

Sentencia C-624/13

PRESUPUESTO DEL SISTEMA GENERAL DE REGALIAS PARA EL BIENIO DEL 1º DE ENERO DE 2013 AL 31 DE DICIEMBRE DE 2014-Financiación de proyectos de inversión por fondos del sistema general de regalías

EXIGENCIA DE VOTO POSITIVO DEL GOBIERNO NACIONAL PARA APROBAR PROYECTOS FINANCIADOS CON RECURSOS DEL SISTEMA NACIONAL DE REGALIAS Y DETERMINACION DE LA ENTIDAD EJECUTORA-Vulneración de principios democrático, de descentralización y autonomía de los entes territoriales

El artículo 31 de la ley 1606, al otorgar un poder de veto al Gobierno Nacional para decidir los proyectos susceptibles de financiación por los fondos de Desarrollo Regional, Ciencia, Tecnología e Innovación y Compensación Regional, así como su ejecutor, se opone al artículo 361 superior y a los principios de descentralización y autonomía, ya que aunque persigue una finalidad importante -el uso eficiente de las regalías-, se vale de un medio que no es efectivamente conducente para el efecto y, dada la existencia de otros múltiples mecanismos de control, termina sacrificando de forma desproporcionada los principios democrático, de descentralización y autonomía, así como los mandatos del artículo 361 de la Carta.

PRINCIPIO DE DESCENTRALIZACION Y AUTONOMIA DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES-Contenido/DESCENTRALIZACION Y AUTONOMIA DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES-Herramientas para el desarrollo y promoción de la democracia y progreso local/DIFERENCIACION DE CONCEPTOS DE DESCENTRALIZACION Y AUTONOMIA-Jurisprudencia constitucional

NUCLEO ESENCIAL DE LA AUTONOMIA DE LA ENTIDADES TERRITORIALES-Prerrogativas

La jurisprudencia ha señalado que el núcleo esencial de la autonomía de las entidades territoriales está compuesto por las siguientes prerrogativas: (i) Derecho de las entidades territoriales a gobernarse por autoridades propias, (ii) Derecho de las entidades territoriales a gestionar sus propios intereses y ejercer las competencias que les correspondan, (iii)

Derecho de las entidades territoriales a establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones y a participar en las rentas nacionales, (iv) Derecho de las entidades territoriales a administrar sus recursos.

PRINCIPIOS DE AUTONOMIA Y DESCENTRALIZACION-Limitaciones constitucionalmente admisibles/PRINCIPIOS DE AUTONOMIA Y DESCENTRALIZACION-Ponderación con otros principios de la misma naturaleza/AUTONOMIA DE ENTIDADES TERRITORIALES-Respeto del núcleo esencial por legislador/AUTONOMIA DE ENTIDADES TERRITORIALES-Límites al legislador/AUTONOMIA DE ENTIDADES TERRITORIALES-Grado de intervención legislativa en fuentes exógenas de financiación/AUTONOMIA DE ENTIDADES TERRITORIALES-Grado de intervención legislativa en fuentes endógenas de financiación

REGALIAS COMO RECURSO EXOGENO DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES-Contenido y alcance/REGALIAS-Concepto/REGALIAS-Naturaleza jurídica/REGALIAS-Destinación/CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA DE REGALIAS-Libertad para definir las formas de reparto, criterios de distribución y mecanismos de vigilancia y control

ACTO LEGISLATIVO 05 DE 2011-Reforma del régimen constitucional de las regalías/SISTEMA GENERAL DE REGALIAS-Modificaciones en Acto Legislativo 05 de 2011

TOMA DE DECISIONES SOBRE LA DISTRIBUCION DE REGALIAS DESTINADAS A DESARROLLO REGIONAL-Contenido y alcance

JUICIO DE CONSTITUCIONALIDAD-Integración normativa/UNIDAD NORMATIVA-Integración para evitar que el fallo sea inocuo

PRINCIPIO DEMOCRATICO EN UN ESTADO SOCIAL Y DEMOCRATICO DE DERECHO-Carácter expansivo/PRINCIPIO DEMOCRATICO-Carácter universal y expansivo

Como ha señalado la jurisprudencia constitucional, en un Estado social y democrático de Derecho, el principio democrático tiene carácter expansivo, lo que implica que (i) constituye un criterio de interpretación y (ii) debe irradiar los distintos ámbitos de la vida estatal y social -como cuerpos colegiados que no tienen naturaleza política, incluso en escenarios tradicionalmente privados-, de modo que se fortalezcan los canales de representación, se democraticen los espacios de toma de decisiones y se promueva el pluralismo. Sobre el

carácter universal y expansivo del principio democrático, se explicó lo siguiente en la sentencia C-522 de 2002: “De otra parte, es necesario puntualizar que la Constitución Política de 1991 no restringe el principio democrático al ámbito político sino que lo extiende a múltiples esferas sociales. El proceso de ampliación de la democracia supera la reflexión sobre los mecanismos de participación directa y especialmente hace énfasis en la extensión de la participación de las personas interesadas en las deliberaciones de los cuerpos colectivos diferentes a los políticos. El desarrollo de la democracia se extiende de la esfera de lo político en la que el individuo es considerado como ciudadano, a la esfera social donde la persona es tomada en cuenta en su multiplicidad de roles, por ejemplo, como trabajador, estudiante, miembro de una familia, afiliado a una empresa prestadora de salud, consumidor etc. Ante la extensión de la democracia la Corte Constitucional ha señalado que el principio democrático que la Carta prohíja es a la vez universal y expansivo. Universal porque compromete varios escenarios, procesos y lugares tanto públicos como privados y también porque la noción de política que lo sustenta se nutre de todo lo que válidamente puede interesar a la persona, a la comunidad y al Estado y sea por lo tanto susceptible de afectar la distribución, control y asignación del poder. Es expansivo pues porque ha de ampliarse progresivamente conquistando nuevos ámbitos y profundizando permanentemente su vigencia, lo que demanda por parte de los principales actores públicos y privados un denodado esfuerzo para su efectiva construcción”.

#### PRINCIPIO DEMOCRATICO-Subprincipios

Del principio democrático emanan otros subprincipios: el mayoritario, el pluralismo y la publicidad. Para efectos de esta decisión interesa en particular el primero; según el principio mayoritario, las decisiones debe ser tomadas preferiblemente de conformidad con la regla de la mayoría, pues ésta, en vista de la dificultad de alcanzar la unanimidad, es la más eficiente para integrar a las fuerzas que participan en la toma de una resolución, sin que se sacrifiquen elementos de libertad e igualdad que son esenciales a las actividades deliberativas. Como se puede apreciar, la regla de la mayoría, en concordancia con el principio de igualdad, parte de la premisa de que todos aquellos que participan en una deliberación deben recibir la misma consideración, lo que a su vez significa que sus opiniones deben tener el mismo potencial de incidencia en la decisión, así como el mismo peso. Al respecto, pero en el escenario legislativo, se manifestó lo siguiente en la sentencia C-141 de 2010: “La decisión mayoritaria tiene un profundo fundamento en la igualdad,

porque asigna idéntico valor a la participación de cada uno de los ciudadanos y toma como presupuesto la igualdad de oportunidades en el proceso participativo. Es decir, el sentido democrático de la decisión mayoritaria está fundado en dos pilares que se nutren del principio de igualdad: (i) el que las condiciones para participar en el proceso de decisión no tengan fundamento en parámetros discriminadores -tales como la renta o el nivel de preparación académica-; y (ii) el idéntico valor asignado a la decisión de cada uno de los participantes, en cuanto que entre las participaciones válidas ninguna tendrá mayor peso que otra.”

Referencia: expediente D-9538

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 31 de la ley 1606 de 2012 “Por la cual se decreta el presupuesto del Sistema General de Regalías para el Bienio del 1° de enero de 2013 al 31 de diciembre de 2014”.

Magistrado Sustanciador:

JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB

Bogotá, D.C., once (11) de septiembre de dos mil trece (2013).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Jorge Iván Palacio Palacio -quien la preside-, María Victoria Calle Correa, Mauricio González Cuervo, Luis Guillermo Guerrero Pérez, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Nilson Pinilla Pinilla, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Alberto Rojas Ríos y Luis Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y en cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en el decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente sentencia con fundamento en los siguientes:

## 1. ANTECEDENTES

El 8 de febrero de 2013, el ciudadano Juan Francisco Lozano Ramírez, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, demandó el artículo 31 de la ley 1606 de 2012 “Por la cual se decreta el presupuesto del Sistema General de Regalías para el Bienio del 1o de

enero de 2013 al 31 de diciembre de 2014”.

Mediante auto del 8 de marzo, la demanda fue admitida. En consecuencia, el Magistrado sustanciador ordenó comunicar el inicio del proceso al Congreso de la República, la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República, el Ministerio de Minas y Energía, el Ministerio del Interior, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Departamento Nacional de Planeación (DNP) y las gobernaciones de todos los departamentos del país. También invitó a las siguientes instituciones para que, si lo estimaban conveniente, participaran en el debate jurídico que el presente asunto propone: Universidad del Rosario, Universidad de los Andes, Universidad Externado de Colombia, Universidad Javeriana, Universidad Nacional de Colombia, Universidad Sergio Arboleda, Universidad Pontificia Bolivariana sede Montería, Universidad del Sinú – Seccional Montería, Universidad de Medellín, Universidad de Antioquia, Universidad Sur Colombiana, Universidad del Norte, Universidad del Atlántico, la Academia Colombiana de Jurisprudencia, la Federación Colombiana de Municipios, la Federación Nacional de Departamentos y la Organización Nacional Indígena de Colombia –ONIC-. Finalmente, se ordenó fijar la demanda en lista para que los ciudadanos pudiesen defender o impugnar el precepto acusado, y se dio traslado al señor Procurador General de la Nación para que rindiera el concepto de su cargo en los términos que le concede la ley.

Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de los procesos de constitucionalidad, la Corte Constitucional procede a decidir la demanda de la referencia.

### 1.1. NORMA DEMANDADA

El texto del precepto acusado es el siguiente; se resaltan los apartes acusados:

“Artículo 31. Aprobación de proyectos en los Fondos del Sistema General de Regalías. En desarrollo del mandato previsto en el inciso 8° del artículo 361 de la Constitución Política, los proyectos de inversión susceptibles de financiamiento por los Fondos de Desarrollo Regional y del Fondo de Ciencia, Tecnología e Innovación, para su aprobación y designación de la entidad pública ejecutora deberán contar con el voto positivo del Gobierno Nacional.

Así mismo y en desarrollo de lo previsto por el inciso 9° del artículo 361 de la Constitución Política, los proyectos de inversión susceptibles de financiamiento con cargo al 60% del Fondo de Compensación Regional deberán contar con el voto positivo del Gobierno

Nacional.”

## 1.2. FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA

El demandante considera que las expresiones acusadas desconocen el inciso octavo y el inciso sexto del párrafo segundo del artículo 361 de la Constitución, reformado por el acto legislativo 05 de 2011, y los principios de descentralización y autonomía de las entidades territoriales –artículos 1, 287, 298 y 311 superiores-. Sus argumentos se resumen a continuación:

1.2.1. Asegura que la disposición demandada establece que los proyectos de inversión susceptibles de financiación por los fondos de Desarrollo Regional y de Ciencia, Tecnología e Innovación, y por el 60% del Fondo de Compensación Regional, deberán contar con el voto positivo del Gobierno Nacional.

Considera que ese requisito –voto positivo del Gobierno Nacional- es contrario al inciso octavo del artículo 361 superior, según el cual los fondos de Desarrollo Regional y de Ciencia, Tecnología e Innovación “(...) tendrán como finalidad la financiación de proyectos regionales acordados entre las entidades territoriales y el Gobierno Nacional”. Afirma que “[a]cordar es contrario a imponer un voto” y que “[v]ulnera la Constitución eliminar el acuerdo y convertirlo en una imposición unilateral y abusiva”. Explica que el propósito de la reforma constitucional es “(...) justamente lograr que las partes se pongan de acuerdo” y brindar participación mayoritaria en la toma de las decisiones a las entidades territoriales; en este orden de ideas, sostiene que trasladarle a una de las partes –Gobierno Nacional- el monopolio de la decisión, es otorgarle un poder de veto en contravía del artículo 361 superior y del principio de descentralización de las entidades territoriales.

También asevera que el Congreso, en ejercicio del poder de reforma al discutir el acto legislativo 05 de 2011, “(...) nunca pretendió aceptar un poder de veto”.

1.2.2. De otro lado, recuerda que el inciso sexto del párrafo segundo del artículo 361 de la Carta dispone que “(...) la representación de las entidades territoriales en los órganos colegiados será mayoritaria, en relación con la del Gobierno Nacional”. Señala que este precepto persigue la participación eficaz de las entidades territoriales en las toma de decisiones sobre los proyectos que serán financiados por el Sistema General de Regalías

(SGR), así como la limitación del poder de decisión del Gobierno Nacional. Sostiene que estos mandatos son inobservados por el mayor peso que se otorga al Gobierno Nacional en la definición de los proyectos a financiar.

1.2.3. Argumenta que otorgar un poder de veto al Gobierno Nacional lesiona la autonomía de las entidades territoriales en relación con la toma de decisiones que propendan por su desarrollo y crecimiento, como lo significan los proyectos de inversión financiados por el SGR. Indica que “[l]imita además a sus autoridades como legítimas representantes y administradoras de los intereses locales y restringen competencias que la propia ley les otorga a las entidades territoriales, violando los derechos que les otorga a esas entidades el artículo 287 constitucional, pues superpone al Gobierno y sus decisiones, sobre la decisión de las entidades a nivel departamental y municipal”. Manifiesta que los ponentes en el debate legislativo defendieron la descentralización y la autonomía de las entidades territoriales y que el Ministro de Hacienda de la época, en muchas intervenciones, aseguró que el Gobierno no buscaba centralizar las regalías ni disminuir la participación de las entidades territoriales; por tanto, asevera:

“No queda duda ninguna, que la voluntad del constituyente derivado y por ende el espíritu del texto constitucional era contrario a cualquier forma de centralización, siendo la más brutal de todas, la exigencia de un voto favorable del Gobierno, contrario por completo a la búsqueda de un ‘acuerdo’ que manda la Constitución, y al espíritu de la representación mayoritaria de las entidades territoriales en las instancias aludidas”.

1.2.4. Finalmente, resalta que los recursos de los que trata el precepto acusado deben ser invertidos en proyectos para el progreso social de las comunidades, y que ese progreso social debe ser delimitado, estudiado, evaluado y resuelto por las entidades territoriales respectivas; esa es una atribución que otorga directamente la Constitución.

### 1.3. INTERVENCIONES

#### 1.3.1. Federación Nacional de Departamentos

Coadyuva la demanda con apoyo en las siguientes razones:

1.3.1.1. Explica que la autonomía de las entidades territoriales, en los términos del

auto 383 de 2010 de esta Corporación, hace referencia a la capacidad de cada uno de los niveles territoriales de dirigir y gestionar todos aquellos asuntos que se encuentren en el ámbito de sus intereses. Agrega que con la creación del SGR se buscó fortalecer y garantizar la autonomía así entendida. Afirmar que al imponerse el requisito de voto favorable del Gobierno Nacional, se desconoció la autonomía territorial y se fijó una exigencia desproporcionada, pues si lo que se busca es asegurar la correcta utilización de las regalías, para ello es suficiente lo previsto en el artículo 361 superior, es decir, que los proyectos a financiar cumplan unos requisitos, sean declarados viables por el DNP una vez han sido definidos por los Órganos Colegiados de Administración y Decisión (OCAD), y el DNP ejerza la secretaría técnica de dichos órganos.

1.3.1.2. Sostiene que las expresiones demandadas también vulneran el principio democrático, puesto que implican la imposibilidad de disenso de las alcaldías y gobernaciones en los OCAD, la inutilidad de sus determinaciones y opiniones, y el desconocimiento de los subprincipios de deliberación y mayorías.

1.3.1.3. Asevera que el artículo 31 de la ley 1606 también trasgrede los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad, toda vez que centraliza la disposición de los recursos de las regalías, delega la decisión a unos agentes del Gobierno central que ni siquiera tienen carácter representativo -no son elegidos por voto popular- y limita las competencias de los departamentos en materia de gestión de sus intereses y toma de decisiones económicas.

1.3.1.4. Manifiesta que el precepto impugnado viola el principio de presunción de buena fe porque parte de un prejuicio contra las entidades territoriales.

1.3.1.5. Por último, aduce que se desconoce el artículo 360 superior, según el cual las entidades territoriales tienen derecho a participar en las regalías con miras a financiar proyectos de inversión prioritarios a nivel local y departamental. A juicio de la Federación, la ley acusada da a las regalías el trato de una transferencia, impone exigencias que no son contempladas por la Carta Política y establece un control previo arbitrario que impide que las regalías se destinen efectivamente al desarrollo regional.

1.3.2. Federación Colombiana de Municipios



Solicita que la disposición censurada se declare inexecutable, por las siguientes razones:

1.3.2.1. Asegura que en principio el voto de calidad, es decir, “(...) el mecanismo que se utiliza para garantizar que en órganos deliberantes quien tiene una atribución especial de guarda o tutela de intereses pueda impedir que por los demás integrantes del órgano se adopte una decisión”, no se opone a la Carta; sin embargo, indica que sí es inconstitucional en este caso porque versa sobre un área que la Constitución, específicamente el artículo 361, ha configurado como de naturaleza acentuadamente territorial, no un interés propio de la Nación. Por tanto, asevera que si ha de existir un voto de calidad, debe estar en cabeza de los representantes de las entidades territoriales.

1.3.2.2. Sin perjuicio del argumento anterior, sostiene que para resolver la presente controversia debe acudirse a una fórmula similar a la acogida en la sentencia C-431 de 2000, esta es, dar prelación al interés de las entidades territoriales.

1.3.2.3. Por último, reitera que en este caso no hay un juego un interés nacional y que el Gobierno Nacional tiene solamente un papel de coordinador en aras de la adecuada planeación del SGR.

