

Sentencia C-748/12

DISTRIBUCION DE LOS MARGENES DE COMERCIALIZACION DE LA AGENCIA NACIONAL DE HIDROCARBUROS-Inhibición para decidir por ineptitud sustantiva de la demanda

OPERACION DEL SISTEMA GENERAL DE REGALIAS-Régimen de transición

CONTROL CONSTITUCIONAL DE DECRETOS CON FUERZA DE LEY-Jurisprudencia constitucional

COMPETENCIA EN CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD-Criterios para determinar naturaleza de la norma

Teniendo en cuenta que en un Estado de Derecho no pueden existir competencias implícitas, por analogía o por extensión, la jurisprudencia ha utilizado varios cánones para definir cuál es la autoridad encargada del control constitucional de los decretos expedidos por el Gobierno Nacional. Para el efecto ha recurrido a criterios formales y materiales (el criterio orgánico no es útil porque en todo caso se trata de normas expedidas por el Gobierno), a fin de determinar si un decreto tiene vocación legislativa conforme al artículo 241 de la Carta Política, y por lo tanto su examen corresponde a la Corte Constitucional, o si por el contrario corresponde a un acto administrativo que debe ser examinado en el Consejo de Estado. Según el criterio formal, la naturaleza de un decreto expedido por el Gobierno Nacional está determinada por los fundamentos que se señalan al momento de su expedición. Constituye el principal criterio para definir si el control abstracto de constitucionalidad corresponde a la Corte Constitucional o al Consejo de Estado, según se refiera o no a alguna de las hipótesis previstas en el artículo 241 Superior. Lo propio ocurre cuando un decreto es dictado invocando las atribuciones propias de un estado de excepción, pues debe entenderse que se trata de un decreto legislativo cuyo estudio corresponde a esta Corporación. Según el criterio material, la competencia para el examen de constitucionalidad de un decreto dictado por el Gobierno se determina por la naturaleza del decreto: si es una norma con fuerza material de ley que se enmarca dentro de alguna de las hipótesis previstas en el artículo 241 de la Carta Política, su examen corresponderá a la Corte Constitucional; pero si se trata de un acto administrativo o en todo caso de una norma que no tiene vocación legislativa, su estudio compete al Consejo de Estado. Se apela a este criterio material, cuando el criterio formal no ha brindado la suficiente claridad, para definir a qué autoridad corresponde ejercer el control

de decretos dictados por el Gobierno Nacional. Así, ha sido el contenido material de la regulación la que ha conducido a la Corte Constitucional a asumir el examen de constitucionalidad de decretos y reglamentaciones expedidas por el Gobierno Nacional –o incluso por otras autoridades-, luego de adscribir la competencia a alguno de los numerales del artículo 241 de la Constitución, y en otros eventos ese mismo criterio ha llevado a la Corte a declarar su incompetencia, pues tales normas no tienen vocación legislativa sino que corresponden a actos administrativos.

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Cargos deben ser claros, ciertos, específicos, pertinentes y suficientes/DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Requisitos de claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia

REGALIAS-Definición/DERECHO A LAS COMPENSACIONES-Objeto

Debe indicarse que las regalías son comprendidas por el derecho constitucional como una contraprestación económica que recibe el Estado, en razón de la extracción de recursos naturales no renovables existentes en el subsuelo. Como lo ha explicado la jurisprudencia reiterada, este concepto refiere a la “contraprestación económica que percibe el Estado de las personas a quienes se les concede el derecho a explotar los recursos naturales no renovables en determinado porcentaje sobre el producto bruto explotado” A su vez, de acuerdo con el mismo precedente, en lo que respecta al derecho a las compensaciones, este no necesariamente deriva de la participación en las regalías ni emana del carácter de productora que tenga la correspondiente entidad territorial, o el puerto marítimo o fluvial, ya que lo que se compensa es el concurso del ente respectivo en la totalidad o en alguna etapa del proceso que surge a propósito de la exploración, explotación, transporte y transformación de los recursos naturales no renovables.

REGALIAS-Se distinguen de otros ingresos, en especial los impuestos/IMPUESTOS Y REGALIAS-Distinción/REGALIAS-Carecen de naturaleza tributaria

ESTADO-Significado

REGALIAS-Titularidad/RECURSOS NATURALES NO RENOVABLES E INGRESOS PROVENIENTES DE SU EXPLOTACION-Titularidad

INGRESOS CONSTITUTIVOS DE REGALIAS Y COMPENSACIONES-Frente a las entidades territoriales constituyen ingresos exógenos/ENTIDADES TERRITORIALES-No tienen un derecho de propiedad sobre las regalías sino apenas el derecho de participación sobre las mismas que les atribuye la ley

Referencia: expediente D-8983

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 156 (parcial) del Decreto 4923 de 2011 “por el cual se garantiza la operación del Sistema General de Regalías.”

Actor: Ady Wilson Rivera Díaz

Magistrado Ponente:

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Bogotá D.C., veintisiete (27) de septiembre de dos mil doce (2012)

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

## I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 241 de la Constitución, el ciudadano Ady Wilson Rivera Díaz solicita a la Corte que declare la inexequibilidad de algunas expresiones normativas contenidas en el artículo 156 del Decreto 4923 de 2011 “por el cual se garantiza la operación del Sistema General de Regalías.” Cumplidos los trámites previstos en el artículo 242 de la Constitución y en el Decreto Ley 2067 de 1991, procede la Corte a resolver sobre la demanda de la referencia.

## II. NORMA DEMANDADA

A continuación se transcribe la norma demandada, publicada en el Diario Oficial 48.924 del 26 de diciembre de 2011, y se subrayan los apartes acusados

“Decreto 4923 de 2011

Diciembre 26

por el cual se garantiza la operación del Sistema General de Regalías.

(...)

Artículo 156. Régimen de transición para otros recursos disponibles a 31 de diciembre de 2011. Los recursos disponibles a 31 de diciembre de 2011, correspondientes al margen de comercialización incluidos en el rubro de recaudos a favor de terceros de la Agencia Nacional de Hidrocarburos se destinarán, 50% a la Nación; 35% a las entidades beneficiarias de regalías directas en materia de hidrocarburos a la fecha de expedición de el presente decreto; 10% red vial terciaria y 5% con destino al Programa de Normalización de Redes Eléctricas y al Fondo de Apoyo Financiero para la Energización de las Zonas Rurales Interconectadas.

Los recursos que en virtud de este artículo se destinen a las entidades productoras, se asignarán en proporción a su participación del promedio total de las regalías directas giradas durante el período comprendido entre 2007 y 2010.

### III. LA DEMANDA

El demandante parte de un argumento central, según el cual los recursos que conforman el margen de comercialización al que alude la norma son de propiedad de las entidades territoriales, por lo que no pueden ser destinados a finalidades diferentes a atender las necesidades de estas, al menos a partir de las reglas contenidas originalmente en la Constitución y que fueron objeto de reforma por el Acto Legislativo 5 de 2011. A partir de esta premisa, la demanda identifica distintas modalidades de afectación de la Carta Política, que se sintetizan de la siguiente manera:

3.1. En criterio del actor, se viola la autonomía de las entidades territoriales (Art. 1º C.P.), puesto que la norma dirige recursos de regalías a entes que, como la Nación y programas de redes eléctricas, no están jurídicamente definidos y, en consecuencia, no pueden considerarse como beneficiarios de los recursos del margen de comercialización a los que alude el precepto acusado. Considera igualmente que esa distribución de recursos discrimina

a las entidades territoriales, puesto que les reduce el acceso a ingresos a los que tienen derecho en su totalidad, a través de su direccionamiento a beneficiarios que ni están suficientemente definidos por el ordenamiento, ni tienen derechos de crédito sobre los montos de regalías.

