

C-010-13

Sentencia C-010/13

REFORMA AL REGIMEN DE REGALIAS REGULADO EN LOS ARTICULOS 360 Y 361 DE LA CONSTITUCION POLITICA-No configura una sustitución de los principios estructurales de descentralización y autonomía territorial/ACTO LEGISLATIVO 05 DE 2011-Sistema general de regalías/ACTO LEGISLATIVO 05 DE 2011-Contenido y alcance

JUICIO DE SUSTITUCION DE LA CONSTITUCION-Objeto

PODER DE REFORMA-En el constitucionalismo colombiano tiene límites competenciales/PODER DE REFORMA DE LA CONSTITUCION-Límites competenciales/LIMITES COMPETENCIALES DEL PODER DE REFORMA-Jurisprudencia constitucional/PODER CONSTITUYENTE Y PODER DE REFORMA-Diferenciación/REFORMA CONSTITUCIONAL Y SUSTITUCION DE LA CONSTITUCION-Diferencias/REFORMA CONSTITUCIONAL Y MUTACION DE LA CONSTITUCION-Diferencias/SUSTITUCION DE LA CONSTITUCION-Modalidades/DESTRUCCION, SUPRESION, QUEBRANTAMIENTO Y SUSPENSION DE LA CONSTITUCION-Diferencias

SUSTITUCION DE LA CONSTITUCION-Concepto

SUSTITUCION TOTAL O PARCIAL DE LA CONSTITUCION-Jurisprudencia constitucional/SUSTITUCION DE LA CONSTITUCION-Pasos que debe realizar juez constitucional para determinarla/JUICIO DE SUSTITUCION-Metodología/CONTROL DE CONSTITUCIONAL DE ACTO LEGISLATIVO-Criterios para determinar si una reforma ha sustituido la Constitución

Para determinar si efectivamente una reforma ha sustituido la Constitución, la Corte ha señalado varias pautas recogidas desde la sentencia C-970 de 2004 bajo el nombre de “juicio de sustitución”. Esta metodología de escrutinio está construida bajo la forma de un silogismo, cuya premisa mayor es el elemento esencial o de la identidad de la Constitución que se alega sustituido, y la premisa menor es el contenido y alcance de la reforma constitucional acusada. Para llegar a la conclusión de si ha habido o no sustitución, la jurisprudencia constitucional exige confrontar si la premisa menor significa o no un

reemplazo y desnaturalización de la premisa mayor. 1. La Corte ha indicado que la premisa mayor debe hacer referencia a un elemento definitorio de la Constitución que se alega es sustituido. En los términos de la sentencia C-1040 de 2005, para construir esa premisa es necesario "(...) (i) enunciar con suma claridad cuál es dicho elemento, (ii) señalar a partir de múltiples referentes normativos cuáles son sus especificidades en la Carta de 1991 y (iii) mostrar por qué es esencial y definitorio de la identidad de la Constitución integralmente considerada. Solo así se habrá precisado la premisa mayor del juicio de sustitución, lo cual es crucial para evitar caer en el subjetivismo judicial. Luego, se habrá de verificar si (iv) ese elemento esencial definitorio de la Constitución de 1991 es irreductible a un artículo de la Constitución, - para así evitar que éste sea transformado por la propia Corte en cláusula pétrea a partir de la cual efectúe un juicio de contradicción material- y si (v) la enunciación analítica de dicho elemento esencial definitorio no equivale a fijar límites materiales intocables por el poder de reforma, para así evitar que el juicio derive en un control de violación de algo supuestamente intangible, lo cual no le compete a la Corte." Para llevar a cabo esta labor, la jurisprudencia de esta Corte ha destacado la importancia de acudir (i) a los principios y valores constitucionales y los que se desprenden del bloque de constitucionalidad; (ii) la doctrina más importante en materia constitucional y de teoría política; (iii) las experiencias de otros Estados con modelos constitucionales similares al colombiano; y (iv) la jurisprudencia constitucional. Además, según la jurisprudencia constitucional, es necesario examinar la relación de un presunto eje definitorio con los demás preceptos constitucionales. 2. De otro lado, la construcción de la premisa menor supone examinar el propósito de la reforma, su alcance dentro del sistema de valores y principios constitucionales y su posible impacto en términos de vigencia de los elementos definitorios de la Carta. 3. Finalmente, el tercer paso del juicio, de acuerdo con la sentencia C-1040 de 2005, exige analizar si el elemento esencial definitorio de la Constitución identificado en la primera fase ha sido "(...) (vi) reemplazado por otro -no simplemente modificado, afectado, vulnerado o contrariado- y (vii) si el nuevo elemento esencial definitorio es opuesto o integralmente diferente, al punto que resulte incompatible con los elementos definitorios de la identidad de la Constitución anterior."

VICIO DE COMPETENCIA EN EXPEDICION DE ACTO LEGISLATIVO-Jurisprudencia constitucional/DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA ACTO LEGISLATIVO-Incremento de la carga argumentativa

DESCENTRALIZACION Y AUTONOMIA DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES-Diferenciación

AUTONOMIA DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES-Núcleo esencial/NUCLEO ESENCIAL DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES-Prerrogativas/ENTIDADES TERRITORIALES-Derecho a gobernarse por autoridades propias/ENTIDADES TERRITORIALES-Derecho a gestionar sus propios intereses y ejercer las competencias que les correspondan/ENTIDADES TERRITORIALES-Derecho a establecer los tributos para el cumplimiento de sus funciones y a participar en las rentas nacionales/ENTIDADES TERRITORIALES-Derecho a administrar sus recursos

REGALIAS-Definición/REGALIAS-Titularidad/REGALIAS-Derecho de participación de las entidades territoriales/REGALIAS-Distribución/REGALIAS-Carecen de naturaleza tributaria/REGALIAS E INGRESOS FISCALES DE INDOLE TRIBUTARIO-Diferencia/PROPIEDAD DE LAS REGALIAS-Jurisprudencia constitucional/ESTADO-Concepto/DERECHO DE PARTICIPACION DE REGALIAS A FAVOR DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES-No puede entenderse, en modo alguno, como asignación de propiedad de esos recursos a su favor, ni menos su integración a las rentas de dichos entes

REGALIAS-Constituyen fuente exógena de financiación de las entidades territoriales

REGIMEN DE LAS REGALIAS-Amplio margen de configuración legislativa

RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE REGALIAS-Fines

INGRESOS QUE RECIBE EL ESTADO COMO CONTRAPRESTACION ECONOMICA POR LA EXPLOTACION DE RECURSOS NATURALES NO RENOVABLES-Integran el Sistema General de Regalías/INGRESOS PROVENIENTES DE EXPLOTACION DE RECURSOS NATURALES NO RENOVABLES-Se difiere en el Congreso, previa iniciativa gubernamental, la distribución, objetivos, fines, administración, ejecución, control, uso eficiente y destinación

REGALIAS-Reglas de distribución

ACTO LEGISLATIVO 05 DE 2011-Privilegia el reparto de los recursos del sistema general de regalías a favor de las entidades territoriales/RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE REGALIAS A FAVOR DEL FONDO DE AHORRO Y ESTABILIZACION-Finalidad

ACTO LEGISLATIVO 05 DE 2011-No altera el régimen de recursos endógenos de las entidades territoriales, ni las prescripciones constitucionales que privilegian determinados gastos públicos

Referencia: expediente D-9148

Demanda de inconstitucionalidad contra el Acto legislativo 05 de 2011 “por el cual se constituye el Sistema General de Regalías, se modifican los artículos 360 y 361 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones sobre el Régimen de Regalías y Compensaciones”.

Actor: José Manuel Abuchaibe Escobar

Magistrado Ponente:

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Bogotá D.C., veintitrés (23) de enero de dos mil trece (2013).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y en cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en el Decreto Ley 2067 de 1991, ha proferido la presente Sentencia.

I. ANTECEDENTES[1]

En ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 241 de la Constitución, el ciudadano José Manuel Abuchaibe demandó el Acto Legislativo 05 de 2011 “por el cual se constituye el Sistema General de Regalías, se modifican los artículos 360 y 361 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones sobre el Régimen de Regalías y Compensaciones”. Cumplidos los trámites previstos en el artículo 242 de la Constitución y en el Decreto Ley 2067 de 1991, procede la Corte a resolver sobre la demanda de la referencia.

II. NORMA DEMANDADA

A continuación se transcriben la norma demandada, publicada en el Diario Oficial 48.134 del 18 de julio de 2011.

“ACTO LEGISLATIVO 5 DE 2011

(julio 18)

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Por el cual se constituye el Sistema General de Regalías, se modifican los artículos 360 y 361 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones sobre el Régimen de Regalías y Compensaciones.

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

ARTÍCULO 1o. El artículo 360 de la Constitución Política quedará así:

Artículo 360. La explotación de un recurso natural no renovable causará, a favor del Estado, una contraprestación económica a título de regalía, sin perjuicio de cualquier otro derecho o compensación que se pacte. La ley determinará las condiciones para la explotación de los recursos naturales no renovables.

Mediante otra ley, a iniciativa del Gobierno, la ley determinará la distribución, objetivos, fines, administración, ejecución, control, el uso eficiente y la destinación de los ingresos provenientes de la explotación de los recursos naturales no renovables precisando las condiciones de participación de sus beneficiarios. Este conjunto de ingresos, asignaciones, órganos, procedimientos y regulaciones constituye el Sistema General de Regalías.

ARTÍCULO 2o. El artículo 361 de la Constitución Política quedará así:

Artículo 361. Los ingresos del Sistema General de Regalías se destinarán al financiamiento de proyectos para el desarrollo social, económico y ambiental de las entidades territoriales; al ahorro para su pasivo pensional; para inversiones físicas en educación, para inversiones en ciencia, tecnología e innovación; para la generación de ahorro público; para la fiscalización de la exploración y explotación de los yacimientos y conocimiento y cartografía geológica del subsuelo; y para aumentar la competitividad general de la economía buscando mejorar las condiciones sociales de la población.

Los departamentos, municipios y distritos en cuyo territorio se adelanten explotaciones de recursos naturales no renovables, así como los municipios y distritos con puertos marítimos y fluviales por donde se transporten dichos recursos o productos derivados de los mismos, tendrán derecho a participar en las regalías y compensaciones, así como a ejecutar directamente estos recursos.

Para efectos de cumplir con los objetivos y fines del Sistema General de Regalías, créanse los Fondos de Ciencia, Tecnología e Innovación; de Desarrollo Regional; de Compensación Regional; y de Ahorro y Estabilización.

Los ingresos del Sistema General de Regalías se distribuirán así: un porcentaje equivalente al 10% para el Fondo de Ciencia, Tecnología e Innovación; un 10% para ahorro pensional territorial, y hasta un 30% para el Fondo de Ahorro y Estabilización. Los recursos restantes se distribuirán en un porcentaje equivalente al 20% para las asignaciones directas de que trata el inciso 2o del presente artículo, y un 80% para los Fondos de Compensación Regional, y de Desarrollo Regional. Del total de los recursos destinados a estos dos últimos Fondos, se destinará un porcentaje equivalente al 60% para el Fondo de Compensación Regional y un 40% para el Fondo de Desarrollo Regional.

De los ingresos del Sistema General de Regalías, se destinará un porcentaje del 2% para fiscalización de la exploración y explotación de los yacimientos, y el conocimiento y cartografía geológica del subsuelo. Este porcentaje se descontará en forma proporcional del total de los ingresos del Sistema General de Regalías distribuidos en el inciso anterior. Las funciones aquí establecidas serán realizadas por el Ministerio de Minas y Energía o por la entidad a quien este delegue.

La suma de los recursos correspondientes a las asignaciones directas de que trata el inciso 2o del presente artículo, y de los recursos del Fondo de Desarrollo Regional y del Fondo de Compensación Regional, crecerán anualmente a una tasa equivalente a la mitad de la tasa de crecimiento total de los ingresos del Sistema General de Regalías. La ley que regulará el sistema definirá un mecanismo para mitigar la disminución de los mencionados recursos, que se presente como consecuencia de una reducción drástica en los ingresos del Sistema General de Regalías.

La diferencia entre el total de los ingresos del Sistema General de Regalías y los recursos

destinados al ahorro pensional territorial, al Fondo de Ciencia, Tecnología e Innovación, al Fondo de Desarrollo Regional, al Fondo de Compensación Regional, así como a los que se refiere el inciso 2o del presente artículo se destinará al Fondo de Ahorro y Estabilización.

Los Fondos de Ciencia, Tecnología e Innovación y de Desarrollo Regional tendrán como finalidad la financiación de proyectos regionales acordados entre las entidades territoriales y el Gobierno Nacional.

Los recursos del Fondo de Compensación Regional se destinarán a la financiación de proyectos de impacto regional o local de desarrollo en las entidades territoriales más pobres del país, de acuerdo con criterios de Necesidades Básicas Insatisfechas (NBI), población y desempleo, y con prioridad en las zonas costeras, fronterizas y de periferia. La duración del Fondo de Compensación Regional será de treinta (30) años, contados a partir de la entrada en vigencia de la ley a la que se refiere el inciso 2o del artículo anterior. Transcurrido este período, estos recursos se destinarán al Fondo de Desarrollo Regional.

Los recursos del Fondo de Ahorro y Estabilización, así como sus rendimientos, serán administrados por el Banco de la República en los términos que establezca el Gobierno Nacional. En los períodos de desahorro, la distribución de estos recursos entre los demás componentes del Sistema se regirá por los criterios que defina la ley a la que se refiere el inciso 2o del artículo anterior.

En caso de que los recursos destinados anualmente al Fondo de Ahorro y Estabilización excedan del treinta por ciento (30%) de los ingresos anuales del Sistema General de Regalías, tal excedente se distribuirá entre los demás componentes del Sistema, conforme a los términos y condiciones que defina la ley a la que se refiere el inciso 2o del artículo anterior.

PARÁGRAFO 1o. Los recursos del Sistema General de Regalías no harán parte del Presupuesto General de la Nación, ni del Sistema General de Participaciones. El Sistema General de Regalías tendrá su propio sistema presupuestal que se regirá por las normas contenidas en la ley a que se refiere el inciso 2o del artículo anterior. En todo caso, el Congreso de la República expedirá bianualmente el presupuesto del Sistema General de Regalías.

Los proyectos prioritarios que se financiarán con estos recursos, serán definidos por órganos colegiados de administración y decisión, de conformidad con lo establecido en la ley que regule el Sistema General de Regalías. Para el caso de los departamentos a los que se refiere el inciso 2o del presente artículo, los órganos colegiados de administración y decisión estarán integrados por dos (2) Ministros o sus delegados, el gobernador respectivo o su delegado, y un número representativo de alcaldes. La ley que regule el Sistema General de Regalías podrá crear comités de carácter consultivo para los órganos colegiados de administración y decisión, con participación de la sociedad civil. En cuanto a los municipios y/o distritos a los que se refiere el inciso 2o del presente artículo, los órganos colegiados de administración y decisión estarán conformados por un delegado del Gobierno Nacional, el gobernador o su delegado y el alcalde.

Los programas y/o proyectos en ciencia tecnología e innovación de los departamentos, municipios y distritos que se financiarán con los recursos del Fondo de Ciencia, Tecnología e Innovación, se definirán por un órgano colegiado de administración y decisión, en el cual tendrán asiento el Gobierno Nacional, representado por tres (3) Ministros o sus delegados, un (1) representante del Organismo Nacional de Planeación y un (1) representante del Organismo Nacional encargado del manejo de la política pública de ciencia y tecnología e innovación, quien además ejercerá la Secretaría Técnica, un (1) Gobernador por cada una de las instancias de planeación regional a que se refiere el inciso siguiente del presente artículo; cuatro (4) representantes de las universidades públicas y dos (2) representantes de universidades privadas. Así mismo, los recursos de este Fondo de Ciencia, Tecnología e Innovación, se distribuirán en la misma proporción en que se distribuyan a los departamentos, los recursos de los Fondos de Compensación Regional y de Desarrollo Regional. En ningún caso los recursos de este fondo podrán financiar gasto corriente.

Los proyectos de impacto regional de los departamentos, municipios y distritos que se financiarán con los recursos de los Fondos de Desarrollo y Compensación Regional se definirán a través de ejercicios de planeación regional por órganos colegiados de administración y decisión donde tengan asiento cuatro (4) Ministros o sus delegados y un (1) representante del Organismo Nacional de Planeación, los gobernadores respectivos o sus delegados y un número representativo de alcaldes.

La ley que regule el Sistema General de Regalías, podrá crear comités de carácter

consultivo para los órganos colegiados de administración y decisión con participación de la sociedad civil.

En todo caso, la representación de las entidades territoriales en los órganos colegiados será mayoritaria, en relación con la del Gobierno Nacional.

PARÁGRAFO 3o. Créase el Sistema de Monitoreo, Seguimiento, Control y Evaluación de las Regalías, cuyo objeto será velar por el uso eficiente y eficaz de los recursos del Sistema General de Regalías, fortaleciendo la transparencia, la participación ciudadana y el Buen Gobierno.

La ley a la que se refiere el inciso 2o del artículo anterior, definirá su funcionamiento y el procedimiento para la imposición de medidas preventivas, correctivas y sancionatorias por el inadecuado uso de los recursos del Sistema General de Regalías. Dentro de estas medidas podrán aplicarse a los Departamentos, Municipios y/o Distritos y demás ejecutores la suspensión de giros, cancelación de proyectos y/o el reintegro de recursos.

La ley a la que se refiere el inciso 2o del artículo anterior definirá, igualmente, el porcentaje anual de los recursos de Sistema General de Regalías destinado a su funcionamiento y al del Sistema de Monitoreo, Seguimiento, Control y Evaluación de las Regalías. Este porcentaje se descontará en forma proporcional del total de los ingresos del Sistema General de Regalías distribuidos en el inciso cuarto del presente artículo.

PARÁGRAFO 1o. TRANSITORIO. Suprímase el Fondo Nacional de Regalías a partir de la fecha que determine la ley a la que se refiere el inciso 2o del artículo anterior. El Gobierno Nacional designará al liquidador y definirá el procedimiento y el plazo para la liquidación. Los recursos no comprometidos que posea el Fondo Nacional de Regalías a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, se destinarán prioritariamente a la reconstrucción de la infraestructura vial del país y a la recuperación ambiental de las zonas afectadas por la emergencia invernal de 2010-2011.

PARÁGRAFO 2o. TRANSITORIO. Respecto de los recursos que se destinarán a las asignaciones directas de que trata el inciso 2o del presente artículo y a los Fondos de Compensación Regional, y de Desarrollo Regional, su distribución durante los tres primeros años será así: durante el primer año corresponderá a un porcentaje equivalente al 50% para

las asignaciones directas de que trata el inciso 2o del presente artículo y un 50% para los fondos enunciados en este párrafo; de la misma forma, durante el segundo año se destinará un porcentaje equivalente al 35% y al 65% respectivamente; y durante el tercer año se destinará un porcentaje equivalente al 25% y el 75%, respectivamente.

En el evento en que durante el período comprendido entre los años 2012 y 2014, las asignaciones directas de que trata el inciso 2o del presente artículo, sean inferiores al 50% del promedio anual, en pesos constantes de 2010, de las asignaciones directas causadas menos descuentos de ley entre los años 2007 y 2010; y durante el período comprendido entre los años 2015 y 2020, sean inferiores al 40% del promedio anual, en pesos constantes de 2010, de las asignaciones directas causadas menos descuentos de ley entre los años 2007 y 2010; el departamento, municipio o distrito, podrá utilizar los recursos de la asignación del departamento respectivo en el Fondo de Desarrollo Regional, hasta alcanzar dicho porcentaje o hasta agotar los recursos del departamento en el mencionado Fondo, lo que ocurra primero.

PARÁGRAFO 3o. TRANSITORIO. En el primer año de operación del Sistema General de Regalías, se destinará un veinticinco por ciento (25%) de sus recursos al Fondo de Ahorro y Estabilización.

Durante el período 2012-2014, una quinta parte de los recursos anuales del Fondo de Ahorro y Estabilización se destinará a las asignaciones directas de que trata el inciso 2o del presente artículo.

PARÁGRAFO 4o. TRANSITORIO. El Gobierno Nacional contará con un término de tres (3) meses contados a partir de la fecha de promulgación del presente acto legislativo, para radicar ante el Congreso de la República el proyecto de ley a la que se refiere el inciso 2o del artículo anterior, que ajuste el régimen de regalías al nuevo marco constitucional.

Una vez radicado el proyecto de ley a que se refiere el inciso anterior, el Congreso de la República contará con un término que no podrá exceder de nueve (9) meses para su aprobación. Si vencido este término no se ha expedido la ley por parte del Congreso, se faculta por un (1) mes al Presidente de la República para expedir decretos con fuerza de ley para regular la materia.