### 1.3.3. Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC)

Asegura que el artículo demandado es inconstitucional; los fundamentos de su intervención se resumen a continuación:

1.3.3.1. Reitera que, en criterio de la organización, el acto legislativo 05 de 2012 es inconstitucional porque se omitió la consulta previa a los pueblos indígenas y tribales; en consecuencia, indica que toda su reglamentación también es contraria a la Carta.

Recuerda además que la posición de la ONIC es que en el debate que precedió la reforma constitucional, se debió discutir la capacidad de los resguardos y las entidades territoriales indígenas de administrar directamente los recursos provenientes de las regalías, lo que no ocurrió y condujo, de un lado, a la invisibilización de problemáticas que afrontan los pueblos indígenas, y de otro, a señalar como beneficiarios directos de las regalías únicamente a los departamentos, municipios y distritos.

1.3.3.2. Por otra parte, argumenta que el artículo demandado desvirtúa los principios

de descentralización y democracia al darle preponderancia al voto del Gobierno Nacional. Además, afirma que no es conveniente que una de las estructuras económicas del Estado esté mediada principalmente por la aprobación del Gobierno Nacional; en su sentir, el principio democrático exige escenarios de dialogo para tomar decisiones sobre la materia, en los que se asegure participación equitativa de los diferentes sectores.

1.3.3.3. Finalmente, alega que de conformidad con la sentencia C-317 de 2012, el precepto demandado debió ser objeto de consulta previa a los pueblos indígenas y tribales.

#### 1.3.4. Academia Colombiana de Jurisprudencia

1.3.4.1. Por intermedio de Gonzalo Suárez Beltrán, defiende la exequibilidad de la disposición acusada; los argumentos del interviniente se resumen a continuación:

1.3.4.1.1. Afirma que los principios de descentralización y autonomía de las entidades territoriales no son absolutos, pues deben ceder ante las exigencias conceptuales del carácter unitario del Estado, principio al que se le ha reconocido superioridad de rango constitucional -cita en respaldo al sentencia C-937 de 2010-; no obstante, asegura que no se puede desconocer el núcleo esencial de la autonomía de las entidades territoriales.

1.3.4.1.2. Explica que las regalías son un recurso exógeno de las entidades territoriales y por ello el grado de intervención del Legislador en esta materia puede ser mayor, a diferencia de lo que ocurre con los recursos endógenos.

1.3.4.1.3. En relación con la expresión “acordados” contenida en el artículo 361 superior, a partir de una interpretación sistemática y del hecho de que el Constituyente no empleó al expresión “mayoría de votos” en el inciso octavo pero sí lo hizo en el párrafo 2 del mismo precepto, concluye que lo que se quiso es que el Gobierno Nacional participara en los órganos de decisión no como minoría, sino con igual peso al de las entidades territoriales, con independencia del mayor número de delegados de estas últimas. Alega que esta interpretación concuerda con la jurisprudencia constitucional sobre la naturaleza exógena de las regalías.

1.3.4.1.4. A la luz de la anterior interpretación, manifiesta que la expresión “contar con el

voto positivo del Gobierno Nacional” contenida en el artículo 31 de la ley 1606 busca precisamente equiparar los votos del Gobierno Nacional a los de las entidades territoriales; en otras palabras, asegura que debe existir consenso en la toma de decisiones de los OCAD, en concordancia con el artículo 361 de la Carta.

1.3.4.2. Por el contrario, Augusto Trujillo Muñoz, integrante de la Academia, asevera que las expresiones impugnadas son inconstitucionales, por las siguientes razones:

1.3.4.2.1. Recuerda que la introducción del principio de autonomía de las entidades territoriales significó un cambio sustantivo de orden político -confirmado por el señalamiento del municipio como la entidad territorial fundamental-, a la luz del cual no es posible aseverar que el principio de unidad prevalece sobre el de autonomía; a su juicio, la Constitución exige un equilibrio entre los dos.

1.3.4.2.2. Por otra parte, considera ilógico que en una decisión acordada se exija el voto positivo de la parte más poderosa. Asegura que en esas circunstancias, la decisión no es acordada sino impuesta.

### 1.3.5. Ministerio de Minas y Energía

Solicita que el artículo 31 de la ley 1606 se declare exequible, por las siguientes razones:

1.3.5.1. Para contextualizar sus argumentos, afirma que las regalías son un recurso del Estado respecto del cual las entidades territoriales solamente tienen un derecho de participación. También interpreta que el inciso octavo del artículo 361 superior “(...) implica la participación y aprobación del Gobierno Nacional, en los proyectos que benefician más de un municipio”; en su criterio, “[e]s lógico que para ‘acordar’ el Gobierno Nacional debe dar su aprobación. De lo contrario no puede existir acuerdo”.

1.3.5.2. Con fundamento en las anteriores premisas, sostiene que el artículo demandado no desconoce el artículo 361 de la Constitución, ya que las dos disposiciones coinciden en requerir la participación del Gobierno Nacional. En su sentir, la controversia es aparente y solamente de orden semántico, pues se origina en la utilización de expresiones diferentes, pero que en realidad tienen el mismo significado. Alega que no comparte la

interpretación del demandante, ya que “(...) para poder acordar, cada una de las partes debe dar su aprobación, de lo contrario, si cualquiera de las partes no aprueba no puede haber acuerdo”.

1.3.5.3. Manifiesta que la disposición demandada tampoco vulnera los artículos 1º, 287-2 y 298 de la Carta, porque la participación y aprobación del Gobierno Nacional es prevista en el artículo 361 superior. Agrega que estos cargos se basan en meras interpretaciones subjetivas del actor.

#### 1.3.6. Ministerio de Hacienda y Crédito Público

También defiende la constitucionalidad de los apartes censurados, con apoyo en los siguientes argumentos:

1.3.6.1. Para comenzar, el Ministerio hace las siguientes aclaraciones: reitera que las regalías son un recurso del Estado respecto del cual las entidades territoriales únicamente tienen un derecho de participación. Asegura que ello explica que el acto legislativo 05 de 2011 haya otorgado un amplio margen de configuración al Legislador para determinar la distribución, objetivos, fines, administración, ejecución, control, uso eficiente y destinación de las regalías, potestad en virtud de la cual profirió las leyes 1530 y 1606. Sostiene que el artículo 31 de la ley 1606 busca materializar el acuerdo al que se refiere el inciso 8 del artículo 361 superior, y corregir “(...) la situación que en la práctica estaba ocurriendo, ya que la dinámica de la decisión se requerían 2 votos favorables, y no necesariamente uno debía ser del Gobierno Nacional, situación que sí desconocía abiertamente el acuerdo entre las entidades territoriales y el Gobierno Nacional, de que trata el artículo 361 de la Carta”. Finalmente, advierte que la autonomía de las entidades territoriales se encuentra sujeta a los límites de la Constitución y la ley, y puede ser restringida por el principio de unidad del Estado.

1.3.6.2. Hechas estas aclaraciones, alega que el artículo impugnado no desconoce la autonomía de las entidades territoriales, puesto que no impide que ejerzan las atribuciones que les reconocen los artículos 287, 298 y 311 superiores, ni que dispongan de sus recursos propios -endógenos-; por el contrario, el precepto desarrolla los principios de autonomía y descentralización, pues permite a las entidades territoriales, gestionando las competencias que les corresponden, someter a consideración de los OCAD los proyectos de inversión que

quieren sean financiados con los recursos de las regalías.

#### 1.3.7. Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República

Solicita a la Corte declarar exequible la disposición censurada, por las siguientes razones:

1.3.7.1. Recuerda que las regalías constituyen recursos exógenos de las entidades territoriales, razón por la cual el Gobierno central tiene mayor injerencia en la determinación de su destino. Explica que en atención a lo anterior, en la sentencia C-414 de 2012, la Corte Constitucional señaló que en el caso de los recursos exógenos, basta con comprobar, para declarar la legitimidad de una medida, que el Legislador persigue un fin constitucionalmente válido que no despoja a las entidades territoriales de sus competencias.

1.3.7.2. Explica que de acuerdo con los antecedentes legislativos, el propósito de los fondos de Ciencia, Tecnología e Innovación, Desarrollo Regional y Compensación Regional es la promoción del desarrollo local, pero con miras a fortalecer el progreso nacional; de ahí que se haya previsto la injerencia del Gobierno Nacional. Afirma que, por tanto, los intereses involucrados en las inversiones de dichos fondos son de orden general, solo que impulsados desde las entidades territoriales. En otras palabras, a juicio de la Secretaría Jurídica de la Presidencia, “(...) el objetivo de estos fondos es que los recursos destinados a la inversión regional produzcan un efecto transversal en el desarrollo del país, recuperables a mediano y largo plazo en todo el territorio nacional”. En vista de lo anterior, indica que el Gobierno Nacional no puede separarse de la toma de decisiones en la materia.

1.3.7.3. También precisa que la demanda debe entenderse dirigida a la regulación de los fondos de Desarrollo Regional y Compensación Regional, ya que están conformados por el Gobierno Nacional, los departamentos y los municipios; respecto del Fondo de Ciencia, Tecnología e Innovación, en tanto está conformados por el Gobierno Nacional, los departamentos y las universidades, la censura debe entenderse en relación con los departamentos solamente, pues las universidades no son titulares del derecho a la autonomía territorial.

1.3.7.4. Hechas esas precisiones, manifiesta que el artículo demandado no es

contrario al concepto de “acuerdo” al que alude el artículo 361 superior, puesto que, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, un acuerdo supone un convenio entre dos o más partes de forma unánime. Indica que “[e]llo quiere decir que, en términos de la ley, el ‘acuerdo’ al que se refiere la Constitución se produce cuando existen dos voluntades coincidentes en relación con la aprobación del proyecto. Para efectos de la norma que se demanda, una de esas voluntades debe ser la del Gobierno Central, lo cual, en lugar de desvirtuar el concepto de acuerdo, lo califica, pues, de cualquier modo, se requiere un número de por lo menos dos votos favorables para la aprobación de la inversión”.

En concordancia, señala que la norma acusada debe ser leída en su sentido dinámico, es decir, “(...) como una invitación a que, si existen discrepancias respecto de los proyectos sometidos a consideración de los miembros de la comisión, los participantes presenten sus modificaciones en aras de lograr el acuerdo exigido por la Constitución”.

1.3.7.5. Afirma que no requerir la aprobación del Gobierno Nacional conduciría a “(...) abrir de nuevo la compuerta para la aprobación de proyectos inconexos, fragmentados, desarticulados o desintegrados con los planes de desarrollo nacional que pretenden impulsarse con los dineros de las regalías”, en contravía del espíritu del acto legislativo 05 de 2011.

1.3.7.6. Aduce que es inexacto afirmar que en virtud el artículo censurado, el Gobierno Central está facultado para imponer su voluntad a las entidades territoriales. La Secretaría recuerda que los proyectos deben ser principalmente de iniciativa de las entidades territoriales, y que la intervención del Gobierno Nacional se limita a un voto afirmativo. De este modo, alega que la norma demandada no implica deslealtad al principio de coordinación entre la Nación y las entidades territoriales.

#### 1.3.8. Gobernación de Cundinamarca

Solicita que se declare inconstitucional la expresión “positivo” del artículo 31 de la ley 1606 porque desconoce la autonomía territorial, el artículo 361 superior según el cual los ingresos del SGR se destinarán a financiar proyectos para el desarrollo social, económico y ambiental de las entidades territoriales, y el artículo 344 ibídem conforme al cual los organismos departamentales de planeación tienen la función de evaluación de gestión y de resultados de los planes y programas de los municipios.

Coadyuva la demanda, por las siguientes razones:

1.3.9.1. Explica que el artículo 361 de la Constitución, al acudir al término “acordar”, exige resolver de común acuerdo, lo que a su turno significa que las partes deben deliberar en conjunto en pie de igualdad sobre los beneficios, necesidades, etc. de las inversiones provenientes de las regalías, y tal deliberación debe concluir con un pacto o alianza bilateral, para lo cual se pueden utilizar los mecanismos de la democracia, como la mayoría de votos. Agrega que esta norma, junto con la exigencia de que en los OCAD exista representación mayoritaria de las entidades territoriales, están dirigidas a amparar la descentralización y autonomía de las regiones.

1.3.9.2. Asegura que la expresión demandada se opone a las anteriores normas constitucionales, toda vez que no busca un pacto entre las partes y reemplaza el acuerdo por un ruego de la territorialidad regional al poder central.

#### 1.3.10. Gobernación de Santander

Solicita a la Corte declarar la inconstitucionalidad parcial del artículo 31 de la ley 1606, ya que asegura que el requisito del voto positivo del Gobierno Nacional es contrario a la exigencia de acuerdo del artículo 361 superior y al espíritu de diálogo que inspiró ese precepto. Agrega que ese requisito también lesiona los principios de descentralización y autonomía, y el derecho de las entidades territoriales a administrar sus propios recursos.

#### 1.3.11. Gobernación de Caquetá

Asegura que las expresiones acusadas vulneran la Carta Política; sus argumentos son los que siguen:

1.3.11.1. Sostiene que de acuerdo con el artículo 361 superior, la inversión de las regalías debe ajustarse a las condiciones especiales y las necesidades que sean identificadas en cada territorio, lo que significa que la participación de las entidades territoriales es fundamental en la toma de decisiones al respecto. Explica que por ello fueron creados los OCAD, en los que debe existir una relación horizontal entre sus miembros, lo que supone igual incidencia en la toma de determinaciones. Indica que las expresiones demandadas rompen con esa igualdad, desfiguran los OCAD y lesionan el

principio de autonomía, pues permiten que el Gobierno Nacional tenga primacía en la definición de los proyectos a financiar.

1.3.11.2. Agrega que si la intención del Constituyente hubiera sido dotar al Gobierno Nacional de ese mayor poder, no habría previsto que la representación de las entidades territoriales en los OCAD fuera mayoritaria.

1.3.11.3. Por último, señala que el artículo 31 de la ley 1606 también desconoce los artículos 198 y 311 constitucionales, de conformidad con los cuales las entidades territoriales deben gestionar sus intereses, establecer las prioridades de su desarrollo, y promover y planificar el progreso local; en su sentir, el precepto censurado les quita su papel protagónico en materia de decisiones sobre desarrollo a los departamentos distritos y municipios.

#### 1.3.12. Gobernación de Antioquia

Coadyuva la demanda porque considera que las expresiones acusadas constituyen una medida centralista, que se opone al derecho de las entidades territoriales a administrar los recursos de las regalías.

#### 1.3.13. Gobernación del Meta

Manifiesta que coadyuva la demanda en su totalidad. No aporta ningún argumento.

#### 1.3.14. Gobernación del Atlántico

Solicita que se declare inexecutable toda la frase “Para su aprobación y designación de la entidad ejecutora deberán contar con el voto positivo del Gobierno Nacional”, por las siguientes razones:

1.3.14.1. Afirma que esa frase vulnera los artículo 360 -inciso 2- de la Carta y es incongruente con los artículos 3, 6, 24, 27, 28, 30 y 31 de la ley 1260, ya que constituye una extralimitación de las facultades otorgadas al legislador en el acto legislativo 05 de 2011 para aprobar los presupuestos bianuales del SGR.

1.3.14.2. Asegura que la frase igualmente se opone al término “acordados” empleado en el



artículo 361 superior, el cual significa llegar a una decisión por común acuerdo. A su juicio, el requisito del voto mayoritario del Gobierno Nacional además desconoce el sentido pluralista y participativo, y el reconocimiento de la autonomía de las entidades territoriales en la Constitución de 1991.

1.3.14.3. Por último, alega que las frases en cuestión no guardan unidad de materia con el propósito de la ley 1606 que era establecer el presupuesto bianual del SGR.

#### 1.3.15. Universidad Surcolombiana

Por intermedio de la Clínica Jurídica de la facultad de Derecho, sostiene que las expresiones demandadas se oponen a la Carta Política, ya que desconocen la autonomía de las entidades territoriales, específicamente sus derechos a ejercer las competencias que le corresponden, establecer sus prioridades de desarrollo y administrar sus recursos. Además, en su sentir, la exigencia del voto positivo del Gobierno Nacional no desarrolla debidamente el acuerdo al que alude la Constitución para definir los proyectos a financiar por los fondos en comento.

#### 1.3.16. Gobernación del Quindío

Afirma que apoya la demanda, con fundamento en los siguientes argumentos:

1.3.16.1. Estima que existe una abierta contradicción entre el precepto demandado y el artículo 361 superior, y que además no fue intención del Constituyente imponer a las entidades territoriales el requisito de contar con el voto positivo del Gobierno Nacional para la aprobación de los proyectos susceptibles de ser financiados por los fondos referidos.

1.3.16.2. Por otra parte, en su concepto, la medida impugnada lesiona la autonomía de las entidades territoriales y el principio de coordinación. Asegura que la intención de la Carta de 1991 es que exista articulación entre los diferentes niveles de gobierno, y en el caso de los proyectos de desarrollo, que sean definidos por las entidades territoriales, sin desconocer que es necesario que se coordinen con el Plan Nacional de Desarrollo.

#### 1.3.17. Otras intervenciones

El departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina afirma que

coadyuva la demanda con fundamento, a grandes rasgos, en los mismos razonamientos del actor.

#### 1.4. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Solicita que se declare inexecutable el artículo 31 de la ley 1606, con fundamento en las siguientes razones:

1.4.1. En primer término, señala que en este caso es necesaria la integración normativa del resto del artículo 31 de la ley 1606, con el fin de configurar la proposición jurídica completa.

1.4.2. Indica que el artículo 361 superior claramente establece que las decisiones en materia de disposición de recursos de los fondos de Desarrollo y Compensación Regional y de Ciencia, Tecnología e Innovación se deben tomar mediante ejercicios de concertación entre el Gobierno Nacional y los entes territoriales, a través de los OCAD, en los que la representación mayoritaria debe además ser regional. Resalta que en el acto legislativo 05 de 2011 en ninguna parte se exige el voto positivo del Gobierno Nacional para la toma de dichas decisiones, y el contexto constitucional tampoco permite deducir la procedencia de tal voto, pues el espíritu de la reforma es la concertación.