3.2. Afirma el demandante que las previsiones acusadas desconocen del derecho al debido proceso, en especial el principio de legalidad y la prohibición de retroactividad de la ley (Art. 29 C.P.). Esto en razón que el objetivo de la norma acusada es arbitrar recursos de regalías que habían sido generados antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 5 de 2011, mediante reglas que desarrollan esa reforma constitucional. Expresa sobre este particular que la norma acusada "... vulnera el principio de legalidad, según el cual los asuntos administrativos y los derechos litigiosos deben resolverse con fundamento en normas preexistentes, lo que no sucedió en el caso concreto, porque el precitado Decreto fue expedido bajo las facultades del párrafo 5º transitorio del Acto Legislativo 05 de 2011, que textualmente señala: "El Sistema General de regalías regirá a partir de 1º de enero de 2012. Si para esta fecha no ha entrado en vigencia la ley de que trata el inciso 2º del artículo anterior, el Gobierno Nacional garantizará la operación del Sistema mediante decretos transitorios con fuerza de ley, que expedirá a más tardar el 31 de diciembre de 2011." || Sin mayor esfuerzo de la norma transcrita se deduce que cualquier decisión que se tome en virtud de la expedición de los decretos y/o leyes que reglamentan el Acto Legislativo tendrán efectos a futuro (a partir del 1º de enero de 2012), y lo que corresponde al margen de comercialización son recursos de las vigencias 2006 a 2011."

3.3. El ciudadano Rivera Díaz considera que la norma acusada, en los términos planteados, desconoce las distintas previsiones constitucionales que reconocen derechos y prerrogativas a las entidades territoriales, en el ámbito propio del grado de autonomía que les confiere la Carta Política (Arts. 287, 294, 298 C.P.) Esto debido a que los recursos que a juicio del actor pertenecen a las entidades territoriales, específicamente aquellas productoras de recursos no renovables generadores de regalías, que entraron a su patrimonio de acuerdo con las reglas previstas antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 5 de 2011, no pueden ser distribuidas a otros beneficiarios sin con ello afectar el derecho de esas entidades a administrar sus ingresos de naturaleza endógena.

Expone la demanda a este respecto que "[r]emitiéndose a la reseña del margen de

comercialización, tenemos que antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 05 de 2011 y de la expedición del Decreto reglamentario, las entidades territoriales eran propietarias de lo que se denomina margen de comercialización, sin embargo, con el artículo 156, censurado, de tajo se les arrebatan de esos recursos, convirtiéndolos en regalías, haciendo uso de manera indebida de la figura jurídica de la retroactividad, burlando el principio de la autonomía de las entidades territoriales.” Agrega que el objetivo de la norma acusada es enfrentarse a diversas actuaciones judiciales en curso, en las que distintas entidades territoriales productoras de recursos no renovables han reclamado al Estado el pago de los denominados márgenes de comercialización.

En el mismo sentido, pone de presente que esos márgenes eran recursos que las entidades territoriales consideraban como propios, al punto que los integraban en sus ingresos corrientes. La norma acusada, por ende, desconocía la propiedad y la administración de esos dineros que, por mandato constitucional, corresponde a dichos entes locales. Así, “... para la fecha de expedición del Decreto era de público conocimiento que las entidades territoriales ya conocían el monto que por margen de comercialización les correspondía, tan es así que sólo estaba pendiente su giro, es decir, que ya estaban determinados los elementos del ingreso (...) pero con sorpresa el Presidente crea un tratamiento preferencial y dispone que el giro del 65%, por este concepto, se entregado a otros terceros y que el 35% que dejó en el Decreto para su giro se tenga en cuenta un promedio durante el periodo comprendido [entre] 2007 y 2010, es decir cuando les liquidaron este margen de comercialización a su favor y no tuvo en cuenta para el giro restante a aquellos entes que carecen de creación legal. (...) Es de resaltar que los derechos adquiridos de las regalías directas de que trata el artículo demandado corresponde por mandato constitucional (antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 05 de 2011) a las entidades territoriales y al Fondo Nacional de Regalías (regalías indirectas), participación de la cual ya se sabía su monto y estaba identificado el tercero beneficiario, que eran los únicos que podían incorporar en su presupuestos estos recursos, porque sólo estaban pendientes del giro y el Decreto criticado reabrió estos recursos y buscó asignarlos bajo un régimen distinto de asignación y liquidación de regalías, perturbando abruptamente los derechos adquiridos y garantizados por este mandato constitucional.”

3.4. Para el actor, la norma acusada también desconoce las finalidades de intervención del Estado en la economía, puesto que desfinancia a las regiones productoras antes

mencionadas y, en consecuencia, resta eficacia al mandato constitucional de promoción de la productividad, la competitividad y el desarrollo armónico de las regiones (Art. 334 C.P.). De igual modo, se afecta la calidad de vida de los habitantes de esas zonas productoras.

3.5. Expone que la disposición demandada es contraria al artículo 361 C.P., según fue reformado por el Acto Legislativo 5 de 2011. Esto debido a que, luego de dicha enmienda constitucional, se identificaron expresamente cuáles son los beneficiarios de los recursos del sistema general de regalías, dentro del cuales no están los indicados en el precepto acusado.

Así, en lo que respecta a la Nación, resalta que de acuerdo con el párrafo 1º del artículo 361 C.P., los recursos del sistema general de regalías no hacen parte del presupuesto general ni del sistema general de participaciones, por lo que no es viable dirigir los recursos del margen de comercialización a ese ente. Asunto similar concurre con la Red Vial Terciaria, la cual carece de personería o entidad jurídica, por lo que no podía ser destinataria de los mencionados ingresos. Para el caso del Programa de Normalización de Redes Eléctricas, tampoco se está ante un fondo u entidad con personería a la cual se le pudieran asignar los recursos. Lo mismo sucede respecto del Fondo de Apoyo Financiero para la Energización de las Zonas Rurales Interconectadas, que según el demandante carece de definición legal.

3.6. Por último, señala que la norma incurre en dos defectos formales. El primero, relacionado a un exceso en la competencia del Ejecutivo en la adopción del precepto. Para sustentar esta acusación expone que el párrafo transitorio 5º del artículo 361 C.P., incorporado por el Acto Legislativo 5 de 2011, confirió facultades extraordinarias al Presidente para que, en caso que el Congreso no lo hiciese en el término previsto en la enmienda constitucional, adoptara decretos con fuerza de ley para garantizar la operación del sistema general de regalías. A juicio del demandante, esa habilitación no contemplaba la facultad de definir los destinatarios de los recursos de márgenes de comercialización, por lo que se estaría ante dicho exceso.

De otro lado, considera que la norma acusada viola el principio de unidad de materia, en tanto no existe coherencia entre la finalidad del Decreto demandado, que en los términos expuestos no es otra que la garantía de operación del sistema de regalías, y la distribución

de recursos cuya designación precede al enmienda constitucional. Con base en estas consideraciones, el ciudadano Rivera Díaz solicita que se declaren inexecutable los apartes acusados, con efectos retroactivos desde la promulgación del Decreto 4923 de 2011.

#### IV. INTERVENCIONES

##### Intervenciones oficiales

##### 4.1. Intervención del Ministerio de Minas y Energía

A través de escrito formulado por apoderado especial, el Ministerio de Minas y Energía solicita a la Corte que adopte un fallo inhibitorio ante la ineptitud sustantiva de la demanda o, de forma subsidiaria, declare executable las expresiones acusadas.

4.1.1. En cuanto a lo primero, indica que la demanda es inepta, en la medida que no ofrece un problema jurídico constitucional discernible, sino que es un conjunto deshilvanado de argumentos, la mayoría de ellos de conveniencia económica, los cuales se muestran impertinentes para la estructuración del cargo. Agrega que el propósito del demandante no es ejercer el control abstracto de inconstitucionalidad, sino resolver asuntos específicos, relativos a las diversas acciones de nulidad y restablecimiento del derecho que ha presentado, en su condición de apoderado judicial de varias entidades territoriales y sobre el tópico particular del reconocimiento y pago del margen de comercialización. Por ende, el cargo desconocería el requisito de pertinencia, puesto que en realidad lo que busca es resolver una problemática particular, actualmente debatida ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

4.1.2. Respecto de los asuntos sustantivos, el Ministerio parte de señalar que el margen de comercialización (en adelante, MC), no hace parte de las regalías y, en cualquier caso, las entidades territoriales tienen únicamente un derecho de participación frente a los mismos, en los términos que prevea la ley. Indica que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el propietario de los recursos naturales no renovables es el Estado, no las entidades territoriales, quienes apenas tienen el mencionado derecho de participación sobre los productos extraídos del subsuelo en sus territorios. En últimas, se trata de recursos exógenos de las entidades territoriales, cuya transferencia debe ser regulada por la ley, de acuerdo con las actuales reglas previstas en el Acto Legislativo 5 de 2011 y en el Decreto

4923 de 2011, los cuales disponen que esos recursos integran el Sistema General de Regalías y de allí se distribuyen a los entes territoriales. En ese orden de ideas, corresponde al legislador regular dicha participación, sin que de modo alguno pueda colegirse que las entidades territoriales tienen derechos de propiedad sobre los recursos o sobre las regalías que generan. Así, de acuerdo con la interpretación que hace el interviniente de las sentencias de la Corte sobre la materia "... las entidades territoriales en donde se exploten recursos naturales no adquieren por ese solo hecho la titularidad de las regalías, pues la Constitución tan solo les asigna el derecho a participar en ellas, sin perjuicio de otro derecho o compensación que se pacte."

