, sino que cobija otro

tipo de empleos, en particular, de período fijo.

Análisis de constitucionalidad de las expresiones demandadas

1. La Corte debe examinar si el apartado acusado del literal d) del artículo 44 de la Ley 2099 de 2021, que modificó el artículo 21 de la Ley 143 de 1994, y que establece que los comisionados expertos de la CREG serán designados por el presidente de la República para períodos de cuatro años, desconoce la facultad de este para remover libremente sus agentes, establecida en el artículo 189.13 superior. El análisis a continuación iniciará por una breve descripción del precepto en el que se encuentra el apartado acusado. Luego, expondrá los argumentos a partir de la interpretación y alcance de la figura de agente del presidente.

1. El mencionado artículo 44 introdujo las siguientes modificaciones al artículo 21 de la Ley 143 de 1994, luego de 20 años de vigencia: (i) aumentó de cinco a seis los expertos comisionados de la CREG; (ii) añadió la profesión jurídica entre aquellas admitidas como requisito para acceder a estos cargos; (iii) exigió que su experiencia técnica y preparación sea en el área energética y excluyó los cargos de responsabilidad en entidades públicas o privadas del sector minero como forma de acreditarla; (iv) reconoció que los expertos comisionados serán escogidos libremente por el Presidente de la República, para lo cual propenderá por la formación de un equipo interdisciplinario; y (v) señaló que no se podrá nombrar a más de un abogado en esos cargos. La Sala destaca, entonces, que el período de cuatro años de los expertos comisionados de la CREG no fue modificado por la norma de 2021 y, en este aspecto, se conserva el período inicialmente determinado en la mencionada normativa.

1. A juicio de la Sala Plena, el establecimiento de ese período fijo para los comisionados expertos de la CREG, que son designados por el presidente de la República, no contraviene lo

previsto en el artículo 189.13 superior, en cuanto a la atribución que se le confiere para nombrar y remover en forma libre a sus agentes. Por lo tanto, el cargo formulado por el demandante no está llamado a prosperar.

1. La conclusión descrita se basa en que la facultad prevista en la disposición constitucional presuntamente infringida no cobija a los expertos comisionados de la CREG, pues estos no son agentes del presidente. Esa interpretación y alcance del artículo 189.13, inciso 2.º de la Constitución se sustenta en los criterios acerca de la figura de agente del presidente descritos previamente. A su vez, este parámetro constitucional debe leerse en conjunto con las atribuciones que la Carta asigna al legislador para determinar los empleos públicos, establecer la regulación de los servicios públicos y definir el grado de independencia que ostenta la CREG.

1. Para sustentar lo anterior, en primer lugar, la Sala destaca que el legislador tiene la competencia para establecer que el ingreso y la permanencia en determinados empleos públicos que no correspondan a la regla general de la carrera administrativa. En particular, la ley válidamente puede establecer excepciones que no solo consisten en el establecimiento de cargos de libre nombramiento, sino que incluyen la posibilidad de determinar que ciertos empleos públicos son de período fijo. También comprende la posibilidad de conferirle al presidente de la República la facultad de nombrar cargos específicos. De ese modo, la determinación de que los expertos comisionados de la CREG sean designados por el presidente por períodos de cuatro años encuentra respaldo en esa potestad legislativa en la materia.

1. En segundo lugar, contrario a lo planteado por el demandante, la competencia del presidente para nombrar a los comisionados expertos no conduce necesariamente a sustentar su carácter de agentes presidenciales. Por el contrario, obedece al amplio margen de configuración legislativa para regular el empleo público. Asimismo, como se indicó en consideraciones precedentes, el hecho de la designación a cargo del presidente no determina

la naturaleza de libre nombramiento y remoción que la Constitución apareja respecto de los agentes de aquel. El nombramiento a cargo del presidente puede presentarse en cargos de naturaleza diversa a los de libre nombramiento y remoción y, en particular, frente a los de período fijo.

1. En tercer lugar, debe añadirse que, en ejercicio de esa competencia, el legislador no les asignó expresamente a estos comisionados el carácter de agentes del presidente, como sí lo ha hecho en normativas anteriores respecto de otros cargos como, por ejemplo, los directores y gerentes de las empresas industriales y comerciales del Estado. Tampoco corresponden a aquellos cargos a los que, de acuerdo con los criterios jurisprudenciales, la Constitución les confiere ese carácter. En concreto, no equivalen a los jefes de los organismos superiores de la rama ejecutiva del orden nacional, como los ministros y directores de departamento administrativo, o los embajadores y los cónsules. En ese sentido, ninguna norma superior ha categorizado a los expertos comisionados de la CREG como agentes del presidente de la República.