PARÁGRAFO 5o. TRANSITORIO. El Sistema General de regalías regirá a partir de 1o de enero de 2012. Si para esta fecha no ha entrado en vigencia la ley de que trata el inciso 2o del artículo anterior, el Gobierno Nacional garantizará la operación del Sistema mediante decretos transitorios con fuerza de ley, que expedirá a más tardar el 31 de diciembre de 2011.

PARÁGRAFO 6o. TRANSITORIO. Para asegurar la ejecución de los recursos en la vigencia 2012, el Gobierno Nacional expedirá el presupuesto del Sistema General de Regalías para la citada vigencia fiscal, mediante un decreto con fuerza de ley.

ARTÍCULO 3o. VIGENCIA Y DEROGATORIAS. El presente acto legislativo rige a partir de la fecha de su promulgación.”

III. LA DEMANDA

El demandante asegura que el acto legislativo censurado constituye una “sustitución parcial” de la Constitución, lo que significa que el Congreso excedió el poder de reforma constitucional que le otorga la Carta y, por tanto, el acto legislativo debe ser declarado inexecutable. Sus argumentos se resumen a continuación:

3.1. Para comenzar, después de hacer referencia a la doctrina constitucional de los límites competenciales del poder de reforma, el demandante explica que la reforma “introduce elementos esenciales a la Constitución” en los siguientes términos:

En primer lugar, asegura que la reforma promueve la centralización y resta poder de decisión a las regiones sobre sus proyectos de desarrollo. Indica que del título de la reforma “Por el cual se constituye el Sistema General de Regalías” se extrae que busca “(...) establecer que una parte importante de los recursos de las regalías estarán en manos del Gobierno Nacional o con su activa participación, lo que va en contravía del espíritu descentralizador y de la autonomía de las entidades territoriales que caracterizó la Constitución de 1991” (énfasis original). Sostiene además que las regalías no son transferencias sino recursos propios de las entidades territoriales y por ello no deben ser administrados por el poder central; en su sentir:

“(...) son recursos de las regiones, por lo que no entendemos la situación en cuanto a la

autonomía y la descentralización, al implementarse un sistema de órganos colegiados, de presupuesto diferente y de viabilización de proyectos de acuerdo al Plan Nacional de Desarrollo. Lo anterior es diferente a los recursos del SGP que son recursos de la Nación, que se transfieren a las regiones. Adicionalmente, como queda explícito en el Acto Legislativo, los recursos de las regalías no harán parte del Presupuesto General de la Nación” (énfasis original).

Aduce que, por ejemplo, los dineros del Fondo de Desarrollo Regional serán administrados por un cuerpo colegiado en el que se anula la autonomía de los departamentos y municipios. En particular, censura que los proyectos de las entidades territoriales deban ser avalados por el Gobierno Nacional para poder recibir financiación del Sistema General de Regalías.

Agrega que en virtud de la reforma, las regalías irán sustituyendo el gasto que hoy la Nación destina al desarrollo regional, con lo que el Gobierno Nacional está delegando en las regiones sus funciones y reduciendo el presupuesto de inversión social. En palabras del demandante: “(...) Debemos advertir que los recursos de las regalías no deben financiar gastos que son competencia de la Nación. Este respecto no es claro en el Acto Legislativo. || Los recursos para el desarrollo regional que hoy ejecuta el gobierno central se deben mantener, así como los programas sociales que el gobierno administra en las mismas, pero entendemos que con el nuevo Sistema de Regalías y con la intervención decisoria del Gobierno Nacional en la aprobación de los proyectos de inversión con recursos de regalías, estos recursos del nivel central se irán reemplazando con los de las regalías. Es una jugada astuta del Gobierno nacional. El gobierno está delegando sus responsabilidades en las regiones” (énfasis original).

En tercer lugar, señala que la reforma conduce a que los recursos de las regalías no se destinen exclusivamente a las entidades territoriales, sino que parte de ellas se entreguen al gobierno central; a juicio del demandante, “[d]e ninguna manera, y por ningún canal, las finanzas del gobierno central se deben alimentar de recursos de regalías”. Resalta que la reforma prevé que los ahorros para las épocas de “vacas flacas” que se canalizarán a través del Fondo de Ahorro y Estabilización, se hagan a expensas de las regiones y bajo el control del Gobierno Nacional.

3.2. De igual manera, asegura que los anteriores cambios remplazan “elementos originalmente adoptados por el constituyente”. Tales elementos son: (i) “[u]na República que reafirma el esquema de Estado unitario adoptado en la Constitución de 1991”, (ii) “[u]n Estado que dotando de autonomía a los departamentos y municipios, procura la mayor libertad y autodeterminación a los asociados”; y (iii) “[l]a satisfacción de las necesidades de los ciudadanos a través de una administración organizada bajo el esquema de descentralización territorial y por servicios”.

Respecto del segundo elemento -la autonomía de las entidades territoriales-, afirma que busca que “los ciudadanos alcancen el mayor grado de bienestar y prosperidad general, puesto que tienen la facultad de agenciar sus propios intereses”; de ahí que una de sus principales manifestaciones sea el derecho de las entidades territoriales a gobernarse por autoridades propias, como lo ha reconocido la propia Corte Constitucional. Explica que por estas razones, la autonomía “va de la mano con la expansión de la democracia” y tiene relación directa con el principio de participación.

Señala que teniendo en cuenta que el municipio es el ente más cercano a la “realidad del ciudadano” y sus autoridades son quienes mejor conocen las necesidades insatisfechas de la población y los vacíos que debe llenar la Administración, “se concibe al municipio como la entidad fundamental de la división político-administrativa del estado, en el entendido del artículo 311 de la Constitución”.

Aduce que esta misma razón inspira el principio de descentralización -tercer elemento-, toda vez que la mayor libertad que otorga a las instancias territoriales en la toma de decisiones en los asuntos que les conciernen “tiene por objeto lograr atender las demandas reales de la población, en aras de lograr mayor eficiencia en el manejo de los asuntos públicos. Se concibe además como el instrumento idóneo para mejorar la democracia, la participación popular, la justicia y el desarrollo local”.

Expresa que la descentralización, como mecanismo de limitación del poder central, también persigue, de un lado, evitar la tiranía y opresión asociadas a la concentración de poder en el gobierno central, y de otro, asegurar el cumplimiento eficiente de las funciones constitucionales del Estado mediante la división de funciones.

Manifiesta que la autonomía y descentralización explican la razón de ser de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad previstos por el texto constitucional para regular las relaciones entre el poder central y las entidades territoriales, los cuales, en su sentir, no son observados por la reforma.

3.3. Finalmente, el demandante aduce que la reforma introduce elementos “integralmente diferentes [en la Constitución], al punto que resultan incompatibles”.

En su criterio, como indicó la Corte en la sentencia C-965 de 2006, los niveles progresivos de autonomía están supeditados a que las entidades territoriales cuenten con los recursos necesarios para cumplir los fines que les son propios. Asegura que este contenido de la autonomía y la descentralización fue reiterado en la reciente ley 1454 de 2011 -Ley de Ordenamiento Territorial-, cuyo artículo 3° dispone que para la realización de la descentralización, la Nación debe garantizar los recursos necesarios para que las entidades territoriales cumplan sus funciones.

Agrega que la autonomía y la descentralización también suponen la entrega de poder decisorio a las autoridades locales para la gestión de sus intereses. Manifiesta que esto también fue reconocido por la Ley 1454/11, en particular por sus artículos 3°, 27 y 28.

Después de reiterar estos aspectos que estima definitorios de los principios de descentralización y autonomía, asevera que son transformados por el acto legislativo acusado. En palabras del actor:

“La reforma en la distribución de las regalías implica un quebrantamiento de la Constitución y esa rotura sustituye dos de los ejes definitorios de la Constitución de 1991 (descentralización y autonomía de las entidades territoriales) que tienen que ver con la estructura institucional acogida por el Constituyente y con los derechos, principios y valores que, siendo en sí misma valiosa, adquiere la plenitud de su sentido cuando los sirve de manera efectiva.

(...)

El desequilibrio y concentración de poderes en el centro, son elementos totalmente opuestos o contrarios a los originalmente plasmados en la Constitución. Ello quiere decir

que la Constitución de 1991 no es reconocible en la reforma en la distribución de las regalías, ya que se están reemplazando la forma política plasmada en la Carta de 1991.” (énfasis original).

Intervenciones oficiales

4.1. Departamento Nacional de Planeación

Solicita a la Corte que se inhiba de emitir un pronunciamiento de fondo o, en su defecto, que declare exequible el acto legislativo acusado, con fundamento en los argumentos que se resumen a continuación:

4.1.1. Comienza por relatar los antecedentes de la reforma y enfatizar que su finalidad es corregir las inequidades que generaba el régimen anterior, así como evitar la incorrecta utilización y el despilfarro de los recursos, lo cual se enmarca en objetivos importantes como la equidad y la prosperidad.

A su juicio, los criterios de distribución del régimen anterior beneficiaban injustificadamente a las entidades territoriales productoras y creaban una discriminación entre los nacionales, pues los efectos de la explotación no son “lo suficientemente contundentes para soportar ese trato diferencial”. Por ello el acto legislativo introduce criterios de reparto más igualitarios.

De otro lado, asegura que el acto legislativo busca dotar de transparencia el flujo, destino y ejecución de los recursos de las regalías, así como vigilar su adecuado uso mediante la introducción de estrategias de seguimiento, monitoreo, control y evaluación, lo cual redundará en un manejo eficiente y responsable de los dineros.

En resumen, indica que la reforma busca incidir institucionalmente en la corrección de falencias detectadas en las siguientes dimensiones: (i) impacto de los proyectos y capacidad de producir cambios cualitativos en el bienestar de la población; (ii) objetivos más claros y contundentes en relación con el destino de los recursos; (iii) equidad y distribución teniendo en cuenta departamentos y regiones que se encuentran a la zaga en aplicación de la igualdad relacional de que trata el artículo 13 C.P.; y (iv) esquemas más depurados de control a la inversión sin perjuicio de los existentes a nivel fiscal, penal y

disciplinario.

Con fundamento en la anterior explicación, el DNP sostiene que los reproches del accionante obedecen a una lectura parcial y subjetiva del acto legislativo. En su criterio, la acusación está soportada en la negación “de la incidencia e impacto de la reforma en materia de regalías”.

4.1.2. Por otra parte, afirma que el acto legislativo acusado retoma la caracterización de las regalías que ha realizado la jurisprudencia constitucional y solamente introduce adecuaciones en materia de administración, destinación y control, con el fin de desarrollar los principios y postulados adoptados en la materia en la Constitución de 1991, como la participación de las entidades territoriales en las regalías y su destinación a actividades relacionadas con el desarrollo regional. Al respecto, el DNP expresa: “(...) el Acto Legislativo enfatiza en cada uno de esos vértices y le da un sentido más acorde con el sentido de la autonomía territorial dentro de lo unitario y, en el plano de la igualdad, con el reparto del desarrollo hacia zonas, por diferentes causas, que han visto marginadas del mismo (sic) y del apoyo de fuentes de recursos como éstos”.

4.1.3. En concreto, frente al cargo de sustitución, asevera que los reproches del demandante “(...) parten de un supuesto errado y es considerar que las regalías pertenecen a las entidades territoriales”. Como ello no es así, el DNP sostiene que las regalías no les pueden ser arrebatadas o expropiadas, como sugiere el actor. Agrega que la reforma, además de que no elimina las asignaciones directas, “(...) permite una redistribución de recursos con criterios de equidad vertical y en donde la participación y la decisión del sector descentralizado en no sólo importante, sino mayoritaria” (énfasis original). También señala que la jurisprudencia constitucional ha reconocido que la autonomía de las entidades territoriales no es absoluta y “(...) no implica la abstención del poder central en desarrollo de las medidas de intervención que le son propias y que le han sido constitucionalmente asignadas”, parámetros a los que se sujeta el acto legislativo.

En síntesis, el DNP manifiesta que “(...) no se produce, entonces, la sustitución constitucional alegada. El accionante efectúa sendas conjeturas que no logran cristalizar en un ataque por medio del cual se demuestre que la arquitectura del ordenamiento ha sido mutada y convertida en otro, a partir de afectar o eliminar la autonomía territorial o

afectar el componente de descentralización a través del cual se expresan (sic) el desarrollo de ciertas competencias. Es claramente demostrativo que la norma no afecta la organización territorial ni los organismos colegiados para adoptar decisiones, como tampoco la elección de los mismos, no de manera formal ni desde el punto de vista material. || Analizado el Acto Legislativo, se advierte que el mismo respeta los elementos deliberativos, representativos y participativos que están en el ordenamiento y se vale de los mismos para desarrollar políticas de impactos cualitativos en materia de inversión de los recursos del SGR. (...) Tal como lo expresó el Gobierno en los debates constitucionales, la reforma constitucional contenida en el Acto Legislativo 05 de 2011, hace énfasis en la región y, por ende, en los departamentos. En efecto, así como el hilo conductor de las reformas constitucionales relacionadas con el Sistema General de Participaciones es el municipio, el de la reforma constitucional es el departamento. Por consiguiente no es válido afirmar que el Acto Legislativo acusado atentó contra el principio de descentralización, todo lo contrario, lo fortaleció.”

4.2. Intervención del Ministerio de Hacienda y Crédito Público

Solicita a la Corte declarar exequible el acto legislativo demandado, por las siguientes razones:

4.2.1. Asegura que el demandante “(...) parte de un supuesto equivocado al considerar como titulares exclusivos de los recursos provenientes de las regalías, a las entidades territoriales”. En su opinión, las regalías son rentas nacionales de propiedad del Estado respecto de los cuales las entidades territoriales solamente tienen un derecho de participación.

4.2.2. Indica que la modificación de los artículos 360 y 361 superiores no resulta ser una sustitución, “(...) pues se dirige exclusivamente a adecuar el régimen de regalías a las condiciones socioeconómicas actuales” en el marco de “una política económica equitativa”, y además reafirma principios constitucionales como la equidad, la promoción del bienestar general, la solidaridad y la concurrencia.

En desarrollo de este argumento, expone que el acto legislativo es solamente “(...) una mejor distribución, más equitativa de las regalías, para que con un criterio regional, no solamente las entidades territoriales productoras y portuarias, se beneficien de estos

recursos, y mediante un procedimiento de concertación entre autoridades departamentales y territoriales se escojan los proyectos de beneficio regional que se ejecutaran (sic) con tales recursos, sin perjuicio de los fondos de ahorro y financiación de las pensiones territoriales”.

Agrega que la reforma no sustituye el principio de descentralización, puesto que las regalías no son un recurso de titularidad exclusiva de las entidades territoriales, de modo que no se afecta su autonomía para la administración de sus recursos y la gestión de sus intereses. Desde el punto de vista de la autonomía, manifiesta que “(...) la capacidad de autodeterminación e identidad local de las entidades territoriales, no puede estar condicionada a la administración de una fuente de recursos que no se encuentran dentro de su patrimonio”. Finalmente, asevera que la reforma no conduce a la centralización de los recursos de las regalías ni a la priorización de los objetivos nacionales, “(...) pues su propósito no es otro que la consolidación del Estado Social de Derecho dentro de una política económica equitativa que se expresa mediante la distribución de recursos a nivel regional, permitiendo un mayor acceso a todas las regiones de país y por lo tanto a todos los colombianos”.

Por último, sostiene que los argumentos del demandante no lograr demostrar la existencia de una sustitución constitucional. En criterio del Ministerio, la demanda se fundamenta en meras apreciaciones subjetivas

4.3. Intervención del Ministerio de Minas y Energía

Solicita a la Corte inhibirse por ineptitud sustantiva de la demanda, de conformidad con los siguientes argumentos:

4.3.1. Alega que la reforma garantiza la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta, y favorece a todos los colombianos, por las siguientes razones: (i) “(...) busca garantizar la estabilidad del gasto público regional hacia futuro y promover la autonomía regional brindando herramientas sostenibles para desarrollar cabalmente el principio de descentralización”; (ii) “(...) permite la estabilidad fiscal y macroeconómica, la generación de empleo, la competitividad del aparato productivo a través de un nivel razonable de tasa de cambio y la prevención de las crisis económicas, mediante el Fondo de Ahorro y Estabilización Regional, de tal manera que los recursos de las regalías se

inviertan en beneficio no sólo de las actuales generaciones, sino de las que están por venir”; (iii) es “(...) un instrumento de política económica anticíclica garantizando la estabilidad del gasto público regional hacia el futuro”, ya que “(...) garantiza que en épocas de bajos ingresos, las autoridades regionales puedan mantener inalterada la inversión regional”; y (iv) conduce a una “inyección” de regalías en las zonas más pobres del país, “(...) a través de los proyectos financiados con cargo al Fondo de Competitividad Regional, compuesto a su vez de los Fondos de Compensación Regional y de Desarrollo Regional”.

4.3.2. De otro lado, afirma que dado que las entidades territoriales solamente tienen un derecho a participar en las regalías, “(...) el régimen de descentralización y autonomía territorial en lo que concierne a las regalías no se ve afectado por la forma en que se distribuye la participación en las mismas”. En sentir del Ministerio, la modificación del sistema de reparto, por mandato de la propia Constitución, es materia de libre configuración del legislador y en todo caso no afecta los principios de descentralización y autonomía.

4.3.3. Con fundamento en estas consideraciones, concluye que el acto legislativo no sustituyó a la Constitución, “(...) por cuanto no modificó las competencias asignadas constitucionalmente a los entes territoriales en consecuencia el régimen de descentralización y autonomía territorial en lo que concierne a las regalías no se ve afectado por la forma en que se distribuye la participación en las mismas dado que las entidades territoriales tienen un derecho de participación, pero no son titulares de los recursos naturales objeto de explotación”.

Intervenciones académicas e institucionales

4.4. Intervención de la Federación Colombiana de Municipios

Solicita que se declare inexecutable el acto legislativo demandado, por las siguientes razones:

Afirma que si bien es cierto las regalías han sido caracterizadas por la Corte Constitucional como una renta cedida de la Nación a las entidades territoriales, “el artículo 360 original limitaba al Legislador en lo referente a la distribución de las regalías”, pues “aun siendo una renta cedida, según la voluntad del Constituyente de 1991 eran entregadas en su totalidad a las entidades territoriales” como manifestación de los principios de descentralización y

autonomía. Explica que la reforma cambia esta situación, ya que entrega poder de decisión sobre los recursos de las regalías al Gobierno Nacional, un poder que considera no había sido previsto por el constituyente primario. Asegura que la voluntad del constituyente primario era que tales recursos fueron entregados y ejecutados por las entidades territoriales en ejercicio de su autonomía. Para sustentar esta conclusión, expone lo siguiente:

Indica que la reforma entrega “al Gobierno Central, a través de los Órganos Colegiados de Administración y Decisión, y al Congreso de la República, capacidad de decisión sobre recursos que, anteriormente, estaban destinados enteramente a las entidades territoriales”.

Manifiesta que también asume que todos los asuntos financiados con regalías son de interés nacional y por ello deben ser decididos con participación de representantes del orden nacional.

A su juicio, esta regulación se opone a la regla de establecida en la sentencia C-1049 de 2010, consistente en que “para los asuntos de interés meramente local o regional, deben prevalecer las competencias de los órganos territoriales correspondientes”, en otras palabras, restringe el poder de decisión de las entidades territoriales respecto de los asuntos que los afectan. Para ilustrar este punto, la Federación expresa que “[p]or cuenta de ello, en la actualidad 1.043 municipios tienen la facultad de establecer órganos colegiados municipales para lo cual se requerirá la designación de un delegado del Gobierno Nacional en cada uno de ellos. Estos funcionarios tendrán en sus manos uno de los tres votos para decidir inversiones estrictamente locales. (...) Es decir, que en lo concerniente a las regalías, no serán las autoridades democráticamente elegidas dentro del municipio, tales como el alcalde y el concejo municipal quienes decidan sobre la inversión de los recursos que le corresponden a ese territorio por concepto de regalías, sino que serán o bien autoridades departamentales, no siempre del mismo departamento pues en los Órganos Colegiados regionales hay asiento para un número plural de gobernadores, o funcionarios del Gobierno Nacional que ni siquiera cuentan con la investidura de una elección democrática y que son ajenos al territorio cuyo destino, quienes tomen las decisiones de inversión de los recursos de regalías.”

Agrega que el Congreso, en los términos de la reforma y de la Ley 1530 (artículos 79 y 88), es quien además tiene la última palabra respecto a la asignación de los recursos, aún después del trámite de viabilización surtido en los órganos colegiados de decisión, pues puede efectuar ajustes al anexo del proyecto de presupuesto que contiene los proyectos de inversión a financiar.

Aduce que esta situación está en clara contradicción con los derechos de las entidades territoriales a: “i) gobernarse por autoridades propias, ii) ejercer las competencias que les correspondan, iii) y a administrar los recursos para el cumplimiento de sus funciones”. Por esta razón, concluye que el Acto Legislativo 05 de 2011 sustituye la Carta, “ya que tal nivel de injerencia de la Nación en los asuntos, intereses y políticas en las entidades territoriales no es coherente ni factible con el modelo de Estado descentralizado y con autonomía de sus entidades territoriales”.