Recuerda el Ministerio que esta distribución estuvo a cargo de la Ley 141/94, la cual determinó, como mandato expreso del legislador ordinario, que (i) los departamentos y municipios participarían en las regalías y compensaciones monetarias provenientes de la explotación de recursos naturales no renovables realizadas en su territorio; y (ii) para determinar la liquidación de las regalías se hará uso de los precios de referencia, por lo que se toma el precio promedio ponderado de realización del petróleo en una sola canasta de crudos, deduciendo para los crudos que se refinan en el país los costos de transporte, trasiego, manejo y refinación, y para los que se exporten los costos de transporte, trasiego y manejo para llegar al precio en boca de pozo. Asimismo, el interviniente señala que el Ministerio de Minas adoptaba periódicamente Resoluciones en las que fijaba las bases para la determinación de los precios del petróleo con el fin de liquidar las regalías, con sujeción al mandato legal mencionado. Todo esto en plena compatibilidad con el artículo 360 C.P., que en su versión original asignaba al legislador la competencia general para regular la manera en que las entidades territoriales participarían en los recursos de regalías. Sobre este preciso particular resalta que la competencia general del legislador para disponer que el Ministerio de Minas tendría la función antes explicada, fue avalada por la Corte en la sentencia C-567/95, la cual declaró la exequibilidad el artículo 20 de la precitada Ley 141/94.

4.1.3. El Ministerio, en un apartado posterior de su intervención, explica el procedimiento para la liquidación de las regalías, comparando los trámites antes y después de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 5 de 2011. Así, señala que conforme al parámetro constitucional anterior, (i) el Ministerio de Minas y Energía realizaba la liquidación de las regalías de hidrocarburos, conforme a las fórmulas fijadas en el reglamento; (ii) el recaudo de las regalías así liquidadas correspondía a la Agencia Nacional de Hidrocarburos - ANH; y (iii)

esa misma Agencia, según lo regulado en el Decreto Ley 1760/03, procedía a girar los recursos a las entidades territoriales productoras.

Ahora bien, de acuerdo con el Decreto Ley 4923/11 objeto de demanda y que reglamenta las disposiciones del Acto Legislativo 5 de 2011, este mismo procedimiento se lleva a cabo del siguiente modo. En primer término, el Ministerio de Minas, la ANH y la Agencia Nacional de Minería - ANM, son las encargadas de determinar la forma de liquidación de las regalías "... atendiendo siempre los factores atinentes a la extracción, comercialización y demás aspectos concernientes a la actividad petrolera o minera." En segundo lugar, el recaudo se puede realizar en dinero o en especie por parte de la ANH y la ANM.

En un tercer momento se lleva a cabo la transferencia de las regalías, etapa en la cual, conforme lo estipula el artículo 17 del Decreto Ley 4923/11 "... las entidades encargadas de recaudar las regalías y compensaciones, giran a una cuenta especial señalada por la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, quien posteriormente girará a las entidades beneficiarias señaladas en la Constitución y la ley, según los porcentajes que determinen, expresando que al momento de ser transferidos estos recursos a la cuenta, no generarán rendimiento alguno, así como obligación de transferirlos por parte de esta última entidad quien los administra, más no se apropia de ellos o los invierte ya que no ha acabado el trámite hasta su recepción final, siendo mera obligación de medio y no de resultado."

Las principales modificaciones operan, a juicio del interviniente, en la etapa de giro de las regalías, la cual corresponde al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, quien adelanta ese proceso de acuerdo con la Ley. Resalta el Ministerio que de esta etapa, que comprende el término entre el recaudo y el giro, se generan unos excedentes, los cuales pueden ser invertidos en títulos de deuda pública, pagarés o depósitos en el Banco de la República. No sucede lo mismo con los rendimientos financieros, los cuales son transferidos al Sistema General de Regalías, distribuyéndose a su vez del modo previsto en la Ley.

4.1.4. El interviniente plantea, conforme los anteriores elementos de juicio, que el MC no hace parte del concepto de regalías, lo que lleva irremediablemente a la falta de sustento jurídico de la demanda de la referencia. Para sustentar esta conclusión, el Ministerio señala cómo deben distinguirse dos fenómenos sobre el tópico. En primer término, está la

obligación legal de cuantificar y distribuir las regalías, que en el régimen anterior correspondía al Ministerio de Minas y Energía y ahora a esa cartera junto con la ANH y la ANM. En esta etapa se usan precios de referencia que posibilitan realizar los cálculos respectivos, sin que la distinta procedencia de los crudos o la mezcla entre crudos de diferente origen distorsionen la liquidación. En segundo lugar, está la necesidad de comercializar los hidrocarburos por parte de la ANH, con el fin de poder transferir los recursos correspondientes al Sistema General de Regalías. Aquí, como lo explica el interviniente “a efecto de garantizar los términos establecidos en la normatividad vigente referencia a la transferencia de los recursos al Sistema General de Regalías, la ANH debe recurrir a la venta de los hidrocarburos antes anotados, en los mejores términos tanto económicos como operativos, de forma tal que en ningún momento las fluctuaciones del mercado u otros factores, incidan en la disposición final de recursos.”

Por ende, el MC es la diferencia entre el precio de referencia, cuya única finalidad es servir de base para la liquidación de las regalías, y el precio de comercialización, el cual es el valor al que son vendidos los hidrocarburos por parte de la ANH. Así, el Ministerio resalta que en modo alguno puede concluirse que el MC haga parte de las regalías, ni menos que las entidades territoriales tengan algún derecho de propiedad sobre ese margen. Esto debido a que es la Constitución la que determina que hace parte del margen de configuración legislativa la definición sobre la liquidación de las regalías y el modo de participación de los entes territoriales en ellas y, como se ha explicado, por mandato del legislador estas regalías son calculados con base en precios de referencia.

4.1.5. Finalmente, el Ministerio trae a colación algunas decisiones de la Corte que han concluido la existencia de un amplio margen de configuración legislativa en materia de regalías, en especial lo referente a su liquidación y a la determinación del porcentaje de participación en ellas por parte de las entidades territoriales. Sobre el particular, resalta varios apartes de la sentencia C-240/11.

#### 4.2. Intervención del Ministerio de Transporte

El Ministerio de Transporte, mediante intervención suscrita por apoderado especial, presenta idéntica intervención a la formulada por el Ministerio de Minas y Energía, razón por la cual la Corte omitirá sintetizarla.

### 4.3. Intervención del Departamento Nacional de Planeación

Mediante apoderado especial, el Departamento Nacional de Planeación solicita a la Corte que se declare inhibida ante la ineptitud sustantiva de la demanda o, en su lugar, decida la constitucionalidad de los apartes normativos acusados.

4.3.1. El DNP parte de señalar, de manera análoga a los demás intervinientes, que de acuerdo a lo expresado por la Corte en diversos pronunciamientos,<sup>1</sup> las regalías son recursos de propiedad del Estado, en tanto titular de los recursos del subsuelo, y por ende no están adscritas a las entidades territoriales, ni menos pueden considerarse ingresos endógenos de las mismas, en los términos del artículo 362 C.P. Agrega sobre el particular que tanto en texto original del artículo 360 C.P. como en el precepto reformado por el Acto Legislativo 5 de 2011, el legislador tiene la competencia para definir el modo de participación de las entidades territoriales respecto de los recursos de regalías, participación que no puede confundirse con la propiedad de esos ingresos por parte de dichos entes locales.