En este orden de ideas, asegura que el requisito del voto positivo del Gobierno Nacional constituye una intromisión indebida en la administración y destinación de los recursos del SGR "(...) que puede terminar respondiendo más a intereses impulsados por la política nacional en función de una determinada redirección de los recursos".

1.4.3. Explica que no basta con declarar inconstitucional la expresión "positivo", puesto que si se sigue exigiendo el voto del Gobierno Nacional, bastará con que su representante no asista o no vote para que opere el poder de veto.

1.4.4. Finalmente, sostiene que si el temor del Gobierno Central y del Congreso es que los entes territoriales no hagan uso debido de los recursos de las regalías, para evitar tal situación el acto legislativo establece parámetros jurídicos para intervenir el comportamiento territorial indebido mediante la adopción de medidas preventivas, correctivas y sancionatorias.

## 2. CONSIDERACIONES

### 2.1. COMPETENCIA

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 241, numeral 4°, de la Constitución Política, la Corte Constitucional es competente para conocer y decidir definitivamente sobre la demanda de inconstitucionalidad de la referencia, pues las expresiones acusadas hacen parte de una ley de la República.

### 2.2. PROBLEMA JURÍDICO

2.2.1. Del texto de la demanda se deduce que el actor formula dos cargos contra las expresiones acusadas:

En primer lugar, alega que el requisito de voto positivo del Gobierno Nacional para que un proyecto de inversión pueda ser financiado por los fondos de Desarrollo Regional, de Ciencia, Tecnología e Innovación y de Compensación Regional –en este caso por el 60% del Fondo-, desconoce el inciso octavo y el inciso sexto del párrafo segundo del artículo 361 de la Constitución, reformado por el acto legislativo 05 de 2011. En su sentir, ese precepto superior ordena que (i) los proyectos que reciban apoyo económico de aquellos fondos sean acordados por el Gobierno Nacional con las respectivas entidades territoriales, y (ii) estas últimas tengan una participación efectiva en la toma de decisiones al respecto, de ahí que el inciso sexto del párrafo segundo establezca que la participación de las entidades territoriales en las respectivas instancias de decisión –OCAD- debe ser mayoritaria. Explica que al requerirse el voto positivo del Gobierno Nacional se le otorga un poder de veto que se opone al espíritu de acuerdo y al mayor peso que el Constituyente quiso dar a los departamentos, distritos y municipios en la adopción de esas determinaciones.

En segundo lugar, sostiene que los apartes demandados vulneran los principios de descentralización y autonomía de las entidades territoriales. Al respecto, afirma que estos principios comprenden el derecho de aquellas a gobernarse por autoridades propias, gestionar sus intereses y fijar sus prioridades de desarrollo. Aduce que al otorgar un poder de veto al Gobierno Nacional, las expresiones censuradas permiten que este último imponga su voluntad en relación con asuntos de desarrollo, lo que a su turno es una medida de centralización e impide a los departamentos, distritos y municipios determinar sus metas

y prioridades en la materia.

2.2.2. La mayoría de los intervinientes y el Ministerio Público apoyan la demanda; además de los argumentos expuestos por el demandante, señalan los siguientes: (i) en este caso no está en juego un interés nacional que justifique la medida, pues el Gobierno Central solamente tiene un papel de coordinador en aras de la adecuada planeación del SGR. (ii) Al expedir el artículo 31 de la ley 1606, el Congreso excedió las facultades que le otorgó el Constituyente para regular el régimen presupuestal y establecer el presupuesto bianual de las regalías. (iii) Las frases en cuestión no guardan unidad de materia con el propósito de la ley 1606 que era establecer el presupuesto bianual del SGR. (iv) El requisito del voto positivo del Gobierno Nacional es desproporcionado, ya que si lo que se busca es asegurar la correcta utilización de las regalías, para ello son suficientes las exigencias de que los proyectos a financiar cumplan unos requisitos y sean declarados viables por el DNP y Colciencias, así como la posibilidad de medidas preventivas, correctivas y sancionatorias. (v) La medida bajo examen lesiona además el principio democrático porque impide la deliberación, anula la regla de la mayoría y entrega la competencia para tomar decisiones trascendentales en materia de desarrollo, a funcionarios del Gobierno Central sin carácter representativo. (vi) Las expresiones censuradas violan el principio de presunción de buena fe, puesto que parten de un prejuicio contra los gobiernos departamentales, municipales y distritales.

2.2.3. Otro grupo de intervinientes defienden la constitucionalidad de los apartes acusados con apoyo en las siguientes razones: (i) los principios de descentralización y autonomía de las entidades territoriales no son absolutos y deben ceder ante las exigencias conceptuales del carácter unitario del Estado, como el desarrollo del país. En este caso, los intereses involucrados en las inversiones de los fondos de Ciencia, Tecnología e Innovación, Desarrollo Regional y Compensación Regional son de orden general, solo que impulsados desde las entidades territoriales, lo que justifica eventuales limitaciones de la autonomía y la descentralización. (ii) Las regalías son un recurso exógeno de los departamentos, distritos y municipios, respecto del cual estos últimos únicamente tienen un derecho de participación, razón por la cual el Legislador goza de amplia libertad de configuración en la materia. (iii) El término acuerdo conlleva la aceptación de la determinación por todas las partes involucradas, es decir, una decisión unánime; en consecuencia, aseveran que el artículo 31 de la ley 1606 solamente desarrolla el término utilizado por el Constituyente. (iv)

A partir de una interpretación sistemática de la expresión “acordados” empleada en el inciso octavo del artículo 361 superior y del hecho de que el Constituyente no empleó al expresión “mayoría de votos” en ese inciso pero sí lo hizo en el parágrafo 2, es posible concluir que lo que se quiso con la reforma constitucional es que el Gobierno Nacional participe en los OCAD, no como minoría, sino con igual peso al de las entidades territoriales, con independencia del mayor número de delegados de estas últimas; en ese entendido, las expresiones demandadas equiparan los votos del Gobierno Nacional a los de las entidades territoriales en concordancia con el texto superior. (iv) El artículo bajo examen no impide a las entidades territoriales ejercer las atribuciones que les reconocen los artículos 287, 298 y 311 superiores –núcleo esencial de la autonomía-, ni disponer de sus recursos propios –endógenos-. (v) Por el contrario, el artículo acusado junto con otros preceptos desarrollan los principios de descentralización y autonomía, pues permiten a las entidades territoriales tomar lugar activamente en la definición de las prioridades de desarrollo regional mediante la formulación de proyectos y su participación en los OCAD. (vi) No requerir la aprobación del Gobierno Nacional conduciría a abrir de nuevo la compuerta para la aprobación de proyectos inconexos, fragmentados, desarticulados o desintegrados de los planes de desarrollo nacionales.

2.2.4. En este contexto, corresponde a la Sala determinar si las expresiones “deberán contar con el voto positivo del Gobierno Nacional” contenidas en el artículo 31 de la ley 1606 (i) se oponen al espíritu de acuerdo entre el Gobierno Nacional y las entidades territoriales que, según el demandante, inspira el artículo 361 superior en materia de la selección de los proyectos que recibirán financiación de los fondos de Desarrollo Regional, Ciencia, Tecnología e Innovación y Compensación Regional; y (ii) limitan de forma inconstitucional los principios de descentralización y autonomía de las entidades territoriales, específicamente la facultad de estas últimas de gestionar sus intereses, fijar sus prioridades de desarrollo y administrar sus recursos.

Para resolver estas cuestiones, la Sala (i) estudiará el contenido de los principios de descentralización y autonomía de las entidades territoriales, así como las limitaciones que son admisibles a la luz de la Carta Política; (ii) examinará la configuración constitucional de las regalías desde la perspectiva de las entidades territoriales, en particular estudiará qué significa su naturaleza exógena; (iii) abordará la participación de los departamentos, distritos y municipios en la toma de decisiones sobre los proyectos a financiar por los fondos

de Desarrollo Regional, Ciencia, Tecnología e Innovación y Compensación Regional en el marco del nuevo régimen constitucional; y (iv) por último, revisará los antecedentes y el contenido normativo del artículo 31 de la ley 1606. Con fundamento en estas consideraciones, se resolverán los problemas jurídicos planteados.

## 2.3. CONTENIDO DE LOS PRINCIPIOS DE DESCENTRALIZACIÓN Y AUTONOMÍA DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES

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

2.3.1.1. 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”.

2.3.1.2. 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[1]. 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[2]. Así se materializó el artículo 1º de la Constitución.

De los debates de la Asamblea, se deduce además que la adopción de la descentralización y la autonomía perseguía al menos los siguientes propósitos:

En primer lugar, promover el desarrollo local y regional, así como 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[3]. De ahí que se entregaran importantes funciones en materia de justicia social a las entidades territoriales, como se verá más adelante.

En segundo lugar, empoderar a las comunidades para la gestión de sus propios asuntos como medida de promoción de la democracia. Por ello el nuevo texto constitucional previó la elección popular de alcaldes y gobernadores, así como varios mecanismos de participación directa a nivel local, tales como la consulta popular y el cabildo abierto[4].

2.3.1.3. El modelo de Estado descentralizado y con autonomía de las entidades

territoriales es desarrollado a lo largo de varias disposiciones constitucionales. El artículo 286 dispone que son entidades territoriales los departamentos, distritos, municipios y territorios indígenas, y que la ley también podrá darle tal naturaleza a regiones y provincias. El artículo 311 indica que el municipio es entidad fundamental de la división político-administrativa del Estado, y le encarga de primera mano “(...) 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 establece 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 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 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 prevé los siguientes principios para regular las relaciones entre los distintos niveles de gobierno: coordinación, concurrencia y subsidiariedad.

2.3.1.4. A partir de estos preceptos y otros, la jurisprudencia constitucional ha diferenciado los conceptos de descentralización y autonomía. La descentralización ha sido caracterizada como una 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 los entes territoriales[5].

Por otro lado, la autonomía ha sido identificada como un auténtico poder de dirección política que se radica en cabeza de las comunidades locales, por su puesto con sujeción a la Constitución y la ley. Esto supone que las entidades territoriales son las primeras llamadas a establecer sus prioridades de desarrollo e impulsarlas. Además, aunque la Constitución permite que varios aspectos de la organización territorial sean regulados por el Legislador, éste en todo caso no puede vaciar el núcleo de la autonomía y debe sujetarse a otras exigencias constitucionales[6], como más adelante se analizará.

### 2.3.2. El núcleo esencial de la autonomía de las entidades territoriales

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

#### 2.3.2.1. Derecho de las entidades territoriales a gobernarse por autoridades propias

Con el reconocimiento de esta facultad, 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) y el gobernador (artículo 303), mientras en el municipio son el concejo (artículo 312) y el alcalde (314), 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).

De otro lado, los gobernadores 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, mantener el orden público, dirigir administrativamente el respectivo nivel de gobierno, y elaborar los proyectos de plan de desarrollo y presupuesto, entre otras (artículos 305 y 318).

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

##### 2.3.2.2.1. El artículo 298 superior 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 señala 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 relevantes 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 promoción de la igualdad de oportunidades y la erradicación de la pobreza[7].

2.3.2.2.2. 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[8]. En este orden de ideas, la intervención del poder central en los asuntos locales debe estar plenamente justificada[9].

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

2.3.2.3.1. Para hacer efectiva la descentralización y la autonomía, la nueva Carta Política 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. Dicho de otro modo, 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 la distribución del ingreso y la erradicación de la pobreza. Esta preocupación quedó expresamente plasmada en el artículo 356 superior, según el cual “(…) no se podrá descentralizar competencias sin la previa asignación de los recursos fiscales suficientes para atenderlas”.

Prueba de esta reflexión de los constituyentes se encuentra también 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, 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, el 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”[10] (énfasis fuera del texto).

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.”[11]

2.3.2.3.2. En concordancia, varias disposiciones constitucionales previeron distintas fuentes de recursos para las entidades territoriales: el artículo 317 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 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 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 reemplazadas por un sistema unificado –el Sistema General de Participaciones (SGP)- 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 consagra el derecho de las entidades territoriales a participar en las regalías, y el artículo 362 señala que pueden recibir recursos tributarios y no tributarios derivados de la explotación de monopolios rentísticos.

El artículo 295 también prevé la posibilidad de que las entidades territoriales puedan acudir a recursos de endeudamiento, puesto que 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: el artículo 294 dispone que “(...) la ley no podrá conceder exenciones ni tratamientos preferenciales en relación con los

tributos de propiedad de las entidades territoriales”; y el inciso segundo del artículo 362 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.”

2.3.2.3.3. 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 hace la Nación o el Estado[12].

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, las multas, los recursos de deuda y los obtenidos de monopolios rentísticos.

Las fuentes exógenas son usualmente identificadas con los recursos del SGP, las compensaciones, las rentas cedidas y las regalías[13].

2.3.2.3.4. Los constituyentes de 1991 buscaron que las fuentes exógenas de financiación de las entidades territoriales, principalmente las transferencias previstas en los artículos 356 y 357 y las regalías, fueran destinadas a cumplir los objetivos del artículo 366 superior, 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 en su texto original señalaba que los recursos del situado fiscal debían destinarse principalmente a salud y educación, mientras el artículo 357 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 públicos y sociales básicos, los constituyentes previeron en el artículo 356 -texto original- 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, 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 destinaran 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 SGP 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 establecido inicialmente que las regalías -la configuración original será examinada con mayor detalle más adelante- serían repartidas 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 en su versión original); dicho de otra forma, en el diseño original de la nueva Carta se contemplaron las

regalías como recursos dirigidos a financiar servicios públicos y sociales básicos y a promover el desarrollo regional.

#### 2.3.2.4. Derecho de las entidades territoriales a administrar sus recursos

2.3.2.4.1. 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 lo siguiente durante los debates de la Asamblea Nacional Constituyente:

2.3.2.4.2. Por otra parte, la autonomía de las entidades territoriales para administrar los recursos varía según el origen de éstos. Respecto de las fuentes endógenas, esta Corporación ha señalado –como se desarrollará más adelante– que el Legislador puede intervenir en la definición de su destino, siempre y cuando se sujete al principio de proporcionalidad en estricto sentido y “(...) respete las prioridades constitucionales relativas a cada una de las distintas fuentes exógenas de financiación”[14]. Por el contrario, tratándose de recursos exógenos, la jurisprudencia constitucional ha resaltado que la intervención del Legislador si bien es cierto puede ser más amplia[15], debe sujetarse a las pautas que señale la Carta – por ejemplo, en el caso de las regalías, a los destinos y porcentajes de distribución establecidos en el texto superior[16]– y perseguir un fin valioso, como la defensa del patrimonio nacional cuando está seriamente amenazado, o la protección de la estabilidad macroeconómica del país ante circunstancias extraordinarias.[17]

#### 2.3.3. Limitaciones constitucionalmente admisibles de los principios de autonomía y descentralización

Esta Corporación ha explicado que la autonomía y descentralización de las entidades territoriales, como principios constitucionales, pueden ser ponderados con otros principios de la misma naturaleza –como el principio de unidad–, siempre cuando el producto de ese ejercicio no afecte el núcleo esencial de la autonomía y acoja a las exigencias de la proporcionalidad[18]. Además, en vista de la importancia de aquellos principios, este Tribunal ha señalado que debe adelantarse un juicio más estricto a la hora de evaluar la proporcionalidad de eventuales limitaciones.

2.3.3.1. El desarrollo del núcleo esencial de la autonomía se llevó a cabo en la sección anterior. La jurisprudencia constitucional ha señalado que ese núcleo es el reducto mínimo que debe ser respetado por el Legislador a la hora de tomar decisiones en materias territoriales. Además, representa un pilar de nuestro ordenamiento constitucional, al punto que su variación puede llegar a constituir una sustitución de la Carta[19].

2.3.3.2. Por otro lado, en relación con la sujeción de las decisiones del Congreso al principio de proporcionalidad y el nivel de escrutinio aplicable, la mayor parte de los debates jurisprudenciales han girado en torno a las intervenciones legislativas en materia de fuentes endógenas y exógenas de financiación de los entes territoriales. Por ser este uno de los problemas sobre los que se deberá pronunciar la Sala en esta ocasión, a continuación se describe brevemente la posición de la Corte en la materia:

Como se explicó en apartes previos, desde sus comienzos, la jurisprudencia constitucional ha indicado que la libertad de regulación del Legislador es más amplia respecto de los ingresos exógenos, en virtud de la configuración constitucional del derecho de las entidades territoriales a administrar sus recursos. Por ello se ha explicado que el nivel de escrutinio con que deben evaluarse las intervenciones del Congreso en el ámbito de esos recursos debe ser menos estricto que respecto de los ingresos endógenos. Esta consideración se ha concretado en que (i) las medidas relacionadas con fuentes endógenas deben evaluarse a la luz de un juicio de proporcionalidad estricto, mientras (ii) aquellas referidas a recursos exógenos deben examinarse con un nivel de rigor leve.

En este sentido se destaca la sentencia C-837 de 2001[20], en la que al examinar una demanda contra la ley 617 bajo el cargo de afectación de los principios de autonomía y descentralización de las entidades territoriales debido al establecimiento de medidas como límites a sus niveles de gasto de funcionamiento -entre otros cargos-, la Corte hizo las siguientes precisiones sobre la forma cómo se debe conducir el examen de constitucionalidad de medidas relacionadas con recursos exógenos y endógenos de los departamentos, municipios y distritos.

En primer término, respecto de los recursos endógenos, en vista de que son de titularidad de las entidades territoriales, se señaló que la intervención del Legislador debe ser excepcional, razón por la cual debe aplicarse un nivel de escrutinio estricto, a la luz del cual

la medida debe justificarse en un fin imperioso como la estabilidad macroeconómica de la Nación y defensa del patrimonio nacional cuando está seriamente amenazado[21].