4.5. Intervención de la Universidad del Rosario

El profesor Manuel Alberto Restrepo Medina de la Universidad del Rosario solicita a la Corte inhibirse o, en su defecto, declarar exequible el acto legislativo censurado, por cuanto, en su concepto, “(...) el reproche de constitucionalidad que realiza el actor en su demanda se inclina por analizar cuestiones materiales o de fondo del Acto Legislativo relacionadas con el alcance e interpretación de la modificación constitucional”, asuntos que no son de competencia de la Corte. Además, considera que el acto legislativo no sustituye la Carta sino que “(...) instrumentaliza un mecanismo a través del cual se establece un control concurrente en donde a nivel nacional junto con el nivel regional y local concurren para decidir sobre la adecuación de la destinación de los recursos provenientes de las regalías, sin que se pueda predicar por esto una exclusión o una indebida intromisión del nivel nacional en la administración de los recursos de las entidades territoriales”. La reforma entonces -a su juicio- desarrolla los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad, y lo único que hace es exigir un mayor esfuerzo de las entidades territoriales para la estructuración y planeación de los proyectos con el propósito de maximizar los beneficios de las inversiones que se realizan en el ámbito regional.

4.6. Academia Colombiana de Jurisprudencia

Eurípides de Jesús Cuevas Cuevas, académico de número de la Academia, defiende la

constitucionalidad del acto legislativo 05 de 2011, con apoyo en los siguientes argumentos:

En primer lugar, resalta las ventajas de la reforma constitucional. En este sentido, asegura que la finalidad primordial de las regalías debe ser la solución de problemas básicos y necesidades insatisfechas, "(...) tales como la protección de los infantes, la salud, la educación, el alcantarillado y el agua potable, de la población en general sin discriminación alguna". Indica que en el régimen anterior, estos propósitos no se lograban "(...) debido a la desviación de los dineros por parte de administradores locales y departamentales, lo que ha conducido a una serie de investigaciones de tipo penal, administrativo y fiscal y sus correspondientes sanciones, que evidencia el manejo irregular y la malversación de los recursos destinados a los fines anteriormente descritos", razón por la cual era necesario crear mejores mecanismos de control en cabeza del Gobierno central, propósito en el que se inscribe el acto legislativo.

También afirma que en el régimen anterior existía una inequitativa distribución de las regalías entre las entidades territoriales, situación que el acto legislativo se propone igualmente remediar.

En segundo término, argumenta que no es cierto que el acto legislativo desconozca los principios de descentralización y autonomía al señalar que los proyectos a financiar con las regalías serán definidos en órganos colegiados con participación del Gobierno nacional. En su sentir, la participación del Gobierno central contribuye a la protección de los recursos y, por otra parte, no desconoce el poder de decisión de las entidades territoriales, ya que "(...) la decisión de un solo representante del Gobierno central no tendría el mismo peso de los alcaldes de los municipios y del gobernador de cada departamento, distrito, municipios, territorio indígena, región o provincia." Además, recuerda que las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, pero dentro de los límites de la Constitución y la ley.

4.7. Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones

Solicita a la Corte inhibirse de emitir un pronunciamiento de fondo, ya que considera que la demanda es inepta, toda vez que el demandante no logra demostrar que el acto legislativo demandado (i) elimina los principios de descentralización y autonomía de las entidades

territoriales y los reemplaza por elementos definitorios opuestos, o (ii) conduce a que las entidades territoriales pierdan la capacidad de administrar sus propios recursos, o que el sector centralizado asuma competencias que limiten de tajo la capacidad de autogestión de aquellas. Además, a juicio de Colpensiones, los cargos se fundamentan en premisas falsas, como que las regalías son recursos propios de las entidades territoriales. Por último, sostiene que la Corte no es competente para adelantar un juicio material del acto legislativo, como lo pretende el actor.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

Mediante escrito radicado en esta Corporación en la oportunidad procesal correspondiente, el Procurador General de la Nación presentó el concepto previsto en los artículos 242-2 y 278-5 C.P., en el que solicita a la Corte que se inhiba de adoptar un pronunciamiento de fondo ante la ineptitud sustantiva de la demanda.

Para ello, estima que la demanda no cumple con los requisitos propios de una demanda de sustitución, en particular no satisface los mínimos argumentativos de claridad, certeza y especificidad, pues el actor se limita a afirmar que la reforma vulnera el principio de autonomía de las entidades territoriales debido a la centralización del manejo de los recursos de las regalías, y no demuestra cómo se compromete esa autonomía.

Además, en criterio del Procurador, “[s]i el actor hubiese hecho una lectura cuidadosa y sistemática del acto legislativo que decidió demandar, habría percibido que el sistema creado es un mecanismo de concurrencia administrativa y de planeación entre la Nación y las entidades territoriales” que apunta a que las regalías cumplan sus finalidades constitucionales. En este orden de ideas, considera que la demanda se basa en interpretaciones subjetivas del demandante.

VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia

1. De conformidad con lo prescrito por el numeral 1° del artículo 241 C.P., la Corte Constitucional es competente para resolver sobre la constitucionalidad de la norma demandada, por tratarse de un acto reformativo de la Constitución Política.

De otro lado, según el numeral 3 del artículo 242 C.P. las acciones de inconstitucionalidad por vicios de forma caducan en el término de un año, contado desde la publicación del respectivo acto. En este caso, el acto legislativo acusado fue publicado en el Diario Oficial No. 48.134 del 18 de julio de 2011 y la demanda fue radicada en esta Corporación el 29 de mayo de 2012, es decir oportunamente, por cuanto aún no había transcurrido un año desde la expedición de la enmienda constitucional.

Problema jurídico y metodología de la decisión

2. El demandante sostiene que al aprobar el acto legislativo 05 de 2011, el Congreso excedió su competencia para reformar la Constitución, pues en realidad la sustituyó parcialmente y reemplazó elementos definitorios de la forma de estado que el constituyente adoptó en 1991, en particular los principios de descentralización y autonomía de las entidades territoriales. En su criterio, la reforma afecta de manera grave los siguientes contenidos esenciales de los principios de descentralización y autonomía, al punto que los reemplaza por otros propios de un estado completamente centralista. De manera específica, el actor considera que el acto legislativo mencionado sustituye la Constitución en los siguientes planos:

2.1. La facultad de las entidades territoriales de definir sus proyectos y prioridades de desarrollo, pues al amparo de la reforma, ahora las prioridades de desarrollo y, por tanto, de inversión en las regiones serán definidos (i) por órganos colegiados en los que existe una preponderante participación del gobierno central; y (ii) con sujeción al Plan Nacional de Desarrollo. Asegura que la autonomía territorial se fundamenta en la premisa de que los ciudadanos alcanzarán el mayor grado de bienestar y prosperidad general posible, mediante la agencia de sus propios intereses. Por esta razón, la Constitución de 1991 señaló que en los municipios -la entidad territorial más cercana a los ciudadanos- se tomarían las decisiones más importantes en materia de desarrollo regional, con amplia participación de los ciudadanos. El acto legislativo sustituye esta premisa, toda vez que traslada el poder de decisión sobre el desarrollo local al poder central.

2.2. La facultad de las entidades territoriales de administrar sus recursos con el fin de alcanzar sus metas de desarrollo. A juicio del actor, las regalías son recursos propios de las entidades territoriales y, en consecuencia, deben ser administrados por estas con

autonomía.

2.3. La sostenibilidad de la inversión y los gastos sociales de las entidades territoriales, los cuales son fundamentales para atender las necesidades básicas insatisfechas de su población. El demandante explica que uno de los fundamentos de la descentralización es que los servicios públicos y sociales esenciales sean garantizados por la entidad territorial más cercana a los destinatarios, este es, el municipio, y en subsidio el departamento. Señala que para hacer esto posible, el Constituyente previó, entre otros mecanismos, la destinación exclusiva de las regalías a las entidades territoriales. Alega que a la luz de la reforma, los municipios y departamentos conservan la función de garantizar los servicios y atender de primera mano las necesidades básicas insatisfechas de su población. Sin embargo, en adelante, no tendrán suficientes recursos para atender sus obligaciones y promover el desarrollo local, pues una parte importante de las regalías se destinará a atender gastos del gobierno central y a generar ahorros para la estabilización de la economía nacional en épocas de crisis. En otras palabras, para el actor la reforma antepone la estabilidad macroeconómica al desarrollo regional y la atención inmediata de las necesidades básicas insatisfechas de la población, en detrimento de la autonomía y la descentralización.

3. Uno de los intervinientes apoya la solicitud de inexecutable. Considera que efectivamente la reforma cambia la destinación constitucional de las regalías y vacía el derecho de las entidades territoriales a decidir sobre su destino, lo que supone una sustitución de los principios de autonomía y descentralización de las entidades territoriales. En su criterio, el acto legislativo, al prever que los proyectos a financiar con las regalías serán seleccionados por órganos colegiados de decisión en los que tienen asiento representantes del Gobierno Nacional -no elegidos democráticamente-, entrega el poder de decisión sobre el destino de las regalías y, en consecuencia, sobre las prioridades de desarrollo regional, al Gobierno Nacional. Además, el acto legislativo permite que el Congreso tenga la última palabra sobre la asignación de los recursos, aún después del trámite de viabilización que se adelanta ante los órganos colegiados de decisión, en tanto puede realizar ajustes al anexo del presupuesto que contiene los proyectos de inversión a financiar. Concluye que este nivel de injerencia del gobierno central en los asuntos de las entidades territoriales que introduce la reforma, es incompatible con el modelo de estado descentralizado y con autonomía de sus entidades territoriales.

4. Otro grupo de intervinientes, al igual que el Procurador General, solicitan a la Corte que se inhiba de emitir un pronunciamiento de fondo, por cuanto consideran que la demanda es inepta. En su opinión, las acusaciones del demandante (i) se basan en una lectura parcial y subjetiva de la reforma, (ii) están fundadas en premisas que no son ciertas, como que las regalías pertenecen a las entidades territoriales, y (iii) no logran demostrar la existencia de la alegada sustitución, en particular, que los principios de descentralización y autonomía son remplazados por otros elementos definitorios. En su criterio, en realidad el demandante lo que pretende es un control material del acto legislativo para el que la Corte no tiene competencia.

Reiteran que no es cierto que las regalías pertenezcan a las entidades territoriales; recuerdan que estas entidades solamente tienen un derecho de participación que no es anulado por el acto legislativo, sino antes bien armonizado con otros principios constitucionales. También señalan que la reforma no elimina las asignaciones directas a las entidades territoriales productoras o portuarias.

Finalmente, afirman que no es cierto que la reforma anule el poder de decisión de las entidades territoriales sobre el destino de su participación en las regalías y sus prioridades de desarrollo. A juicio de los intervinientes, el acto legislativo respeta los elementos deliberativos, representativos y participativos de nuestro modelo constitucional, por lo que solamente (i) introduce un mecanismo de control concurrente en el que participa el gobierno nacional junto con los gobiernos locales; y (ii) establece reglas que exigen a las entidades territoriales un mayor esfuerzo para la estructuración de los proyectos de inversión.

6. A partir de los argumentos expuestos la Sala debe, en primer término, pronunciarse acerca de la aptitud del cargo de constitucionalidad planteado en la demandada de la referencia, ello en razón de la solicitud planteada en ese sentido por un grupo de intervinientes y el Procurador General. Luego, en caso que la censura propuesta cumpla con las condiciones argumentativas exigidas, deberá determinar si el Congreso, al expedir el acto legislativo 05 de 2011, incurrió en un vicio de competencia consistente en la sustitución de aspecto estructural de la Constitución.

Para resolver estos asuntos, la Corte adoptará la siguiente metodología: Habida cuenta que

la jurisprudencia constitucional ha cualificado la acción pública de inconstitucionalidad cuando el cargo está basado en la presunta sustitución de la Constitución por parte de acto legislativo, en primera instancia se hará una exposición general sobre ese ámbito de control judicial de las reformas constitucionales, para después determinar la aptitud de la demanda de la referencia. Luego, la Sala presentará los argumentos que sustentan la conclusión según la cual el grado de autonomía constitucional de las entidades territoriales es uno de los elementos estructurales de la Constitución Política. Por último, se adelantará el juicio de sustitución respecto del acto legislativo acusado, con el fin de determinar si la enmienda constitucional acusada sustituye el mencionado eje definitorio de la Carta Política.

Control constitucional respecto de los actos reformativos de la Constitución por exceso en el poder de reforma

Premisas de la doctrina de los límites competenciales del poder de reforma de la Constitución

7. De acuerdo con el artículo 379 C.P., los actos legislativos solamente pueden ser declarados inconstitucionales por violación de las reglas previstas en el título XIII de la Constitución[2]. Esta disposición y el artículo 241-1 superior determinan entonces que la Corte Constitucional puede ocuparse de demandas ciudadanas contra actos que reformen la Constitución, pero que en tal caso su competencia se limita a examinar los vicios de procedimiento que se hayan presentado en su formación.

La jurisprudencia constitucional ha reconocido que el procedimiento de formación de las reformas constitucionales comprende, entre otros aspectos, la competencia de los órganos o instancias con poder de reforma como presupuesto necesario del procedimiento. En este orden de ideas, esta Corporación ha señalado que es competente para examinar que el poder de reforma haya sido ejercido dentro de los límites competenciales que se desprenden de la propia Carta con el fin de que, mediante el poder de reforma, no se sustituya la Constitución.

8. La Corte introdujo esta doctrina en la sentencia C-551 de 2003[3], cuando estudió la constitucionalidad de la Ley 796 de 2003 por medio de cual se convocaba un referendo para someter a consideración del pueblo un proyecto de reforma constitucional. La Sala explicó en esa oportunidad que la competencia de los órganos con poder de reforma es una

premisa del procedimiento[4] -aunque la competencia también se proyecte sobre el contenido material de las decisiones-, de modo que en atención a que la Corte tiene competencia para verificar el proceso de formación y es su obligación guardar la integridad y supremacía de la Carta, puede declarar la inconstitucionalidad de una reforma constitucional por vicios de competencia. Además, el Pleno aclaró que pese a que nuestra Carta no contiene cláusulas pétreas ni principios intangibles[5], de su naturaleza sí se desprenden límites competenciales para el ejercicio del poder de reforma[6]. En esta sentencia se sentaron entonces las bases de la doctrina de los límites competenciales del poder de reforma, cuyos elementos más importantes se resumen a continuación:

8.1. La doctrina referida parte de la diferenciación entre poder constituyente y poder de reforma. La Corte ha entendido que el poder constituyente es aquel inherente al soberano -que en nuestro caso es el Pueblo- y que, debido a su naturaleza originaria -origen del Estado mismo-, puede crear cualquier diseño constitucional. Por el contrario, el poder de reforma es un poder constituido y derivado y, en consecuencia, sujeto a los límites impuestos por el constituyente original[7].

8.2. Además, la Corte ha diferenciado entre reforma, sustitución y otros fenómenos. Al respecto, ha señalado que reforma hace referencia a la modificación expresa de los textos constitucionales[8]. La reforma es diferente a la mutación, la cual se presenta cuando hay una transformación en la configuración del poder político, sin que dicha transformación se registre en el texto constitucional[9]. Otro fenómeno ligado es el de la destrucción, el cual "(...) se produce cuando se suprime la Constitución existente y esa supresión está acompañada de la del poder constituyente en que la Carta se basaba"[10]. La supresión de la Constitución se diferencia de la destrucción en que se conserva el poder constituyente en el que la Constitución suprimida se basa, lo que produce resquebrajamiento de la continuidad jurídica; el poder constituyente adopta entonces una nueva constitución en la que actúa como constituyente originario[11]. Otro fenómeno importante es el quebrantamiento de la Constitución, el cual hace alusión a la "(...) la violación de prescripciones constitucionales 'para uno o varios casos determinados, pero a título excepcional, es decir, bajo el supuesto de que las prescripciones quebrantadas, siguen inalterables en lo demás, y, por lo tanto, no son ni suprimidas permanentemente, ni colocadas temporalmente fuera de vigor"[12]. Finalmente, la Corte se ha referido a la suspensión de la Constitución, que se produce "(...) cuando 'una o varias prescripciones son

provisionalmente puestas fuera de vigor”[13]; esta situación puede o no estar prevista en la Constitución.

8.3. De otro lado, la sustitución consiste en (i) el remplazo de la Constitución -o de alguno de sus ejes definitorios- por un modelo constitucional diferente, (ii) en ejercicio del poder de reforma[14]. En este sentido, en la sentencia C-1200 de 2003[15] la Corte indicó que la sustitución implica un cambio de tal magnitud y trascendencia material, que conduce a transformar la “forma de organización política” en una diferente. Preciso que para poder establecer “el perfil básico” de la Constitución, es necesario identificar sus principios esenciales o definitorios. En concordancia, en la sentencia C-588 de 2009, la Corte agregó que la sustitución “(...) es un remplazo de la Constitución en términos materiales e implica franca oposición entre lo nuevo y lo anterior”.

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la sustitución puede ser total o parcial. La sustitución parcial se presenta cuando hay una transformación trascendental de alguno o algunos de los componentes o ejes definitorios de la Constitución, lo cual la convierte en algo diferente[16]. En cambio, la sustitución total se refiere a todo el diseño constitucional -a la Constitución como un todo[17]-; en este orden de ideas, como se señaló en la sentencia C-588 de 2009, la supresión puede ser una forma de sustitución total.[18]

La sustitución también puede ser temporal o definitiva. La primera ocurre cuando se deroga temporalmente uno de los ejes definitorios, lo cual transforma la identidad de la Carta Política y la hace irreconocible por un lapso de tiempo[19].

Una suspensión y el quebrantamiento introducidos mediante el poder de reforma también pueden ser una sustitución, cuando el régimen de excepcionalidad que se crea es incompatible completamente con el modelo constitucional vigente, como explicó la Corte en la sentencia C-588 de 2009.

9. La tercera premisa de la doctrina de los límites competenciales es que el poder de reforma, en tanto poder constituido, se encuentra sujeto a controles. En este sentido, en la sentencia C-551 de 2003 se resaltó que el poder de reforma es un poder constituido que debe ejercerse de conformidad con los parámetros establecidos en la Carta y que, por tanto, también está sujeto a controles. Por ejemplo, los artículos 374 y siguientes de la Constitución regulan los modos de reforma de la Carta (acto legislativo, referendo y

Asamblea Constituyente) y los procedimientos para el efecto.

10. Con fundamento en las ideas anteriores, a partir de la sentencia C-551 de 2003, la Corte ha concluido (i) que el poder de reforma no tiene competencia para sustituir la Constitución, sino solamente para hacer revisiones dirigidas a ajustar el diseño constitucional según las exigencias de los cambios políticos, económicos, sociales, etc., y (ii) la infracción de tal límite competencial puede ser controlado por la Corte Constitucional[20].

El juicio de sustitución como modalidad del control constitucional de los actos legislativos

11. Para determinar si efectivamente una reforma ha sustituido la Constitución, la Corte ha señalado varias pautas recogidas desde la sentencia C-970 de 2004[21] bajo el nombre de “juicio de sustitución”. Esta metodología de escrutinio está construida bajo la forma de un silogismo, cuya premisa mayor es el elemento esencial o de la identidad de la Constitución que se alega sustituido, y la premisa menor es el contenido y alcance de la reforma constitucional acusada. Para llegar a la conclusión de si ha habido o no sustitución, la jurisprudencia constitucional exige confrontar si la premisa menor significa o no un remplazo y desnaturalización de la premisa mayor.

11.1. La Corte ha indicado que la premisa mayor debe hacer referencia a un elemento definitorio de la Constitución que se alega es sustituido. En los términos de la sentencia C-1040 de 2005, para construir esa premisa es necesario “(...) (i) enunciar con suma claridad cuál es dicho elemento, (ii) señalar a partir de múltiples referentes normativos cuáles son sus especificidades en la Carta de 1991[22] y (iii) mostrar por qué es esencial y definitorio de la identidad de la Constitución integralmente considerada. Solo así se habrá precisado la premisa mayor del juicio de sustitución, lo cual es crucial para evitar caer en el subjetivismo judicial. Luego, se habrá de verificar si (iv) ese elemento esencial definitorio de la Constitución de 1991 es irreductible a un artículo de la Constitución, – para así evitar que éste sea transformado por la propia Corte en cláusula pétrea a partir de la cual efectúe un juicio de contradicción material- y si (v) la enunciación analítica de dicho elemento esencial definitorio no equivale a fijar límites materiales intocables por el poder de reforma, para así evitar que el juicio derive en un control de violación de algo supuestamente intangible, lo cual no le compete a la Corte.”