1. Sumado a lo anterior, a juicio de la Sala, la condición de los expertos comisionados no coincide con los criterios descritos en el fundamento 72 de esta providencia, en cuanto a la caracterización de la figura de agente del presidente. Particularmente, entre el presidente y los expertos comisionados de la CREG no existe una relación de dependencia y subordinación, por la que los primeros deban responder y cumplir las órdenes que emita el presidente como su superior jerárquico. Tampoco se considera que los comisionados deben actuar bajo las órdenes y orientaciones del presidente para asegurar la coherencia de la política pública, el cumplimiento de los planes y la agenda de gobierno.

1. Para sustentar la conclusión anterior es indispensable tomar en consideración lo expuesto en esta providencia sobre el carácter independiente de la CREG que el legislador le confirió en ejercicio de sus competencias constitucionales, así como la relación de esa independencia con atributos como el período fijo de los expertos comisionados. Lo anterior, la Sala insiste,

en ejercicio de su amplio margen de configuración para el efecto. Precisamente, la garantía de esa naturaleza independiente establecida y diseñada por el legislador conforme a su amplio margen de configuración es incompatible con considerar que se quebranta un parámetro constitucional si no se considera que los expertos comisionados de la CREG actúan como agentes del presidente.

1. Al respecto, la Sala recuerda que el legislador tiene la atribución para fijar las características de los distintos órganos que establece. En desarrollo de esta competencia, las Leyes 142 y 143 de 1994 crearon la CREG y la organizaron como una unidad administrativa especial, sin personería jurídica y con independencia administrativa, técnica y patrimonial. Esto corresponde con la facultad legislativa de asignar a tales comisiones de regulación el grado de independencia que considere necesario para el cumplimiento adecuado de sus funciones de regular e intervenir los servicios públicos domiciliarios.

1. La independencia de la CREG cuenta con respaldo constitucional a partir del ejercicio de las competencias del legislador para establecer su mayor o menor grado. Como lo ha advertido la jurisprudencia de este tribunal, el establecimiento de dicha independencia se justifica teleológicamente en que las decisiones que este órgano adopte correspondan únicamente a las necesidades propias del sector regulado, al interés general, a la satisfacción de los derechos de los usuarios y al cumplimiento de criterios de continuidad y calidad en la prestación de los servicios públicos, todo en el marco de las competencias del legislador para tal fin. Para lo anterior, los comisionados expertos de la CREG no deben ser considerados agentes del presidente, lo que garantiza su independencia del gobierno, en armonía con la presencia de comisionados que sí ostenten dicha condición, a juicio ponderado del legislador.

1. La Sala insiste en que la función regulatoria que ejerce la CREG debe hacerse con independencia. El legislador perfiló la misma y estableció que aquella estaba garantizada mediante la fijación de un periodo para los expertos comisionados. Tal aspecto, como lo ha

advertido esta corporación, genera un razonable equilibrio en la CREG debido a su conformación pluralista y a los recíprocos controles que se derivan de la misma. De esta manera, se alcanzan los fines de la Constitución y del legislador de tener una autoridad específicamente creada para regular aspectos relacionados con los servicios públicos domiciliarios, dotada de independencia para fijar y ajustar de manera continua, oportuna y con cierto grado de consistencia temporal, las reglas de juego a las cuales debe sujetarse dicha actividad socioeconómica.

1. Esa independencia la concreta el legislador en características específicas de la CREG, de las cuales el período fijo es una de sus manifestaciones, mas no la única. La Sala Plena reitera que el Congreso de la República goza de amplias atribuciones constitucionales para modificar su perfil institucional y establecer su grado de independencia. Al respecto, la Sentencia C-150 de 2003, precisó lo siguiente:

“el legislador dispone de un amplio margen de configuración respecto del tipo de órganos que puede crear para regular la prestación de los servicios, de las funciones que les puede adscribir o de las que puede autorizar que les sean delegadas, de las características institucionales que les otorgará y, por lo tanto, del ámbito de independencia que les deseé conferir”.