En segundo término, en relación con los recursos exógenos, teniendo en cuenta que se originan en el derecho de los entes territoriales a participar en las rentas nacionales, esta Corporación indicó que la capacidad de intervención del Legislador es mayor que en el caso anterior; no obstante, aseguró que también debe evaluarse su proporcionalidad de la siguiente manera:

“Las primeras proceden de la transferencia o cesión de las rentas nacionales a las entidades territoriales, así como de los derechos de éstas a participar en las regalías y compensaciones. Este tipo de fuentes admite una amplia intervención del Legislador, puesto que se trata de fuentes nacionales de financiación. ‘En particular, la Corte ha señalado que nada obsta para que la ley intervenga en la definición de las áreas a las cuales deben destinarse los recursos nacionales transferidos o cedidos a las entidades territoriales, siempre que la destinación sea proporcionada y respete las prioridades constitucionales relativas a cada una de las distintas fuentes exógenas de financiación (...). Sin embargo, tal destinación debe perseguir un fin constitucionalmente importante y resultar útil, necesaria y estrictamente proporcionada, en términos de la autonomía de las entidades territoriales, para la consecución del fin perseguido’ (C-702/99).”

En materia específicamente de regalías como fuente exógena, la Corte ha sostenido que en vista de que el Legislador goza de una amplia libertad de configuración para definir asuntos como la forma de liquidarlas y distribuirlas, o el proceso de comercialización en los casos en que las mismas son pagadas en especie[22], el juicio de proporcionalidad que debe aplicarse es leve. Por ejemplo, en la sentencia C-1548 de 2000[23], se explicó lo siguiente:

“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[24], 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”[25]. 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.

7- El actor tiene entonces razón en que es posible controlar constitucionalmente la manera como la ley fija los porcentajes que deben ser pagados al Estado por la explotación de estos recursos. Sin embargo, como la libertad del Congreso en esta materia es muy amplia, entonces es obvio que el control ejercido por el juez constitucional debe ser muy respetuoso de los criterios que haya tenido el Congreso para fijar esos montos, por cuanto, se repite, la propia Carta ha deferido a la ley la fijación de estos porcentajes. Por consiguiente, en estos casos, sólo podrá declararse la inconstitucionalidad de aquellas regulaciones que sean manifiestamente irrazonables y desproporcionadas, o vulneren prohibiciones constitucionales específicas”[26] (negrilla fuera del texto).

2.3.4. Para resumir, el Legislador puede ocuparse de regular asuntos territoriales y puede llegar a limitar los principios de autonomía y descentralización de las entidades territoriales en virtud de un ejercicio de ponderación con otros principios de la misma naturaleza, siempre y cuando, como mínimo, (i) respete el núcleo esencial de la autonomía y (ii) se sujete a las exigencias del principio de constitucionalidad, el cual debe además aplicarse de forma más estricta en ciertos eventos: nivel de escrutinio estricto en el caso de recursos endógenos y nivel de escrutinio leve en la hipótesis de ingresos exógenos.

## 2.4. LAS REGALÍAS COMO RECURSO EXÓGENO DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES

### 2.4.1. El régimen de regalías en el texto original de la Constitución de 1991

#### 2.4.1.1. De acuerdo con el artículo 332 superior, “[e]l Estado es propietario del

subsuelo y de los recursos naturales no renovables, sin perjuicio de los derechos adquiridos y perfeccionados con arreglo a las leyes preexistentes.” En concordancia, los artículos 360 y 361 de la Constitución originalmente señalaban:

“ARTÍCULO 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.

2.4.1.2. Los debates de la Asamblea Nacional Constituyente muestran que los constituyentes concibieron la participación de las entidades territoriales en las regalías como una herramienta para hacer posible la descentralización y la autonomía de aquellas, y para combatir la pobreza de las regiones y los problemas de distribución del ingreso. Esta visión es palpable en la exposición de motivos de la ponencia presentada ante la Comisión Quinta por los constituyentes Carlos Rodado Noriega, Jesús Pérez González-Rubio y Helena Herrán de Montoya, la cual, con algunas variaciones, se convertiría en el artículo 360:

“Es necesario por tanto multiplicar los mecanismos de redistribución del ingreso y de fortalecimiento de la descentralización, y para ello se proponen medidas complementarias, tales como la creación del Fondo Nacional de Regalías, la reestructuración del situado fiscal (...)

Se propone, en efecto, crear un Fondo Nacional de Regalías, que se nutrirá con la parte de las regalías originada en la explotación de recursos naturales no renovables que hoy se reserva la Nación. Los recursos de dicho Fondo se asignarán a las distintas entidades regionales del país con base en criterios de necesidades básicas insatisfechas (...)”[27].

Además, los debates evidencian la decisión de ceder –a título de participación– los recursos de las regalías a las entidades territoriales para permitirles el cumplimiento de sus funciones. En este sentido, tanto 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, como la exposición de motivos de la ponencia presentada para primer debate en plenaria por otro grupo, evidencian que los constituyentes eliminaron el porcentaje de regalías que se reservaba la Nación y dispusieron que tales recursos fueran destinados a las regiones por intermedio del Fondo Nacional de Regalías. Al respecto, en esta última exposición de motivos se indicó:

“Con los recursos que hoy se reserva la Nación provenientes de estas regalías, se crea un fondo que irá a las regiones y entidades territoriales con el objeto de financiar la promoción de la minería, la preservación del ambiente y los proyectos regionales de inversión definidos como prioritarios en los planes de desarrollo de las entidades mencionadas.”[28]

2.4.1.3. Con fundamento en el texto constitucional original, los debates de los constituyentes de 1991, la jurisprudencia constitucional y la normativa pertinente –particularmente las leyes 141 de 1994 y 756 de 2002–, puede caracterizarse el régimen de las regalías anterior al acto legislativo 05 de 2011 así:

2.4.1.3.1. Las regalías fueron concebidas como una contraprestación –un precio[29]– a favor del Estado –entendido como la Nación y las entidades territoriales[30]– que debe ser pagado a cambio de la concesión del derecho a la explotación de recursos naturales no renovables; el derecho a recaudar ese pago se deriva de que el Estado es el titular de los recursos del subsuelo[31].

2.4.1.3.2. Los artículos 360 y 361 de la Constitución dividían las regalías entre directas e indirectas: las primeras se trasladaban a las entidades territoriales productoras y transportadoras[32], quienes debían emplearlos en proyectos prioritarios de orden social según sus planes de desarrollo.[33] Las regalías indirectas ingresaban al Fondo Nacional de Regalías, quien las redistribuía entre todos los departamentos y municipios del país atendiendo a criterios como el nivel de necesidades básicas insatisfechas de la población. Estos recursos, por mandato constitucional, debían emplearse en (i) promoción de la minería[34], (ii) preservación del ambiente[35] y (iii) proyectos regionales de inversión

definidos como prioritarios en los planes de desarrollo de las respectivas entidades territoriales[36].

2.4.1.3.3.Las regalías debían repartirse entre las entidades territoriales; los constituyentes de 1991 expresamente eliminaron el porcentaje que anteriormente se reservaba la Nación. La razón de esta decisión es que los recursos de las regalías eran indispensables para fortalecer los fiscos de las entidades territoriales, como medida necesaria para hacer realidad la descentralización y la autonomía, y específicamente permitir que las entidades territoriales atendieran las nuevas funciones que les encargó la Carta de 1991.

2.4.1.3.4.El destino de las regalías era la inversión y el gasto social, pues además de compensar el impacto ambiental de los proyectos extractivos[37], los constituyentes buscaron que las regalías ayudarán al desarrollo de todas las regiones y sirvieran como herramienta de redistribución del ingreso. Esta interpretación era defendida por la Corte Constitucional, quien avalaba que el Legislador impusiera destinos específicos para los recursos de las regalías, siempre y cuando (i) estuvieran dentro del ámbito de la inversión social, según los mandatos de la Carta, y (ii) la regulación persiguiera el uso eficiente de los recursos. Por ejemplo, en la sentencia C-567 de 1995[38], la Corte avaló que el legislador señalara en la ley 141 de 1994, como áreas prioritarias destinatarias de las regalías directas, el saneamiento ambiental y la construcción y ampliación de la estructura de los servicios de salud, educación, electricidad, agua potable alcantarillado y demás servicios públicos básicos esenciales[39]. Luego, en la sentencia C-207 de 2000[40], la Corporación encontró ajustado a la Carta que la ley 141 también señalara como destino de las regalías indirectas los proyectos de energización[41]. En la sentencia C-509 de 2008[42], este Tribunal, con argumentos similares, declaró exequible disposiciones de la ley 141 que ordenaban la transferencia específica de cierto porcentaje de regalías indirectas a la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena, con el fin de realizar labores de preservación y protección del ambiente en su jurisdicción. Posteriormente, en la sentencia C-240 de 2011[43], se avaló la redistribución de algunos recursos del Fondo Nacional de Regalías para mitigar los daños causados por una fuerte ola invernal, evitar la propagación de sus efectos y prevenir desastres futuros. Sin embargo, la normativa y la jurisprudencia permitían a las entidades territoriales elegir los proyectos específicos a financiar con las regalías, a través de la definición de áreas prioritarias dentro de sus planes de desarrollo.

2.4.1.3.5.El Constituyente y la jurisprudencia constitucional habían hecho énfasis en que los proyectos a financiar debían ser aquellos definidos por las propias entidades territoriales como prioritarios[44]. De esta forma, se buscaba promover el autogobierno de las entidades territoriales y la participación de todos los ciudadanos –articulados en el sistema de planeación- en la definición de los destinos de los departamentos, distritos y municipios.

2.4.1.3.6.La Constitución preveía mecanismos de vigilancia y control del uso de las regalías, con el objetivo de evitar destinaciones inadecuadas y contrarias de las áreas fijadas por el texto superior y las leyes. Inicialmente esas funciones fueron asignadas a la Comisión Nacional de Regalías y luego trasladadas al DNP[45]. La Corte Constitucional avaló la existencia de controles estrictos en la materia dada la naturaleza exógena de los recursos de las regalías y la necesidad de asegurar su empleo eficiente.

2.4.1.3.7.Siempre y cuando se respetaran los contenidos anteriores –la obligación del Estado de cobrar regalías, el derecho de las entidades territoriales a participar en ellas de forma directa o indirecta, y la destinación de esos recursos a las áreas definidas por la Carta-, el Legislador gozaba de libertad de configuración para definir las formas de reparto, los criterios de distribución de las regalías y los mecanismos de vigilancia y control[46].

2.4.1.3.8.Esa libertad de configuración del Legislador concordaba con la naturaleza exógena que reconocía a las regalías; las regalías no eran consideradas ingresos propios de las entidades territoriales sino recursos externos originados en un derecho de participación en la contraprestación obtenida por el Estado con ocasión de la explotación de los recursos naturales no renovables[47].

## 2.4.2. El acto legislativo 05 de 2011. Reforma del régimen constitucional de las regalías

2.4.2.1. Debido a la inequidad e ineficiencia que generó el sistema de reparto de regalías que consagraba originalmente la Carta de 1991 y la necesidad de adoptar medidas para asegurar la sostenibilidad y estabilidad de las finanzas públicas nacionales y territoriales[48] –por ejemplo, mediante la reducción de los niveles de déficit y endeudamiento externo, y el control de la tasa de cambio[49]-, como parte de un paquete de reformas de orden económico y fiscal[50], el Gobierno Nacional propuso la modificación de los artículos 360 y 361 superiores.

En este orden de ideas, como se señaló en la exposición de motivos del proyecto, con la reforma se persigue (i) promover la estabilidad macroeconómica, (ii) impulsar el crecimiento económico regional –de ahí que la reforma enfatice en proyectos de inversión-, (iii) hacer más equitativa la distribución de las regalías entre todas las entidades territoriales, (iv) mantener estable en el tiempo la inversión con cargo a las regalías, (v) promover la contribución efectiva de esos recursos al crecimiento y la erradicación de la pobreza, y (vi) fortalecer la vigilancia y control del uso de esos importantes ingresos[51].

2.4.2.2. Con la mira en esos objetivos, el acto legislativo 05 de 2011 introdujo a grandes rasgos los siguientes cambios:

2.4.2.2.1. Unificó en un sólo sistema –Sistema General de Regalías (SGR)- el reparto de los recursos de las regalías, y desvinculó el derecho de las entidades territoriales a participar de la producción como factor principal.

2.4.2.2.2. Cambió el destino de las regalías al señalar:

“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.”

2.4.2.2.3. Varió la distribución de los recursos y la fijó de la siguiente manera - inciso 4 del artículo 2-:

- 10%: ahorro pensional territorial.
- 10%: inversiones en ciencia, tecnología e innovación.
- Hasta 30%: generación de ahorro público y estabilización.
- 2%: fiscalización de la exploración y explotación de los yacimientos, y el conocimiento y cartografía geológica del subsuelo.

· Los recursos restantes para:

o 80%: financiación de proyectos para el desarrollo social, económico y ambiental de las entidades territoriales.

2.4.2.2.4. Ordenó que la administración de los recursos –salvo los de las asignaciones directas– se lleve a cabo por intermedio de los siguientes fondos: “Fondos de Ciencia, Tecnología e Innovación; de Desarrollo Regional; de Compensación Regional; y de Ahorro y Estabilización.” El Fondo de Compensación Regional solamente tendrá una duración de 30 años.

Respecto de los recursos de ahorro pensional, el acto legislativo no precisó la forma de administración. Esta es una materia cuya regulación se delegó al Legislador.

Por otra parte, el artículo 2 dispuso que los recursos destinados a ahorro y estabilización se deben depositar en un fondo que recibe el mismo nombre, y serán administrados por el Banco de la República en los términos que establezca el Gobierno Nacional. Según el inciso 10 del artículo 2 del acto legislativo, estos recursos deben emplearse en “los períodos de desahorro”. La reforma no señaló exactamente cómo serán usados esos recursos y delegó a la ley –de iniciativa gubernamental– tal definición. Sin embargo, de la exposición de motivos de la reforma se puede deducir que la intención del Gobierno al presentar el proyecto fue (i) que mediante el ahorro de parte de las regalías se controle el ingreso de divisas con fines monetarios y de protección cambiaria, (ii) que esos ahorros sirvan en épocas de escasez para mantener cierto nivel de inversión con origen en el SGR[52], (iii) que ese ahorro también sirva como factor de creación de confianza en la economía nacional en tanto es muestra de que Colombia puede honrar su deuda, lo cual debe contribuir a obtener condiciones más favorables para el endeudamiento externo.

2.4.2.2.5. Si bien el acto legislativo no eliminó las regalías directas, en virtud del reparto señalado en el inciso 4 del artículo 2, las redujo. Estas asignaciones pueden ser ejecutadas directamente por la respectiva entidad territorial productora o portuaria.

2.4.2.2.6. Excluyó los recursos de las regalías del Presupuesto General de la Nación y del SGP, y ordenó la creación de un sistema presupuestal propio cuya definición también se delegó al Congreso.

2.4.2.2.7. Encargó al Ministerio de Minas y Energía la función de fiscalizar la exploración y explotación de los yacimientos, y la promoción del conocimiento y cartografía geológica del subsuelo. Además, creó 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.”

2.4.2.2.8. Dispuso que en adelante el porcentaje de las regalías destinado a inversión en las entidades territoriales -los recursos administrados por los fondos de Desarrollo Regional y de Compensación Regional, y eventualmente por el Fondo de Ciencia, Tecnología e Innovación- sean repartidos conforme a los siguientes criterios e institucionalidad:

En primer lugar, los recursos deben destinarse a proyectos específicos. En el caso de los recursos de los fondos de Desarrollo Regional y Ciencia, Tecnología e Innovación, el destino de los dineros son “proyectos regionales acordados entre las entidades territoriales y el Gobierno Nacional” (inciso 8 del artículo 2); mientras en el caso del Fondo de Compensación Regional, deben ser “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” (inciso 9 del artículo 2). El párrafo 2 del artículo también sugirió que las asignaciones directas deben destinarse a proyectos específicos.

En segundo lugar, como indica el párrafo 2 del artículo 2, tanto las asignaciones directas como los recursos de los fondos de Ciencia, Tecnología e Innovación, Desarrollo Regional y Compensación Regional, deben emplearse en proyectos elaborados en concordancia con el Plan Nacional de Desarrollo y los planes de desarrollo de las entidades territoriales.

En tercer lugar, los proyectos a financiar deben ser definidos por “órganos colegiados de administración y decisión” (OCAD) en los que tendrá una participación el Gobierno Nacional. En materia de asignaciones directas, los órganos colegiados de los departamentos serán integrados por “dos (2) Ministros o sus delegados, el gobernador respectivo o su delegado, y un número representativo de alcaldes”, y los órganos de los municipios y distritos “estarán conformados por un delegado del Gobierno Nacional, el gobernador o su delegado



y el alcalde”.

De otro lado, los proyectos que recibirán financiación del Fondo de Ciencia, Tecnología e Innovación serán elegidos por un OCAD en el que deben tener 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”.

Finalmente, 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, serán definidos “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”.

El parágrafo 2 resalta que la representación de las entidades territoriales en los OCAD debe ser mayoritaria en relación con la del Gobierno Nacional.

2.4.2.3. En resumen, el acto legislativo 05 de 2011, con el propósito de hacer más equitativa y eficiente la distribución de las regalías, contribuir mediante su administración a la sostenibilidad y estabilidad de las finanzas nacionales y territoriales, y hacer más eficiente y eficaz su uso, introdujo en términos generales los siguientes cambios: unificó el sistema de reparto, eliminó la producción como principal criterio de distribución, introdujo nuevos destinos como el ahorro pensional, el ahorro con miras a la sostenibilidad y la inversión en ciencia y tecnología, creó una nueva institucionalidad que busca fortalecer la vigilancia y control del uso de los recursos y asegurar su impacto efectivo en términos de desarrollo y crecimiento económico del país y las regiones.

Además, como se explicó en la sentencia C-010 de 2013[53] al examinar una demanda contra el acto legislativo 05 de 2011 bajo el cargo de sustitución parcial de la Carta Política[54], las regalías en el nuevo esquema constitucional continúan siendo un recurso

exógeno de las entidades territoriales, por cuanto son ingresos del Estado respecto de los cuales aquellas solamente tienen un derecho de participación. Esto explica que en el nuevo texto superior se siga otorgando al Legislador una amplia libertad de configuración en materia de distribución de las regalías entre las entidades territoriales. Además, las regalías siguen teniendo un destino eminentemente territorial relacionado con el desarrollo regional y la erradicación de la pobreza.