Para llevar a cabo esta labor, la jurisprudencia de esta Corte ha destacado la importancia de acudir (i) a los principios y valores constitucionales y los que se desprenden del bloque de constitucionalidad[23]; (ii) la doctrina más importante en materia constitucional y de teoría política[24]; (iii) las experiencias de otros Estados con modelos constitucionales similares al colombiano[25]; y (iv) la jurisprudencia constitucional[26].

Además, según la jurisprudencia constitucional, es necesario examinar la relación de un presunto eje definitorio con los demás preceptos constitucionales.[27]

11.2. De otro lado, la construcción de la premisa menor supone examinar el propósito de la reforma, su alcance dentro del sistema de valores y principios constitucionales y su posible impacto en términos de vigencia de los elementos definitorios de la Carta.

11.3. Finalmente, el tercer paso del juicio, de acuerdo con la sentencia C-1040 de 2005, exige analizar si el elemento esencial definitorio de la Constitución identificado en la primera fase ha sido “(...) (vi) reemplazado por otro -no simplemente modificado, afectado, vulnerado o contrariado- y (vii) si el nuevo elemento esencial definitorio es opuesto o integralmente diferente, al punto que resulte incompatible con los elementos definitorios de la identidad de la Constitución anterior.”

Ejemplos de elementos definitorios de la Carta Política, identificados en el juicio de sustitución

12. Como ha resaltado la Corte en varias oportunidades, el concepto de sustitución es una idea en construcción; no existen criterios únicos que permitan a la Corte en términos generales señalar las hipótesis que constituyen una sustitución. Sin embargo, la Corte en su jurisprudencia ha señalado algunos ejemplos de ejes definitorios de la Carta que pueden guiar esta tarea.

12.1. Así, en la sentencia C-551 de 2003 se explicó a modo de ejemplo, que existiría un exceso si el poder de reforma se emplea para “(...) sustituir el Estado social y democrático de derecho con forma republicana (CP art. 1º) por un Estado totalitario, por una dictadura o por una monarquía”[28], con lo que la Corte reconoció que el modelo de Estado Social y Democrático de Derecho define nuestro diseño constitucional.

12.2. En la sentencia C-1040 de 2005, la Sala Plena enunció otros ejemplos como (i) la separación de poderes con colaboración armónica y un sistema de frenos y contrapesos, (ii) la organización como república unitaria, descentralizada y con autonomía de sus entidades territoriales, (iii) el sistema político democrático, participativo y pluralista, (iv) la forma de gobierno presidencial y (v) el principio de supremacía constitucional.

La Sala Plena afirmó que, por ejemplo, se sustituiría el modelo de Estado Social de Derecho en caso que, sin alterar la declaración formal contenida en el artículo primero, se suprime "(...) la garantía constitucional de los derechos sociales económicos y culturales, así como del principio de igualdad." Sin embargo, precisó que "(...) no toda alteración del principio del Estado Social puede tenerse como una sustitución de Constitución, porque el concepto, en sus distintos componentes, admite matices y diferentes aproximaciones."

En relación con la forma de gobierno presidencial, la Corte distinguió entre elementos definitorios y elementos accidentales, y entre los últimos incluyó la posibilidad de reelección por una sola vez. A partir de esta distinción, concluyó que la decisión sobre la posibilidad de reelección por una sola vez está ligada solamente a consideraciones de conveniencia, y no representaba en las condiciones de la reforma bajo estudio una sustitución.

Finalmente, la Corte explicó que uno de los elementos esenciales de la separación de poderes y del sistema democrático es que funciones legislativas de tal envergadura como la definición de aspectos electorales y las garantías de la oposición -materia que por su importancia el Constituyente de 1991 las sujetó a reserva de ley estatutaria- no pueden encargarse a un órgano judicial, con sucede con el Consejo de Estado-, sin naturaleza representativa y sin sujeción a controles políticos y jurisdiccionales. Por estas razones la Corte declaró inexecutable el párrafo transitorio del artículo 4 del acto legislativo 02 de 2004, el cual encargaba al Consejo de Estado que, en defecto del Congreso o ante la declaración de inexecutable de la ley que expidiera el Congreso, regulara aspectos necesarios para la entrada en vigencia de la reforma en un horizonte temporal preestablecido.

La Corte observó que el párrafo mencionado (i) sustraía de manera temporal la regulación de un específico proceso electoral, sometido a reserva de ley estatutaria, del ámbito de competencia legislativa; (ii) encargaba la expedición de la regulación a un órgano

de la rama judicial –el Consejo de Estado- sin naturaleza representativa; (iii) permitía que la regulación se expidiera sin sujeción a un procedimiento preestablecido y público que garantizara la participación ciudadana; y (iv) excluía la regulación del control político y del control constitucional. En este orden de ideas, concluyó que ese aparte de la reforma sustituía parcial y temporalmente la Constitución, en particular los principios de división de poderes y de supremacía constitucional; a juicio de la Corte, este último era remplazado por “la soberanía transitoria del legislador extraordinario sin origen, composición o funcionamiento democráticos”: el Consejo de Estado.

Sobre este último particular, la Corte expresó que “(...) la norma de la reforma anteriormente citada, al establecer un poder legislativo carente de controles, y sin origen, composición y funcionamiento democráticos, con la facultad de definir los derechos fundamentales determinantes para la distribución del poder público, le introduce a la Constitución un elemento que es integralmente diferente a los que definen la identidad de la Carta adoptada por la Asamblea Constituyente en representación del pueblo soberano en 1991. En efecto, un poder legislativo de esas características es integralmente diferente a un legislador sometido a la Constitución, elegido por el pueblo y representativo del pluralismo social y político, que se limita a legislar sin luego aplicar él mismo en controversias concretas la normas por él expedidas, y sometido a un sistema de frenos y contrapesos oportunos para evitar o invalidar la restricción arbitraria de los derechos constitucionales fundamentales de todos los colombianos.”[29]

12.3. En la sentencia C-588 de 2009, la Corte concluyó que la carrera administrativa es un elemento que define nuestro modelo constitucional y que tiene un nexo intrínseco con el adecuado cumplimiento de los fines del Estado y la igualdad. En ese fallo, se identificaron como características esenciales de ese elemento, entre otros, el principio del mérito como criterio de acceso a la función pública, el cual se traduce en la obligación de adelantar concursos públicos por regla general, el principio de igualdad de oportunidades y la prohibición de acceso automático a cargos de carrera. La Corte concluyó que el acto legislativo 01 de 2008 sustituía este principio por un derecho de inscripción extraordinaria basado en el privilegio de ocupar un cargo como provisional o encargado, es decir, por la prevalencia de la experiencia, con lo que se configuraba una sustitución parcial de la Constitución[30].

12.4. Del mismo modo, en la sentencia C-141 de 2010[31], ahondándose en las ideas expuestas en el fallo C-1040 de 2005, la Corte concluyó que la posibilidad de una segunda reelección consecutiva del Presidente de la República sustituye el sistema de gobierno presidencial, en tanto conduce al quebrantamiento de la regla de alternación en el ejercicio del poder público (cuyas finalidades son, entre otras, evitar la concentración de poder presidencial y permitir controles entre los distintos poderes -sistema de frenos y contrapesos-), el principio de igualdad de oportunidades para acceder al cargo de Presidente, los derechos de las minorías políticas que no se encuentran en el poder, la libertad del electorado y el pluralismo institucional y político, entre otros. A juicio de la Corte, la alteración de estos principios y reglas con una segunda reelección inmediata sería de tal gravedad, que la reforma haría la Constitución irreconocible.

12.5. En la sentencia C-303 de 2010[32], a propósito de una demanda contra el párrafo transitorio 1° del acto legislativo 01 de 2009 que permitía, en los plazos y condiciones allí previstos, que los miembros de corporaciones públicas se inscribieran en un partido distinto al que los avaló, sin necesidad de renunciar a la curul o incurrir en doble militancia, la Corte resaltó que los principios de soberanía popular, democracia participativa y participación democrática son aspectos definitorios de la Constitución Política de 1991, y que la doble militancia y el transfuguismo constituyen graves afectaciones de tales principios[33].

12.6. Más recientemente, en la sentencia C-288 de 2012[34], al examinar una demanda contra el acto legislativo 03 de 2011 -que introdujo el criterio de sostenibilidad fiscal-, la Corporación reiteró que la separación de poderes -una de cuyas manifestaciones principales es la autonomía y la independencia de las autoridades judiciales- y la cláusula de Estado Social de Derecho son aspectos estructurales de la Constitución[35]. En particular, la Sala Plena señaló a la luz de la jurisprudencia constitucional que el principio de separación de poderes es remplazado cuando "(...) a través de un acto legislativo (i) se suplanta una de las ramas del poder, a través de la asignación de sus competencias a otros órganos; y, a su vez; (ii) ese traslado de competencia genera que el acto jurídico resultante quede excluido de los controles que la misma Constitución prevé, en especial el control judicial."

Luego agregó que los contenidos principales del principio de separación de poderes son,

entre otros: “(i) la delimitación precisa, mediante reglas jurídicas, de las competencias de cada uno de los poderes, junto con la definición de su estructura institucional; (ii) la aplicación de dicho principio para el cumplimiento de la doble función de racionalización de la actividad del Estado y protección de los derechos y libertades de los ciudadanos ante la arbitrariedad propia de todo poder omnímodo; y (iii) la incorporación de mecanismos para el funcionamiento del sistema de frenos y contrapesos, agrupados en los criterios de colaboración armónica y de controles recíprocos o interorgánicos”.

12.7. Finalmente, en la sentencia C-1056 de 2012[36], con ocasión de una demanda contra el acto legislativo 01 de 2011 el cual excluyó la sanción de pérdida de investidura por infracción del régimen de conflicto de intereses en los casos en los que los congresistas participan en el trámite de actos legislativos, la Corte sostuvo que son elementos definitorios de la Carta la moralidad pública, la prevalencia del interés general, el deber de los congresistas de actuar en procura de la justicia y el bien común, y la posibilidad de que los electores controlen la actuación de los elegidos, entre otros. A juicio de la Corporación, estos principios axiales de nuestro diseño constitucional se manifiestan en el régimen de conflicto de intereses y en sanciones como la pérdida de investidura de los congresistas. Teniendo en cuenta que la reforma constitucional demandada afectaba gravemente tales ejes definitorios, así como el principio de separación de poderes, al punto que representaba una sustitución parcial de la Carta, la Corte declaró inexecutable el acto legislativo censurado.

Existencia de cargo de inconstitucionalidad por vicio de competencia

13. La metodología del juicio de sustitución, en los términos expuestos, cualifica la acción pública de inconstitucionalidad, dirigida a demostrar la existencia de un vicio de competencia en la expedición de actos legislativos. Así, en concordancia con las consideraciones previas, la jurisprudencia constitucional ha resaltado que cuando un ciudadano demanda una reforma constitucional, dado el carácter restrictivo del control que puede ejercer la Corte Constitucional en esos casos, el demandante debe cumplir con una carga argumentativa mayor.

Por ende, además de indicar con precisión el objeto de la demanda -la reforma constitucional-, las razones por las cuales la Corte es competente para conocer de ella y el

concepto de violación expresado por medio de argumentos claros, específicos, ciertos, pertinentes y suficientes, el demandante debe, en los términos de la sentencia C-1200 de 2003, "(...) demostrar que la magnitud y trascendencia de dicha reforma conducen a que la Constitución haya sido sustituida por otra. No basta con argumentar que se violó una cláusula constitucional preexistente, ni con mostrar que la reforma creó una excepción a una norma superior o que estableció una limitación o restricción frente al orden constitucional anterior. El actor no puede pedirle a la Corte Constitucional que ejerza un control material ordinario de la reforma como si ésta fuera inferior a la Constitución. Esto es fundamental para delimitar el alcance del control atribuido al juez constitucional".

14. En esta oportunidad, la Sala considera que la demanda del ciudadano Abuchaibe Escobar cumple con los requisitos antes señalados y, en consecuencia, a diferencia de lo que sostienen varios intervinientes, la Corte debe emitir un pronunciamiento de fondo. En efecto, el demandante identifica con claridad el objeto demandado –el acto legislativo 05 de 2011-, explica las razones por las cuales la Corte es competente a la luz del artículo 241-1 C.P., así como los argumentos por los que considera que el acto acusado representa una sustitución parcial de los principios de descentralización y autonomía de las entidades territoriales, los cuales, en su criterio, son definitorios de nuestro modelo constitucional.

Además, este último argumento lo desarrolla con sujeción a la doctrina de los límites competenciales del poder de reforma y bajo la estructura del juicio de sustitución. Así, el demandante afirma que los principios de descentralización y autonomía de las entidades territoriales son un eje definitorio de nuestra Carta Política, el cual comprende, entre otros contenidos, la facultad de las entidades territoriales de definir sus proyectos y prioridades de desarrollo y administrar sus recursos con el fin de alcanzar tales metas, y la garantía de sostenibilidad de la inversión y los gastos sociales de las entidades territoriales, los cuales son fundamentales para atender las necesidades básicas insatisfechas de su población. A continuación, indica, en su criterio, cuál es el alcance de la reforma frente a los principios de descentralización y autonomía, y finalmente, proporciona varios argumentos dirigidos a demostrar que la reforma en realidad se opone tangencialmente a los principios mencionados, al punto que los transforma en otros propios de un modelo netamente centralista.

En este orden de ideas, la Sala concluye que la demanda es apta para propiciar un

pronunciamiento de fondo a la luz de la doctrina de los límites competenciales del poder de reforma. En consecuencia, solucionado este aspecto preliminar, la Corte presentará a los argumentos que permiten concluir que el grado de autonomía que la Constitución confiere a las entidades territoriales es un eje estructural de la Carta Política y, en consecuencia, toma la forma de límite al ejercicio del poder de reforma del legislativo.

El Estado unitario con descentralización y autonomía de las entidades territoriales como elemento definitorio de la Constitución

La descentralización y la autonomía de las entidades territoriales como herramientas para el desarrollo y la promoción de la democracia

15. Conforme al artículo 1º de nuestra Constitución, Colombia es “(...) un Estado social de derecho organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales”. La adopción de este modelo fue producto de un profundo rechazo de los constituyentes de 1991 al modelo centralista que rigió al amparo de la Constitución de 1886[37]. A lo largo de los debates que se llevaron a cabo en las comisiones 1ª y 2ª de la Asamblea Nacional Constituyente, se hizo palpable tal rechazo y la preocupación de los constituyentes por la grave situación y abandono en que se hallaban las regiones[38]. Así se materializó el artículo 1º de la Constitución.

En efecto, de los debates de la Asamblea se deduce que la adopción de la descentralización y la autonomía perseguían al menos los siguientes propósitos:

15.1. En primer lugar, promover el desarrollo local y regional, y conseguir importantes cometidos del Estado social de derecho como la justicia social, la equidad en la distribución de los recursos y la erradicación de la pobreza[39]. De ahí que se entregaran importantes funciones en materia de justicia social a las entidades territoriales, como se explicará más adelante.

En segundo lugar, otorgar facultades a las comunidades para la gestión de sus propios asuntos como medida de promoción de la democracia participativa. Por ello el nuevo texto constitucional previó la elección popular de alcaldes y gobernadores, así como varios mecanismos de participación directa a nivel local como la consulta popular, el cabildo abierto, etc.[40]

15.2. El modelo de Estado descentralizado y con autonomía de las entidades territoriales es desarrollado a lo largo de varias disposiciones constitucionales. El artículo 286 C.P. dispone que las entidades territoriales son los departamentos, distritos, municipios y territorios indígenas. Igualmente, determina que la ley también podrá darle tal naturaleza jurídica a regiones y provincias. El artículo 311 C.P. indica que el municipio es entidad fundamental de la división político-administrativa del Estado. De este modo, le encarga de forma directa “(...) prestar los servicios públicos que determine la ley, construir las obras que demande el progreso local, ordenar el desarrollo de su territorio, promover la participación comunitaria, el mejoramiento social y cultural de sus habitantes y cumplir las demás funciones que le asignen la Constitución y las leyes”. El artículo 287 C.P. prevé que “las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, dentro de los límites de la Constitución y la ley”. En virtud de dicha autonomía, el precepto señala que las entidades territoriales tienen los siguientes derechos: gobernarse por autoridades propias, ejercer las competencias que les correspondan, administrar sus recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones, y participar en las rentas nacionales. A su turno, el artículo 288 C.P. dispone que debe expedirse una ley orgánica que regule el ordenamiento territorial -la naturaleza de esta ley da cuenta de la importancia de la materia-, y dispone los siguientes principios para regular las relaciones entre los distintos niveles de gobierno: coordinación, concurrencia y subsidiariedad.

16. A partir de estos preceptos y otros, la jurisprudencia constitucional ha diferenciado los conceptos de descentralización y autonomía. La descentralización ha sido caracterizada como la técnica de administración en virtud de la cual se produce un traspaso de funciones y atribuciones del poder central a entidades periféricas, para que las ejerzan con un amplio grado de libertad. Su finalidad es la eficiencia de la administración y su objeto son las funciones de naturaleza administrativa en cabeza de las entidades territoriales.

El núcleo esencial de la autonomía

17. La jurisprudencia ha señalado que el núcleo esencial de la autonomía de las entidades territoriales está compuesto por las siguientes prerrogativas:

17.1. Derecho de las entidades territoriales a gobernarse por autoridades propias

Con el reconocimiento de esta facultad de las entidades territoriales, el constituyente de

1991 buscó la ruptura de las tutelas jerárquicas, y permitir a los territorios gobernarse por funcionarios elegidos por sus propios habitantes

Las autoridades propias previstas por la Constitución para los departamentos son las asambleas (artículo 299 C.P.) y el gobernador (artículo 303 C.P.), mientras en el municipio son el concejo (artículo 312 C.P.) y el alcalde (314 C.P.), entre otras.

Las asambleas y los concejos, como corporaciones político-administrativas de elección popular, deben ejercer control político sobre la administración departamental o municipal, y cumplir funciones específicas tales como: reglamentar la prestación de los servicios a cargo de cada nivel territorial, adoptar los planes y programas de desarrollo económico y social, y de obras públicas, decretar, de conformidad con la ley, los tributos y contribuciones necesarias para el cumplimiento de las funciones del departamento o municipio, expedir el presupuesto anual de rentas y gastos, determinar la estructura de la administración departamental o municipal, y reglamentar otros asuntos propios de los servicios a cargo del respectivo nivel de gobierno (artículos 300 y 313 C.P.).

De otro lado, los gobernadores -cuya elección popular fue introducida por la nueva Constitución- y alcaldes, como jefes de la administración departamental y municipal, respectivamente, tienen funciones relacionadas con: hacer cumplir la normativa, incluidas las decisiones de las asambleas y concejos, el mantenimiento del orden público, la dirección administrativa del respectivo nivel de gobierno, la elaboración de los proyectos de plan de desarrollo y presupuesto, entre otras (artículos 305 y 318 C.P.).

17.2. Derecho de las entidades territoriales a gestionar sus propios intereses y ejercer las competencias que les correspondan

El artículo 298 C.P. reconoce la autonomía de los departamentos “para la administración de los asuntos seccionales y la planificación y promoción del desarrollo económico y social dentro de su territorio en los términos establecidos por la Constitución”. A su turno, el artículo 311 C.P. dispone que el municipio, como entidad fundamental de la división político-administrativa del Estado, “(...) le corresponde prestar los servicios públicos que determine la ley, construir las obras que demande el progreso local, ordenar el desarrollo de su territorio, promover la participación comunitaria, el mejoramiento social y cultural de sus habitantes y cumplir las demás funciones que le asignen la Constitución y las leyes”, es

decir, es encargado de las responsabilidades más importantes en material de servicios y promoción del desarrollo. Además, es importante mencionar que fue un propósito deliberado de los constituyentes descentralizar la prestación de los servicios de salud y educación, fundamentales para la construcción de capital humano y para la erradicación de la pobreza.[42]

A su vez, la Corte Constitucional ha entendido que en virtud del derecho de las entidades territoriales a gestionar sus intereses, éstas tienen por ejemplo la potestad de expedir regulaciones sobre los asuntos particulares de su competencia, dentro de los parámetros que señale la ley.[43] En este orden de ideas, la intervención del poder central en los asuntos locales debe ser excepcional y debe estar plenamente justificada.[44]

17.3. Derecho de las entidades territoriales a establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones y a participar en las rentas nacionales

Para hacer efectiva la descentralización y la autonomía, la Constitución previó una amplia gama de recursos dirigidos a fortalecer los fiscos de las entidades territoriales, pues sólo de esta forma podrían cumplir los amplios cometidos que les encargó el constituyente. En otras palabras, para los constituyentes de 1991 era claro que la autonomía y la descentralización no pueden lograrse si las entidades territoriales no cuentan con suficientes recursos para cumplir las funciones –mayores– que les fueron atribuidas y que impactan directamente en la distribución del ingreso y la erradicación de la pobreza. Esta preocupación quedó expresamente plasmada en el artículo 356 C.P., según el cual “no se podrá descentralizar competencias sin la previa asignación de los recursos fiscales suficientes para atenderlas”.