1. En este sentido, considerar que los expertos comisionados de la CREG deban ser agentes del presidente impacta negativamente esos rasgos institucionales de independencia, como se explica a continuación. Primero, la integración plural con integrantes del gobierno, esto es, los ministros de Minas y Energía y Hacienda y Crédito Público y el director del Departamento Nacional de Planeación, a los que se suman los expertos comisionados, incumpliría su propósito de generar un esquema de control mutuo entre sus integrantes y de asegurar un análisis de distintas perspectivas para tomar sus decisiones, tal y como lo diseñó el legislador, si se considerara que los expertos comisionados también actúan como agentes del presidente. En concreto, dicho objetivo es incompatible con la presencia exclusiva de

agentes que respondan a la visión, enfoque y cumplimiento subordinado de la agenda política del gobierno.

1. Segundo, el legislador dotó a la CREG de un carácter técnico determinado por el perfil y los requisitos que deben cumplir los expertos comisionados, la obligación de que las decisiones que adopten en el ejercicio de sus funciones se basen en pautas objetivas, que son el resultado de procesos de deliberación y de la naturaleza de sus funciones relacionadas con establecer criterios técnicos de eficiencia para la prestación del servicio público. Todos estos criterios y pautas técnicas carecerían de la preponderancia que la ley les asigna, si el proceso de decisión pudiera obstaculizarse con la contingencia de un apartamiento discrecional del cargo, en virtud de una supuesta naturaleza de agente presidencial para los comisionados expertos.

1. Tercero, como lo ha indicado la Corte Constitucional¹¹³, la fijación de un período determinado en el cargo de comisionado experto es un factor que desempeña un rol central para la preservación de la independencia de la CREG en el ejercicio de sus funciones técnicas regulatorias. Se insiste en que esa permanencia de los comisionados por períodos preestablecidos hace menos probable que las decisiones de la CREG se encuentren condicionadas por injerencias gubernamentales o de actores del sector y que obedezcan a una perspectiva de largo plazo, que trasciende un gobierno o política en particular. Admitir que estos funcionarios son agentes del presidente y, en consecuencia, de su libre remoción, comprometería el propósito que el legislador pretendía alcanzar, en ejercicio de la competencia constitucional para otorgarle a la comisión el grado de independencia que consideraba requerido.

1. En cuarto lugar, la pertenencia de la CREG al sector de minas y energía no implica que dicho órgano está subordinado a las órdenes y directrices del ministerio. Por una parte, porque como se explicó, la adscripción prevista por la ley se establece sin perjuicio de la independencia administrativa y técnica de esta comisión de regulación. Por otra, el artículo

44 de la Ley 142 de 1994 destaca que el respectivo ministro tiene a su cargo “[l]a orientación del ejercicio de las funciones a cargo de los organismos y entidades que conforman un Sector Administrativo”, pero aclara que esa orientación ocurre sin perjuicio de las potestades de decisión que les corresponde a aquellos entes, de acuerdo con la ley y los actos de creación. En esa medida, el rol de orientación y coordinación sectorial y de política pública del Ministerio de Minas y Energía en relación con la CREG no significa que el ejercicio de las funciones de esta última se desarrolle con prescindencia de la independencia administrativa y técnica que la ley le ha conferido.

1. En quinto lugar, la interpretación de la figura de agente del presidente debe armonizarse con el marco constitucional en materia de servicios públicos y, especialmente, con los objetivos fijados por el constituyente para la regulación de los servicios públicos domiciliarios. En ese sentido, la Corte debe optar por aquella interpretación que propenda porque la CREG conserve los atributos institucionales de independencia que han sido definidos por el legislador y que, a su vez, le permiten cumplir el objetivo de la regulación de los servicios públicos. En particular, la CREG debe ejercer su función regulatoria dirigida a garantizar la prestación y acceso del servicio público de energía a todos los habitantes del país, y satisfacer criterios de universalidad, eficiencia, eficacia, calidad y de ampliación de la cobertura. La realización efectiva de estos fines constitucionales se vería comprometida si la CREG careciera de la independencia necesaria al estimar que el presidente puede remover libremente a los expertos comisionados que la conforman. Tal situación podría generar escenarios de incertidumbre regulatoria que impidan alcanzar los objetivos trazados por el Constituyente en materia de servicios públicos y la garantía de los intereses superiores y los derechos fundamentales que se verían comprometidos.