4.3.2. Luego de hacer algunas consideraciones sobre la función del DNP en materia de control y vigilancia sobre la ejecución de las regalías, la intervención asume el asunto particular de la naturaleza jurídica del margen de comercialización. Para ello, resume la división de tareas sobre el recaudo y giro de regalías explicada por la intervención del Ministerio de Minas, para concluir que en ese proceso debía distinguirse entre el cálculo de las regalías y la comercialización de los hidrocarburos, tarea esta a cargo de la ANH. En términos del interviniente, “[u]na vez el productor entrega en especie el recurso natural no renovable y para proceder y para proceder al giro de participación de estas a las entidades territoriales, la Agencia Nacional de Hidrocarburos en ejercicio de sus funciones comercializa el producto, de modo que transforma el crudo en dinero, blindando a la entidad territorial beneficiaria de la participación del riesgo de la comercialización y librándola de un ejercicio técnico comercial complejo. || Lo anterior significa que en la liquidación, recaudo y giro de regalías se da en un proceso comercial complejo integrado por varias etapas previas, concomitantes y posteriores, todas ellas conexas, una de las cuales, pero no la única, es la relacionada con el margen de comercialización como se verá enseguida, sin que ello signifique que por este solo hecho, ese margen per se sea o constituya regalías.”

El interviniente insiste en que el margen de comercialización, entendido como la diferencia

entre el valor de cálculo de la regalía, previo a la venta, y el valor efectivo del hidrocarburo vendido por la ANH, entre otras finalidades para contar con los recursos que se giran a favor de las entidades territoriales, no puede considerarse como integrante del concepto de regalías. Esto en razón a que el MC (i) es posterior al cálculo de las regalías de las entidades territoriales; y (ii) en cualquier caso es el legislador, de acuerdo con la Constitución, quien tiene una facultad amplia para definir el modo de distribución de esos recursos, lo que incluye la definición sobre la forma y la entidad encargada de su cálculo. Por ende, en criterio del DNP, la demanda incumpliría el requisito de certeza, pues no existe argumento que permita concluir que los recursos derivados del MC sean constitutivos de regalías, ni menos recursos de propiedad de las entidades territoriales. Por lo tanto, las demás consecuencias jurídicas que el demandante deriva de ese erróneo supuesto de hecho, carecen de sustento. En consecuencia, el cargo es inepto y, en todo caso, la norma acusada no se opone a la Constitución, según las razones planteadas.

#### 4.4. Intervención del Ministerio de Hacienda y Crédito Público

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a través de apoderado judicial, interviene en el presente proceso con el fin de solicitar a la Corte que se declare inhibida por carecer de competencia para pronunciarse sobre la norma acusada. De forma subsidiaria, defiende la exequibilidad de los enunciados normativos demandados.

4.4.1. En primer lugar, el Ministerio explica que el origen del Decreto Extraordinario 4923/11 radica en la autorización dada en el párrafo 5° del artículo 2° del Acto Legislativo 5 de 2011 para que el Ejecutivo, como legislador extraordinario, garantizara la operación del Sistema General de Regalías en caso que a su entrada en vigencia, el 1° de enero de 2012, el Congreso no hubiese expedido la legislación pertinente. Por ende, la norma acusada pertenece a ese régimen particular exceptivo y transitorio.

Con base en ese carácter y a partir de la cita de una sentencia de la Sección Primera del Consejo de Estado,<sup>2</sup> el interviniente señala que la exequibilidad del mencionado Decreto debe estudiarse en el marco de la acción de nulidad por inconstitucionalidad, más aún cuando esa clase de normas jurídicas no hace parte del listado taxativo de competencias previsto en el artículo 241 C.P.

4.4.2. En segundo término, el Ministerio inicia con una exposición sobre la naturaleza jurídica

del MC, en términos análogos a los demás intervinientes. Seguidamente, insiste en que el demandante funda su acusación en una regla de derecho inexistente, según la cual las entidades territoriales son propietarias de las regalías, concepto que incluye al MC. En cambio, señala el interviniente que desde la versión original del artículo 360 C.P. está suficientemente definido que dichas entidades tienen un derecho de participación sobre dichos recursos, cuya definición concreta corresponde al legislador. La competencia del Congreso, así entendida "... incluye también los aspectos relacionados con la liquidación de las regalías, elemento de fundamental importancia en lo que refiere al margen de comercialización, pues se trata de un elemento que incide directamente en los porcentajes de distribución que, como se dijo, pertenecen al ámbito de configuración del Legislador." Así, el interviniente concluye que el cargo no cumple con el requisito de suficiencia, lo que obligaría a la Corte a adoptar un fallo inhibitorio.

El Ministerio defiende la misma posición que otros intervinientes, en el sentido que el MC no es regalía, bien sea que se tenga en cuenta la legislación previa a la expedición del Acto Legislativo 5 de 2011, como con base en la actual regulación. Afirma sobre el particular, que "... de conformidad con el régimen anterior, las regalías no se liquidaban teniendo en cuenta el precio de venta, sino "el precio promedio de la realización del petróleo en una sola canasta de crudos". Hacer lo contrario implicaría desconocer lo establecido al respecto en el artículo 20 de la Ley 141 de 1994 y el contenido de la sentencia C-567 de 1995, que declaró su constitucionalidad. Así, las regalías son lo que el Ministerio de Minas y Energía determine en los actos administrativos de liquidación correspondientes de conformidad con lo establecido en la Constitución y en la ley. Por lo mismo, todo aquello que esté por fuera de dicha liquidación no podrá ser considerado regalía, lo que hace que el margen de comercialización no pueda ser considerado como regalía."

En lo que respecta a la normatividad prevista en el Decreto acusado, también existe similar división en las funciones. En un primer momento, el Ministerio de Minas debe calcular "... un precio relacionado con los ingresos que los operadores obtienen, por la venta de los hidrocarburos, en ejecución de los contratos explotación (sic). En ese orden, el precio base de liquidación de las regalías es un promedio ponderado de los precios de venta en los mercados de exportación y del valor neto de realización de los crudos que se destinan a refinación interna. || Por otra parte, para cumplir con lo segundo y a efecto de garantizar los términos establecidos en la normativa vigente referentes a la transferencia de recursos al

SGR,<sup>3</sup> la ANH debe recurrir a la venta de los hidrocarburos antes anotados, en los mejores términos tanto económicos como operativos, de forma tal que en ningún momento las fluctuaciones del mercado u otros factores, incidan en la disposición final de los recursos. || El resultado, tratándose de operaciones se llevan a cabo en distintas condiciones como ya se ha anotado, representa una diferencia reconocida como “margen de comercialización”. El margen de comercialización constituye un riesgo que se traduce en una obligación adicional para el recaudador, pues el precio de comercialización puede resultar inferior al precio de referencia calculado por el Ministerio de Minas y Energía. || Así, dado que el Artículo 360 de la Constitución señala que las regalías son una contraprestación económica por la explotación de un recurso natural no renovable, el cumplimiento del mandato constitucional requiere de la separación entre la cuantificación y distribución de las regalías, y la comercialización de los hidrocarburos recaudados en especie. El régimen normativo vigente mantiene esa diferenciación y asegura que los recursos derivados de la comercialización no constituyan una regalía, para no trasladar ese riesgo a los beneficiarios de esos recursos.”

4.4.3. Finaliza el Ministerio señalando que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la acción pública no está dirigida a resolver litigios particulares, que es el propósito particular y concreto del actor, expresado en su demanda. Además, determina puntualmente que respecto a la acusación basada en la violación del principio de unidad de materia (i) no se trata de un mandato constitucional predicable de los decretos extraordinarios, sino solo de las leyes; y (ii) es evidente que la materia analizada guarda vínculo temático con los diferentes tópicos que trata el Decreto acusado, todos ellos relacionados con la operación del Sistema General de Regalías.

## Intervenciones institucionales

### 4.5. Intervención de la Federación Colombiana de Municipios

El Director Ejecutivo de la Federación Colombiana de Municipios presentó ante la Corte escrito justificativo de la inexequibilidad de los preceptos demandados.