Prueba de esta preocupación de los constituyentes se encuentra, por ejemplo, en la ponencia “Hacienda Pública y Presupuesto” presentada por los constituyentes Carlos Rodado Noriega, Jesús Pérez González-Rubio y Helena Herrán de Montoya, ante la Comisión Quinta. En dicho documento, los constituyentes manifestaron:

“Así como toda la propuesta se encamina a distribuir recursos y fortalecer financieramente a las entidades territoriales las entidades territoriales, estas medidas deben armonizarse con severos mecanismos de control fiscal, llegando inclusive al control de resultados que apoyan numerosos proyectos, de manera que se garantice el transparente manejo de las

finanzas públicas y se impongan drásticas sanciones contra quien haga indebido uso de los recursos del Estado.

El compromiso del Estado con un programa creciente de devolución de recursos a las entidades territoriales, al aseguramiento de ingresos netos adicionales significativos para el municipio, la garantía al financiamiento de los servicios públicos esenciales y una política general de redistribución de los ingresos estatales, fundada en el criterio de necesidades básicas insatisfechas, son los cimientos de un plan de desarrollo con hondo contenido social y, por tanto, elementos indispensables de una estrategia capaz de afianzar nuestro sistema democrático y de alcanzar la paz entre los colombianos”[45]

Luego, en ponencia para primer debate en plenaria de la Asamblea, los constituyentes Álvaro Cala Hederich, Helena Herrán de Montoya, Mariano Ospina Hernández, Jesús Pérez González-Rubio, Carlos Rodado Noriega y Germán Rojas Niño resaltaron:

“La gran mayoría de los proyectos aboga por el fortalecimiento financiero de las entidades territoriales. Todos conocen el desequilibrio existente entre los recursos y las competencias seccionales y locales. La brecha es de tal magnitud que la mejor de las reformas posibles apenas podría aspirar a la aplicación de precarios paliativos. (...)

De otro lado, la Nación se ha quedado con los impuestos más dinámicos y los municipios, en cambio, con las responsabilidades más dinámicas, lo cual imprime un carácter aún más crítico a la cuestión del ordenamiento territorial y de las respectivas finanzas. Es urgente romper el círculo vicioso mediante la creación de nuevas condiciones para el progreso, y la promoción del desarrollo equilibrado de todas las regiones del país. En este punto nos parece pertinente precisar que la solución no se encuentra por la vía de la denominada soberanía fiscal de municipios y departamentos. Ese camino podría anarquizar la estructura y la política fiscal del país y generar incontenibles cascadas tributarias.

Por todo lo anterior se ha encontrado preferible preservar el principio de ‘autonomía fiscal’ de las entidades territoriales, fortaleciéndolo con la elevación a canon constitucional de la titularidad de los recursos tributarios municipales y departamentales hoy existentes y de las participaciones o cesiones en ingresos nacionales ordenadas a favor de las entidades territoriales.”[46]

En concordancia, varias disposiciones constitucionales previeron distintas fuentes de recursos para las entidades territoriales. Por ejemplo, el artículo 317 C.P. reserva a los municipios uno de los tributos más importantes en la estructura fiscal del país: el impuesto predial, en tanto señala que “solo los municipios podrán gravar la propiedad inmueble”. El artículo 356 C.P. en su texto original preveía la figura del situado fiscal, entendido como un porcentaje de los ingresos corrientes de la Nación que era cedido a los departamentos y distritos para financiar los servicios de educación y salud, mientras el artículo 357 C.P. en la versión original establecía el derecho de los municipios a participar en los ingresos corrientes de la Nación. Estas dos fuentes de transferencias fueron luego remplazadas por un sistema unificado –el Sistema General de Participaciones– en virtud del acto legislativo 01 de 2001, el cual estableció que los recursos debían ser destinados por las entidades territoriales a la “(...) financiación de los servicios a su cargo, dándoles prioridad al servicio de salud, los servicios de educación, preescolar, primaria, secundaria y media, y servicios públicos domiciliarios de agua potable y saneamiento básico”. A su turno, el artículo 360 C.P. consagra el derecho de las entidades territoriales a participar en las regalías, y el artículo 362 C.P. señala que pueden recibir recursos tributarios y no tributarios derivados de la explotación de monopolios rentísticos.

El artículo 295 C.P. también prevé la posibilidad de que las entidades territoriales puedan acudir a recursos de endeudamiento, pues les permite emitir títulos y bonos de deuda pública con sujeción a las condiciones del mercado financiero, y contratar crédito externo de conformidad con la ley que regule la materia.

Otros preceptos constitucionales disponen protecciones especiales de los recursos de las entidades territoriales frente a injerencias del poder central. En este sentido, el artículo 294 C.P. dispone que “la ley no podrá conceder exenciones ni tratamientos preferenciales en relación con los tributos de propiedad de las entidades territoriales”. Por su parte, el inciso segundo del artículo 362 C.P. indica que “los bienes y rentas tributarias o no tributarias o provenientes de la explotación de monopolios de las entidades territoriales, son de su propiedad exclusiva y gozan de las mismas garantías que la propiedad y renta de los particulares” y “los impuestos departamentales y municipales gozan de protección constitucional y en consecuencia la ley no podrá trasladarlos a la Nación, salvo temporalmente en caso de guerra exterior.”

La jurisprudencia constitucional ha clasificado estos recursos en dos grupos de acuerdo con su origen y la competencia del legislador para intervenir en la fijación de su destino: rentas endógenas y rentas exógenas. Las primeras son aquellas que por derecho propio corresponden a las entidades territoriales, las segundas son cesiones de rentas que les hacen la Nación o el Estado.

Las fuentes endógenas son a su vez divididas en tributarias y no tributarias. Hacen parte de las rentas tributarias el recaudo de impuestos como el predial y el de industria y comercio. De otro lado, son rentas no tributarias los ingresos contractuales, por multas, los recursos de deuda y los obtenidos de monopolios rentísticos.

Los constituyentes de 1991 buscaron que las rentas exógenas de las entidades territoriales, principalmente las transferencias previstas en los artículos 356 y 357 C.P. y las regalías, fueran destinadas a cumplir los objetivos del artículo 366 C.P., es decir, a atender las necesidades básicas insatisfechas y a garantizar la prestación de servicios esenciales como la salud, la educación, el saneamiento básico y el agua potable -prioritarios y principales en el Estado social de derecho-, objetivos cobijados por la amplia gama de funciones atribuidas por la nueva Constitución a las entidades territoriales.

Por esta razón, en materia de transferencias, el artículo 356 C.P. en su texto original señalaba que los recursos del situado fiscal debían destinarse principalmente a salud y educación, mientras el artículo 357 C.P. indicaba que la participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación se dedicaría a “áreas prioritarias de inversión social” definidas por la ley.

Estos preceptos constitucionales, en su versión original, también perseguían que los recursos de las transferencias fueran distribuidos teniendo en cuenta principalmente los niveles de pobreza de las entidades territoriales. En este orden de ideas, el artículo 357 establecía que el 60% de la participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación se distribuiría atendiendo al nivel de necesidades básicas insatisfechas de la población de cada municipio.

Finalmente, vale la pena resaltar que conscientes de que los recursos de transferencias previstos originalmente no eran suficientes para atender las funciones de las entidades territoriales en materia de servicios sociales básicos, los constituyentes previeron en el

artículo 356, en su texto primigenio, que “[e]l situado fiscal aumentar[ía]anualmente hasta llegar a un porcentaje de los ingresos corrientes de la Nación que permit[iera] atender adecuadamente los servicios para los cuales está destinado”, y en el artículo 357 que la participación de los municipios en los ingresos Corrientes de la Nación “se incrementar[ía], año por año, del catorce por ciento (14%) de 1993 hasta alcanzar el veintidós por ciento (22%) como mínimo en el 2001”.

El acto legislativo 01 de 2001, como ya se mencionó, unificó las transferencias bajo un único sistema –el Sistema General de Participaciones- con el fin de hacer más equitativa y eficiente la distribución de los recursos. El nuevo sistema mantuvo la filosofía de los constituyentes de 1991 en el sentido de que los recursos de las transferencias se destinen prioritariamente a garantizar servicios esenciales como la salud y la educación. El acto legislativo 04 de 2007 profundizó este propósito al señalar que los recursos del sistema también se destinarían a los servicios de saneamiento básico y agua potable, con énfasis en ampliación de la cobertura y la población más pobre.

Por otra parte, el constituyente de 1991 había previsto originalmente que las regalías –la configuración original será examinada con mayor detalle más adelante- serían repartidas exclusivamente entre las entidades territoriales con el fin principal de promocionar la minería, preservar el ambiente y “financiar proyectos regionales de inversión definidos como prioritarios en los planes de desarrollo de las respectivas entidades territoriales” (artículo 361 C.P. en su versión original).

17.5. Derecho de las entidades territoriales a administrar sus recursos

Esta prerrogativa de las entidades territoriales tiene al menos tres objetivos fundamentales: (i) permitirles cumplir sus funciones de acuerdo con la Constitución y la ley, (ii) planear y promover el desarrollo local, y (iii) contribuir a la democratización de las decisiones económicas. Sobre este último punto se manifestó durante los debates de la Asamblea Nacional Constituyente: “[l]as gentes quieren ser protagonistas mayores en las decisiones relativas al uso de los dineros públicos. Perciben, claramente, que la democratización política tiene que ir acompañada de una democratización de las decisiones económicas. Consideran, dentro de una nueva concepción, que sus municipios y departamentos son socios en la gran tarea de desarrollo del país”

A su vez, también debe resaltarse que la autonomía de las entidades territoriales para administrar los recursos varía según el origen de estos. Respecto de los recursos exógenos, en los términos explicados, la Corte ha señalado que el legislador puede intervenir en la definición de su destino, siempre y cuando se sujete al principio de proporcionalidad en relación con la autonomía de las entidades territoriales y “respete las prioridades constitucionales relativas a cada una de las distintas fuentes exógenas de financiación”[47]. Por el contrario, tratándose de recursos endógenos, la jurisprudencia constitucional ha resaltado que la intervención del legislador debe ser excepcional y perseguir un fin imperioso, como la defensa del patrimonio nacional cuando está seriamente amenazado o la protección de la estabilidad macroeconómica del país en circunstancias excepcionales.[48]

18. Con base los anteriores argumentos,[49] la Sala concluye que la descentralización administrativa con autonomía de las entidades territoriales es uno de los ejes definitorios de la Carta Política. En efecto, es claro que el Constituyente de 1991 tuvo como propósito explícito y definido modificar el Estado constitucional colombiano, a través de un aumento cuantitativo y cualitativo de las competencias de dichas entidades, lo que contrasta con un modelo de organización institucional de tendencia centralista, imperante en el régimen de 1886, incluso a pesar de las reformas introducidas en 1968.

Por lo tanto, adoptándose las categorías propias del juicio de sustitución, en lo que respecta a la conformación de la premisa menor, considera la Corte que el Congreso excedería su competencia para reformar la Constitución cuando, a través de un acto legislativo, subvierta el régimen de autonomía de las entidades territoriales, al punto que modifique la mencionada conformación institucional. Ello bien hacia el resquebrajamiento del grado de autonomía, conformándose un Estado unitario de carácter netamente centralista, o bien hacia una sustitución constitucional que elimine el principio de Estado unitario y prefiera una fórmula federal. Cada uno de estos extremos en el ejercicio del poder de reforma excedería la competencia congresional, pues introduciría un factor de mutaría la definición de Estado contemplada en la Carta Política.

19. El demandante, a partir de esta premisa, sostiene que el acto legislativo acusado incorpora una enmienda constitucional de esa naturaleza. Esto debido a que considera que el efecto de la reforma es privar a las entidades territoriales de un recurso exógeno, como

en su criterio son las regalías, a fin de distribuirlas a favor del Gobierno central y con el propósito de atender sus propios gastos, entre ellos los relacionados con la estabilización del déficit fiscal nacional.

Así, para dar respuesta a este interrogante, lo cual corresponde a la premisa menor del juicio de sustitución, la Sala adoptará la siguiente metodología. En primer lugar, definirá la naturaleza jurídica de las regalías, a partir de su tratamiento por parte de la jurisprudencia constitucional y con el fin de examinar la premisa de la demanda, según la cual la sustitución de la Carta tiene lugar, entre otros motivos, porque fueron redistribuidas rentas exógenas de los entes territoriales. En segundo lugar, analizará el contenido y alcance de la reforma acusada y, en particular, identificará el grado de modificación del régimen jurídico de distribución de las regalías. Finalmente, determinará si dicha modificación constitucional conlleva los efectos que plantea el actor, etapa del análisis en donde se efectuará el tercer paso del juicio de sustitución, según la metodología explicada en esta decisión.

Las regalías son un ingreso exógeno de las entidades territoriales, sometido al amplio grado de configuración legislativa

20. Como se indicó, el ciudadano Abuchaibe Escobar considera que la sustitución de la Constitución, en virtud del acto legislativo demandado, tiene origen en la modificación del modo de distribución de las regalías, que en su criterio impide el ejercicio de las competencias de las entidades territoriales, tornando al Estado hacia un modelo centralista. En ese orden de ideas, es necesario definir cuál es la relación entre los ingresos de las entidades territoriales y el régimen constitucional de las regalías. De manera específica, para efectos de la presente decisión, debe determinarse la titularidad jurídico constitucional de dichos recursos.

La regulación jurídica que la Constitución y el precedente de esta Corporación han previsto para las regalías, fue recientemente estudiada por la Corte en la sentencia C-748 de 2012,[50] razón por la cual la Sala hará uso de esa síntesis en el presente apartado.

21. Las regalías son comprendidas por el derecho constitucional como una contraprestación económica que recibe el Estado, en razón de la extracción de recursos naturales no renovables existentes en el subsuelo. Como lo ha explicado la jurisprudencia

reiterada, este concepto refiere a la “contraprestación económica que percibe el Estado de las personas a quienes se les concede el derecho a explotar los recursos naturales no renovables en determinado porcentaje sobre el producto bruto explotado [51]”[52] A su vez, de acuerdo con el mismo precedente, en lo que respecta al derecho a las compensaciones, este no necesariamente deriva de la participación en las regalías ni emana del carácter de productora que tenga la correspondiente entidad territorial, o el puerto marítimo o fluvial, ya que lo que se compensa es el concurso del ente respectivo en la totalidad o en alguna etapa del proceso que surge a propósito de la exploración, explotación, transporte y transformación de los recursos naturales no renovables.[53]

22. Esta definición, como se indicó en el fundamento jurídico 17.3., permite distinguir entre las regalías y otros ingresos nacionales, en especial los impuestos. En ese sentido, el sujeto responsable de su pago es quien adelanta la explotación de los recursos, y en consecuencia paga al Estado una contraprestación por esa actividad. Por ende, las regalías no tienen el carácter imperativo y general propio de los impuestos. Así lo explicó la Corte al prever que las regalías carecen de naturaleza tributaria, ya que “[a] pesar de tener en ocasiones similitudes ya que implican pagos del particular al Estado, las regalías y los impuestos son figuras diversas, con un fundamento constitucional y una finalidad diferentes. Así, como bien lo señala uno de los intervinientes, la Carta acoge la concepción de la “regalía-precio”, pues la define como una “contraprestación” que se causa por la explotación de los recursos naturales no renovables de propiedad de la Nación (CP art. 360). Por ende, las regalías están representadas por aquello que el Estado recibe por conceder un derecho a explotar los recursos naturales no renovables de los cuáles es titular (CP art. 332), debido a que estos recursos existen en cantidad limitada. En cambio, los impuestos, tal y como lo ha señalado en varias ocasiones esta Corporación, son cargas económicas que se imponen a los particulares con el fin de financiar los gastos generales del Estado, por lo cual estas obligaciones surgen del poder impositivo del Estado. En ese orden de ideas, las regalías son ingresos públicos pero no tienen naturaleza tributaria, pues no son imposiciones del Estado sino contraprestaciones que el particular debe pagar por la obtención de un derecho, a saber, la posibilidad de explotar un recurso natural no renovable. En ese orden de ideas, la relación entre el Estado y el particular es diversa, pues en un caso la persona voluntariamente decide pagar la regalía para obtener un derecho de explotación, mientras que las personas no pueden sustraerse al pago del tributo, si se cumple el hecho impositivo previsto por la ley. La obligación de pagar un impuesto no surge

entonces de la celebración de un contrato con el Estado, ni de la concesión de una licencia o permiso de explotación, sino del cumplimiento del hecho previsto por la ley tributaria.”[54]

23. Otro de los aspectos que diferencia a las regalías de los ingresos fiscales de índole tributario es su titularidad. De acuerdo con el artículo 332 C.P., norma que, es necesario resaltar, no fue objeto de modificación por parte del acto legislativo 5 de 2011 ahora demandado, el Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales, sin perjuicio de los derechos adquiridos con arreglo a leyes preexistentes. En ese sentido, como los recursos naturales no renovables son extraídos del subsuelo, la jurisprudencia constitucional ha considerado que el propietario de las regalías es el Estado, puesto que existe un mandato constitucional expreso en el sentido que este ente es titular de ese componente del territorio.

La dificultad que surge de esa definición, también analizada en la jurisprudencia constitucional, consiste en circunscribir el concepto Estado para tales efectos. Para ello, la Corte ha concluido que (i) ese concepto tiene naturaleza compleja, pues incluye tanto a la Nación, comprendida como expresión del Estado central, al igual que las entidades territoriales; y (ii) de acuerdo con lo anterior, las entidades territoriales, entre ellas las beneficiarias de regalías directas en el régimen constitucional anterior, carecen de derechos de propiedad sobre esas regalías, adscribiéndoseles solo derechos de participación en estas, al igual que en lo referente a las compensaciones.

23.1. En cuanto a lo primero, habida consideración que la Carta no ofrece una definición estipulativa del concepto Estado al que refiere el artículo 332 C.P., la Corte ha considerado que el mismo debe interpretarse de la manera más amplia posible, por lo que debe comprender las distintas facetas de división territorial. A este respecto, se ha puesto de presente por la jurisprudencia constitucional que el uso del concepto Estado en el presente contexto está dirigido a lograr el equilibrio distributivo de los recursos percibidos por la explotación de recursos naturales.

Así, como se explicó en la sentencia C-251/03,[55] recapitulando fallos precedentes sobre esa misma materia “[e]l artículo 332 superior establece que “(e)l Estado es propietario de (...) los recursos naturales no renovables.” Esta expresión, y en particular la palabra

“Estado” contenida en ella, puede ser interpretada de maneras diferentes. Por ejemplo, Es posible concluir que dicha norma se refiere exclusivamente a las entidades territoriales, o por el contrario, que es atinente únicamente a las autoridades de nivel central. Esta cuestión ya ha sido resuelta por la Corte Constitucional, quien en su jurisprudencia ha establecido que el artículo 332 se refiere al Estado como a un “ente que representa a todos los colombianos y a los distintos niveles territoriales”.[56] || En la sentencia citada, al estudiar la titularidad de los recursos naturales no renovables y de los ingresos provenientes de su explotación, la Corte estimó que la utilización de la palabra “Estado” en los artículos 332 y 360 quería evitar dos peligros: || “De un lado, los constituyentes pretendieron evitar la centralización nacional de los beneficios derivados de la explotación de los recursos naturales, ya que una tal concentración les parecía incompatible con el espíritu descentralizador de la Carta, pues las regalías eran consideradas uno de los instrumentos más importantes para fortalecer los fiscos de las entidades territoriales. Por ello se trataba de evitar que la Nación se reservara para sí el producto de las regalías. (...) De otro lado, la regulación constitucional aprobada en la Asamblea también pretende evitar el riesgo inverso, esto es, que el producto de las regalías sea exclusivo de aquellos municipios o departamentos que, por una casualidad de la naturaleza, tuvieron la fortuna de contar con una riqueza natural, ya que esto es incompatible con la equidad y el logro de un desarrollo regional equilibrado. (...) Conforme a lo anterior, es claro que la Asamblea Constituyente evitó atribuir a la Nación la propiedad de los recursos no renovables, para evitar la centralización de sus beneficios, pero que tampoco quiso, por razones de equidad y de equilibrio regional, municipalizarlos o atribuir su propiedad a los departamentos. En ese orden de ideas, resulta perfectamente lógico que la titularidad de tales recursos y de las regalías que genera su explotación sea de un ente más abstracto, que representa a todos los colombianos y a los distintos niveles territoriales, esto es, del Estado colombiano como tal, quien es entonces el propietario de los recursos no renovables y el titular de las regalías.”[57]” (Subrayas no originales).