1. En este sentido, es relevante la relación que existe entre la independencia de los órganos regulatorios y el ejercicio de sus funciones. Por ejemplo, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) ha sostenido que “[l]os arreglos institucionales, incluidos el marco jurídico y las disposiciones de gobernanza, así como una práctica administrativa y política determinada, son condiciones necesarias para la independencia de los

reguladores”¹¹⁴. Esto, a su vez, tiene el objetivo de reducir la posibilidad de conflictos de interés y promover la inversión a largo plazo en sectores fundamentales de la infraestructura, fortalecer la confianza y reducir el riesgo institucional¹¹⁵. En suma, someter la permanencia o remoción de los expertos comisionados de la CREG a la libre discreción del presidente, por considerarlos sus agentes, contraría el propósito constitucional en cuanto que la regulación cumpla con los propósitos que el marco jurídico superior prevé para la intervención estatal en los servicios públicos.

1. Los argumentos expuestos también conducen a que, desde una interpretación gramatical, los expertos comisionados de la CREG no son funcionarios que correspondan con la noción de agente. De acuerdo con ese criterio hermenéutico, por agente se entiende aquella persona que obra con poder de otra para gestionar algo en su nombre¹¹⁸. En esta acepción, agente del gobierno se consideraría quien gestiona algo en nombre de este. Conforme a lo anterior, dicha aproximación interpretativa no sería predictable de los expertos comisionados de la CREG porque desconoce los rasgos de independencia previamente descritos de la CREG y la inexistencia de una relación de subordinación y jerarquía personal entre los comisionados y el presidente de la República.

1. En virtud de todo lo expuesto, la Sala enfatiza el carácter independiente de la CREG y de sus expertos comisionados a partir de lo determinado por el legislador y cómo este atributo, además de las razones atrás expuestas, impide que puedan ser considerados agentes del presidente. El reconocimiento de esta independencia no excluye la existencia de relaciones de coordinación y orientación que son indispensables en la administración nacional. Esas relaciones están configuradas por los siguientes tres elementos. Primero, la adscripción de la CREG al Ministerio de Minas y Energía, que la integra a su sector administrativo y que le asigna a esa cartera ministerial un rol de coordinación sectorial y de política pública. Segundo, la presencia del referido ministerio junto con el titular de la cartera de Hacienda y el director del Departamento Nacional de Planeación en la CREG, que indica la posibilidad de influir y brindar insumos a partir de la política del gobierno para la toma de decisiones, las

cuales serán sometidas a la deliberación y controles recíprocos con los comisionados expertos. Tercero, la sujeción de la actividad de la CREG al marco normativo que incluye la ley, los reglamentos y las políticas generales para la eficiencia y control de los servicios públicos que emita el presidente con fundamento en el artículo 370 de la Constitución.

1. Esto último no supone una obediencia o subordinación de los expertos comisionados o de la CREG al presidente, sino que el ejercicio de las funciones de la comisión debe hacerse de manera coordinada y armónica con el sector administrativo al cual pertenece. En este último caso, la Sala recuerda que el diseño institucional del legislador contempló el nombramiento de dichos comisionados por parte del presidente de la República. Tal arquitectura implica que el nombramiento de los comisionados expertos debe darse oportunamente para materializar los objetivos de política pública del sector que se persiguen con el funcionamiento de dicha comisión, en coordinación con los criterios del gobierno de turno, a efecto de lograr el equilibrio buscado por el legislador, a través de la designación de los comisionados atendiendo los cambios conforme los períodos de gobierno y la movilidad de sus miembros.

1. Por todo lo anterior, las expresiones acusadas no contravienen lo dispuesto en el artículo 189.13 de la Constitución Política. Por el contrario, obedecen al alcance e interpretación de esa norma superior, en consonancia con el marco constitucional de los servicios públicos domiciliarios y con el amplio margen de configuración del legislador para regular el empleo público y establecer los órganos competentes para ejercer la regulación del sector y definir su grado de independencia. En consecuencia, la Sala Plena declarará, por el cargo analizado en esta providencia, la exequibilidad de las normas acusadas.