## 2.5. TOMA DE DECISIONES SOBRE LA DISTRIBUCIÓN DE LAS REGALÍAS DESTINADAS A DESARROLLO REGIONAL

Como se señaló en líneas anteriores, el acto legislativo 05 de 2011 dispuso que el porcentaje de las regalías destinado a financiar “proyectos para el desarrollo social, económico y ambiental de las entidades territoriales”, será administrado y distribuido por intermedio de los fondos de Desarrollo Regional, Compensación Regional y Ciencia, Tecnología e Innovación.

Teniendo en cuenta el objeto de la demanda, a continuación se analizarán las pautas constitucionales y legales sobre la forma cómo se deben tomar las decisiones en esos fondos:

2.5.1. El inciso 8 del nuevo enunciado el artículo 361 superior indica que los fondos de Desarrollo Regional y Ciencia, Tecnología e Innovación tienen como finalidad financiar “(...) proyectos regionales acordados entre las entidades territoriales y el Gobierno Nacional”.

A su turno, el párrafo 2 ibídem señala que la asignación de los recursos de todos los fondos referidos “(...) se hará en concordancia con el plan nacional de desarrollo y los planes de desarrollo de las entidades territoriales”.

El mismo párrafo establece que los proyectos prioritarios que se financien con los recursos de esos fondos, deben ser definidos por “órganos colegiados de administración y decisión” (OCAD), de conformidad con lo que señale la ley que regule el nuevo SGR, en los cuales en todo caso debe existir una representación mayoritaria de las entidades territoriales en relación con la del Gobierno Nacional –inciso 6.

No obstante la deferencia a la ley de la regulación de estos órganos, el párrafo precisa

algunos aspectos de la conformación de los OCAD: en el caso de aquel a cargo de tomar decisiones sobre la distribución del Fondo de Ciencia, Tecnología e Innovación, según el inciso 3 del párrafo 2, deben tener 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”. En el caso de los OCAD que deben definir los proyectos de impacto regional que recibirán subvenciones de los fondo de Desarrollo Regional y de Compensación Regional, el inciso 4 ibídem precisa que deben tener 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”.

En suma, el nuevo enunciado del artículo 361 de la Carta establece las siguientes pautas para la toma de decisiones sobre la distribución de los fondos de Desarrollo Regional y de Ciencia, Tecnología e Innovación: (i) las decisiones deben ser adoptadas por OCAD, órganos colegiados en los que debe existir representación tanto del Gobierno Nacional como de las entidades territoriales; esta última mayoritaria; (ii) los proyectos regionales a subvencionar deben ser “acordados” entre las entidades territoriales y el Gobierno Nacional; y (iii) la asignación de los recursos y, por tanto, la elección de los proyectos debe efectuarse en concordancia con el Plan Nacional de Desarrollo y los planes de desarrollo de las entidades territoriales.

2.5.2. En desarrollo del acto legislativo 05 de 2011, el Congreso expidió la ley 1530 de 2012 “Por la cual se regula la organización y el funcionamiento del Sistema General de Regalías”.

En relación con la materia objeto de estudio, el artículo 6 define los OCAD y precisa que sus funciones son: (i) definir los proyectos de inversión sometidos a su consideración que se financiarán con recursos del SGR; (ii) evaluar, viabilizar, aprobar y priorizar la conveniencia y oportunidad de financiar dichos proyectos; y (iii) designar el ejecutor de los proyectos, quien debe ser de naturaleza pública.

Si bien la conformación de los OCAD es delegada al reglamento por el artículo 6, esta ley prevé las siguientes reglas: (i) en el caso de los OCAD regionales, asistencia en calidad de invitados permanentes de dos senadores que hayan obtenido más del 40% de su votación en el respectivo departamento y dos representantes a la Cámara[55]; (ii) participación con voz pero sin voto de un representante de la Comisión Consultiva de Alto Nivel para Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras, y de un representante de las comunidades indígenas; y (iii) en el caso del OCAD que decide sobre el Fondo de Ciencia, Tecnología e Innovación, designación por parte de la Comisión Consultiva de Alto Nivel para las comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras de una de las universidades públicas que hará parte del órgano –parágrafo primero del artículo 30-.

De otro lado, teniendo en cuenta los criterios fijados en la reforma constitucional, el artículo 23 señala las características deben reunir los proyectos de inversión susceptibles de ser financiados con los recursos del SGR: (i) concordancia con el Plan Nacional de Desarrollo y con los planes de desarrollo de las entidades territoriales; (ii) adopción de principios de buen gobierno; (iii) pertinencia; (iv) viabilidad; (v) sostenibilidad; (vi) impacto en términos de contribución al cumplimiento de metas locales, sectoriales, regionales y los objetivos y fines del SGR; y (vii) articulación con planes y políticas nacionales de las entidades territoriales, de las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, de las comunidades indígenas y del pueblo Rom o Gitano de Colombia.

Disposiciones posteriores agregan las siguientes pautas sobre la formulación y selección de los proyectos; según esos preceptos, los proyectos deben ser: (i) fruto de ejercicios de planeación regional convocados por los OCAD –artículo 24-; (ii) formulados de conformidad con las metodologías y lineamientos que defina el DNP –inciso 1º del artículo 25-; (iii) presentados por las entidades territoriales ante los OCAD con los respectivos estudios y soportes –inciso 3º del artículo 25-, salvo que tengan enfoque diferencial étnico, evento en el cual deben ser postulados por las comunidades indígenas, afrocolombianas, raizales o palenqueras –incisos 4º y 5º del artículo 25-; (iv) verificados en relación con el cumplimiento de los requisitos de viabilidad, por el DNP y por Colciencias, según aspiren a ser apoyados, de un lado, por los fondos de Desarrollo Regional y de Compensación Regional, y de otro, por el Fondo de Ciencia, Tecnología e Innovación –artículo 26-; y (v) estar inscritos en el Banco de Programas y Proyectos de Inversión del SGR administrado por el DNP o en los Bancos de Programas y Proyectos de Inversión de las entidades territoriales –artículo 73-.

Además de fijar reglas sobre la composición de los OCAD y los proyectos que pueden elegir, la ley 1530 regula algunos aspectos de la forma como se deben adoptar las determinaciones al interior de dichos órganos. En este sentido, el artículo 31 indica que en relación con el Fondo de Ciencia, Tecnología e Innovación, las decisiones deben tomarse con un mínimo de dos votos favorables, de un máximo tres provenientes: uno del Gobierno Nacional, uno de los gobiernos departamentales y uno de las universidades. Además, el precepto dispone que siempre debe estar presente para la toma de decisiones, al menos un representante de cada uno de esos sectores.[56] En el ámbito de los fondos de Desarrollo Regional y de Compensación Regional, el artículo 35 determina que las decisiones de los OCAD deben ser definidas con un mínimo de dos votos favorables, de un máximo de tres votos, uno por cada nivel de gobierno: nacional, departamental y municipal o distrital. El precepto igualmente exige la presencia de al menos uno de los miembros de cada nivel de gobierno para la toma de las determinaciones.[57]

2.5.3. En resumen, en concordancia del espíritu participativo y democrático de la regulación constitucional de las regalías y su énfasis en el desarrollo de las regiones, las decisiones sobre los proyectos de inversión que recibirán apoyo de los fondos de Ciencia, Tecnología e Innovación, Desarrollo Regional y Compensación Regional, deben ser tomadas por OCAD conformados de la siguiente forma y con sujeción a las siguientes reglas:

En primer lugar, los proyectos de inversión que se pueden postular ante los OCAD deben ser: (i) presentados por las entidades territoriales o, si tienen enfoque diferencial, por las comunidades indígenas, afrocolombianas, raizales, palenqueras o rom; (ii) acordes con el Plan Nacional de Desarrollo y los planes de desarrollo de las entidades territoriales, razón por la cual se exige que sean fruto de ejercicios de planeación regional; (iii) formulados de acuerdo con la metodología y lineamientos fijados por el DNP; (iii) avalados en cuanto a su viabilidad por Colciencias o el DNP, según el caso; (iv) estar inscritos en los bancos de Programas y Proyectos de Inversión administrados por el DNP o por las entidades territoriales.

En segundo lugar, en el OCAD que toma decisiones sobre el Fondo de Ciencia, Tecnología e Innovación, debe tener asiento (i) el Gobierno Nacional, representado por 3 ministros o sus delegados y representantes del DNP y de Colciencias; (ii) los gobiernos departamentales, representados por un gobernador por cada una de las instancias de planeación regional; y

(iii) las universidades públicas y privadas, por intermedio de cuatro representantes de las primeras y dos de las segundas –uno de ellos designado por las comunidades afrodescendientes, raizales y palenqueras-. La selección de los proyectos a financiar en este OCAD debe estar precedida de (a) deliberaciones en las que participen al menos un representante de cada uno de los tres sectores referidos, y (b) en las que al menos dos representantes de dos de esos sectores den su voto a favor de aquellos.

En tercer lugar, en los OCAD que deciden sobre la distribución de los fondos de Desarrollo Regional y de Compensación Regional, deben estar representados los gobiernos nacional, departamental y municipal o distrital. La elección de los proyectos debe a su vez (i) tener lugar en deliberaciones en las que participen al menos un representante de cada uno de esos niveles de gobierno, (ii) estar respaldada por al menos dos votos favorables de representantes de dos de esos niveles de gobierno.

Como se puede apreciar, la estructura de los OCAD y las reglas que disciplinan la adopción de decisiones buscan asegurar un dialogo efectivo entre los gobiernos nacional, departamental y municipal, y la selección de proyectos de inversión convenidos entre esas instancias y acordes con los ejercicios de planeación realizados en cada uno de ellos.

## 2.6. ANTECEDENTES Y CONTENIDO NORMATIVO DEL ARTÍCULO 31 DE LA LEY 1606 DE 2012

2.6.1. El artículo 31 de la ley 1606 de 2012, “Por la cual se decreta el presupuesto del Sistema General de Regalías para el Bienio del 1o de enero de 2013 al 31 de diciembre de 2014”, exige para la aprobación y designación de la entidad pública ejecutora de los proyectos de inversión susceptibles de financiamiento por los fondos de Desarrollo Regional, Ciencia, Tecnología e Innovación y Compensación Regional –en este último caso con cargo al 60% del Fondo destinado a proyectos de inversión regionales[58]-, el voto positivo del Gobierno Nacional.

2.6.2. La ley 1606 fue expedida por el Congreso en virtud de las facultades que le otorgó el inciso 1º del párrafo 1º del artículo 361 superior, reformado por el acto legislativo 05 de 2011[59], con el objetivo de establecer el presupuesto bianual del SGR para el periodo 2013-2014. En términos generales, esta ley contiene dos partes: la primera fija el valor y, a grandes rasgos, la composición de los presupuestos de ingresos, gastos, asignaciones a los

fondos del SGR y compensaciones directas; la segunda parte contiene disposiciones generales definidas por el artículo 6 como “(...) normas tendientes a cumplir con los objetivos y fines del Sistema”. En esta última sección se incluyen regulaciones sobre materias variadas tales como la distribución de los recursos de ahorro pensional territorial, el cierre de la vigencia presupuesta de 2012, el giro de los recursos a los proyectos autorizados, la propiedad de los rendimientos financieros de las asignaciones directas y las compensaciones, el procedimiento para la presentación de los proyectos de inversión a financiar por los fondos de Desarrollo Regional y Compensación Regional, y la vigencia de la ley. El artículo 31 hace parte de esa segunda sección.

2.6.3. El proyecto de ley que dio lugar a la ley 1606 fue presentado por el Gobierno Nacional; éste no señalaba nada sobre la materia objeto de controversia[60]. El contenido normativo del artículo bajo estudio fue introducido en la ponencia para primer debate conjunto de las comisiones económicas –comisiones cuarta- del Senado y de la Cámara de Representantes, con la aquiescencia del Gobierno Nacional[61]. En el trámite legislativo posterior se adicionó la extensión del requisito del voto positivo del Gobierno Nacional a la designación de los ejecutores de los proyectos[62].

Sobre las razones que motivaron la inclusión del precepto, se destaca el siguiente aparte de la ponencia para primer debate conjunto:

“En primer lugar, creemos que al definir la estructura de decisión de los OCAD se les dio un excesivo poder de decisión a los gobernadores. Si bien los OCAD constituyen, en teoría, un excelente instrumento para el buen gobierno, en aras de garantizar el manejo eficiente de los recursos del SGR y la aplicación de los mismos en los mejores proyectos para el desarrollo regional y local, sin embargo, su estructura de decisión, tal como ha sido concebida, podría llevar a decisiones indeseables, si se considera que el Gobierno nacional no puede modificar la selección que se haga de algunos proyectos que a todas luces puedan resultar inconvenientes o afecten el espíritu con que fue aprobada la norma.

En efecto, puede darse el caso de que algún gobernador, directamente, o a través de la influencia que pueda ejercer sobre alcaldes que formen parte del OCAD, podría inclinar la balanza y lograr la aprobación de proyectos cuya ejecución vaya en contravía de las conveniencias del desarrollo nacional o regional. Las obras inconclusas, las

sobredimensionadas, las onerosas para las finanzas regionales, y, en general, el despilfarro de recursos, podrían encontrar su puerta de entrada por esta vía.

Los ponentes consideramos conveniente que el Gobierno Nacional y el Órgano Legislativo, y las mismas autoridades regionales, analicemos estas falencias y adoptemos las medidas más aconsejables que permitan salvaguardar el espíritu y el propósito central por el cual aprobamos la creación del SGR. Para evitar que se presenten situaciones como las mencionadas, consideramos aconsejable conceder cierto poder de decisión al Gobierno Nacional, del que actualmente carece, para restringir la aprobación de proyectos que a todas luces sean inconvenientes para las regiones. El pasado reciente está lleno de ejemplos de malversación de fondos por parte de algunas autoridades regionales y locales.”[63]

2.6.4. Para recapitular, la ley 1606 fue expedida con el objeto de establecer el presupuesto del periodo 2013-2014 del SGR; el artículo 31 hace parte de la sección de disposiciones generales. El contenido normativo de ese artículo puede resumirse como el establecimiento del requisito de voto positivo del Gobierno Nacional para la selección y designación de los ejecutores de los proyectos de inversión susceptibles de ser financiados por los fondos de Desarrollo Regional, Ciencia, Tecnología e Innovación y Compensación Regional -en este último caso con cargo al 60% del Fondo destinado a proyectos de inversión regionales- del SGR. Esa regla fue introducida en el debate legislativo con el propósito de fortalecer el poder de decisión del Gobierno Central, con miras a aumentar la eficiencia en el manejo de los dineros de esos fondos y reducir las probabilidades de que se elijan proyectos que no tienen un impacto real en términos de desarrollo local y regional.

## 2.7. EXAMEN DE CONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 31 DE LA LEY 1606 DE 2012

### 2.7.1. Integración de la unidad normativa

El Procurador General de la Nación solicita la integración de la unidad normativa de todo el enunciado del artículo 31 de la ley 1606, con el fin de conformar una proposición jurídica completa. Dicho de otro modo, para el Ministerio Público las expresiones acusadas no tienen un sentido regulador autónomo, de modo que para que el fallo no sea inocuo, es preciso integrarlas con el resto de la disposición de la que hacen parte. A continuación la Sala examinará la procedencia de esta sugerencia:



2.7.1.1. En virtud del artículo 6 del decreto 2067 de 1991, en casos excepcionales de control abstracto, la Corte Constitucional puede integrar al juicio de constitucionalidad que adelanta, preceptos o enunciados normativos que no han sido censurados. Esta posibilidad ha sido denominada integración de la unidad normativa[64].

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional[65], la integración de la unidad normativa puede llevarse a cabo cuando: (i) el objeto demandado no tiene un contenido deóntico claro o unívoco, de manera que para entenderlo y aplicarlo resulta imprescindible integrar su contenido normativo con el de otra disposición o enunciado que no ha sido acusado –a esto se denomina conformación de la proposición jurídica completa-; (ii) la norma cuestionada es reproducida en otros preceptos del ordenamiento que no fueron demandados; o (iii) la disposición censurada se encuentra intrínsecamente relacionada con otra respecto de la cual se yerguen serias sospechas de inconstitucionalidad[66]. En esta última hipótesis, se requiere además “(i) en primer lugar, la existencia de una estrecha e íntima relación entre la norma demandada y algunas otras disposiciones no demandadas, con las cuales formaría una unidad normativa; y (ii) que respecto de las disposiciones no demandadas emerjan a primera vista serias dudas o cuestionamientos respecto de su constitucionalidad”[67].

Adicionalmente, esta Corporación ha señalado que la integración de la unidad normativa en un juicio de control de constitucionalidad puede ser llevada a cabo de oficio por la Corporación cuando sea necesario para evitar un pronunciamiento inocuo. Esta posibilidad tiene carácter excepcional, especialmente en los escenarios de control rogado, ya que en estos casos el pronunciamiento de la Corte debe sujetarse al objeto y los cargos señalados en la demanda[68].

2.7.1.2. En esta oportunidad, en atención a la claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia de los cargos formulados y con el fin de evitar un fallo inocuo, la Sala considera que efectivamente es necesario integrar al juicio de constitucionalidad la totalidad del enunciado del artículo 31 de la ley 1606.

En efecto, la demanda solamente recae sobre las expresiones “deberán contar con el voto positivo del Gobierno Nacional” contenidas en los incisos 1 y 2 del artículo 31 de la ley 1606.

Como se explicó previamente, el artículo referido busca establecer un requisito adicional en

materia de votación para la selección de los proyectos de inversión susceptibles de ser financiados por los fondos de Desarrollo Regional, Ciencia, Tecnología e Innovación y Compensación Regional –en este caso con cargo al 60%- y la designación de su ejecutor; las expresiones acusadas materializan ese requisito.