Frente a la asignación de recursos del MC a la red vial terciaria, afirma que la norma solo sería exequible si se entiende que la asignación refiere a la red vial a cargo de las entidades

territoriales, por lo que solicita que el precepto se condicione en ese sentido. Finalmente, comparte la apreciación del demandante, referida a que la norma viola el principio de legalidad puesto que arbitra, con base en las reglas del Acto Legislativo 5 de 2011, las regalías causadas con anterioridad a su entrada en vigencia.

#### 4.6. Intervención de la Empresa Colombiana de Petróleos - Ecopetrol S.A.

Mediante escrito suscrito por apoderado especial, Ecopetrol presenta intervención en el presente proceso, en la que solicita que la Corte se declare inhibida ante la falta de competencia para pronunciarse sobre la norma acusada.

Para ello, expone similar argumento al planteado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en el sentido que los decretos extraordinarios, dictados de acuerdo con normas transitorias contenidas en actos legislativos, no hacen parte del listado taxativo previsto en el artículo 241 C.P., que delimita la competencia de esta Corte. Afirma que este caso es análogo al estudiado por esta Corporación en la sentencia C-1126/08, en que se declaró inhibida para pronunciarse respecto de un decreto expedido al amparo del artículo 20 Transitorio de la Constitución. Así, sostiene que la competencia para pronunciarse sobre la constitucionalidad del Decreto 4923 de 2011 corresponde al Consejo de Estado, de acuerdo con la atribución residual prevista en el artículo 237 C.P.

#### Intervención ciudadana

#### 4.7. Intervención de la ciudadana Jahnnie Luz Daniel Mora

La ciudadana Jahnnie Luz Daniel Mora presenta escrito contentivo de distintos argumentos dirigidos a justificar la inexecutable de los apartes normativos demandados. Para sustentar esta conclusión, plantea argumentos análogos a los expuestos por el actor.

Agrega, a partir del análisis de las normas legales pertinentes, que no existe sustento jurídico para que la ANH se “apropie” de los recursos del MC, lo que implica que estos ingresos, en tanto regalías, deban distribuirse directamente a las entidades territoriales productoras. Sobre el particular insiste en que la asignación del MC a favor de la mencionada Agencia no ha hecho nada distinto que aumentar su patrimonio, en detrimento de los

derechos de las entidades territoriales. Por ende, el Gobierno incurrió en un exceso de sus facultades extraordinarias, en tanto centralizó en la ANH recursos de regalías de propiedad de los mencionados entes. Insiste en que la distribución de los recursos del MC no hace parte de ninguna de las disposiciones del Acto Legislativo 5 de 2011, por lo que mal podría el Ejecutivo regular esa particular materia.

Para la interviniente, se está ante una evidente afectación del principio de descentralización administrativa, pues son asignados al nivel central recursos, que en su concepto son de propiedad de las entidades territoriales, en razón que el derecho de participación previsto en el artículo 360 C.P., obliga a que sean esas entidades las beneficiarias exclusivas de las regalías. Por último reitera, en idénticos términos a los expuestos en la demanda, la afectación del principio de legalidad, fundada en la aplicación retroactiva del precepto acusado.

## V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

Mediante escrito radicado en esta Corporación en la oportunidad procesal correspondiente, el Procurador General de la Nación presentó el concepto previsto en los artículos 242-2 y 278-5 de la Constitución, en el que solicita a la Corte que declare exequibles las expresiones “10% red vial terciaria y 5% con destino al Programa de Normalización de Redes Eléctricas y al Fondo de Apoyo Financiero para la Energización de las Zonas Rurales Interconectadas” y “50% a la Nación” contenidas en el artículo 156 del Decreto 4923 de 2011, la última desde la fecha de promulgación del Decreto 4923 de 2011 y bajo el entendido que la destinación a la Nación del 50% de los recursos correspondientes al margen de comercialización de regalías hidrocarburíferas existentes a 31 de diciembre de 2011 en la Agencia Nacional de Hidrocarburos se destinarán prioritariamente a la reconstrucción de la infraestructura vial del país y a la recuperación ambiental de las zonas afectadas por la emergencia invernal de 2010-2011.

5.1. En primer término, el Ministerio Público considera que debe establecerse la naturaleza jurídica del MC, para así definir si hacen parte del régimen propio de las regalías y, por ende, si se afectó el principio de legalidad y los derechos adquiridos que pudieran llegar a tener las entidades territoriales sobre los mismos, partiendo de la base de ser recursos causados en vigencias anteriores a la expedición del Decreto 4923 de 2011 que así los distribuyó.

Para la Vista Fiscal, el MC en relación con el rubro de recaudos a favor de terceros que reposa en la ANH, refiere a la diferencia que resultaba del giro de regalías procedente de hidrocarburos a los entes territoriales y al Fondo Nacional de Regalías de acuerdo con el precio inicial o de causación a que las liquidaba el Ministerio de Minas, frente al precio final que se obtenía por la comercialización que de las mismas hacía la Agencia Nacional de Hidrocarburos a partir de su recaudo en especie, según lo que al respecto regulaba el numeral 24 del artículo 12 del Decreto 70 de 2001 y el numeral 10 del Decreto 1760 de 2003.

Si se tiene en cuenta que dicho margen comercialización procedía directamente de las regalías y estas tenían una destinación específica constitucional a favor de los entes territoriales, se concluye que los dineros procedentes de ese margen de comercialización son recursos que forman parte de dichas regalías, como en su momento la misma Procuraduría General de la Nación, a través de la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública, se lo informó hizo saber al Gobierno Nacional mediante oficio radicado el 3 de diciembre de 2010 en la ANH, en los siguientes términos:

“Así las cosas, y en cumplimiento de las funciones constitucionales y legales dadas a la Procuraduría General de la Nación, se recomienda a esa agencia:

a. No apropiarse como suyos los recursos generados como margen de comercialización, pues los mismos no han sido ni son de su propiedad pues sus funciones se limitan al recudo y giro de regalías, en manera alguna a la realización de operaciones comerciales que generen lucro en contradicción de los motivos que dieron origen a la agencia, por no estar contemplado dentro de sus actividades ni en la norma que regula su patrimonio y recursos; y finalmente, porque su razón de existencia está dada en la necesidad de contar con una oficina dependiente del Gobierno Nacional que administre las reservas de hidrocarburos de propiedad de la Nación y no tome posición propia, evitando que se pueda generar conflicto entre sus intereses y los de aquellos entes beneficiarios de las regalías, situación que se agrava si tomamos en cuenta que a otra entidad del Gobierno Nacional, el Ministerio de Minas y Energía que es además la entidad a la cual se adscribe la ANH, le corresponde

determinar el valor de las regalías a girar.

a.

El Procurador General considera necesario, además, tener en cuenta que los recursos existentes a 31 de diciembre de 2011 por concepto de margen de comercialización de regalías hidrocarburíferas, tienen el carácter de no comprometidos para efectos de su distribución a los entes regionales por provenir de riesgos cambiarios y del mercado internacional de los precios de los hidrocarburos. Así, la razón por la cual se prevé el modo de distribución del MC previsto en el precepto acusado, fue la necesidad de ajustar dichos recursos a la nueva normatividad constitucional sobre regalías, especialmente al tenor de lo contemplado en el párrafo 1º transitorio del Acto Legislativo 5 de 2011, por lo que no resulta comprometido el principio de legalidad ni los derechos adquiridos de las entidades territoriales, así se tratara de recursos generados en vigencias anteriores a la expedición de la norma cuestionada.

5.2. En lo que respecta a la constitucionalidad de esa distribución de los recursos del MC, el Ministerio Público parte de señalar que el artículo 2º del Acto Legislativo 5 de 2011, al modificar el artículo 361 C.P., asigna el 10% de los ingresos de las regalías directamente a los entes territoriales donde se realicen explotaciones de recursos naturales no renovables y a los puertos marítimos y fluviales por donde se transporten los mismos; otro 10% de dichos ingresos para financiar pasivo pensional territorial; un 2% de esos ingresos para fiscalización de la exploración y explotación de yacimientos y para conocimiento y cartografía geológica del subsuelo; un porcentaje para el funcionamiento del Sistema General de Regalías y del Sistema de Monitoreo, Seguimiento, Control y Evaluación de las Regalías; crea los Fondos de Ciencia, Tecnología e Innovación y de Desarrollo Regional, los cuales tienen como finalidad la financiación de proyectos regionales acordados entre las entidades territoriales y el Gobierno Nacional; el Fondo de Compensación Regional, cuyos recursos se destinan a financiar proyectos de impacto regional o local de desarrollo en las entidades territoriales con menos recursos; y el Fondo de Ahorro y Estabilización, con la finalidad de financiar los demás componentes del Sistema General de Regalías en tiempos de desahorro.