IX. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

ÚNICO. Declarar EXEQUIBLE, por el cargo analizado, la expresión “para períodos de cuatro (4) años” contenida en el literal d) (parcial) del artículo 44 de la Ley 2099 de 2021 “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”.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

JOSE FERNANDO REYES CUARTAS

Presidente

NATALIA ÁNGEL CABO

Magistrada

JUAN CARLOS CORTÉS GONZÁLEZ

Magistrado

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

VLADIMIR FERNÁNDEZ ANDRADE

Magistrado

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR

Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

Con aclaración de voto

PAOLA ANDREA MENES MOSQUERA

Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

ANDREA LILIANA ROMERO LOPEZ

Secretaria General

1 El artículo 44 de la Ley 2099 de 2021 modificó el artículo 21 de la Ley 143 de 1994.

2 La Circular 01 de 2017 de la Corte Constitucional establece que los proyectos de providencia a cargo de la Sala Plena incluirán una síntesis de la decisión al final de la parte considerativa. No obstante, en este proyecto se ubica al inicio de la decisión para atender la pauta de lenguaje claro de organizar la información a partir de las necesidades de la ciudadanía y que, en el caso particular, la información más relevante es acerca de cuál fue la decisión adoptada por la Corte.

3 C. P., art. 115.

4 Expediente digital D-15227. Auto que Admite, Rechaza la demanda y decreta la práctica de pruebas.

5 También rechazó los cargos en relación con los artículos 4.º, 365 y 370 de la Constitución pues al declarar que los retiraba el despacho concluyó que no corrigió los yerros indicados en el auto inadmisorio de la demanda.

6 En concreto, solicitó a la Presidencia de la República que informara acerca de algunos aspectos particulares de los cargos que tienen la condición de agentes del presidente y la forma en que ha designado a los expertos que integran la CREG. Además, pidió a los secretarios generales del Senado de la República y de la Cámara de Representantes que remitieran a esta Corte una copia del expediente legislativo correspondiente.

7 Los invitados fueron los Ministerios de Vivienda, Ciudad y Territorio, y Tecnologías de la Información y la Comunicación, Departamento Nacional de Planeación, Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, Comisión de Regulación de Gas y Energía, Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, Comisión de Regulación de Comunicaciones, Departamento Administrativo de la Función Pública, Asociación Colombiana de Distribuidores de Energía Eléctrica ASOCODIS, Asociación Colombiana de Generadores de Energía Eléctrica ACOLGEN, Asociación Colombiana de Gas Natural NATURGAS, Asociación Colombiana de Grandes Consumidores de Energía Industriales y Comerciales ASOENERGÍA,

Consejo Nacional de Operación del sector eléctrico, Consejo Nacional de Operación de gas natural, operador del mercado XM, Confederación Colombiana de Consumidores, Organización Latinoamericana de Energía, Academia Colombiana de Jurisprudencia, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad – Dejusticia, Comisión Colombiana de Juristas, facultades de Derecho de las Universidades Nacional de Colombia, de Antioquia, de los Andes, Javeriana, del Rosario, Externado, Libre, EAFIT y del Norte, así como Amilkar Acosta, ex ministro de minas y energía, María Fernanda Suárez Londoño, ex ministra de minas y energía, Julián López Murcia, experto en regulación de servicios públicos, Fernando Barrera Rey, experto en regulación y competencia de la industria energética, Luis Ignacio Betancur Escobar, ex comisionado de la CREG, y Henry Navarro Sánchez, ex comisionado de la CREG.

8 Primero, la noción de agentes del presidente de la República, en los términos del artículo 189.13 de la Constitución. Segundo, la designación de tales agentes en las Comisiones de Regulación. En concreto, las condiciones de aquellos en relación con la naturaleza de sus cargos, su forma de designación y de desvinculación, así como otros aspectos relevantes. Tercero, la naturaleza de la Comisión de Regulación de Gas y Energía (CREG) y de los cargos de los expertos que la integran, así como su relación nominal con el presidente de la República. Cuarto, las razones que justifican la necesidad de que los integrantes de las Comisiones de Regulación, en especial la CREG, tengan periodo fijo y las posibles implicaciones de que puedan ser removidos libremente por el presidente de la República.

9 Expediente digital D-15227. Demanda ciudadana.

10 Ídem.

11 Ídem.

12 Ídem.

13 Refirió la Sentencia del 26 de marzo de 2021, radicado n.º 2020-01743. Expediente digital D-15227. Corrección de la Demanda.

14 Ídem.