En este orden de ideas, por una parte, si esas expresiones se declaran inexecutable, el artículo 31 perderá su sentido deóntico, y por otra, esas expresiones no tienen un sentido regulador autónomo y solamente pueden ser entendidas con referencia al resto de la disposición.

Con fundamento en las anteriores razones, la Sala concluye que, tal como lo sugiere la vista fiscal, es necesario integrar al juicio de constitucionalidad, los apartes no acusados del artículo 31 de la ley 1606, con el fin de evitar un pronunciamiento inocuo.

#### 2.7.2. Resumen del parámetro de control

Antes de comenzar el examen de constitucionalidad del artículo demandado, la Sala reitera los siguientes puntos:

2.7.2.1. Tal y como se explicó en la consideración 2.3, los principios de descentralización y autonomía protegen prerrogativas de las entidades territoriales como gestionar sus intereses, administrar sus recursos y fijar las prioridades de su desarrollo. Adicionalmente, con la consagración de estos principios se buscó asegurar una amplia participación de las comunidades en la toma de decisiones sobre el desarrollo regional y nacional, de forma directa o a través de sus representantes, en concordancia con el espíritu democrático, participativo y pluralista de la Carta de 1991.

2.7.2.2. Es cierto que la jurisprudencia constitucional ha señalado que los principios de descentralización y autonomía no son absolutos y pueden ser ponderados con otros principios constitucionales e intereses valiosos como el equilibrio macroeconómico del país. Sin embargo, esta Corporación ha precisado que para que el producto de dicha ponderación sea constitucional, no debe significar una restricción del núcleo esencial de la autonomía de las entidades territoriales y debe sujetarse al principio de proporcionalidad, cuyo cumplimiento debe además ser valorado de forma estricta en materia de ingresos endógenos, y con un rigor leve en el caso de los recursos exógenos como las regalías.

2.7.2.3. Finalmente, si bien es cierto las regalías son de propiedad del Estado y las entidades territoriales solamente tienen un derecho a participar en ellas -de ahí que sean clasificadas como un recurso exógeno-, ello no significa que no les asista un derecho a tener injerencia en la definición de sus destinos y distribución. La anterior conclusión es además reforzada por el hecho de que en la nueva regulación constitucional, las regalías siguen teniendo principalmente una destinación territorial y son concebidas como una herramienta al servicio del desarrollo económico, social y ambiental de las regiones, y de la lucha contra la pobreza.

2.7.3. El artículo 31 de la ley 1606 vulnera el artículo 361 de la Constitución y los principios de descentralización y autonomía

En primer lugar, el demandante alega que el requisito de voto positivo del Gobierno Nacional para que un proyecto de inversión pueda ser financiado por los fondos de Desarrollo Regional, Ciencia, Tecnología e Innovación y Compensación Regional -en este caso por el 60% del Fondo-, y para la designación de su ejecutor, desconoce el artículo 361 de la Constitución, reformado por el acto legislativo 05 de 2011. En su sentir, ese precepto superior ordena que (i) los proyectos que reciban apoyo económico de aquellos fondos sean acordados por el Gobierno Nacional con las respectivas entidades territoriales, y (ii) estas últimas tengan una participación efectiva en la toma de decisiones al respecto, de ahí que el inciso sexto del párrafo segundo establezca que la participación de las entidades territoriales en las respectivas instancias de decisión -OCAD- debe ser mayoritaria. Explica que al requerirse el voto positivo del Gobierno Nacional se le otorga un poder de veto que se opone al espíritu de acuerdo y al mayor peso que el Constituyente quiso dar a los departamentos, distritos y municipios en la adopción de esas determinaciones.

En segundo lugar, sostiene que el requisito de voto positivo del Gobierno Central también vulnera los principios de descentralización y autonomía de las entidades territoriales, pues permiten que aquél imponga su voluntad a estas últimas en relación con asuntos de desarrollo, lo que a su turno es una medida de centralización e impide a los departamentos, distritos y municipios determinar sus metas y prioridades en la materia.

A la luz de las consideraciones previamente expuestas, la Sala considera que le asiste razón al demandante, por las siguientes razones:

Lo primero que observa la Sala es que el actor parte de una interpretación correcta del artículo 361 de la Constitución. En efecto, una interpretación histórica, textual, sistemática y teleológica de ese precepto lleva a concluir que ordena que (i) los proyectos que reciban apoyo económico de los fondos de Desarrollo Regional, Ciencia, Tecnología e Innovación y Compensación Regional sean acordados por el Gobierno Nacional con las respectivas entidades territoriales, a partir de un debate en el que todas las partes sean consideradas como iguales, lo que supone que tengan la misma posibilidad de incidencia en la decisión; y (ii) dichos entes tengan una representación mayoritaria con el objetivo de que su participación en la toma de decisiones sea eficaz.

2.7.3.1.1. En primer lugar, la Sala recuerda que al aprobarse el acto legislativo 05 de 2011, tanto el Gobierno Nacional como el Congreso fueron enfáticos en señalar que el propósito de la reforma no era centralizar las decisiones sobre las regalías, sino promover la equidad de su distribución en tres frentes: “la equidad regional, la equidad social y la equidad para la defensa de la competitividad nacional”[69]. Al respecto, en la ponencia para primer debate ante el Senado, los ponentes explicaron:

“De otra parte, los ponentes hemos sido insistentes en transmitir las dudas que aquejan a las regiones, sobre los efectos de la reforma constitucional que se pretende. Por ello, el Gobierno Nacional ha sustentado, en las reuniones que se han llevado a cabo con los ponentes y con la mesa directiva de la Comisión Primera del honorable Senado de la República, que con el presente proyecto de Acto Legislativo no se pretende, por parte del Gobierno Nacional, apropiarse ni centralizar los recursos de las regalías, no modifica el cálculo total de las mismas y, en cambio, promueve la autonomía regional y brinda herramientas sostenibles para desarrollar cabalmente el principio de descentralización garantizado en la Constitución Política”[70] (negrilla fuera del texto).

Por esta razón, los ponentes señalaron que se había acordado con el Gobierno Nacional que las entidades territoriales serían actores decisivos en las decisiones de los OCAD. Sobre el punto afirmaron:

“En efecto, se ha considerado fundamental precisar que el apoyo de los ponentes a la presente iniciativa parte del postulado inalterable de la autonomía territorial, garantizado ampliamente en la Constitución Política. Para efectos de que dicho precepto constitucional

se concrete en el manejo de las regalías, el acuerdo político al cual han llegado los suscritos ponentes con el Gobierno Nacional se funda en la consideración de que, al expedirse la ley que desarrollará la presente propuesta de reforma constitucional, esta establezca que las entidades territoriales estarán como actores definitorios en los órganos de administración de los Fondos cuya creación se propone, órganos a los que también concurrirá la Nación”[71] (negrilla fuera del texto).

Los argumentos de que las regalías son una herramienta indispensable para la realización de los principios de descentralización y autonomía de las entidades territoriales, y de que no se pueden centralizar las decisiones sobre su destino y distribución, fueron recurrentes en los debates[72]. Muchos congresistas plantearon su preocupación por un posible marcado centralismo del proyecto y la anulación de la posibilidad de los departamentos, municipios y distritos de gestionar sus intereses y tomar decisiones en materia de desarrollo. Con fundamento en estos argumentos y en vista de tales preocupaciones, durante el trámite legislativo: (i) se eliminó la facultad que se otorgaba al Gobierno Nacional para administrar el Fondo de Competitividad Regional propuesto originalmente en el proyecto de reforma y que cobijaba los fondos de Compensación Regional y de Desarrollo Regional[73]; (ii) se crearon los OCAD y se precisó que la participación de las entidades territoriales en ellos sería mayoritaria[74]; (iii) se dispuso que los proyectos susceptibles de financiación deberían sujetarse no solo al Plan Nacional de Desarrollo, sino también a los planes de desarrollo de las respectivas entidades territoriales[75]; (iv) se ordenó que los proyectos a financiar por los fondos de Ciencia, Tecnología e Innovación y de Desarrollo Regional fueran acordados por el Gobierno Nacional con las entidades territoriales[76].

Como aseguraron varios congresistas, estas modificaciones se introdujeron durante el trámite legislativo con el fin de asegurar la vigencia de los principios de descentralización y autonomía de las entidades territoriales. Por ejemplo, el Senador Roy Leonardo Barreras Montealegre explicó de la siguiente forma a la plenaria del Senado, la razón de los cambios introducidos al proyecto:

“El texto de la ponencia es sustancialmente diferente al articulado inicial radicado por el Gobierno, y diferente en dos sentidos, en que garantiza que el proyecto no será en ningún caso un proyecto recentralizador sino por el contrario un proyecto que privilegia las regiones y privilegia la descentralización y en segundo lugar un proyecto que garantiza en

el texto los derechos de los Entes Territoriales, de los departamentos, de los municipios”[77].

Se puede apreciar que la intención del Constituyente fue que (i) las entidades territoriales se convirtieran en actores decisivos en la toma de decisiones sobre las regalías, en conexidad con sus derechos a gestionar sus intereses y a fijar prioridades y estrategias en materia de desarrollo, y (ii) sus voces –por intermedio de sus representantes- fueran oídas y consideradas a la par de las del Gobierno Nacional.

2.7.3.1.2. En segundo lugar, una interpretación textual y a la luz del principio democrático del inciso octavo y otros apartes del artículo 361 de la Constitución muestra que esa disposición exige un convenio entre las partes que participan en los OCAD, precedido de un debate en el que todas las opiniones reciban igual consideración, y respaldado por, al menos, el consentimiento de la mayoría.

En efecto, el inciso octavo dispone:

“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” (negrilla fuera del texto).

“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. (...)

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. (...)

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.”

Lo primero que se debe resaltar es que el término “acuerdo” empleado en el inciso octavo del artículo 361 constitucional significa una “[r]esolución premeditada de una sola persona o de varias” o “[c]onvenio entre dos o más partes”[78]. Un acuerdo es diferente a un consenso, entendido como un “[a]cuerdo producido por consentimiento entre todos los miembros de un grupo o entre varios grupos”[79]. En este orden de ideas, a partir de una interpretación textual, el término “acuerdo” no exige que todas las partes den su consentimiento, simplemente demanda una decisión respaldada por la mayoría de las partes involucradas.

La anterior exégesis es respaldada por una lectura de los apartes citados a la luz del principio democrático. Ciertamente, como pasa a explicarse, el principio democrático supone (i) que todas las partes que participan en la negociación deben ser tratadas con igual consideración, lo que a su vez implica que el valor de sus votos debe ser el mismo, así como su potencial incidencia en los rumbos de la determinación, salvo que existan razones que justifiquen alguna diferenciación –como un voto de calidad–; y (ii) que, en virtud de la igualdad de las partes, las decisiones deben en principio adoptarse según la regla de la mayoría.

Como ha señalado la jurisprudencia constitucional, en un Estado social y democrático de Derecho, el principio democrático tiene carácter expansivo, lo que implica que (i) constituye un criterio de interpretación[80] y (ii) debe irradiar los distintos ámbitos de la vida estatal y social –como cuerpos colegiados que no tienen naturaleza política, incluso en escenarios tradicionalmente privados[81]–, de modo que se fortalezcan los canales de

representación, se democraticen los espacios de toma de decisiones y se promueva el pluralismo[82]. Sobre el carácter universal y expansivo del principio democrático, se explicó lo siguiente en la sentencia C-522 de 2002[83]:

“De otra parte, es necesario puntualizar que la Constitución Política de 1991 no restringe el principio democrático al ámbito político sino que lo extiende a múltiples esferas sociales. El proceso de ampliación de la democracia supera la reflexión sobre los mecanismos de participación directa y especialmente hace énfasis en la extensión de la participación de las personas interesadas en las deliberaciones de los cuerpos colectivos diferentes a los políticos. El desarrollo de la democracia se extiende de la esfera de lo político en la que el individuo es considerado como ciudadano, a la esfera social donde la persona es tomada en cuenta en su multiplicidad de roles, por ejemplo, como trabajador, estudiante, miembro de una familia, afiliado a una empresa prestadora de salud, consumidor etc. Ante la extensión de la democracia la Corte Constitucional ha señalado que el principio democrático que la Carta prohija es a la vez universal y expansivo. Universal porque compromete varios escenarios, procesos y lugares tanto públicos como privados y también porque la noción de política que lo sustenta se nutre de todo lo que válidamente puede interesar a la persona, a la comunidad y al Estado y sea por lo tanto susceptible de afectar la distribución, control y asignación del poder. Es expansivo pues porque ha de ampliarse progresivamente conquistando nuevos ámbitos y profundizando permanentemente su vigencia, lo que demanda por parte de los principales actores públicos y privados un denodado esfuerzo para su efectiva construcción” (negrilla fuera del texto).

Del principio democrático emanan otros subprincipios: el mayoritario, el pluralismo y la publicidad[84]. Para efectos de esta decisión interesa en particular el primero; según el principio mayoritario, las decisiones debe ser tomadas preferiblemente de conformidad con la regla de la mayoría, pues ésta, en vista de la dificultad de alcanzar la unanimidad, es la más eficiente para integrar a las fuerzas que participan en la toma de una resolución, sin que se sacrifiquen elementos de libertad e igualdad que son esenciales a las actividades deliberativas[85]. Como se puede apreciar, la regla de la mayoría, en concordancia con el principio de igualdad, parte de la premisa de que todos aquellos que participan en una deliberación deben recibir la misma consideración, lo que a su vez significa que sus opiniones deben tener el mismo potencial de incidencia en la decisión, así como el mismo peso. Al respecto, pero en el escenario legislativo, se manifestó lo siguiente en la sentencia



C-141 de 2010[86]:

“La decisión mayoritaria tiene un profundo fundamento en la igualdad, porque asigna idéntico valor a la participación de cada uno de los ciudadanos y toma como presupuesto la igualdad de oportunidades en el proceso participativo. Es decir, el sentido democrático de la decisión mayoritaria está fundado en dos pilares que se nutren del principio de igualdad: (i) el que las condiciones para participar en el proceso de decisión no tengan fundamento en parámetros discriminadores –tales como la renta o el nivel de preparación académica-; y (ii) el idéntico valor asignado a la decisión de cada uno de los participantes, en cuanto que entre las participaciones válidas ninguna tendrá mayor peso que otra.”

Los OCAD a los que alude el artículo 361 superior son espacios de deliberación en los que un número plural de partes adoptan determinaciones sobre una materia fundamental para el desarrollo regional y nacional: los proyectos a ser financiados por los fondos de Desarrollo Regional, de Ciencia, Tecnología e Innovación y de Compensación Regional. En este orden de ideas, en virtud del carácter expansivo del principio democrático y de la importancia de la participación de todos los niveles de gobierno en la definición de los destinos de las regalías dada su relación con el bienestar y el desarrollo, la Sala concluye que los OCAD –como señalan el demandante y algunos intervinientes- deben tomar sus determinaciones con sujeción al principio democrático, lo que supone, entre otras cosas, asegurar la igualdad entre las partes, brindarles la misma consideración, y aplicar la regla de la mayoría.

Esa lectura fue acogida por el Congreso al expedir la ley 1530, pues –como se explicó en la consideración 2.5.2.- sus artículos 31 y 35 disponen lo siguiente: en el OCAD del Fondo de Ciencia, Tecnología e Innovación, las decisiones deben tomarse con un mínimo de dos votos favorables, de un máximo tres provenientes: uno del Gobierno Nacional, uno de los gobiernos departamentales y uno de las universidades. Igualmente, en los OCAD de los fondos de Desarrollo Regional y de Compensación Regional, las decisiones deben ser definidas con un mínimo de dos votos favorables, de un máximo de tres, uno por cada nivel de gobierno: nacional, departamental y municipal o distrital. De esta forma la ley 1530, en virtud del principio democrático, dota de igualdad a las partes intervinientes en los OCAD y, en consecuencia, acogió la regla de la mayoría. Adicionalmente, no calificó de qué partes deben provenir los votos positivos por respeto a la igual consideración que deben recibir las

partes en los foros deliberativos.

En resumen, el inciso octavo y los incisos 2, 3 y 4 del párrafo 2 de la artículo 361 de la Carta Política, examinados de forma textual y a la luz del principio democrático, establecen que las decisiones de los OCAD que distribuyen los fondos de Desarrollo Regional, Ciencia, Tecnología e Innovación y Compensación Regional, y definen sus ejecutores, deben ser fruto de un debate (i) en el que todas las partes reciban igual consideración y puedan incidir de igual forma en la resolución final, y (ii) en el que, en consecuencia, se sigue la regla de la mayoría.

2.7.3.1.3. En tercer lugar, una interpretación teleológica y sistemática de los incisos 2, 3, 4 y 6 del párrafo 2 del artículo 361 superior lleva a concluir que las entidades territoriales deben tener una representación mayoritaria en los OCAD con miras a que su participación sea efectiva, es decir, realmente puedan incidir en el rumbo de los recursos de los fondos de Desarrollo Regional, Ciencia, Tecnología e Innovación y Compensación Regional.

Los incisos 2, 3 y 4 del párrafo 2 ya fueron citados en lo pertinente en la consideración anterior. A su turno, el inciso 6 dispone:

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

Estos apartes del artículo 361 constitucional disponen que en los OCAD debe existir una representación mayoritaria de los entes territoriales, que se materializa de la siguiente forma: en el OCAD del Fondo de Ciencia, Tecnología e Innovación, con la participación de siete gobernadores -uno por cada instancia de planeación regional[87]- frente a 5 delegados del Gobierno Nacional -tres ministros, un representante del DNP y un representante de Colciencias-. En el caso de los OCAD de los fondos de Desarrollo Regional y de Compensación Regional, esa representación mayoritaria se manifiesta con la participación de los gobernadores y alcaldes concernidos, versus cinco representantes del Gobierno Nacional -cuatro ministros o sus delegados y un representante del DNP-.

La finalidad de esa representación mayoritaria no es otra que asegurar que las voces de las regiones y localidades sean escuchadas y debidamente consideradas, lo que a su turno

debe reflejarse en una incidencia efectiva en la toma de decisiones.