De manera consonante con ese precedente, la Corte ha establecido más recientemente que la previsión de derechos de participación en las regalías a favor de las entidades territoriales no puede entenderse, en modo alguno, como asignación de propiedad de esos recursos a su favor, ni menos su integración a las rentas de dichos entes, en los términos del artículo 287-3 C.P. Antes bien, se ha considerado por la jurisprudencia que el vínculo entre las regalías y la propiedad del subsuelo por parte del Estado lleva, de suyo, la validez

constitucional de fórmulas de distribución que contemplen como beneficiario a la Nación, en tanto componente del citado concepto, según se ha explicado. Sobre el particular, la sentencia C-541/11[58] estipuló que “[e]n lo que respecta específicamente a la propiedad de las regalías, la Corte ha interpretado la pertenencia al Estado de que habla el artículo 360 superior, en el sentido de que si bien ello no equivale a afirmar que su propiedad corresponde a la Nación, la generalidad del término indudablemente sí incluiría el nivel central o nacional[59]. Esta conclusión se confirma también al observar que esa misma norma constitucional asigna a las entidades territoriales el derecho a “participar en las regalías y compensaciones”, precisión que no sería necesaria si tales recursos verdaderamente fueran propiedad de aquéllas. De allí que la jurisprudencia haya repetidamente calificado las regalías como recursos exógenos de las entidades territoriales.”

23.2. En cuanto a lo segundo, la Corte ha concluido que frente a las entidades territoriales, los ingresos constitutivos de regalías y compensaciones constituye rentas exógenas. Esto implica que (i) no hacen parte de sus rentas propias, respecto de las cuales sí ejercen derecho de propiedad, de acuerdo con lo previsto en el artículo 287-3 C.P.; (ii) los derechos de participación que ejercen las entidades territoriales se enmarcan en el ejercicio el derecho a participar en las rentas nacionales, previsto en el artículo 287-4 C.P.

Acerca de este tópico, la Corte ha reiteradamente precisado que “... los entes territoriales no tienen un derecho de propiedad sobre las regalías sino apenas el derecho de participación sobre las mismas que les atribuye la ley[60], puesto que por mandato expreso del artículo 332 Constitucional la titularidad de las contraprestaciones económicas causadas por la explotación de un recurso natural no renovable está radicada en el Estado en su calidad de dueño del subsuelo y de tales recursos ya que “...la Carta Política no reconoce un derecho de propiedad al departamento, al municipio productor, al puerto marítimo o fluvial sobre la regalía, puesto que, como se ha visto, las entidades territoriales del Estado, al no ser propietarias del recurso natural no renovable, tampoco lo son de los beneficios que de la extracción de los mismos se deriven”. [61] || Las regalías gravitan sobre todas las explotaciones de recursos naturales de propiedad del Estado, esto es, tienen carácter universal. Además, constituyen los ingresos fiscales mínimos por las explotaciones del subsuelo que es propiedad del Estado. Así mismo, estos ingresos públicos no tienen naturaleza tributaria, “pues no son imposiciones del Estado sino contraprestaciones que el

particular debe pagar por la obtención de un derecho, a saber, la posibilidad de explotar un recurso natural no renovable”. [62] Y no constituyen bienes de uso público “sino rentas nacionales sobre las cuales algunas entidades territoriales tienen derecho a participar de ellas...”. [63].”

Esta conclusión es predicable tanto del régimen constitucional primigenio, como en el reformado por el acto legislativo 5 de 2011. En efecto, según la redacción original del artículo 360 C.P. las entidades territoriales productoras o donde se encontrasen ubicados puertos marítimos y fluviales por donde se transporten los recursos explotados, tendrían “derecho a participar en las regalías y compensaciones.” A su vez, la versión modificada por el acto legislativo mencionado indica, en el inciso segundo del artículo 361 C.P. que “[l]os departamentos, municipios y distritos en cuyo territorio se adelanten explotaciones de recursos naturales no renovables, así como los municipios y distritos con puertos marítimos y fluviales por donde se transporten dichos recursos o productos derivados de los mismos, tendrán derecho a participar en las regalías y compensaciones, así como a ejecutar directamente estos recursos.”

Es claro que tanto en uno como en otro caso, se utiliza la misma fórmula de prescribir derechos de participación a las entidades territoriales respecto de los recursos constitutivos de regalías y compensaciones. Esta comprobación es importante para esta decisión, puesto que pone en cuestión una de las premisas planteadas por el actor en su demanda, consistente en que el régimen constitucional otorga a las regalías el carácter de recursos endógenos de las entidades territoriales. Con todo, esta materia será desarrollada con mayor detalle en apartado ulterior de este fallo, a propósito de la comparación concreta entre las normas constitucionales objeto de reforma por la enmienda constitucional acusada.

24. A su vez, esta caracterización de los recursos de regalías ha llevado a que la Corte haya indicado, en diversos fallos, que la distribución de las regalías a favor de las entidades territoriales es un asunto que hace parte del amplio margen de configuración legislativa. Para la Corte, en la medida en que la versión original del artículo 360 C.P. confería a la ley la competencia para determinar las condiciones para la explotación de los recursos naturales no renovables, así como los derechos de las entidades territoriales sobre los mismos, entonces la distribución de las regalías estaba a cargo del legislador. A su vez, habida

consideración que los recursos de regalías tiene naturaleza exógena respecto de las entidades territoriales, puede válidamente la ley definir el modo de distribución de las regalías y compensaciones, al igual que el porcentaje en que las entidades territoriales participan en el giro de esos recursos. Ello sin otro límite que el cumplimiento de criterios de razonabilidad y proporcionalidad, al igual que de mandatos constitucionales específicos, entre los cuales se destaca (i) la obligación que toda explotación de recursos del subsuelo genere una contraprestación a favor del Estado; y (ii) la imposibilidad de centralizar por completo esos recursos, a través de la total exclusión del beneficio a favor de las entidades territoriales.

Estas conclusiones se derivan de un precedente estable y reiterado de la Corte, en el cual ha declarado la constitucionalidad de diversas normas legales que fijaron destinaciones particulares a los recursos de regalías y compensaciones, generalmente distintas a su giro a favor de las entidades territoriales productoras. Esta doctrina constitucional fue sintetizada por la Corte en la sentencia C-240/11, en la cual se estudió la constitucionalidad de un decreto legislativo, mediante el cual se destinaron recursos de regalías para la atención de la emergencia económica, social y ecología, declarada en razón de la última crisis invernal. En razón que dichas consideraciones expresan la posición de este Tribunal sobre la materia objeto de debate, la Sala considera pertinente transcribirlas in extenso:

“(v) Acerca del tema de la amplia facultad del legislador para configurar el régimen de las regalías, la jurisprudencia de la Corte ha establecido clara y expresamente, la amplia facultad que le compete al legislador para regular el tema de regalías, precisando que se encuentra “habilitado constitucionalmente para regular el régimen jurídico de las regalías estableciendo sus montos o porcentajes de distribución, destinación y los mecanismos de control sobre el uso adecuado de esas contraprestaciones económicas.”[64]

“5- La Carta señala que la explotación de un recurso natural no renovable causa a favor del Estado, una contraprestación económica a título de regalía (CP art. 360). Sin embargo, la Constitución no fija directamente los criterios para determinar cuál es el valor que deben tener esas regalías. Por ello, en numerosas sentencias, esta Corporación ha indicado que el legislador goza de una amplia libertad para fijar el monto de las regalías y determinar los derechos de participación de las entidades territoriales en esas regalías[65]. Así, la sentencia C-567 de 1995, MP Fabio Morón Díaz, recordó que el artículo 360 de la Carta

otorga competencia al legislador para establecer las formas de contratación para la explotación de los recursos naturales no renovables, por lo cual “es claro que la ley puede determinar el monto y las cuantías de los derechos de las entidades territoriales a participar en las regalías y compensaciones sobre la explotación de los recursos naturales no renovables o, lo que es lo mismo, los porcentajes de aquella participación”. Con ese mismo criterio, esta Corte, en la sentencia C-221 de 1997, MP Alejandro Martínez Caballero, se abstuvo de declarar la inexecutable de la disposición acusada, pero tampoco recurrió a una sentencia integradora para establecer el monto de la regalía causada por la explotación de la arena de los ríos, precisamente, por cuanto consideró que ambos tipos de decisiones afectaban la libertad del legislador para fijar el porcentaje de las regalías.

“6- El anterior examen es suficiente para concluir que el Legislador goza de una muy amplia libertad para fijar el monto de las regalías derivadas de la explotación de recursos no renovables. Sin embargo, y contrariamente a lo sugerido por uno de los intervinientes, esto no significa que estemos en un ámbito puramente político que escape al control constitucional, pues la Carta no excluye que las normas sobre regalías puedan vulnerar los mandatos constitucionales. Además, y como esta Corte lo ha destacado[66], la Carta establece un contenido esencial del régimen de regalías que debe ser respetado por el Legislador, el cual incluye, entre otras cosas, el deber del Congreso de imponer el pago de regalía por la explotación de todo recurso no renovable (CP art. 360). Además, en la medida en que las regalías recaen sobre este tipo de recursos, es claro que estos dineros pretenden “compensar el agotamiento del capital natural que produce la explotación de recursos naturales que no se renuevan”[67]. Por ende, es posible que el legislador al regular las regalías y fijar su monto vulnere la Carta, por ejemplo, porque no imponga su cobro sobre la explotación de ciertos recursos no renovables, con lo cual desconoce la obligatoriedad y universalidad de las regalías, o porque establezca montos tan irrisorios que no compensen el agotamiento de estos recursos, que por no ser renovables, representan un capital natural de la sociedad colombiana que inevitablemente tiende a agotarse.” [68]

En otra oportunidad dijo la Corte:

“Concretamente, cuando se hace referencia a la repartición y uso de las regalías, se ha señalado que las disposiciones que definen los porcentajes de participación de las entidades territoriales y la destinación de las transferencias provenientes de la explotación de

recursos naturales no renovables, son herramientas cuya determinación compete al legislador (artículo 360 C.P.), y en consecuencia, éste goza de plena autonomía y libertad de configuración. Ha dicho la Corte:

“...de conformidad con lo establecido en el artículo 360 de la Carta Política, la configuración del derecho de participación de las entidades territoriales sobre las regalías, así como la fijación de los alcances del mismo, constituyen cuestiones que deben ser determinadas por la ley. De este modo, en materia de regalías, el legislador ostenta un amplio poder de configuración que lo autoriza no sólo a establecer en qué porcentaje participan los departamentos o municipios productores y los puertos marítimos y fluviales en las regalías que se causen por la explotación o el transporte de recursos naturales no renovables, sino, también, a fijar su destinación.[69] En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha estimado que, en la medida en que las regalías constituyen una fuente exógena de financiamiento de las entidades territoriales,[70] la ley puede indicar su destinación sin, por ello, violar los mandatos contenidos en los artículos 287-3 y 362 de la Carta”[71](subrayas no originales).”

25. En conclusión, se tiene que la Constitución, tanto en el régimen anterior como en el actual, define a las regalías como una contraprestación económica a favor del Estado, derivada de la explotación de recursos del subsuelo. En relación con estos recursos, las entidades territoriales tienen un derecho de participación, lo que significa que tales rubros son exógenos para esos entes y, en consecuencia, no es predicable el ejercicio de los derechos de propiedad que se aplica a las rentas propias de los entes territoriales. Ello no significa, empero, que pueda plantearse por el ordenamiento jurídico cualquier forma de distribución de regalías, pues debe conservarse dicha participación, en los términos ordenados por la Carta Política.

El contenido y alcance la reforma constitucional acusada y su incidencia en el régimen jurídico de las regalías

26. A fin de evidenciar de forma gráfica el alcance del acto legislativo demandado, a continuación se presentan en paralelo los dos textos, a efectos de identificar la incidencia de la nueva regulación respecto del parámetro constitucional sobre la distribución de regalías y compensaciones a favor de las entidades territoriales.

Normas constitucionales originales

Artículo reformado por el Acto Legislativo 5 de 2011

Art. 360. La ley determinará las condiciones para la explotación de los recursos naturales no renovables así como los derechos de las entidades territoriales sobre los mismos.

La explotación de un recurso natural no renovable causará a favor del Estado, una contraprestación económica a título de regalía, sin perjuicio de cualquier otro derecho o compensación que se pacte.

Los departamentos y municipios en cuyo territorio se adelanten explotaciones de recursos naturales no renovables, así como los puertos marítimos y fluviales por donde se transporten dichos recursos o productos derivados de los mismos, tendrán derecho a participar en las regalías y compensaciones.

Art. 360. La explotación de un recurso natural no renovable causará, a favor del Estado, una contraprestación económica a título de regalía, sin perjuicio de cualquier otro derecho o compensación que se pacte. La ley determinará las condiciones para la explotación de los recursos naturales no renovables.

Mediante otra ley, a iniciativa del Gobierno, la ley determinará la distribución, objetivos, fines, administración, ejecución, control, el uso eficiente y la destinación de los ingresos provenientes de la explotación de los recursos naturales no renovables precisando las condiciones de participación de sus beneficiarios. Este conjunto de ingresos, asignaciones, órganos, procedimientos y regulaciones constituye el Sistema General de Regalías.

Art. 361. Con los ingresos provenientes de las regalías que no sean asignados a los departamentos y municipios, se creará un Fondo Nacional de Regalías cuyos recursos se destinarán a las entidades territoriales en los términos que señale la ley.

Estos fondos se aplicarán a la promoción de la minería, a la preservación del ambiente y a financiar proyectos regionales de inversión definidos como prioritarios en los planes de desarrollo de las respectivas entidades territoriales.

Art. 361. Los ingresos del Sistema General de Regalías se destinarán al financiamiento de proyectos para el desarrollo social, económico y ambiental de las entidades territoriales; al ahorro para su pasivo pensional; para inversiones físicas en educación, para inversiones en ciencia, tecnología e innovación; para la generación de ahorro público; para la fiscalización de la exploración y explotación de los yacimientos y conocimiento y cartografía geológica del subsuelo; y para aumentar la competitividad general de la economía buscando mejorar las condiciones sociales de la población.

Los departamentos, municipios y distritos en cuyo territorio se adelanten explotaciones de recursos naturales no renovables, así como los municipios y distritos con puertos marítimos y fluviales por donde se transporten dichos recursos o productos derivados de los mismos, tendrán derecho a participar en las regalías y compensaciones, así como a ejecutar directamente estos recursos.

Para efectos de cumplir con los objetivos y fines del Sistema General de Regalías, créanse los Fondos de Ciencia, Tecnología e Innovación; de Desarrollo Regional; de Compensación Regional; y de Ahorro y Estabilización.

Los ingresos del Sistema General de Regalías se distribuirán así: un porcentaje equivalente al 10% para el Fondo de Ciencia, Tecnología e Innovación; un 10% para ahorro pensional territorial, y hasta un 30% para el Fondo de Ahorro y Estabilización. Los recursos restantes se distribuirán en un porcentaje equivalente al 20% para las asignaciones directas de que trata el inciso 2° del presente artículo, y un 80% para los Fondos de Compensación Regional, y de Desarrollo Regional. Del total de los recursos destinados a estos dos últimos Fondos, se destinará un porcentaje equivalente al 60% para el Fondo de Compensación Regional y un 40% para el Fondo de Desarrollo Regional.

De los ingresos del Sistema General de Regalías, se destinará un porcentaje del 2% para fiscalización de la exploración y explotación de los yacimientos, y el conocimiento

y cartografía geológica del subsuelo. Este porcentaje se descontará en forma proporcional del total de los ingresos del Sistema General de Regalías distribuidos en el inciso anterior. Las funciones aquí establecidas serán realizadas por el Ministerio de Minas y Energía o por la entidad a quien este delegue.

La suma de los recursos correspondientes a las asignaciones directas de que trata el inciso 2° del presente artículo, y de los recursos del Fondo de Desarrollo Regional y del Fondo de Compensación Regional, crecerán anualmente a una tasa equivalente a la mitad de la tasa de crecimiento total de los ingresos del Sistema General de Regalías. La ley que regulará el sistema definirá un mecanismo para mitigar la disminución de los mencionados recursos, que se presente como consecuencia de una reducción drástica en los ingresos del Sistema General de Regalías.

La diferencia entre el total de los ingresos del Sistema General de Regalías y los recursos destinados al ahorro pensional territorial, al Fondo de Ciencia, Tecnología e Innovación, al Fondo de Desarrollo Regional, al Fondo de Compensación Regional, así como a los que se refiere el inciso 2° del presente artículo se destinará al Fondo de Ahorro y Estabilización.

Los Fondos de Ciencia, Tecnología e Innovación y de Desarrollo Regional tendrán como finalidad la financiación de proyectos regionales acordados entre las entidades territoriales y el Gobierno Nacional.

Los recursos del Fondo de Compensación Regional se destinarán a la financiación de proyectos de impacto regional o local de desarrollo en las entidades territoriales más pobres del país, de acuerdo con criterios de Necesidades Básicas Insatisfechas (NBI), población y desempleo, y con prioridad en las zonas costeras, fronterizas y de periferia. La duración del Fondo de Compensación Regional será de treinta (30) años, contados a partir de la entrada en vigencia de la ley a la que se refiere el inciso 2° del artículo anterior. Transcurrido este período, estos recursos se destinarán al Fondo de Desarrollo Regional.

Los recursos del Fondo de Ahorro y Estabilización, así como sus rendimientos, serán administrados por el Banco de la República en los términos que establezca el Gobierno Nacional. En los períodos de desahorro, la distribución de estos recursos entre los

demás componentes del Sistema se regirá por los criterios que defina la ley a la que se refiere el inciso 2° del artículo anterior. (Nota: Inciso décimo desarrollado por el Decreto 1076 de 2012 y por el Decreto 750 de 2012.).

En caso de que los recursos destinados anualmente al Fondo de Ahorro y Estabilización excedan del treinta por ciento (30%) de los ingresos anuales del Sistema General de Regalías, tal excedente se distribuirá entre los demás componentes del Sistema, conforme a los términos y condiciones que defina la ley a la que se refiere el inciso 2° del artículo anterior.

Parágrafo 1°. Los recursos del Sistema General de Regalías no harán parte del Presupuesto General de la Nación, ni del Sistema General de Participaciones. El Sistema General de Regalías tendrá su propio sistema presupuestal que se regirá por las normas contenidas en la ley a que se refiere el inciso 2° del artículo anterior. En todo caso, el Congreso de la República expedirá bianualmente el presupuesto del Sistema General de Regalías.

Parágrafo 2°. La ejecución de los recursos correspondientes a las asignaciones directas de que trata el inciso 2° del presente artículo, así como de los recursos de los Fondos de Ciencia, Tecnología e Innovación; de Desarrollo Regional, y de Compensación Regional, se hará en concordancia con el Plan Nacional de Desarrollo y los planes de desarrollo de las entidades territoriales.

Los proyectos prioritarios que se financiarán con estos recursos, serán definidos por órganos colegiados de administración y decisión, de conformidad con lo establecido en la ley que regule el Sistema General de Regalías. Para el caso de los departamentos a los que se refiere el inciso 2° del presente artículo, los órganos colegiados de administración y decisión estarán integrados por dos (2) Ministros o sus delegados, el gobernador respectivo o su delegado, y un número representativo de alcaldes. La ley que regule el Sistema General de Regalías podrá crear comités de carácter consultivo para los órganos colegiados de administración y decisión, con participación de la sociedad civil. En cuanto a los municipios y/o distritos a los que se refiere el inciso 2° del presente artículo, los órganos colegiados de administración y decisión estarán conformados por un delegado del Gobierno Nacional, el gobernador o su

delegado y el alcalde. (Nota: Inciso 2º desarrollado por la Ley 1530 de 2012, artículo 42 y por el Decreto 4923 de 2011, artículo 42.).

Los programas y/o proyectos en ciencia tecnología e innovación de los departamentos, municipios y distritos que se financiarán con los recursos del Fondo de Ciencia, Tecnología e Innovación, se definirán por un órgano colegiado de administración y decisión, en el cual tendrán asiento el Gobierno Nacional, representado por tres (3) Ministros o sus delegados, un (1) representante del Organismo Nacional de Planeación y un (1) representante del Organismo Nacional encargado del manejo de la política pública de ciencia y tecnología e innovación, quien además ejercerá la Secretaría Técnica, un (1) Gobernador por cada una de las instancias de planeación regional a que se refiere el inciso siguiente del presente artículo; cuatro (4) representantes de las universidades públicas y dos (2) representantes de universidades privadas. Así mismo, los recursos de este Fondo de Ciencia, Tecnología e Innovación, se distribuirán en la misma proporción en que se distribuyan a los departamentos, los recursos de los Fondos de Compensación Regional y de Desarrollo Regional. En ningún caso los recursos de este fondo podrán financiar gasto corriente.

Los proyectos de impacto regional de los departamentos, municipios y distritos que se financiarán con los recursos de los Fondos de Desarrollo y Compensación Regional se definirán a través de ejercicios de planeación regional por órganos colegiados de administración y decisión donde tengan asiento cuatro (4) Ministros o sus delegados y un (1) representante del Organismo Nacional de Planeación, los gobernadores respectivos o sus delegados y un número representativo de alcaldes.