15 Expediente digital D-15227. Auto del 15 de junio de 2023, decreta la práctica de pruebas..

16 Expediente digital D-15227. AUTO ORDENA PRUEBAS.

17 Expediente digital D-15227. Remisión de pruebas - Respuesta al oficio No. OPC-077 de 2023.

19 Ídem, folio11.

20 Expediente digital D-15227. Respuesta a oficio OPC-125/23 – Presidencia de la República - y ANEXO ARCHIVO EN EXCEL -.

21 Expediente digital D-15227. Intervención ciudadana.

22 Expediente digital D-15227. Intervención Agencia Nacional de Empresas Generadoras - ANDEG

23 Expediente digital D-15227. Concepto.

24 Expediente digital D-15227. Concepto - CREG.

25 Expediente digital D-15227. Intervención ciudadana.

26 Expediente digital D-15227. Concepto – ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE DISTRIBUIDORES DE ENERGÍA ELÉCTRICA - ASOCODIS.

27 Expediente digital D-15227. Intervención Asociación Colombiana de Generadores de Energía Eléctrica - ACOLGEN.

28 Expediente digital D-15227. Intervención Comisión de Regulación de Comunicaciones - CRC.

29 Expediente digital D-15227. Intervención Universidad Externado de Colombia.

30 Expediente digital D-15227. CONCEPTO. En cuanto posibles conflictos de intereses, el interviniente indicó que “[es] el representante legal de Nalanda Analytica S.A.S, firma especializada en prestar servicios de consultoría y de asesoría y representación legal en relación con servicios públicos. En este momento, no tenemos contratos con la CREG o con un prestador de energía o gas, pero hasta mayo de 2023 tuvimos un cliente regulado por

esta comisión".

31 Expediente digital D-15227. Concepto - Academia Colombiana de Jurisprudencia.

32 Expediente digital D-15227. Intervención - Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

33 Ibidem, folio. 10.

34 Expediente digital D-15227. Intervención Comisión Colombiana de Juristas.

35 Expediente digital D-15227. Intervención Universidad del Norte.

36 Refirió las Gacetas Constitucionales 4, 5, 7, 8, 9, 10, 20, 22, 23, 24, 27, 28, 30, 62, 63, 68, 70, 78 y 105 de 1991.

37 Para la distinción de las funciones del presidente como jefe de Estado, jefe de gobierno y suprema autoridad administrativa refirió la Sentencia C-496 de 1998.

38 Refirió las Sentencias C-245 de 1995, C-496 de 1998 y C-910 de 2007.

39 Expediente digital D-15227. Intervención Comisión Colombiana de Juristas, folio 2.

40 Ibidem, folio 5.

41 Ídem.

42 Sentencia C-100 de 2022.

43 Expediente digital D-15227. D0015227-Presentación Demanda-(2023-03-16 20-12-27).pdf, folio 9; D0015227-Corrección a la Demanda-(2023-04-25 03-29-44).pdf, folio 4.

44 C. E, Sentencia del 26 de marzo de 2021, Radicado n.º 2020-01743.

45 Expediente digital D-15227. D0015227-Presentación Demanda-(2023-03-16 20-12-27).pdf, folio 9; D0015227-Corrección a la Demanda-(2023-04-25 03-29-44).pdf, folios 3 y 4.

46 Expediente digital D-15227. D0015227-Presentación Demanda-(2023-03-16 20-12-27).pdf,

folio 10.

47 Expediente digital D-15227. D0015227-Presentación Demanda-(2023-03-16 20-12-27).pdf,
folio 11.

49 Sentencia C-307 de 2023.

50 Sentencia C-314 de 2004, sección 5. En dicha providencia esta fue una razón para descartar que la existencia de un régimen del personal de las empresas sociales del Estado diferente al de las empresas industriales y comerciales del Estado configurara una violación del derecho a la igualdad.

51 Ídem.

52 Sentencia C-195 de 1994.

53 Sentencia C-514 de 1994 y C-046 de 2018.

54 Sentencia C-1162 de 2000.

55 Sentencia.C-150 de 2003.

56 Ídem.