Además de la anterior distribución permanente de los recursos provenientes de las regalías, el Procurador General resalta que la enmienda constitucional en comento fija una distribución transitoria de los recursos no comprometidos que poseyera el Fondo Nacional de Regalías al momento de la entrada en vigencia del Acto Legislativo, destinados prioritariamente a la reconstrucción de la infraestructura vial del país y a la recuperación ambiental de las zonas afectadas por la emergencia invernal 2010-2011. Ello permite determinar, a juicio de la Vista Fiscal, que la destinación de los recursos del Sistema General de Regalías regulada por el Acto Legislativo mencionado es de carácter específico y en su inmensa mayoría para los entes territoriales, lo cual será el parámetro a través del que se analizará la destinación que se le dio a los recursos del MC disponibles a 31 de diciembre de 2011, mediante el artículo 156 del Decreto 4923 de 2011, por haber sido expedido este decreto con base en las facultades extraordinarias que concediera al Gobierno Nacional el parágrafo transitorio 5º del Acto Legislativo 05 de 2011.

5.3. Agrega que junto con el 35% de los recursos del MC destinados a las entidades territoriales beneficiarias de regalías directas en materia de hidrocarburos a la entrada en vigencia de dicho decreto, lo cual no es objeto de cuestionamiento en la presente demanda, la norma destina 10% para red vial terciaria, 5% para el Programa de Normalización de Redes Eléctricas y al Fondo de Apoyo Financiero para la Energización de las Zonas Rurales Interconectadas, y el 50% restante para la Nación, distribución que en concreto debe revisarse a la luz de lo establecido en el Acto Legislativo 05 de 2011 en materia de destinación de regalías.

En cuanto a la destinación del 10% de los recursos aludidos a la red vial terciaria, el Procurador General considera que esa distribución se ajusta al orden constitucional de distribución de regalías porque dicha red, en lo referente a construcción y mantenimiento, es de competencia de los entes territoriales. Lo mismo sucede en relación con la destinación del 5% para los asuntos de cobertura eléctrica de la referencia, porque el Fondo de Apoyo Financiero para la Energización de las Zonas Rurales Interconectadas creado por el artículo 105 de la Ley 788 de 2002 y regulado por el Decreto 1122 de 2008, tiene por misión la cobertura de las zonas rurales con infraestructura eléctrica conectada al Sistema Interconectado Nacional a partir de las 0certificaciones que al respecto emitan y los requerimientos de cobertura de electricidad que presenten los representantes legales de los entes territoriales; lo que igual acontece con el Programa de Normalización de Redes

Eléctricas creado por la Ley 1117 de 2006 y regulado por el Decreto 1123 de 2008, por estar encaminado a la legalización de usuarios y la adecuación de las redes eléctricas a los reglamentos vigentes, en barrios subnormales situados en los municipios del Sistema Interconectado Nacional, de acuerdo con la certificación que al respecto expidan los entes territoriales.

5.4. Para el concepto del Procurador General, esa exequibilidad no puede predicarse respecto de la destinación a la Nación del 50% de los recursos disponibles a 31 de diciembre de 2011 correspondientes al MC, porque esto resulta contrario al parámetro de destinación de regalías establecido en el Acto Legislativo 05 de 2011, entendido como de naturaleza territorial y específica, ya que el concepto “Nación”, en el contexto constitucional colombiano aplicado a la organización del Poder Público, hace alusión a los entes y autoridades del nivel central nacional, con su propio sistema de propiedad y de aforo de recursos, lo que resulta muy diferente al concepto de ente territorial, el cual se guía por la autonomía administrativa para la gestión de sus intereses a partir, en el presente caso, de los recursos que constitucionalmente le son asignados, sin que esto admita desviación de los mismos al presupuesto nacional, tal como expresamente lo establecen los artículos 1º, 288 y 356 C.P.

Con base en lo expuesto, el Ministerio Público sostiene que a fin de conservar el derecho a la luz de los mandatos superiores, teniendo en cuenta que los recursos que le fueron asignados a la Nación mediante el artículo 156 del Decreto 4923/11 tienen el carácter de regalías no comprometidas y que el Sistema General de Regalías establecido en el Acto Legislativo 5 de 2011 empezó a regir el 1º de enero de 2012, entonces a los mismos se les debe aplicar el criterio de distribución señalado en el párrafo 1º transitorio del mismo Acto Legislativo 5 de 2011 que dio origen a la expedición del Decreto 4923 de 2011, por lo que solicita a la Corte que declare la constitucionalidad del precepto acusado, en el entendido que la destinación a la Nación del 50% de los recursos correspondientes al margen de comercialización de regalías hidrocarburíferas que se destinarán prioritariamente a la reconstrucción de la infraestructura vial del país y a la recuperación ambiental de las zonas afectadas por la emergencia invernal de 2010-2011.

A su vez, solicita que conforme el principio de la “perpetuatio jurisdictionis”, aplicable al presente caso con el fin de evitar pronunciamientos judiciales constitucionales inhibitorios, se declare la mencionada exequibilidad condicionada con efectos retroactivos al momento de

expedición del Decreto 4923 de 2011, por tratarse de una norma de vigencia transitoria y ejecución instantánea, y porque los recursos referidos deben estar disponibles en la actualidad, debido a que solo se pueden incorporar y ejecutar en el presupuesto general de la Nación de la vigencia fiscal 2013 o siguientes.

## VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

### Competencia

1. El Decreto 4923 de 2011 fue expedido por el Gobierno Nacional con base en lo contemplado en el párrafo 4° transitorio del artículo 2° del Acto Legislativo 5 de 2011. De acuerdo con esta disposición constitucional (i) el Gobierno Nacional contaría con un término de tres meses contados a partir de la fecha de promulgación del acto legislativo mencionado, para radicar ante el Congreso de la República el proyecto de ley destinado a la regulación del Sistema General de Regalías, comprendido por el artículo 1° de esa enmienda constitucional como el conjunto de ingresos, asignaciones, órganos, procedimientos y regulaciones, dirigidos a la distribución, objetivos, fines, administración, ejecución, control, el uso eficiente y la destinación de los ingresos provenientes de la explotación de los recursos naturales no renovables precisando las condiciones de participación de sus beneficiarios; y (ii) una vez radicado dicho proyecto de ley, el Congreso de la República contará con un término que no debía exceder de nueve meses para su aprobación. Si vencido este término no se ha expedido la ley por parte del Congreso, se facultó por un mes al Presidente de la República para expedir decretos con fuerza de ley para regular la materia.

De acuerdo con esta regulación, se tiene que el Decreto acusado es una norma con fuerza de ley, dirigida a regular transitoriamente el Sistema General de Regalías (en adelante SGR), hasta que el Congreso así lo hiciera, si esto no tuviese lugar en el plazo señalado. Así, efectivamente el Congreso expidió la Ley 1530 de 2012 “por la cual se regula la organización y el funcionamiento del Sistema General de Regalías”

2. Tres de los intervinientes sostienen que la Corte es incompetente para pronunciarse sobre la norma acusada, en razón que no encuadra en ninguno de los contenidos previstos en el artículo 241 C.P. En ese sentido, consideran que el estudio de constitucionalidad de dichos preceptos corresponde al Consejo de Estado, según la competencia residual prevista en el artículo 237-2 C.P.