La ley que regule el Sistema General de Regalías, podrá crear comités de carácter consultivo para los órganos colegiados de administración y decisión con participación de la sociedad civil.

En todo caso, la representación de las entidades territoriales en los órganos colegiados será mayoritaria, en relación con la del Gobierno Nacional.

Parágrafo 3º. Créase el Sistema de Monitoreo, Seguimiento, Control y Evaluación de las Regalías, cuyo objeto será velar por el uso eficiente y eficaz de los recursos del Sistema General de Regalías, fortaleciendo la transparencia, la participación ciudadana

y el Buen Gobierno.

27. A partir de esta comparación, la Corte encuentra que a pesar que el acto legislativo 5 de 2011 establece distintas y profundas modificaciones en materia de distribución de las regalías, ninguna de ellas incide en las premisas básicas que ya estaban presentes en el régimen constitucional anterior y que resultan nodales para determinar si se está ante una sustitución de la autonomía de las entidades territoriales, en tanto eje definitorio de la Carta Política. Estas materias que, a juicio de la Sala se mantienen inalteradas, versan sobre (i) la competencia del legislador para regular lo relativo a la distribución de las regalías y compensaciones a las entidades territoriales; (ii) el reconocimiento de un derecho de participación de dichos entes beneficiarios; y (iii) la correlativa inexistencia de derechos de propiedad de los entidades territoriales productoras y portuarias respecto de dichas regalías y compensaciones.

En contrario, se advierte que el aspecto central de la reforma constitucional demandada fue la extensión del margen de configuración legislativa sobre la distribución de las regalías y compensaciones, el cual sufrió una drástica reducción, merced que el constituyente derivado fijó destinaciones particulares y específicas para esos rubros. Por ende, se observa que la intención del acto legislativo 5 de 2011 no es otra que prever diversas finalidades a esos recursos, de naturaleza constitucional, todas ellas alternativas a su reparto a los entes territoriales productores y portuarios.

27.1. Uno de los cambios centrales en la reforma es el modo de reparto. Bajo el anterior régimen, las regalías y compensaciones se transferían, de acuerdo con los mandatos que previera la ley, a las entidades territoriales productoras y portuarias, en los términos fijados por la versión original del artículo 360 C.P. Luego, los recursos que no fueran asignados a dichas entidades territoriales entraban a hacer parte del Fondo Nacional de Regalías. Conforme con el artículo 361 C.P., esos recursos se destinarían a las entidades territoriales en los términos que señalara la ley. A su vez, esos fondos debían aplicarse a la promoción de la minería, a la preservación del ambiente y a financiar proyectos regionales de inversión definidos como prioritarios en los planes de desarrollo de las respectivas entidades territoriales.

27.2. En cambio, de acuerdo con lo previsto en el acto legislativo 5 de 2011, los ingresos

que recibe el Estado como contraprestación económica por la explotación de recursos naturales no renovables integran el Sistema General de Regalías - SGR. A su vez, se difiere en el Congreso, previa iniciativa gubernamental, la distribución, objetivos, fines, administración, ejecución, control, el uso eficiente y la destinación de los ingresos provenientes de dicha explotación.

28. De igual modo, el artículo 361 C.P., en su actual redacción, determina reglas particulares en lo que respecta a la distribución de los recursos constitutivos del SGR a saber:

28.1. Se establecen como fines generales de los recursos del SGR el desarrollo social, económico y ambiental de las entidades territoriales; el ahorro para su pasivo pensional; las inversiones físicas en educación, las inversiones en ciencia, tecnología e innovación; la generación de ahorro público; la fiscalización de la exploración y explotación de los yacimientos y conocimiento y cartografía geológica del subsuelo; y el aumento de la competitividad general de la economía buscando mejorar las condiciones sociales de la población.

28.2. Se replica la fórmula contenida en el régimen constitucional anterior, en el sentido que las entidades territoriales en cuyo territorio se adelanten explotaciones de recursos naturales no renovables, así como los municipios y distritos con puertos marítimos y fluviales por donde se transporten dichos recursos o productos derivados de los mismos, tendrán derecho a participar en las regalías y compensaciones. Igualmente, se prevé un nuevo derecho para dichos entes, consistente en la facultad de ejecutar directamente estos recursos.

28.3. Se prescribe una modalidad de distribución específica de los recursos del SGR, consistente que tales rubros se repartirán: (i) en un 10% para el Fondo de Ciencia, Tecnología e Innovación; (ii) en un 10% para ahorro pensional territorial; y (iii) hasta un 30% para el Fondo de Ahorro y Estabilización. También se indica que el monto restante será distribuido (i) en un 20% con el fin de realizar las asignaciones directas de que son beneficiarias las entidades territoriales productoras o con puertos por donde se transporten los recursos naturales explotados; y (ii) el 80% restante para los Fondos de Compensación Regional, en un 60%, y de Desarrollo Regional en un 40%.

28.4. Se dispone que un 2% de los ingresos del SGR se destinarán para la fiscalización de la exploración y explotación de los yacimientos, y el conocimiento y cartografía geológica del subsuelo.

29. En conclusión, se encuentra que luego de la reforma constitucional introducida por el acto legislativo 5 de 2011 se mantuvo la previsión superior según la cual el titular de las regalías es el Estado, en tanto propietario del subsuelo. Igualmente, se replicó la disposición consistente en que las entidades territoriales productoras o en cuyos territorios se ubiquen puertos marítimos y fluviales destinados al transporte de los recursos explotados o sus derivados, tienen derecho a participar en las regalías y compensaciones. La distribución de esos recursos será la que defina el legislador, con sujeción a las reglas específicas que determinan los artículos 360 y 361 de la Constitución.

En consecuencia, para el caso analizado resultan aplicables los parámetros de análisis explicados en precedencia y relativos a (i) la propiedad del Estado de los recursos constitutivos de regalías; (ii) la existencia de un derecho de participación de las entidades territoriales respecto a esos recursos; y (iii) la deferencia al legislador para que determine la distribución específica de esa distribución, sometido a criterios de razonabilidad y proporcionalidad, al igual que al cumplimiento de mandatos constitucionales específicos. Sobre este último particular se insiste en que el acto legislativo 5 de 2011 precisó tales mandatos de distribución, aunque conservó la fórmula de derechos de participación antes reseñada.

La reforma constitucional demandada no sustituye la Carta Política

30. Los argumentos anteriormente explicados demuestran que la reforma constitucional acusada es, ante todo, una fórmula de reparto de los recursos de regalías. Estos rubros, a su vez, han sido considerados por la Constitución como pertenecientes al Estado y susceptibles de distribución entre la Nación y las entidades territoriales. Con todo, estas últimas tienen un derecho constitucionalmente reconocido a participar en esos recursos.

Es a partir de esta última previsión que el actor considera que el acto legislativo 5 de 2011 sustituyó la Constitución, en tanto eliminó el grado de autonomía de las entidades territoriales, a partir de dos vías principales: la presunta plena centralización de los recursos de regalías y la exclusión de la participación de esas entidades territoriales en esos

recursos, escenario particularmente lesivo para las finanzas de los entes que, al amparo del régimen anterior, eran “propietarias” de regalías al tener la condición de entidades productoras o portuarias. En consecuencia, al eliminarse esa fuente de ingresos, entonces el ejercicio de las competencias que la Constitución adscribe a las entidades territoriales se torne inoperante, lo que a su vez significa que, en la práctica, se retorna al modelo centralista de organización del Estado.

Para la Corte este argumento parte de una inadecuada interpretación, tanto del acto legislativo 5 de 2011, como del régimen constitucional de las regalías. En efecto, además de partir de la premisa errónea del carácter de renta endógena de esos recursos, antes desvirtuada, el cargo se funda en una hermenéutica equivocada de la enmienda acusada, puesto que (i) desconoce que el precepto contiene mandatos concretos de participación de las entidades territoriales en las regalías; y (ii) omite considerar que la norma acusada no puede comprenderse de manera aislada, sino que debe interpretarse de forma armónica con las demás disposiciones constitucionales, en especial aquellas que versan sobre los ingresos fiscales y competencias de las entidades territoriales. Pasa la Sala a desarrollar cada uno de estos aspectos.

El acto legislativo 5 de 2011 privilegia el reparto de los recursos del sistema general de regalías, a favor de las entidades territoriales

31. El primer aspecto que debe resaltarse, en aras de resolver el problema jurídico planteado, consiste en que la reforma constitucional acusada conservó dos aspectos estructurales del modelo de distribución de regalías existente previo a la enmienda. En efecto, como se indicó en precedencia, el acto legislativo 5 de 2011 mantuvo la cláusula constitucional en el sentido que la propiedad de las regalías es el Estado, siendo las entidades territoriales titulares de un derecho de participación.

Esta última circunstancia es explícita en el artículo 361 C.P., modificado por el artículo 2° del acto legislativo acusado. Esta norma prevé reglas particulares y específicas, que imponen al Estado la obligación de distribuir recursos del Sistema General de Regalías a favor de las entidades territoriales, previsiones que al tener naturaleza constitucional, subordinan la regulación legal que se expida sobre esa materia. Estas reglas versan sobre los siguientes aspectos.

31.1. El acto legislativo impone una regla general sobre el destino de los ingresos del SGR, los cuales deberán disponerse para los siguientes propósitos: (i) el financiamiento de proyectos para el desarrollo social, económico y ambiental de las entidades territoriales; (ii) el ahorro para el pasivo pensional de las mismas entidades; (iii) las inversiones físicas en educación, para inversiones en ciencia, tecnología e innovación; (iv) la generación de ahorro público; (v) la fiscalización de la exploración y explotación de los yacimientos y conocimiento y cartografía geológica del subsuelo; y (vi) el aumento de la competitividad general de la economía buscando mejorar las condiciones sociales de la población.

31.2. Como se observa, al menos los dos primeros ítems hacen referencia expresa al vínculo entre la distribución de los recursos de regalías a favor de las entidades territoriales, incluso a través de una fórmula amplia de inversión, relativa al financiamiento de su desarrollo social, económico y ambiental.

Además, también debe resaltarse que el acto legislativo mantuvo el derecho de participación de las entidades territoriales productoras y portuarias, indicándose por el Texto Constitucional que dichas entidades tendrían tanto derecho a participar de los recursos del SGR, como a ejecutarlos directamente.

31.3. Ahora bien, el acto legislativo 5 de 2011 también dispone de fórmulas concretas de distribución de los recursos del SGR, las cuales aportan asignaciones específicas a favor de las entidades territoriales. Así, de acuerdo con el inciso tercero del artículo 361 C.P., en su nueva redacción, determina que para el cumplimiento de dicho arreglo distributivo se crean los Fondos de Ciencia, Tecnología e Innovación; de Desarrollo Regional; de Compensación Regional; y de Ahorro y Estabilización.

Cada uno de estos Fondos tiene a su favor un porcentaje específico de los recursos del SGR. Así, interesa señalar que el 10% de dichos ingresos están dirigidos al ahorro pensional de las entidades territoriales. A su vez, luego de restados los recursos asignados a ese ahorro, junto con los Fondos de Ciencia, Tecnología y de Ahorro y Estabilización, la Constitución asigna a las entidades territoriales (i) 20% de los recursos a las entidades productoras y portuarias; y (ii) el 80% restante para los Fondos de Desarrollo Regional y de Compensación Regional.

31.4. También debe señalarse que, de acuerdo con la norma analizada, la reforma

constitucional determina cláusulas sobre los recursos del SGR así designados en favor de los entes territoriales. Así, se prevé que (i) los recursos del Fondo de Desarrollo Regional y del Fondo de Compensación Regional, crecerán anualmente a una tasa equivalente a la mitad de la tasa de crecimiento total de los ingresos del Sistema General de Regalías; (ii) la ley que regulará el SGR definirá un mecanismo para mitigar la disminución de los mencionados recursos, que se presente como consecuencia de una reducción drástica en los ingresos del Sistema General de Regalías; (iii) los recursos del Fondo de Compensación Regional se destinarán a la financiación de proyectos de impacto regional o local de desarrollo en las entidades territoriales más pobres del país, de acuerdo con criterios de Necesidades Básicas Insatisfechas - NBI, población y desempleo, y con prioridad en las zonas costeras, fronterizas y de periferia.

32. A partir de los argumentos anteriores, es claro que el objetivo del acto legislativo acusado se centra en una redistribución de los recursos que ahora integran el SGR, la cual asigna rubros específicos a las entidades territoriales, lo que desvirtúa que se trate de una enmienda que elimine la financiación de dichos entes.

Esta conclusión pervive incluso ante lo expuesto por varios intervinientes, en el sentido que, como consecuencia de la aplicación de las previsiones del acto legislativo, se disminuyen los recursos que bajo el modelo anterior recibían las entidades territoriales productoras y portuarias. Este argumento, aunque encuentra asidero en los efectos prácticos de la reforma constitucional, no demuestra el quebrantamiento del grado de autonomía que la Constitución confiere a los entes regionales y locales. En efecto, se ha explicado que el acto legislativo impone determinados rubros a favor de las entidades territoriales, por lo que de modo alguno puede concluirse que los rubros del SGR han sido total o mayoritariamente centralizados a favor del Gobierno Nacional. En contrario, lo que se ha preferido una redistribución de los mismos, en aras de permitir el acceso a los ingresos del SGR a las demás entidades territoriales que no están vinculadas a la explotación y transporte de recursos no renovables. Por lo tanto, no es viable concluir que el acto legislativo demandado genera la desfinanciación integral de las entidades territoriales, cuando en realidad lo que prescribe es un modelo de redistribución de los ingresos de regalías, precisamente a favor de dichos entes, solo que a través de una fórmula alternativa al modelo de preferencia a las entidades productoras y portuarias, las que, a su vez, mantienen en el nuevo esquema de distribución sus derechos de participación en los

recursos del SGR.

33. Esta misma inferencia es aplicable respecto de las previsiones del acto legislativo 5 de 2011 que dispone la distribución de una porción de recursos del SGR a favor del Fondo de Ahorro y Estabilización. A este respecto, debe tenerse en cuenta que, de acuerdo con las reglas del acto legislativo acusado, el Fondo de Estabilización tiene un tope máximo de participación en las regalías del 30% de los ingresos anuales del SGR, de modo que, en los términos de la enmienda constitucional, si se superase ese tope el excedente deberá distribuirse entre los demás componentes de ese sistema los cuales, como se ha explicado, están unívocamente dirigidos al financiamiento de inversiones a favor de las entidades territoriales.

En ese orden de ideas, no puede colegirse que la consagración constitucional del Fondo de Ahorro y Estabilización torne en ineficaz el grado de autonomía de las entidades territoriales, puesto que, como se ha explicado, la asignación de recursos del SGR a ese Fondo opera de forma concurrente a otros rubros, que a su vez tienen una proporción mayoritaria, dirigidos prioritariamente a las entidades territoriales. Así, la principal proporción de recursos del SGR hacen parte de los ingresos exógenos de los entes regionales, lo que implica que no pueda inferirse la eliminación de su autonomía, ni menos su plena desfinanciación. En contrario, se estaría ante una evidente infracción de los postulados constitucionales, cuando se previera por la ley o el reglamento una distribución de los recursos de regalías que privilegiara los rubros a favor del Fondo de Ahorro y Estabilización, más allá de los límites antes indicados y en detrimento de los recursos del SGR adscritos a favor de las entidades territoriales.

Por último, también debe resaltarse que la premisa que permitiría colegir la existencia de una sustitución de la Constitución, dentro del problema jurídico expuesto, únicamente consistiría en que se comprobase que la enmienda tiene por consecuencia la desfinanciación de las entidades territoriales, de modo que sea inoperante el grado de autonomía y ejercicio de las competencias que la Carta Política les asigna. En el caso planteado, se insiste, tal fenómeno no tiene lugar, pues se está ante una redistribución de los recursos que ahora integran el SGR.

La reforma demandada no altera el régimen de recursos endógenos de las entidades

territoriales, ni las prescripciones constitucionales que privilegian determinados gastos públicos

34. En criterio de la Corte es importante resaltar, como una última premisa que demuestra la inexistencia de una sustitución a la Constitución en el asunto objeto de análisis, la necesaria circunscripción de la enmienda constitucional, en el marco de la interpretación sistemática de la Carta Política.

En los fundamentos jurídicos anteriores se ha indicado que el aspecto central objeto de regulación por parte del acto legislativo 5 de 2011 es la reformulación del modo de distribución de los recursos del SGR. Esto quiere decir que la reforma constitucional no tiene un ámbito tal que incida en otras normas superiores relacionadas con la intangibilidad y propiedad exclusiva de los ingresos endógenos de las entidades territoriales.

Así, se mantuvieron inalteradas en razón del acto legislativo acusado, las cláusulas relativas a, entre otros asuntos, (i) el derecho de las entidades territoriales a administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones, al igual que participar en las rentas nacionales (Art. 287 C.P.); (ii) la prohibición al legislador de conceder exenciones o tratamientos preferenciales con los tributos de propiedad de las entidades territoriales (Art. 294 C.P.); (iii) la exclusividad de los municipios para gravar la propiedad inmueble (Art. 317 C.P.); (iv) las reglas del sistema general de participaciones que obligan a la transferencia de rentas a favor de las entidades territoriales, en las proporciones, incrementos periódicos y destinaciones allí previstos (Arts. 356 y 357 C.P.); y (v) la propiedad exclusiva de las entidades territoriales respecto de los bienes y rentas tributarias o no tributarias o provenientes de la explotación de monopolios de esos entes (Art. 362 C.P.)

Lo anterior quiere decir que el grado de afectación de la reforma constitucional, se limita al reparto de los recursos del Sistema General de Regalías, a través de su redistribución en los términos planteados. Entonces, se comprueba la ausencia de sustitución de la Carta Política, puesto que el acto legislativo 5 de 2011 no tiene el efecto pretendido por el actor, en tanto opera de forma articulada con las distintas previsiones constitucionales que están unívocamente dirigidas a garantizar el financiamiento de las entidades territoriales, en aras que puedan asumir las competencias que les asignan la Constitución y la ley.

35. De otro lado, también debe destacarse que la reforma constitucional acusada no afecta la prelación de gastos que la Constitución impone, la cual está directamente relacionada con la garantía de los derechos fundamentales. Esto se concluye de comprobar que las cláusulas constitucionales sobre prioridad del gasto público social (Arts. 334 y 356 C.P.), se mantienen inalteradas en razón de la enmienda constitucional. Antes bien, se establece en el acto legislativo 5 de 2011 que uno de los criterios de distribución de los recursos del SGR, específicamente aquellos que integran el Fondo de Compensación Regional, es el grado de pobreza y de satisfacción de las necesidades básicas de las entidades territoriales. Por lo tanto, para la Corte es claro que el acto legislativo acusado carece de un alcance normativo tal que se oponga o limite la naturaleza vinculante de las cláusulas constitucionales que imponen al Estado el deber de financiar los gastos, entre ellos los de carácter prioritario, a través de distintas herramientas presupuestales, entre las que se destacan las rentas propias de dichos entes, las derivadas del sistema general de participaciones y los transferidos por el sistema general de regalías.

Conclusión del juicio de sustitución

36. Con base en lo explicado en los fundamentos jurídicos anteriores, la Sala concluye que las reformas introducidas por el acto legislativo 5 de 2011 a los artículos 360 y 361 de la Constitución Política, no remplazan ninguno de los elementos estructurales anteriores que conforman un eje definitorio del modelo constitucional colombiano, en especial el del grado de autonomía de las entidades territoriales. En consecuencia, no se configura sustitución alguna de la Carta de 1991 que desborde los límites de la competencia del constituyente derivado para reformar la Constitución.

Vistos los antecedentes del acto legislativo, es claro que su finalidad fue corregir las inequidades del régimen anterior de distribución y administración de las regalías, que son recursos del Estado y evitar la incorrecta utilización y en algunos casos despilfarro de los mismos, enmarcada en objetivos constitucionales como la equidad y la prosperidad general. Para la Corte, la modificación de los artículos 360 y 361 C.P. no desvirtúa el núcleo esencial de la descentralización y autonomía territorial, en la medida en que solamente efectúa ajustes en materia de administración, destinación y control de las regalías, con el fin de desarrollar de manera efectiva los principios y postulados consagrados en la Constitución.

37. Estas reformas, a su vez, disponen la participación de los entes territoriales en las regalías y su destinación a actividades relacionadas con el desarrollo regional. Si bien es cierto que el acto legislativo introduce reformas que varían la distribución y destinación de las regalías, también lo es que la premisa de la que parte el demandante no es correcta. Esto debido a que no es exacto que los recursos derivados de las regalías por la explotación de los recursos naturales no renovables sean de propiedad exclusiva de las entidades territoriales. En este punto, la Sala considera que es claro, a partir del Texto Superior y de la jurisprudencia constitucional, que tales recursos son del Estado globalmente considerado y que en las nuevas reglas establecidas por el constituyente se conservó la participación de las entidades territoriales en los recursos de las regalías y su destinación a fines de orden regional. Asimismo, las regalías no son la única fuente de recursos de que disponen los entes locales, de manera que la afectación que se produce en estos ingresos no resulta desproporcionada.