57 Ibidem, título 4.4.

58 Ibidem.

59 Sentencia C-150 de 2003.

60 Sentencia C-150 de 2003.

61 Ibidem, título 4.4.1.4.

62 Ibidem, título 4.4.1.4.

63 Sentencias C-263 de 1996, C-242 de 1997, C-272 de 1998, C-444 de 1998, C-389 de 2002, C-741 de 2003 y C-075 de 2006.

64 Sentencia C-075 de 2006.

65 Ibidem, §3.

66 Sentencias C-389 de 2002 y C-263 de 2013.

67 Sentencia C-1162 de 2000.

68 Sentencias C-741 de 2003 y C-565 de 2017.

69 Sentencia C-150 de 2003.

70 Sentencias C-389 de 2002, C-150 de 2003, C-741 de 2003 y C-075 de 2006.

71 Sentencia C-075 de 2006, §6.

72 Sentencia C-063 de 2021.

73 Además de la CREG, la Ley 142 de 1994 creó la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico y la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, hoy denominada Comisión de Regulación de Comunicaciones.

74 L. 489 de 1998, 29 de diciembre de 1998, por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones, Diario oficial 43464, art. 38.

75 D. 1260 de 2013, 14 de junio de 2013, por el cual se modifica la estructura de la Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG), Diario oficial 48824, art. 1.º.

76 Sentencia C-150 de 2003.

77 Ídem.

78 Ídem.

79 Ídem.

80 Ibidem, título 4.4.1.4.3.

81 Ídem.

82 C. P., art. 372: “La Junta Directiva del Banco de la República será la autoridad monetaria, cambiaria y crediticia, conforme a las funciones que le asigne la ley. Tendrá a su cargo la dirección y ejecución de las funciones del Banco y estará conformada por siete miembros, entre ellos el Ministro de Hacienda, quien la presidirá. El Gerente del Banco será elegido por la junta directiva y será miembro de ella. Los cinco miembros restantes, de dedicación exclusiva, serán nombrados por el Presidente de la República para períodos prorrogables de cuatro años, reemplazados dos de ellos, cada cuatro años. Los miembros de la junta directiva representarán exclusivamente el interés de la Nación. [...]”.

83 C. E, S. Quinta. Sentencia del 14 de mayo de 2020. Radicación: 11001032400020150054200.

85 Ibidem, título 4.4.1.4.4.

86 Sentencia C-272 de 1998

87 Sentencias C-241 de 1993 y C-272 de 1998. Estas providencias advirtieron que algunas de las funciones presidenciales no son susceptibles de delegación. Por ejemplo, en la primera providencia la Corte expuso que la competencia del presidente de la República para suscribir los acuerdos definitivos resultantes de los diálogos de paz con grupos armados irregulares es indelegable.

88 Sentencia C-272 de 1998.

89 Ídem.

90 Ídem.

91 Mediante el Decreto 227 de 2023, el presidente reasumió las funciones delegadas en el decreto de 1994. No obstante, el Consejo de Estado, Sección Primera, suspendió provisionalmente sus efectos como medida cautelar en un proceso de nulidad que se adelanta en su contra. C. E, S. Primera. Auto del 2 de marzo de 2023. Expediente

11001-03-24-000-2023-00045-00.

92 D. 2253 de 1994, 6 de octubre de 1994, por el cual se delegan unas funciones, Diario oficial 41561, art. 1.^º

93 C. E, S. Tercera. Sentencia del 9 de septiembre de 2009. Radicación número: 11001-03-26-000-2000-01922-01(19224).

94 L. 142 de 1994, art. 73. Estas facultades generales implican unas funciones concretas enlistadas en los numerales 73.1 a 73.26 de la Ley 142 de 1994.

95 El artículo 4.^º del Decreto 1260 de 2013 compiló las funciones especiales de la CREG establecidas en los artículos 73 y 74 de la Ley 142 de 1994, en el artículo 23 de la Ley 143 de 1994 y en el artículo 3.^º del Decreto 4130 de 2011.

96 Sentencia C-186 de 2022.

97 Ídem.

98 Sentencia C-041 de 2003.

99 C. E, S. Primera. Auto del 2 de marzo de 2023. Expediente 11001-03-24-000-2023-00045-00.

100 C. E, S. Primera. Auto del 2 de marzo de 2023. Expediente 11001-03-24-000-2023-00045-00.

101 D. 227 de 2023, 16 de febrero de 2023, por el cual se reasumen algunas de las funciones presidenciales de carácter regulatorio en materia de servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones.