Advierte la Corte que existe un precedente consolidado acerca de la competencia de esta Corporación para conocer con decretos con fuerza de ley, que desarrollan actos reformativos de la Constitución, en virtud de las facultades excepcionales conferidas por la respectiva enmienda constitucional.<sup>4</sup> La regla general de sustenta esa conclusión consiste en que la interpretación integral de la Carta Política lleva a inferir que la Corte tiene competencia para pronunciarse no solo respecto de los decretos con fuerza de ley de que trata el artículo 241-5 C.P., sino también de todos aquellos que tengan ese carácter, pues lo mismos son proferidos por el Presidente en ejercicio de la función legislativa delegada y no como autoridad administrativa. Esto en el entendido que la competencia residual del Consejo de Estado versa sobre aquellos actos expedidos por el Gobierno en ese último carácter. Así lo expresó la Corte al señalar que “[l]os decretos con fuerza de ley que profiera el Presidente de la República en ejercicio de las facultades extraordinarias en cuestión, están sometidos al control de la Corte Constitucional, lo que permite impedir cualquier abuso o extralimitación por parte del Ejecutivo. En esta materia es preciso advertir que, no obstante que se está ante una especial habilitación para que el Presidente de la República expida normas con fuerza de ley, que no está enunciada entre las atribuciones de control de constitucionalidad que para la Corte Constitucional prevé el artículo 241 Superior, no es menos cierto que, tal como se expresó por esta corporación en la Sentencia C-131 de 1993, como quiera que en el Estado de Derecho todos los poderes constituidos derivan sus competencias de la Constitución y sería inconcebible que un acto de un poder constituido pudiese contrariar la Constitución y no obstante carecer de control, debe concluirse que las normas que en ejercicio de esa facultad expida el gobierno, están sometidas a control de constitucionalidad, y dado que las mismas tienen naturaleza legal, no solo porque así lo establece la norma habilitante, sino porque ellas están orientadas a expedir o modificar cuerpos normativos de carácter legal, su conocimiento corresponde a la Corte Constitucional, como en diversas oportunidades, frente a situaciones similares ha sido expresado por esta Corporación”<sup>5</sup>

3. La jurisprudencia constitucional, en ese orden de ideas, ha privilegiado un criterio de índole material para determinar su competencia respecto de los decretos adoptados por el Ejecutivo. De acuerdo con ese criterio, en todos aquellos casos en que, luego del análisis de las normas habilitantes y de la naturaleza de los asuntos objeto de regulación, se llegue a la conclusión que la labor del Gobierno Nacional versa sobre tópicos objeto de reserva formal de ley, entonces la competencia para el análisis de constitucionalidad corresponde a esta

Corte. Sobre el particular, ese precedente ha señalado que “[t]eniendo en cuenta que en un Estado de Derecho no pueden existir competencias implícitas, por analogía o por extensión, la jurisprudencia ha utilizado varios cánones para definir cuál es la autoridad encargada del control constitucional de los decretos expedidos por el Gobierno Nacional. Para el efecto ha recurrido a criterios formales y materiales (el criterio orgánico no es útil porque en todo caso se trata de normas expedidas por el Gobierno), a fin de determinar si un decreto tiene vocación legislativa conforme al artículo 241 de la Carta Política, y por lo tanto su examen corresponde a la Corte Constitucional, o si por el contrario corresponde a un acto administrativo que debe ser examinado en el Consejo de Estado. Según el criterio formal, la naturaleza de un decreto expedido por el Gobierno Nacional está determinada por los fundamentos que se señalan al momento de su expedición. Constituye el principal criterio para definir si el control abstracto de constitucionalidad corresponde a la Corte Constitucional o al Consejo de Estado, según se refiera o no a alguna de las hipótesis previstas en el artículo 241 Superior. Lo propio ocurre cuando un decreto es dictado invocando las atribuciones propias de un estado de excepción, pues debe entenderse que se trata de un decreto legislativo cuyo estudio corresponde a esta Corporación. Según el criterio material, la competencia para el examen de constitucionalidad de un decreto dictado por el Gobierno se determina por la naturaleza del decreto: si es una norma con fuerza material de ley que se enmarca dentro de alguna de las hipótesis previstas en el artículo 241 de la Carta Política, su examen corresponderá a la Corte Constitucional; pero si se trata de un acto administrativo o en todo caso de una norma que no tiene vocación legislativa, su estudio compete al Consejo de Estado. Se apela a este criterio material, cuando el criterio formal no ha brindado la suficiente claridad, para definir a qué autoridad corresponde ejercer el control de decretos dictados por el Gobierno Nacional. Así, ha sido el contenido material de la regulación la que ha conducido a la Corte Constitucional a asumir el examen de constitucionalidad de decretos y reglamentaciones expedidas por el Gobierno Nacional –o incluso por otras autoridades-, luego de adscribir la competencia a alguno de los numerales del artículo 241 de la Constitución, y en otros eventos ese mismo criterio ha llevado a la Corte a declarar su incompetencia, pues tales normas no tienen vocación legislativa sino que corresponden a actos administrativos.”<sup>6</sup>

En el caso analizado se tiene que el párrafo transcrito en el fundamento jurídico anterior confirió una habilitación al Gobierno para producir un cuerpo normativo de índole transitorio. A su vez, la regulación del SGR, de acuerdo con lo previsto en el artículo 1° del Acto

Legislativo 5 de 2011, tiene reserva de ley. En ese orden de ideas, el Decreto 4923/11 es expresión del ejercicio de una habilitación del Congreso al Gobierno Nacional para el ejercicio de competencias legales y, en consecuencia, recae en el ámbito del control de constitucionalidad que adelanta este Tribunal. Por ende, la Corte tiene competencia para pronunciarse sobre la demanda formulada por el ciudadano Rivera Díaz, puesto que se dirige contra normas con fuerza de ley.

Asunto preliminar. Ineptitud del cargo de inconstitucionalidad

4. Varios de los intervinientes consideran que la Corte debe adoptar un fallo inhibitorio ante la ineptitud del cargo propuesto. Para ello señalan dos tipos de argumentos. El primero, fundado en que la demanda del ciudadano Rivera Díaz se basa, en realidad, en la intención de resolver litigios particulares que el actor, en su condición de apoderado de distintas entidades territoriales, ha promovido ante la jurisdicción contenciosa administrativa a fin de lograr la entrega a estos entes de los recursos del MC. Por lo tanto, el cargo incumpliría el requisito de pertinencia, pues se hace pasar por un problema constitucional de índole abstracta, un tema exclusivamente litigioso. El segundo, relativo a que la demanda parte de un presupuesto erróneo para sobre él construir el cargo, consistente en que los recursos del MC participan del concepto de regalías y que, a su vez, existe un mandato constitucional consistente en que la totalidad de dichos recursos deben ser girados a favor de las entidades territoriales productoras.

5. El artículo 2º del Decreto 2067 de 1991 prevé las condiciones formales para la admisibilidad del cargo de inconstitucionalidad. Dentro de ellas se encuentra la formulación de las razones que sustentan la acusación, aspecto respecto del cual la jurisprudencia constitucional ha determinado un grupo de requisitos sustantivos mínimos, destinados a que la argumentación que formule la demanda ofrezca un problema jurídico discernible, que permita a su vez un pronunciamiento de fondo.

Estos requisitos refieren a las condiciones de claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia que deben cumplir las razones que fundamentan el cargo de constitucionalidad.<sup>7</sup>

5.1. La claridad de un cargo se predica cuando la demanda contiene una coherencia argumentativa tal que permite a la Corte identificar con nitidez el contenido de la censura y

su justificación. Aunque merced el carácter público de la acción de inconstitucionalidad no resulta exigible la adopción de una técnica específica, como sí sucede en otros procedimientos judiciales, no por ello el demandante se encuentra relevado de presentar las razones que sustentan los cargos propuestos de modo tal que sean plenamente comprensibles.

5.2. La certeza de los argumentos de inconstitucionalidad hace referencia a que los cargos se dirijan contra una proposición normativa efectivamente contenida en la disposición acusada y no sobre una distinta, inferida por el demandante, implícita o que hace parte de normas que no fueron objeto de demanda. Lo que exige este requisito, entonces, es que el cargo de inconstitucionalidad cuestione un contenido legal verificable a partir de la interpretación del texto acusado.