2.7.3.2. El artículo 31 de la ley 1606 otorga mayor peso a las opiniones del Gobierno Nacional sin una justificación que se avenga a la Constitución. La medida implica un sacrificio desproporcionado de los principios democrático, de descentralización y de autonomía de las entidades territoriales

En la sección anterior la Sala explicó que en virtud del principio democrático en concordancia con el de igualdad, todas las partes que participan en la adopción de decisiones de cuerpos colegiados, particularmente de naturaleza pública, deben recibir igual consideración, lo que a su vez supone la concesión de la misma importancia y peso a sus votos. No obstante, se precisó que esa regla puede ser excepcionada cuando existe una justificación admisible desde el punto de vista constitucional. Esas excepciones, como limitación de los principios democrático y de igualdad, deben ser entonces evaluada desde la óptima del principio de proporcionalidad.

En esta oportunidad, el artículo bajo examen establece una excepción al mandato antes referido, ya que exige para la selección de los proyectos que recibirán financiación de los fondos de Desarrollo Regional, Ciencia, Tecnología e Innovación y Compensación Regional, así como para la designación de sus ejecutores, el voto positivo del Gobierno Nacional en los respectivos OCAD. A juicio de la Sala, esa excepción debe entonces ser evaluada de acuerdo al juicio de proporcionalidad. Lo anterior con mayor razón si se tiene en cuenta que la medida referida además implica una limitación de los principios de descentralización y autonomía de las entidades territoriales, a la luz de los cuales estas últimas deben ser quienes adopten en primer término decisiones sobre su desarrollo y la gestión de sus intereses y recursos.

Tal como se explicó en apartes previos, en tanto la medida versa sobre recursos exógenos de los departamentos, distritos y municipios –las regalías– que tienen un papel protagónico en materia de desarrollo regional, debe aplicarse un nivel leve de rigor. Ese nivel de escrutinio exige en el escenario de un juicio integrado de proporcionalidad[88] (i) que la finalidad perseguida sea válida en términos constitucionales, (ii) que el medio elegido sea conducente para alcanzar el fin, y (iii) que sea proporcionada en estricto sentido. Hecha esta aclaración, la Sala pasa a examinar la proporcionalidad de la medida demandada:

2.7.3.2.1. En la consideración 2.6.3., esta Corporación explicó que el artículo 31 de la ley 1606 fue introducido en el trámite legislativo con el fin de reducir el supuesto excesivo poder que se otorgó a los gobernadores en los OCAD, fruto del derecho al voto que se les concedió y de su supuesta influencia sobre los alcaldes, lo que a juicio de los ponentes, podía “(...) llevar a decisiones indeseables, si se considera que el Gobierno nacional no puede modificar la selección que se haga de algunos proyectos que a todas luces puedan resultar inconvenientes o afecten el espíritu con que fue aprobada la norma”[89]. En el debate también se afirmó que el poder que tenían en el pasado los gobernantes locales y regionales para decidir sobre el uso de las regalías, condujo a obras inconclusas, sobredimensionadas, onerosas para las finanzas regionales, y, en general, al despilfarro de recursos, lo que en su sentir podía volver a ocurrir si no otorga al Gobierno Nacional poder para “(...) para restringir la aprobación de proyectos que a todas luces sean inconvenientes para las regiones”[90].

En suma, la medida fue acogida con el propósito de permitir que el Gobierno Nacional “pudiera restringir la aprobación de proyectos que a todas luces sean inconvenientes para las regiones”; dicho de otro modo, el poder de veto que se otorgó al Gobierno central fue concebido como un mecanismo de control de las decisiones de los representantes de las entidades territoriales, es decir, persigue el uso eficiente de las regalías.

La Sala no puede negar que se trata de una finalidad importante a la luz del texto superior, pues el uso eficiente de las regalías indudablemente incide sobre el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes del territorio nacional, especialmente los más vulnerables desde el punto de vista socio-económico.

2.7.3.2.2. Sin embargo, las premisas en las que se fundamentó la elección de la medida son problemáticas desde la óptica constitucional; éstas son: (i) la asunción de que los gobernadores y alcaldes tienden a tomar decisiones ineficientes sobre el manejo de las regalías e incluso a malversar los fondos, y (ii) la idea de que el Gobierno Nacional toma mejores determinaciones al respecto -porque tiene el conocimiento técnico o porque no está expuesto a incentivos adversos- y por ello está en una mejor posición que lo legitima para controlar a los primeros. A juicio de la Sala, tales consideraciones desconocen las finalidades que inspiraron la implementación de un modelo territorial descentralizado y con autonomía de las entidades territoriales en la Carta de 1991, principalmente la promoción

de la democracia mediante el acercamiento de la toma de decisiones sobre asuntos cruciales como el desarrollo, a los ciudadanos, entre otras razones, porque ellos son quienes mejor conocen las necesidades de cada región. Además, se aprecia que parten de una presunción de ilegalidad de las actuaciones de los gobernantes locales que no es debidamente soportada, y puede ser fruto simplemente de una generalización.

De otro lado, en el caso del OCAD del Fondo de Ciencia, Tecnología e Innovación, no es cierto que los representantes de las entidades territoriales tengan mayor poder en la toma de la decisión, toda vez que en este caso los departamentos solamente tienen un voto y el otro voto pertenece al grupo de universidades participantes, quienes son entes autónomos.

Las anteriores consideraciones ponen en duda la eficacia del medio elegido. Ciertamente, al partir de unas premisas tan problemáticas, para la Sala no puede afirmarse que el poder de veto que se otorga al Gobierno Nacional sea efectivamente conducente para incrementar el manejo eficiente de los recursos que administran los fondos de Ciencia, Tecnología e Innovación, Desarrollo Regional y Compensación Regional.

2.7.3.2.3. Si en gracia de discusión se admite la idoneidad del medio, en todo caso la medida no es proporcionada en estricto sentido por las siguientes razones:

El artículo 361 de Constitución y la ley 1530 prevén otros mecanismos de control dirigidos a articular los intereses nacionales y territoriales, y a asegurar eficiencia en la administración de las regalías y su destinación específica: (i) el inciso 1 del párrafo 2 dispone que los proyectos a financiar con recursos de los fondos de Ciencia, Tecnología e Innovación, Desarrollo Regional y Compensación Regional, se deben ejecutar en concordancia con el Plan Nacional de Desarrollo. (ii) El inciso 3 ibídem prohíbe la financiación de gasto corriente con cargo al Fondo de Ciencia, Tecnología e Innovación. (iii) El párrafo 2 ibídem también prevé la participación obligatoria del Gobierno Nacional en todos los OCAD con un importante número de representantes, y lo dota en todos los casos de uno de los tres votos disponibles –es decir, le entrega un tercio de los votos-. (iv) El párrafo 3 ibídem crea el Sistema de Monitoreo, Seguimiento, Control y Evaluación de las Regalías y autoriza la adopción de medidas preventivas, correctivas y sancionatorias por el inadecuado uso de los recursos del SGR, entre las que se encuentran “(...) la suspensión de

giros, cancelación de proyectos y/o el reintegro de recursos”. (iv) El artículo 23 de la ley 1530 exige que los proyectos que se postulen a los fondos referidos (a) adopten pautas de buen gobierno, y (b) definan su pertinencia, viabilidad, sostenibilidad e impacto en términos de contribución al cumplimiento de metas locales, sectoriales, regionales y los objetivos y fines del SGR. (v) El artículo 25 ibídem exige que los proyectos sean formulados de conformidad con las metodologías y lineamientos que defina el DNP, dicho de otro modo, se entrega al DNP un poder de disciplinamiento de la formulación de los proyectos a través de la fijación de metodologías. (vi) El artículo 26 ibídem señala que antes de ser discutidos por los OCAD, el DNP y por Colciencias, según el caso, deben declarar viables los proyectos; sin la declaración de viabilidad no es posible que un proyecto sea considerado por un OCAD. (vii) Finalmente, el Título VI de la ley 1530 desarrolla el Sistema de Monitoreo, Seguimiento, Control y Evaluación de las Regalías y encarga su administración al DNP.

La existencia de tantos mecanismos de control hace que la ganancia en términos de eficiencia que pueda generar el artículo demandado sea tan solo marginal. En primer lugar, las metodologías para definición de los proyectos las determina el DNP; ellas indican qué criterios deben tenerse en cuenta para definir los proyectos, qué variables deben considerarse, cómo establecer los presupuestos, etc., en suma, las metodologías son pautas cuyo seguimiento asegura la idoneidad y viabilidad de los proyectos. En segundo lugar, los proyectos deben obligatoriamente justificar de qué manera se sujetan al Plan Nacional de Desarrollo; sobra decir que ese plan es fijado por el Gobierno y el Congreso y allí se definen las áreas prioritarias de inversión, de modo que un proyecto que pretenda ser financiado debe explicar las razones por las cuales pertenece a esas áreas establecidas como prioritarias. En tercer lugar, el DNP y Colciencias definen qué proyectos son viables, lo que constituye un requisito indispensable para que el proyecto luego pueda ser evaluado por los OCAD. En cuarto lugar, el DNP, como director del el Sistema de Monitoreo, Seguimiento, Control y Evaluación de las Regalías, puede adoptar medidas preventivas, correctivas y sancionatorias por el inadecuado uso de los recursos del SGR, entre las que se encuentran “(...) la suspensión de giros, cancelación de proyectos y/o el reintegro de recursos”; de esta forma, la normativa dota al DNP de poderes de control previos y posteriores que incluyen la suspensión de un proyecto aprobado por los OCAD. Todas estas reglas ya de hecho dotan al Gobierno Nacional de importantes poderes control que pueden incluso frenar las iniciativas de las entidades territoriales de forma previa o posterior. Se trata de mecanismos eficientes de control que a todas luces hacen innecesaria la medida bajo

examen.

Por otra parte, la medida sí limita de forma importante los principios democrático, de descentralización y de autonomía de las entidades territoriales, así como las exigencias del artículo 361 superior, toda vez que (i) no da igual trato a las entidades territoriales en el escenario de los OCAD respecto del Gobierno Nacional, con base en unas premisas problemáticas desde el punto constitucional –como se explicó en 2.7.3.2.2.-; (ii) restringe la eficacia de la participación de las entidades territoriales en los OCAD, pues permite que en todos los casos el Gobierno mediante su voto negativo pueda frenar las iniciativas territoriales, incluso si se sujetan al Plan Nacional de Desarrollo y han sido declaradas viables por el DNP o Colciencias; y (iii) entrega un poder de decisión mayor al Gobierno Nacional en materia de desarrollo –asimilable a un poder de veto-, lo que limita la facultad de las entidades territoriales de gestionar sus intereses y definir sus prioridades en la materia. Recuerde que las regalías, dada la precariedad de las finanzas de muchas entidades territoriales, son una herramienta indispensable para promover el progreso a través de la inversión y el gasto social.

2.7.3.2.4. En suma, el artículo 31 de la ley 1606, al otorgar un poder de veto al Gobierno Nacional para decidir los proyectos susceptibles de financiación por los fondos de Desarrollo Regional, Ciencia, Tecnología e Innovación y Compensación Regional, así como su ejecutor, se opone al artículo 361 superior y a los principios de descentralización y autonomía, ya que aunque persigue una finalidad importante –el uso eficiente de las regalías-, se vale de un medio de no es efectivamente conducente para el efecto y, dada la existencia de otros múltiples mecanismos de control, termina sacrificando de forma desproporcionada los principios democrático, de descentralización y autonomía, así como los mandatos del artículo 361 de la Carta.

Por las anteriores razones, el artículo acusado será declarado inexecutable.

### 3. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Declarar INEXEQUIBLE el artículo 31 de la ley 1606 de 2012 “Por la cual se decreta el presupuesto del Sistema General de Regalías para el Bienio del 1° de enero de 2013 al 31 de diciembre de 2014”, por las razones expuestas en esta providencia.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese, cúmplase y archívese el expediente.

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Presidente

Ausente en comisión

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrada

Magistrado



LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

Con aclaración de voto

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

Magistrado

Ausente en comisión

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaría General

## ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

A LA SENTENCIA C-624/13

Referencia: expediente D-9538

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 31 de la Ley 1606 de 2012 “Por la cual se decreta el presupuesto del Sistema General de Regalías para el Bienio del 1º de enero de 2013 al 31 de diciembre de 2014”.

Magistrado Ponente:

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Mi aclaración de voto a la decisión de mayoría obedece a que, a mi juicio, el fundamento de la inexecutable de la norma acusada, previa la indispensable integración que debió efectuarse, ha de entenderse circunscrita, en lo fundamental, a que, a no dudarlo, existe una evidente contradicción entre el precepto constitucional que establece la necesidad de un “Acuerdo” entre las entidades territoriales y el Gobierno Nacional a objeto de decidir cuáles proyectos regionales habrán de financiarse con los recursos de los Fondos de Ciencia, Tecnología e Innovación y de Desarrollo Regional, “Acuerdo” que, a simple vista, supone un dialogo o entendimiento en el que necesariamente deben evaluarse y ponderarse las razones aducidas por las partes llamadas a avenirse en sustento del punto de vista que se expone en aras de alcanzar la debida coincidencia o concertación de pareceres, no obstante lo cual la norma legal cuestionada incorpora una regla que otorga desmedida preeminencia a la posición del gobierno al sujetar directamente la “aprobación” y “designación de la entidad ejecutora de esos proyectos” al voto positivo de este último, circunstancia que, por su fuerte carga de unilateralidad, desdice de lo que cabe entender por un “Acuerdo”. Es en ese sentido que participo de la decisión de mayoría, la cual, valga aclarar, en modo alguno permite entender que la decisión sobre los proyectos a financiar y

sobre quien los ejecuta pueda adoptarse sin que previamente se propicie el “Acuerdo” con el Gobierno Nacional invocando por ejemplo la representación mayoritaria de las entidades territoriales, pues la norma constitucional pertinente, en términos irreductibles, impone un “Acuerdo” con el gobierno y ese “Acuerdo” indiscutiblemente tiene que materializarse so pena de burlar el claro e inequívoco mandato superior plasmado en el artículo 361, inciso 8 de la Carta que reza: “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.” (Subrayado fuera de texto)

Fecha ut supra,

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

[1]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.

[2]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.

[3]Ver las intervenciones de los constituyentes Horacio Serpa, Guillermo Perry y Eduardo Verano. Gaceta Constitucional, 20 de marzo de 1991, p. 24.

[4]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”.

[5] Ver sentencias C-478 de 1992 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, C-517 de 1992 M.P. Ciro Angarita Barón, C-004 de 1993 M.P. Ciro Angarita Barón, C-534 de 1996 M.P. M.P. Fabio Morón Díaz, entre otras.

[6]Ver sentencias C-004 de 1993 M.P. Ciro Angarita Barón y C-534 de 1996 M.P. Fabio Morón Díaz, entre otras.

[7] 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.

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

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

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

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

[13] Ver las sentencias C-937 de 2010 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio y C-541 de 2011 M.P. Nilson Pinilla Pinilla, entre otras.

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

[15] Ver sentencias C-221 de 1997 M.P. Alejandro Martínez Caballero, C-427 de 2002 M.P. Clara Inés Vargas, C-240 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, C-1055 de 2012 M.P. Alexei Julio Estrada, entre otras.

[16] Ver sentencia C-1055 de 2012 M.P. Alexei Julio Estrada.

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

[18] Ver sentencias C-1096 de 2000 M.P. Cristina Pardo Schlesinger, C-837 de 2001 M.P. Jaime Araujo Rentería.

[19] Ver sentencia C-010 de 2013 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[20] M.P. Jaime Araujo Rentería.

[21] Ver también la sentencia C-533 de 2005 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

[22] Ver sentencias C-221 de 1997 MP Alejandro Martínez Caballero, C-580 de 1999 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, C-427 de 2002 M.P. Clara Inés Vargas, C- 978 de 2002 M.P. Eduardo Montealegre Lynett, C-240 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, C-1055 de 2012 M.P. Alexei Julio Estrada, entre otras.

[23] M.P. Alejandro Martínez Caballero. En esa ocasión la Corte examinó una demanda contra el artículo 16 de la ley 141 de 1994, que establecía los porcentajes mínimos de regalías para la sal y el carbón y los cuales, a juicio del demandante, eran irrazonables. Esta Corporación declaró exequible el precepto, pues concluyó que la medida estaba fundamentada en una política razonable dirigida a estimular la explotación de esos recursos en beneficio del país.

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

[25] Sentencia C-221 de 1997. MP Alejandro Martínez Caballero. Fundamento 19

[26] Cfr. sentencia C-1548 de 2000 M.P. Alejandro Martínez Caballero. Ver también la sentencia C-800 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[27] Cfr. Gaceta Constitucional No. 53, p. 13.

[28] Ponencia presentada por los constituyentes Álvaro Cala Hederich, Helena Herrán de Montoya, Mariano Ospina Hernández, Jesús Pérez González-Rubio, Carlos Rodado Noriega y Germán Rojas Niño. Cfr. Gaceta Constitucional No. 85, p. 17.

[29] Ver sentencia C-221 de 1997 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[30] Ver sentencia C-251 de 2003 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[31] En la sentencia C-402 de 1998, M.P. Fabio Morón Díaz, la Corte explicó: “(...) esta Corporación ha calificado la naturaleza jurídica de las regalías como una contraprestación económica que recibe la Nación por la explotación de un recurso natural no renovable, que se extingue con el tiempo y que debe generar por ello beneficios sustitutivos, los cuales pueden ser administrados directamente por la Nación o a través de las empresas industriales o comerciales del Estado, titulares de los aportes donde se encuentren las minas. Por lo tanto, las regalías constituyen un beneficio económico para la Nación y los entes territoriales, como quiera que con tales ingresos fiscales se atienden objetivos sociales y diversos cometidos estatales.”

[32] El inciso tercero del artículo 360 disponía: “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.” Nótese que el texto constitucional no señalaba el destino de las regalías directas.