102 C. E., S. Quinta, Sentencia del 14 de mayo de 2020, radicación: 11001032400020150054200.

103 C. P., art. 115: “El Presidente de la República es Jefe del Estado, Jefe del Gobierno y suprema autoridad administrativa. // El Gobierno Nacional está formado por el Presidente de la República, los ministros del despacho y los directores de departamentos administrativos. El

Presidente y el Ministro o Director de Departamento correspondientes, en cada negocio particular, constituyen el Gobierno. // Ningún acto del Presidente, excepto el de nombramiento y remoción de Ministros y Directores de Departamentos Administrativos y aquellos expedidos en su calidad de Jefe del Estado y de suprema autoridad administrativa, tendrá valor ni fuerza alguna mientras no sea suscrito y comunicado por el Ministro del ramo respectivo o por el Director del Departamento Administrativo correspondiente, quienes, por el mismo hecho se hacen responsables. // Las gobernaciones y las alcaldías, así como las superintendencias, los establecimientos públicos y las empresas industriales o comerciales del Estado, forman parte de la Rama Ejecutiva".

104 C. P., art. 189.2. C. E., S. Quinta, Sentencia del 14 de mayo de 2020, radicación: 11001032400020150054200.

105 C. E., S. Quinta, Sentencia del 14 de mayo de 2020, radicación: 11001032400020150054200.

106 C. E., S. Quinta, Sentencia del 14 de mayo de 2020, radicación: 11001032400020150054200.

107 C. E., S. Quinta, Sentencia del 14 de mayo de 2020, radicación: 11001032400020150054200, sección 5.1.

108 Además de las providencias referidas, la Sentencia C-245 de 1995 examinó si establecer un período para los cargos de procuradores delegados ante las jurisdicciones ordinaria y contenciosa violaba el carácter de agentes del Ministerio Público, que debían ser de libre nombramiento y remoción del procurador general de la Nación. La Corte Constitucional explicó que el agente ejerce una función "bajo la subordinación de otro superior, ante quien responde y de quien puede cumplir órdenes específicas para un asunto determinado"¹⁰⁸. La autonomía e independencia con que actúan los agentes del procurador no opera respecto de este último, del cual son sus dependientes y subordinados, sino en relación con los funcionarios ante los que actúan. Con base en estas consideraciones, el tribunal constitucional concluyó que es contraria a la Constitución la fijación de un período para estos funcionarios que son subalternos y dependientes del procurador y, por lo tanto, de su libre nombramiento y remoción. Por otra parte, la Sentencia C-371 de 2019 analizó si los cargos transitorios en la Procuraduría General de la Nación, que incluyen procuradores delegados y

judiciales, con el carácter de libre nombramiento y remoción, basados en la confianza especial exigida para el desarrollo de las funciones relacionadas con la implementación del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la construcción de una Paz Estable y Duradera y de la JEP, desconocía el principio general del mérito como criterio de acceso a la función pública. La Corte concluyó que se cumplía el criterio de razón suficiente para exceptuar la aplicación de la carrera administrativa a partir de su temporalidad y de las funciones de implementación asignadas al Ministerio Público.

109 Este decreto fue dictado en uso de las facultades extraordinarias conferidas en la Ley 65 de 1967 y con fundamento en el artículo 76.12 de la Constitución de 1886 que autorizaba “revestir pro-tempore, al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias cuando la necesidad lo exija o las conveniencias públicas lo aconsejen”.

110 C. S. J., S. Plena, Sentencia del 3 de septiembre de 1971. Gaceta Judicial. Tomo CXXXVIII, 373-374.

111 Sentencia C-389 de 2022.

112 Ibidem, fundamento jurídico 182.

113 Sentencia C-150 de 2003.

114 Córdova-Novion, C., y D. Hanlon (2003), “Regulatory governance: Improving the institutional basis for sectoral regulators”, OECD Journal on Budgeting, vol. 2/3, OECD Publishing

115 Ibidem.

116 D. 2253 de 1994, 6 de octubre de 1994, por el cual se delegan unas funciones, Diario oficial 41561, art. 1.º.

117 D. 1260 de 2013, 14 de junio de 2013, por el cual se modifica la estructura de la Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG), Diario oficial 48824, art. 4.º.

118 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: Diccionario de la lengua española, 23.^a ed., [versión 23.7 en línea]. <<https://dle.rae.es>> [8 de marzo de 2024].