38. Adicionalmente, el Pleno considera pertinente en el presente asunto reafirmar que el juicio de sustitución constitucional para determinar si un acto legislativo desborda los límites competenciales al poder de reforma de la Constitución, no puede implicar un juicio material que no autoriza el artículo 241 de la Carta Política. En consecuencia, no basta con afirmar que un determinado principio consagrado en la Constitución tiene el carácter de eje definitorio, estructural, axial del modelo constitucional, sino que debe demostrarse que se ha introducido un nuevo elemento esencial (premisa mayor) que reemplaza al originalmente adoptado por el constituyente (premisa menor) y por tanto, excede los límites del poder de reforma constitucional que no admite la sustitución del modelo constitucional.

En el caso concreto, la Corte constató que el Congreso no excedió esos límites, sino que por el contrario, conservó y ratificó los componentes esenciales del núcleo de autonomía reconocido por el constituyente de 1991 a las entidades territoriales. En consecuencia, la Sala declarará la exequibilidad de del acto legislativo 5 de 2011, por los cargos analizados en esta sentencia.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Declarar EXEQUIBLE el Acto Legislativo 5 de 2011, “por el cual se constituye el Sistema General de Regalías, se modifican los artículos 360 y 361 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones sobre el Régimen de regalías y Compensaciones”, por los cargos analizados en esta sentencia.

Notifíquese, comuníquese, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional, cúmplase y archívese el expediente.

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Presidente

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Con aclaración de voto

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

ALEXEI JULIO ESTRADA

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

Ausente con permiso

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

Con salvamento de voto

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

A LA SENTENCIA C-010/13

Demanda de inconstitucionalidad en contra de los artículos 1, 2 y 3 del Acto legislativo 5 de 2011.

Referencia: Expediente D-9148.

Actores: José Manuel Abuchaibe Escobar

No obstante que comparto la decisión de la Corte, consistente en declarar exequible el acto legislativo 5 de 2011 debido a que no se evidencia el desconocimiento de los límites que se imponen a los órganos con competencia para modificar la Constitución, considero pertinente reiterar mi posición -expuesta ya en el salvamento de voto a la sentencia C-249 de 2012- conforme a la cual tales límites deben identificarse a partir de normas imperativas del derecho internacional y de los convenios de derechos humanos.

La doctrina de la prohibición de sustitución (i) propicia la incertidumbre respecto de los límites del poder de modificación constitucional, (ii) conduce al uso de formas de control material proscritas por los artículos 241.1 y 379 de la carta y, en esa medida, (iii) suscita riesgos de decisionismo en la práctica interpretativa de la Corte Constitucional.

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

MAGISTRADO

[1] Los antecedentes de esta sentencia, al igual que los fundamentos jurídicos 1 a 17.5 de la parte motiva corresponden, salvo algunas modificaciones eminentemente formales, a la ponencia originalmente presentada por el magistrado Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, cuyo sentido de decisión no fue aceptado por la mayoría de la Sala. El Pleno, del mismo modo, decidió asignar al suscrito magistrado la redacción del fallo adoptado por la mayoría, en sesión del 23 de enero de 2013. Sin embargo, debe resaltarse que la Sala manifestó su beneplácito mayoritario con los argumentos planteados por el ponente original, en lo que respecta a (i) las reglas del juicio de sustitución, como modalidad del control de constitucionalidad de los actos legislativos; (ii) la aptitud del cargo propuesto por la demanda de la referencia; y (iii) la consideración como elemento definitorio de la Constitución del principio de Estado unitario y la descentralización y autonomía de las entidades territoriales. Por ende, la presente decisión conserva la argumentación original sobre esos asuntos, salvo algunas modificaciones de índole formal y metodológica que no alteran su contenido material.

[2]En sentencias como la C-551 de 2003 M.P. Eduardo Montealegre Lynett y C-1200 de 2003 M.P. Manuel José Cepeda y Rodrigo Escobar Gil, la Corte ha explicado que las reglas de procedimiento no se hayan solamente en el título XIII; una lectura sistemática de la Carta permite concluir que las reglas del procedimiento de formación de los actos reformativos de la Carta se encuentran también en otros apartes del texto constitucional como los que regulan la iniciativa de la reforma y el procedimiento de formación de las decisiones del Congreso, e incluso disposiciones legales como la Ley Orgánica de Reglamento del Congreso y la Ley Estatutaria de Mecanismos de Participación cuando la reforma se intenta mediante referendo.

[3]M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

[4]La Corte indicó: “22- Esta proyección de los problemas de competencia, tanto sobre los vicios de procedimiento como sobre los vicios de contenido material, es clara, y por ello tanto la doctrina como la jurisprudencia han señalado, de manera reiterada, que la competencia es un presupuesto ineludible del procedimiento, a tal punto que el procedimiento está siempre viciado si el órgano que dicta un acto jurídico carece de competencia, por más de que su actuación, en lo que al trámite se refiere, haya sido impecable”.

[5]En la sentencia C-1200 de 2003, la Corte explicó el concepto de intangibilidad así: “Los alcances de la intangibilidad establecida por el propio constituyente difieren en el derecho constitucional comparado. Dichos alcances obedecen a varios elementos, dentro de los cuales cabe destacar brevemente tres: la definición por el propio constituyente del criterio de intangibilidad, la enunciación constitucional de las normas intangibles y la interpretación expansiva o restrictiva de los textos de los cuales se deduce lo intangible por el juez constitucional. El mayor alcance de la intangibilidad se presenta cuando la definición del criterio de intangibilidad es amplio, las normas intangibles cubren no solo principios básicos sino derechos específicos y aspectos puntuales de la organización y distribución del poder público y el juez constitucional interpreta de manera expansiva las normas relevantes.”

[6]Al respecto se indicó: “(...) importantes sectores de la doctrina y la jurisprudencia, tanto nacionales como comparadas, sostienen que toda Constitución democrática, aunque no contenga expresamente cláusulas pétreas, impone límites materiales al poder de reforma del constituyente derivado, por ser éste un poder constituido y no el poder constituyente originario”.

[7]Ver sentencia C-1200 de 2003 M.P. Manuel José Cepeda y Rodrigo Escobar Gil.

[8]En la sentencia C-588 de 2009 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, la Corte explicó que a la luz de los artículos 374 y siguientes de la Constitución, en Colombia las reformas deben ser escritas y expresas.

[9]Ver sentencia C-588 de 2009 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. La Corte se basa en las definiciones de mutación de doctrinantes como Jellinek, Loewenstein, Hesse, y Stern.

[10]Cfr. Sentencia C-588 de 2009 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[11]Ib.

[12]Ib.

[13]Ib.

[14]En la sentencia C-588 de 2009, la Corte enfatizó que este factor es uno de los que diferencia la sustitución de la destrucción de la Constitución.

[15]M.P. Manuel José Cepeda y Rodrigo Escobar Gil. En esta sentencia la Corte analizó una demanda contra los artículos 4° transitorio y 5°(parcial) del acto legislativo No. 3 de 2002 sobre la integración de una comisión para elaborar un proyecto de ley para implementar el sistema penal acusatorio

[16]Al respecto, reiterando el ejemplo de la sentencia C-551 de 2003, la Corte manifestó lo siguiente en la sentencia C-1200 de 2003: “El ejemplo de la monarquía muestra que la sustitución por el hecho de ser parcial no deja de ser sustitución. Si Colombia dejara de ser una república para transformarse en una monarquía parlamentaria, pero continuara siendo democrática, pluralista, respetuosa de la dignidad humana y sujeta al estado social de derecho, sería obvio que la Constitución de 1991 ha sido sustituida por otra constitución diferente. Sin embargo, el mismo ejemplo ilustra un segundo elemento de la sustitución parcial: la parte de la Constitución transformada debe ser de tal trascendencia y magnitud que pueda afirmarse que la modificación parcial no fue reforma sino sustitución.” Ver también sentencia C-588 de 2009 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[17] Ver sentencia C-757 de 2008 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[18]Ver sentencia C-588 de 2009 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[19]Ver sentencias C-1040 de 2005 M.P. Manuel José Cepeda, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Humberto Antonio Sierra Porto, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández, y C-588 de 2009 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[20]Ver, entre otras, las sentencias C-1200 de 2003 M.P. Manuel José Cepeda y Rodrigo

Escobar Gil; C-1040 de 2005 M.P. Manuel José Cepeda, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Humberto Antonio Sierra Porto, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández; C-757 de 2008 M.P. Rodrigo Escobar Gil; C-588 de 2009 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; C-141 de 2010 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; C-303 de 2010 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; C-574 de 2011 M.P. Juan Carlos Henao Pérez; y C-288 de 2012 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[21] M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[22]En la sentencia C-1040 de 2005 la Corte resaltó que la Corte argumentó que los “elementos esenciales definitorios de la Constitución” no necesariamente están en una sola disposición constitucional, de hecho, usualmente tienen varios referentes normativos.

[23]Ver sentencia C-551 de 2003.

[24]Por ejemplo, en la sentencia C-1040 de 2005, a partir de lo que la Corte llamo “doctrina autorizada”, se identificaron los elementos definitorios y accidentales del sistema presidencial.

[25]En la sentencia C-1040 de 2005, la Corte también analizó los impactos de la posibilidad de reelección presidencial en el modelo constitucional de Estados Unidos y otros países.

[26]Ver sentencia C-588 de 2009.

[27]Ver sentencia C-588 de 2009.

[28]Vale la pena aclarar que aunque en la sentencia C-551 de 2003 se sentaron las bases de la doctrina de los límites competenciales del poder de reforma, en dicho fallo no se declaró inexecutable ningún aparte de la ley que convocaba al referendo en virtud de ella.

[29]En esta sentencia se introdujo entonces la idea de la sustitución parcial y temporal. A juicio de la Sala, “el hecho de que ello suceda durante un lapso breve -el tiempo que requiera el Consejo de Estado para legislar cada vez que sea necesario para que indefectiblemente existan normas que regulen la próxima campaña presidencial- no es

óbice para constatar que evidentemente durante ese lapso la Constitución dejará de ser suprema en el ámbito que el legislador decida regular y que las normas incontrolables de manera efectiva que ese legislador adopte se aplicarán a las elecciones que determinarán quien gobernará a Colombia entre 2006 y 2010”.

[30]La Corte también señaló que la reforma extraía del legislador la regulación del acceso a la carrera -materia de reserva de ley- y se le entregaba transitoriamente tal función a la Comisión Nacional del Servicio Civil, un órgano sin naturaleza representativa. A juicio de la Sala Plena, esta situación también conllevaba una sustitución parcial y transitoria del principio de separación de poderes y la supremacía constitucional.

[31] M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[32] M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[33] La Corte concluyó que estos aspectos no eran remplazados por el párrafo transitorio y que, por tanto, no se había presentado una sustitución parcial de la Carta. Al respecto, se explicó: “Por lo tanto, no es acertado sostener que la norma demandada sustituya la Constitución, puesto que se limita a prever una regla transitoria[33] inmersa en una reforma constitucional amplia, que está dirigida precisamente al fortalecimiento de los principios y valores constitucionales que la demandante considera afectados. Incluso, la Sala advierte que la norma acusada, según sus particulares condiciones, puede válidamente comprenderse como un mecanismo para salvaguardar derechos constitucionales relevantes, como el derecho a elegir y a ser elegido (Art. 40-1 C.P.), al igual que el encauzamiento institucional de la garantía al derecho de conformar, pertenecer y retirarse de partidos o movimientos políticos (Art. 107 C.P.). Ello en tanto posibilita que los congresistas que decidiesen cambiar de partido y movimiento político no terminaran afectados retroactivamente por el nuevo régimen que, se insiste, establece condiciones más estrictas para esta opción. || Para la Corte, es imprescindible interpretar la norma acusada en su verdadero sentido, el cual no está dirigido a avalar el transfuguismo político y la doble militancia in genere, sino que se circunscribe a facilitar la transición entre regímenes constitucionales bajo el cumplimiento de precisas condiciones, identificadas en el fundamento jurídico 21 de este fallo. Esas especiales características permiten inferir, contrario sensu, que toda forma de doble militancia y de transfuguismo que se manifieste

por fuera de tales condiciones excepcionales, recibirá el reproche jurídico vigorosamente alentado por la reforma política de 2009 y, en consecuencia, será pasible de las sanciones previstas por la Constitución y la Ley para el efecto.”

[34] M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[35] La Corte declaró exequible el acto legislativo 03 de 2011, pues consideró que en tanto la sostenibilidad es solamente un criterio orientador, no un principio ni un derecho, no se alteraba la separación de poderes, la autonomía e independencia de los jueces, ni la cláusula de Estado social de derecho, en particular, la naturaleza fundamental de los derechos económicos, sociales y culturales y los mecanismos dirigidos a su realización.

[36] M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

[37] Este proceso ya había comenzado con el acto legislativo 01 de 1986, por medio del cual se introdujo la elección popular de alcaldes, con lo que los alcaldes dejaron de ser agentes de los gobernadores y los municipios se convirtieron en gestores principales de los servicios públicos.

[38] Al respecto, resultante ilustrativo lo señalado por algunos constituyentes como Juan Fernández Renowitzky, quien afirmaba: “La violencia no es, como generalmente se cree, el único factor de desestabilización del Estado colombiano. También, y en no menor medida, lo es el centralismo monolítico que predomina desde 1886, tanto en lo político como lo administrativo. Y lo más grave, desde la Constitución de esa fecha es la falsa descentralización expresada en la fórmula tan famosa como burlada que habrá centralización política y descentralización administrativa (...) El centralismo colombiano es tan absorbente que no perdona a ninguna entidad territorial. Sus víctimas predilectas son, desde luego, las regiones periféricas. A las cuales tradicionalmente succiona sus recursos más jugosos (...) Colombia está madura para adoptar constitucionalmente el principio de la autonomía regional. No sólo porque se trata de un país de regiones sino porque estas se encuentran estranguladas en su desarrollo por la violencia institucionalizada en el férreo centralismo que rige desde 1886”. Gaceta Constitucional, 20 de marzo de 1991, p. 61-63.

[40] En la sentencia C-636 de 1996, la Corte explicó la filosofía del nuevo modelo de ordenamiento territorial así: “las autoridades locales son las que mejor conocen la

necesidades a satisfacer, las que están en contacto más íntimo con la comunidad y, sobre todo, las que tienen en últimas el interés, así sea político, de solucionar los problemas locales”.

[41]Ver sentencia C-534 de 1996 M.P. Fabio Morón Díaz.

[42] En los debates del artículo 356 de la Constitución se mencionó expresamente este propósito y la importancia de dotar a las entidades de recursos suficientes para atender sus nuevas funciones. Por ejemplo, en la exposición de motivos de la ponencia presentada por los constituyentes Carlos Rodado Noriega, Jesús Pérez González-Rubio y Helena Herrán de Montoya ante la Comisión Quinta se menciona explícitamente, al debatir sobre el situado fiscal: “Se ha calculado que con esta fórmula el municipio estará en capacidad de recibir de la Nación, sin mayores traumatismos, la responsabilidad de atender los servicios de salud y educación hoy existentes en sus niveles básicos, para pagarlos directamente. El municipio asumirá el servicio de educación primaria y secundaria, integrado en establecimientos únicos (...) para impedir la deserción escolar y dificultades pedagógicas y administrativas que se atribuyen a la actual división (...)”. Cfr. Gaceta Constitucional No. 53, p.p. 13-15.

[43]Ver sentencia C-535 de 1996 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[44]Ver sentencia C-837 de 2001 M.P. Jaime Araujo Rentería.

[45] Cfr. Gaceta Constitucional No. 53, p.p. 13-15.

[46]Cfr. Gaceta Constitucional No. 85, p.p. 16- 17.

[47]Cfr. sentencia C-702 de 1999 M.P. Fabio Morón Díaz.

[48]Ver sentencia C-720 de 1999 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[49] A partir de este apartado, el magistrado ponente redacta la posición adoptada por la mayoría.

[50] M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[51] Sentencias C-075/93, MP Alejandro Martínez Caballero, T-141/94 MP Vladimiro Naranjo Mesa, C-567/95 MP Fabio Morón Díaz, C-691/96 MP Carlos Gaviria Díaz y C-221/97 MP

Alejandro Martínez Caballero.

[52] Corte Constitucional, sentencia C-427/02.

[53] *Ibíd.*

[54] Corte Constitucional, sentencia C-221/97. En igual sentido se expresa las sentencias C-541/97 y C-207/00.

[55] M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[56] Sentencia C-221 de 1997 (MP Alejandro Martínez Caballero). En esta sentencia, la Corte declaró exequible durante un tiempo de cinco años, el literal a) del artículo 233 del decreto 1333 de 1986, el cual permitía el gravamen de un impuesto municipal a la extracción de arena, cascajo y piedra del lecho de los cauces de los ríos y arroyos. La Corte consideró que la coexistencia de tributos y regalías sobre la explotación de recursos naturales no renovables era contraria a los artículos 360 y 361 de la Carta. Sin embargo, dado que no existía una regulación específica acerca del cobro de regalías para la explotación de dichos recursos, la Corte exhortó al Congreso a regular el tema durante un tiempo en el cual la norma seguiría vigente. En la sentencia C-669 de 2002 (M.P. Álvaro Tafur Galvis) la Corte efectuó un ajuste en su jurisprudencia y aceptó que regalías y tributos no eran necesariamente incompatibles.

[57] La providencia citada agrega lo siguiente: “Con todo, se podría objetar a la anterior interpretación que en el régimen jurídico legal colombiano el Estado como tal no es una persona jurídica, por lo cual no podría ser propietario de recursos, ni titular de regalías. Sin embargo, la Corte considera que esa objeción no es pertinente, porque es la ley la que debe ser interpretada a la luz de la Constitución, y no la Constitución a la luz de la ley. Además, como lo ha sostenido la doctrina nacional e internacional, incluso si el ordenamiento legal no reconoce personalidad jurídica al Estado como tal, ésta se sobrentiende pues es un presupuesto de muchas de las construcciones del derecho público y del derecho constitucional. Así, según Planiol y Ripert, “el Estado se considera en todos los países como una persona que representa a la nación entera en su soberanía y en su independencia”. Por ello, agregan esos autores, el Estado ha sido calificado de “persona moral necesaria.” En el mismo sentido se pronunció la sentencia C-580 de 1999 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz), en

la cual la Corte declaró inexecutable los fondos departamentales de regalías creados por el Parágrafo 1º del artículo 29 de la Ley 141 de 1994, que delegaban a los departamentos la función de asignar la distribución de las regalías y compensaciones a los municipios. La Corte consideró que dicha función era asignada directamente al legislador y al Fondo Nacional de Regalías. En el mismo sentido, ver las sentencias C-128 de 1998 (MP Fabio Morón Díaz), C-402 de 1998 (MP Fabio Morón Díaz), C-447 de 1998 (MP Carlos Gaviria Díaz) y C-299 de 1999 (MP Fabio Morón Díaz).

[58] M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

[59] Ver en este sentido, entre otras, las sentencias C-221 de 1997, C-447 de 1998, C-293 de 2000 y C-251 de 2003.

[60] Sentencia C-447 de 1998. M.P. Carlos Gaviria Díaz

[61] Sentencia C-221 de 1997. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

[62] Sentencia C-221 de 1997. M.P. Alejandro Martínez Caballero

[63] Sentencia C-447 de 1998. M.P. Carlos Gaviria Díaz

[64] Sentencia C-427 de 2002, M.P. Clara Inés Vargas.

[65] Ver, entre otras, las sentencias C-567 de 1995, C-221 de 1997, C-127 de 2000, C-207 de 2000 y C-293 de 2000.

[66] Ver, entre otras, la sentencia C-221 de 1997

[67] Sentencia C-221 de 1997. MP Alejandro Martínez Caballero.

[68] Sentencia C-1548 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[69] Véanse las sentencias T-141 de 1994, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; C-691 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz; C-028 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero; Sentencia C-428 de 1997, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, Alejandro Martínez Caballero y Vladimiro Naranjo Mesa; C-402 de 1998, M.P. Fabio Morón Díaz y C-447 de 1998 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

[70] Sobre la distinción entre fuentes endógenas y exógenas de financiamiento de las entidades territoriales, consultar la sentencia C-219 de 1997 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. De acuerdo con esta sentencia, las fuentes endógenas de financiamiento de los entes territoriales están constituidas por los denominados recursos propios, los cuales, por ser de propiedad de estas entidades, se encuentran sometidos a “la plena disposición de las autoridades locales o departamentales correspondientes, sin injerencias indebidas del legislador”. Por el contrario, los recursos territoriales originados en fuentes exógenas de financiamiento (transferencias, regalías, cofinanciación, etc.) pueden ser configurados en mayor medida por la ley.

[71] Sentencia C-541 de 1999. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.