[33] La normativa de orden legal (leyes 141 de 1994 y 1283 de 2009) precisó que, a nivel departamental, las regalías directas debían invertirse en labores dirigidas a alcanzar coberturas mínimas en indicadores de mortalidad infantil, cobertura básica de salud y educación, agua potable y alcantarillado, y en proyectos de nutrición y seguridad alimentaria; mientras a nivel municipal, debían destinarse a proyectos de saneamiento ambiental, de construcción y ampliación de la estructura de los servicios de salud, educación, electricidad, agua potable, alcantarillado y demás servicios públicos básicos esenciales; de construcción, mantenimiento y mejoramiento de la red terciaria; de nutrición y seguridad alimentaria; y a proyectos productivos que beneficiaran a la comunidad.



[34]Con el rubro de promoción de la minería, el legislador buscó favorecer principalmente la elaboración de estudios y a la realización de labores de prospección, exploración, diseño, promoción, supervisión y ejecución de proyectos mineros, con énfasis en la pequeña y mediana minería; y la ejecución de proyectos mineros especiales y comunitarios (leyes 141 de 1994 y 756 de 2002).

[36]El rubro de proyectos de desarrollo regional –el que recibía el porcentaje más alto de recursos- comprendía principalmente actividades como las siguientes identificadas como prioritarias en el plan de desarrollo de la respectiva entidad territorial: energización; construcción, recuperación y mantenimiento de la red vial secundaria y terciaria; desarrollo de proyectos fluviales y aeroportuarios; y construcción de infraestructura de distribución para la prestación del servicio público de gas combustible en los estratos 1 y 2 (leyes 141 de 1994, 344 de 1996, 508 de 1999 y 756 de 2002).

[37] Ver por ejemplo la sentencia C-221 de 1997 MP Alejandro Martínez Caballero.

[38]M.P. Fabio Morón Díaz.

[39]La Corte explicó: “La Corte Constitucional encuentra que las disposiciones contenidas en las partes acusadas de los artículos 14 y 15 de la ley 141 de 1994, son de carácter indicativo y general que se ocupan de ordenar unas medidas razonables relacionadas con la planeación del gasto de inversión social y en la definición de unas reglas por las cuales se establecen las correspondientes reglas de prioridad del gasto que se debe atender con los recursos nacionales provenientes de las regalías, atendiendo, en buena medida, a la experiencia histórica concreta del inmediato pasado en materia de la falta de una orientación racional y de planeación técnica de la orientación de las inversión de los recursos mencionados.”

[40]M.P. Carlos Gaviria Díaz.

[41]La Corte aseveró: “La referencia hecha en la Ley 141 de 1994 (específicamente, en los párrafos 1º y 2º del artículo 1º) a la financiación de proyectos de energización, como una de las posibilidades definidas por el legislador para la inversión de las regalías, cumple con claros preceptos constitucionales que velan por el bienestar general (artículos 1 y 2 C.P.), por la adecuada disposición de los recursos del Estado (artículo 360 C.P.), y por el

respeto a la autonomía funcional que se reconoce a cada rama del poder público (artículo 113 C.P.). || Debe recordarse que “el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población”, son “finalidades sociales del Estado” (Cfr. artículo 366 C.P.) y, por tanto, resulta admisible que las leyes que desarrollan los mandatos de la Constitución contemplen programas y proyectos, que sin estar explícitamente señalados en la Norma Fundamental, son congruentes con los objetivos que se intentan alcanzar con la ayuda del ordenamiento jurídico. Los deberes del Estado frente a la comunidad no se reducen a la satisfacción de las necesidades expresamente contempladas por las normas constitucionales (salud, educación, saneamiento ambiental, agua potable), pues dichas enunciaciones no agotan -en principio-, el panorama de los frentes que la administración debe atender para servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar los principios, derechos y deberes que se reconocen a todos los colombianos.”

[42] M.P. Mauricio González Cuervo.

[43] M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. En aquella ocasión se llevó a cabo la revisión automática del decreto legislativo 4831 del 29 de diciembre de 2010 “Por el cual se destinan recursos para conjurar la crisis e impedir la extensión de los efectos causados por el fenómeno de la niña”. El decreto legislativo fue declarado exequible, en el entendido que los recursos a los que aludían sus artículos se destinarán solo a la rehabilitación de las zonas de las entidades territoriales afectadas por la crisis generada con la ola invernal, y en el caso de proyectos de inversión, a aquellos priorizados en los respectivos planes de desarrollo departamental o municipal que se requirieran para la rehabilitación de las zonas afectadas con las causas de la emergencia.

[44] Ver por ejemplo la sentencia C-781 de 2007 M.P. Humberto Sierra Porto.

[45] En la sentencia C-781 de 2007 M.P. Humberto Sierra Porto, la Corte declaró exequible ese traslado de funciones al DNP.

[46] Ver, entre otras, las sentencias C-567 de 1995 M.P. Fabio Morón Díaz, C-221 de 1997 M.P. Alejandro Martínez Caballero, C-207 de 2000 M.P. Carlos Gaviria Díaz, C-293 de 2000 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, C-1548 de 2000 M.P. Alejandro Martínez Caballero y C-240 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[47] Ver la sentencia C-447 de 1998 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

[48] En la exposición de motivos del proyecto que luego se convertiría en el acto legislativo 05 de 2011, se relacionó la propuesta de modificación del sistema de administración y reparto de las regalías con el aseguramiento de la sostenibilidad fiscal y la reducción del nivel de deuda. Al respecto se explicó: “Ello complementaría la estrategia del Gobierno Nacional para fortalecer las finanzas públicas mediante la adopción de una regla fiscal. La regla propuesta permitiría, a través de un mecanismo de ahorro similar al que se propone para las regalías ahorrar parte de los recursos excedentarios producto de la actividad minero-energética y garantizar un manejo contra-cíclico de la política fiscal, lo cual favorecerá la estabilidad macroeconómica del país”. Adicionalmente, la exposición de motivos contiene un capítulo específico sobre la relación entre la reforma de las regalías y las reglas fiscales, en el que se hace un llamado para que se creen sistemas de ahorro con finalidades contracíclicas en las regiones, similares al contenido en el proyecto que luego se convertiría en el acto legislativo 05 de 2011. Sobre este punto se indicó: “Es importante resaltar que, tal y como se ha expresado a lo largo de esta exposición de motivos, un mecanismo de ahorro diseñado únicamente para garantizar la sostenibilidad de las finanzas del Gobierno Nacional Central, no es suficiente estrategia para promover la sostenibilidad fiscal y la estabilidad macroeconómica del país. Es indispensable que así como para el Gobierno Nacional se diseñó un mecanismo de ahorro para administrar los recursos de la minería, se adopte un esquema de ahorro en las regiones, por medio del cual ahorren recursos en épocas de auge para luego disponer de estos en épocas de escasez. Ello les permitirá cumplir con el deber constitucional de garantizar establemente a la población el acceso a los bienes y servicios a los que tienen derecho, cuidando la sostenibilidad fiscal y garantizando la estabilidad macroeconómica del país” Ver Gaceta del Congreso 577 del 31 de agosto de 2010.

[49] Al presentar el proyecto de reforma constitucional, el Gobierno también buscaba crear un mecanismo que impidiera que en virtud del “boom” de la actividad minero energética proyectada para los próximos 5 a 10 años, específicamente por el incremento de las divisas que ingresarían al país, se generaran problemas como inflación y reevaluación de la moneda. En la exposición de motivos se explican algunas posibles consecuencias de esa bonanza así: se “ha demostrado que un crecimiento insostenible del gasto público, motivado por ingresos inesperados cuya presencia inicialmente se presume permanente,

como es el caso de los ingresos adicionales por la explotación de recursos naturales no renovables, puede conllevar a ajustes macroeconómicos indeseables a través de incrementos en la inflación o movimientos bruscos en la tasa de cambio. Así, las familias, las empresas y el Gobierno, aumentan sus gastos por encima de sus ingresos, acumulando deudas que se hacen vulnerables financieramente". Más adelante se agrega: "los episodios de bonanza en la producción de bienes primarios en el país en décadas pasadas, indican que estos condujeron a volatilidad macroeconómica y períodos posteriores de recesión, para los cuales no se contaba con fuentes de ahorro que permitieran amortiguar la caída". Finalmente, se resaltó: "La evidencia histórica en países en desarrollo muestra que un manejo inadecuado de los ingresos provenientes de recursos naturales, particularmente en épocas de bonanza, ha producido significativas apreciaciones del tipo de cambio y desequilibrios macroeconómicos" (énfasis fuera del texto). Cfr. Gaceta del Congreso 577 del 31 de agosto de 2010.

[50] De este paquete de reformas también hace parte el acto legislativo 03 de 2011 por medio del cual se introdujo en la Constitución el criterio de sostenibilidad fiscal.

[51] Ver Gaceta del Congreso 577 del 31 de agosto de 2010.

[52] Al respecto, se expresa lo siguiente en la exposición de motivos: "(...) de manera que en períodos de auge en la producción o en los precios, los recursos excedentarios sean ahorrados mientras que en épocas de desaceleración o incluso reducción en la producción, las regiones tengan acceso a dicho ahorro para mantener su gasto estable a través del tiempo. Con ello se logrará unas finanzas sostenibles en las regiones, y una senda de gasto estable, coherente con el aumento de largo plazo de los ingresos. Ello además contribuirá a evitar distorsiones macroeconómicas en el país como la volatilidad y la tendencia a la apreciación de la moneda." Cfr. Gaceta del Congreso 577 del 31 de agosto de 2010.

[53] M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. S.V. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[54] En la sentencia C-010 de 2013, la mayoría de la Sala concluyó que no se sustituyó la Carta, pues el nuevo régimen mantuvo los aspectos esenciales del régimen de regalías: (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; (iii) la deferencia al Legislador para que determine la distribución específica de los recursos,

sometido a criterios de razonabilidad y proporcionalidad, al igual que al cumplimiento de mandatos constitucionales específicos; y (iv) la preferencia de las entidades territoriales en el reparto de los recursos con miras al desarrollo regional. Además, se indicó que la reforma 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.

[55] La asistencia de estos congresistas fue declarada exequible en la sentencia C-247 de 2013 M.P. Mauricio González Cuervo.

[56] El artículo 31 del capítulo II “Recursos provenientes del Fondo de Ciencia Tecnología e Innovación” señala: “DECISIONES DEL ÓRGANO COLEGIADO. Las decisiones del Órgano Colegiado de Administración y Decisión, se adoptarán con un mínimo de dos votos favorables. El número de votos será máximo tres (3). Uno del Gobierno Nacional, uno del gobierno departamental y uno de las universidades. Es necesaria la presencia de al menos uno de los miembros de cada nivel de gobierno y de las universidades para la toma de decisión.”

[57] El artículo 35 del Capítulo III “Recursos provenientes de los fondos de Desarrollo Regional y de Compensación Regional” indica: “DECISIONES DE LOS ÓRGANOS COLEGIADOS. Las decisiones de estos Órganos Colegiados de Administración y Decisión, se adoptarán con un mínimo de dos votos favorables.

El número de votos será máximo tres (3), uno por cada nivel de gobierno, así: Gobierno Nacional un voto; departamental un voto; y municipal y distrital un voto. Es necesaria la presencia de al menos uno de los miembros de cada nivel de gobierno para la toma de decisión.”

[58] El otro 40% se destina a proyectos locales de inversión.

[59] Este inciso señala: “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” (negrillas fuera del texto).

[60] Ver Gaceta del Congreso 663 de 2012.

[61] Ver Gaceta del Congreso 738 de 2012.

[62] Esta extensión fue propuesta en el pliego de modificaciones para los debate en las plenarias de la Cámara y del Senado en acuerdo con el Gobierno Nacional. Ver Gacetas del Congreso 855 y 856 de 2012.

[63] Cfr. Gaceta del Congreso 738 de 2012.

[64] Según el artículo 6 del decreto 2067 de 1991: “El magistrado sustanciador tampoco admitirá la demanda cuando considere que ésta no incluye las normas que deberían ser demandadas para que el fallo en si mismo no sea inocuo, y ordenará cumplir el trámite previsto en el inciso segundo de este artículo. La Corte se pronunciará de fondo sobre todas las normas demandadas y podrá señalar en la sentencia las que, a su juicio, conforman unidad normativa con aquellas otras que declara inconstitucionales” (negrillas fuera del original). La anterior disposición autoriza al magistrado sustanciador a inadmitir demandas en las que no se incluyen “las normas que deberían ser demandadas para que el fallo en si mismo no sea inocuo”. Por eso el demandante deber preocuparse por incluir en su demanda todas las normas que, por constituir una unidad normativa con la principalmente acusada, deben ser cobijadas por el fallo para que el mismo no sea “inocuo”. Sin embargo, el mismo artículo autoriza a la Corte a declarar inexecutable otras normas legales que, a su juicio, “conforman unidad normativa con aquellas otras que declara inconstitucionales”. A partir de esta autorización, esta Corporación ha entendido que excepcionalmente puede llevar a cabo la integración de la unidad normativa.

[65] Ver, entre otras, las sentencias C-871 de 2003 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, C-503 de 2007 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, C-463 de 2008 M.P. Jaime Araujo Rentería y C-415 de 2012 M.P. Mauricio González Cuervo.

[66] Ver las sentencias C-871 de 2003 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, C-463 de 2008 M.P. Jaime Araujo Rentería y C-415 de 2012 M.P. Mauricio González Cuervo, entre otras.

[67] Cfr. sentencia C-415 de 2012 M.P. Mauricio González Cuervo.

[68] Ver las sentencias C-1140 de 2008 M.P. Jaime Córdoba Triviño, C-714 de 2009 M.P. María Victoria Calle Correa, entre otras.

[69] Cfr. Ponencia para primer debate en Senado, Gaceta del Congreso 651 de 2010.

[70] Cfr. Gaceta del Congreso 651 de 2010.

[71] Ibídem.

[72] Por ejemplo, en la plenaria del Senado en primera vuelta, los senadores Luis Carlos Avellaneda Tarazona, Maritza Martínez Aristizábal, Honorio Galvis Aguilar, Jaime Enrique Durán Barrera y Alexander López Maya, entre otros, presentaron objeciones al respecto (Ver Gaceta del Congreso 900 de 2010). En la plenaria de la Cámara de Representantes, durante la primera vuelta, formularon objeciones fundadas en la posibilidad de recentralización de las decisiones sobre regalías, los representantes Alba Luz Pinilla Pedraza y Camilo Andrés Abril Jaimes, entre otros (Ver Gaceta del Congreso 17 de 2011). En la plenaria del Senado en segunda vuelta, la Senadora Maritza Martínez Aristizábal reiteró que, en su sentir, la reforma contenía una medida centralizadora y se preguntó si la centralización realmente traería transparencia en el manejo de los recursos de las regalías (Ver Gaceta del Congreso 463 de 2011).

[73] Ver Gaceta del Congreso 651 de 2010.

[74] Los OCAD y la regla de participación mayoritaria de los representantes de las entidades territoriales surgieron desde el comienzo del trámite, en el primer debate ante el Senado. En esa oportunidad se aprobó el siguiente texto: “Parágrafo. Los recursos del Sistema General de Regalías no harán parte del Presupuesto General de la Nación, ni del Sistema General de Participaciones, y el gasto que se realice con los recursos del Sistema General de Regalías, se programará y ejecutará en la forma que señale la ley a que se refiere el artículo 360 de la Constitución Política. En todo caso, la ejecución regional de estos recursos se hará en estrecha coordinación con el Plan Nacional de Desarrollo. En los Fondos Regionales se instituirán órganos colegiados de administración y decisión donde tenga asiento los gobernadores de la región, un número representativo de alcaldes y el Gobierno Nacional, todo de conformidad con lo previsto en la ley a que se refiere el artículo anterior. En todo caso la representación de los departamentos y municipios en dicho órgano

colegiado será mayoritaria en relación con la del Gobierno Nacional” (negrilla fuera del texto). Ver texto aprobado en primer debate en la Gaceta del Congreso 705 de 2010.

[75] El Senador Luis Carlos Avellaneda Tarazona, durante el debate en la plenaria del Senado en primera vuelta, llamó la atención sobre esta omisión en el texto aprobado en la Comisión Primera (Ver Gaceta del Congreso 900 de 2010). En el segundo debate en el Senado, segunda vuelta, se propuso que la sujeción a los planes de desarrollo territoriales también se exigiera en el caso de los proyectos susceptibles de financiación por el Fondo de Ciencia, Tecnología e Innovación (Ver Gaceta del Congreso 219 de 2011).

[76] En la ponencia para primer debate en Cámara en la primera vuelta se propuso incluir el siguiente inciso: “El Fondo de Desarrollo Regional tendrá como finalidad la financiación de proyectos regionales acordados entre las entidades territoriales y el Gobierno Nacional.” Cfr. Gaceta del Congreso 879 de 2010.

[77] Cfr. Gaceta del Congreso 900 de 2010

[78] Cfr. Diccionario de la Real Academia de la Lengua. <http://lema.rae.es/drae/?val=acuerdo> Consultado el 30 de agosto de 2013.

[80] En la sentencia C-089 de 1994 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, la Corte explicó: “(...) a la luz de la Constitución la interpretación que ha de privar será siempre la que realice más cabalmente el principio democrático, ya sea exigiendo el respeto a un mínimo de democracia o bien extendiendo su imperio a un nuevo ámbito”.

[81] Ver por ejemplo la sentencia C-522 de 2002 M.P. Jaime Córdoba Triviño sobre el derecho a la participación y la extensión del principio democrático a las asambleas de copropietarios.

[82] Ver sentencias C-585 de 1995 M.P. Hernando Herrera Vergara, C-522 de 2002 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

[83] M.P. Jaime Córdoba Triviño, C-127 de 2004 M.P. M.P. Alfredo Beltrán Sierra y C-351 de 2013 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[84] Ver sentencia C-141 de 2010 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.



[85] *Ibídem*.

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

[87] Ver acuerdo 002 de 2012 de la Comisión Rectora del SGR.

[88] Sobre el juicio integrado ver las sentencias C-093 de 2001 M.P. Alejandro Martínez Caballero, C-624 de 2008 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto y C-372 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, entre otras.

[89] Cfr. Gaceta del Congreso 738 de 2012.

[90] *Ibídem*.