5.3. El requisito de especificidad resulta acreditado cuando la demanda contiene al menos un cargo concreto, de naturaleza constitucional, en contra de las normas que se advierten contrarias a la Carta Política. Este requisito refiere, en estas condiciones, a que los argumentos expuestos por del demandante sean precisos, ello en el entendido que “el juicio de constitucionalidad se fundamenta en la necesidad de establecer si realmente existe una oposición objetiva y verificable entre el contenido de la ley y el texto de la Constitución Política, resultando inadmisibles que se deba resolver sobre su inexecutable a partir de argumentos “vagos, indeterminados, indirectos, abstractos y globales”<sup>8</sup> que no se relacionan concreta y directamente con las disposiciones que se acusan. Sin duda, esta omisión de concretar la acusación impide que se desarrolle la discusión propia del juicio de constitucionalidad<sup>9</sup>.”<sup>10</sup>

5.4. Las razones que sustentan el concepto de la violación son pertinentes en tanto estén construidas con base en argumentos de índole constitucional, esto es, fundados “en la apreciación del contenido de una norma Superior que se expone y se enfrenta al precepto demandado.”<sup>11</sup>. En ese sentido, cargos que se sustenten en simples consideraciones legales o doctrinarias; la interpretación subjetiva de las normas acusadas por parte del demandante y a partir de su aplicación en un problema particular y concreto; o el análisis sobre la conveniencia de las disposiciones consideradas inconstitucionales, entre otras censuras, incumplen con el requisito de pertinencia del cargo de inconstitucionalidad.

5.5. Por último, la condición de suficiencia ha sido definida por la jurisprudencia como la necesidad que las razones de inconstitucionalidad guarden relación “en primer lugar, con la exposición de todos los elementos de juicio (argumentativos y probatorios) necesarios para iniciar el estudio de constitucionalidad respecto del precepto objeto de reproche; (...) Por otra parte, la suficiencia del razonamiento apela directamente al alcance persuasivo de la demanda, esto es, a la presentación de argumentos que, aunque no logren prime facie convencer al magistrado de que la norma es contraria a la Constitución, si despiertan una duda mínima sobre la constitucionalidad de la norma impugnada, de tal manera que inicia realmente un proceso dirigido a desvirtuar la presunción de constitucionalidad que ampara a toda norma legal y hace necesario un pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional.”

12

6. La Sala considera que en el presente caso debe declararse inhibida para adoptar pronunciamiento de fondo, en tanto los cargos propuestos en la demanda incumplen los requisitos de certeza, suficiencia y pertinencia, previstos en la jurisprudencia constitucional.

6.1. En cuanto al primer asunto, se ha señalado que la premisa central en la que el demandante funda su acusación consiste en que los recursos que integran el MC son regalías y que, a su vez, esos rubros son de propiedad exclusiva de las entidades territoriales, al punto que deben considerarse como recursos endógenos de esos entes. Con todo, esta premisa que no se deriva ni de la norma acusada, ni de las disposiciones constitucionales que regulan la materia y que sirven de parámetro de control judicial para el asunto. En ese sentido, la demanda deja de explicar cuáles son las razones que llevan a concluir esa afirmación, omisión que implica en sí misma, a su vez, una afectación del requisito de suficiencia, como pasa a explicarse.

La Corte advierte que el actor no expone los argumentos necesarios y suficientes para concluir que los recursos derivados del MC pertenecen al rubro de regalías. Adicionalmente, la demanda tampoco explicó los argumentos que llevaban a concluir que las regalías son ingresos endógenos de las entidades territoriales, lo cual era imprescindible para construir el cargo de inconstitucionalidad. Esta explicación es imperativa para la admisibilidad del cargo de inconstitucionalidad, en la medida que la jurisprudencia constitucional ha sostenido, de manera reiterada y estable, que las regalías no son ingresos exógenos de las entidades territoriales, sino que, de forma diametralmente opuesta, concluye que son recursos

nacionales, exógenos de las entidades territoriales, incluso de aquellas productoras y portuarias, a las cuales la Constitución les reconoce un derecho de participación, más no de propiedad, sobre esos recursos económicos.

6.2. Sobre este particular, debe indicarse que las regalías son comprendidas por el derecho constitucional como una contraprestación económica que recibe el Estado, en razón de la extracción de recursos naturales no renovables existentes en el subsuelo. Como lo ha explicado la jurisprudencia reiterada, este concepto refiere a la “contraprestación económica que percibe el Estado de las personas a quienes se les concede el derecho a explotar los recursos naturales no renovables en determinado porcentaje sobre el producto bruto explotado”<sup>13</sup><sup>14</sup>. A su vez, de acuerdo con el mismo precedente, en lo que respecta al derecho a las compensaciones, este no necesariamente deriva de la participación en las regalías ni emana del carácter de productora que tenga la correspondiente entidad territorial, o el puerto marítimo o fluvial, ya que lo que se compensa es el concurso del ente respectivo en la totalidad o en alguna etapa del proceso que surge a propósito de la exploración, explotación, transporte y transformación de los recursos naturales no renovables.<sup>15</sup>

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

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

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

Así, como se explicó en la sentencia C-251/03, recapitulando fallos precedentes sobre esa misma materia “[e]l artículo 332 superior establece que “(e) l Estado es propietario de (...) los recursos naturales no renovables.” Esta expresión, y en particular la palabra “Estado” contenida en ella, puede ser interpretada de maneras diferentes. Por ejemplo, Es posible concluir que dicha norma se refiere exclusivamente a las entidades territoriales, o por el contrario, que es atinente únicamente a las autoridades de nivel central. Esta cuestión ya ha sido resuelta por la Corte Constitucional, quien en su jurisprudencia ha establecido que el artículo 332 se refiere al Estado como a un “ente que representa a todos los colombianos y a los distintos niveles territoriales”.<sup>17</sup> || En la sentencia citada, al estudiar la titularidad de los recursos naturales no renovables y de los ingresos provenientes de su explotación, la Corte estimó que la utilización de la palabra “Estado” en los artículos 332 y 360 quería evitar dos peligros: || “De un lado, los constituyentes pretendieron evitar la centralización nacional de los beneficios derivados de la explotación de los recursos naturales, ya que una tal concentración les parecía incompatible con el espíritu descentralizador de la Carta, pues las regalías eran consideradas uno de los instrumentos más importantes para fortalecer los fiscos de las entidades territoriales. Por ello se trataba de evitar que la Nación se reservara para sí el producto de las regalías. (...) De otro lado, la regulación constitucional aprobada en la Asamblea también pretende evitar el riesgo inverso, esto es, que el producto de las regalías sea exclusivo de aquellos municipios o departamentos que, por una casualidad de la naturaleza, tuvieron la fortuna de contar con una riqueza natural, ya que esto es incompatible con la equidad y el logro de un desarrollo regional equilibrado. (...) Conforme a lo anterior, es claro que la Asamblea Constituyente evitó atribuir a la Nación la propiedad de los recursos no renovables, para evitar la centralización de sus beneficios, pero que tampoco quiso, por razones de equidad y de equilibrio regional, municipalizarlos o atribuir su propiedad a los departamentos. En ese orden de ideas, resulta perfectamente lógico que la titularidad de tales recursos y de las regalías que genera su explotación sea de un ente más

abstracto, que representa a todos los colombianos y a los distintos niveles territoriales, esto es, del Estado colombiano como tal, quien es entonces el propietario de los recursos no renovables y el titular de las regalías.”<sup>18</sup> (Subrayas no originales).

De manera consonante con ese precedente, la Corte ha establecido más recientemente que la previsión de derechos de participación en las regalías a favor de las entidades territoriales no puede entenderse, en modo alguno, como asignación de propiedad de esos recursos a su favor, ni menos su integración a las rentas de dichos entes, en los términos del artículo 287-3 C.P. Antes bien, se ha considerado por la jurisprudencia que el vínculo entre las regalías y la propiedad del subsuelo por parte del Estado lleva, de suyo, la validez constitucional de fórmulas de distribución que contemplen como beneficiario a la Nación, en tanto componente del citado concepto, según se ha explicado. Sobre el particular, la sentencia C-541/11 estipuló que “[e]n lo que respecta específicamente a la propiedad de las regalías, la Corte ha interpretado la pertenencia al Estado de que habla el artículo 360 superior, en el sentido de que si bien ello no equivale a afirmar que su propiedad corresponde a la Nación, la generalidad del término indudablemente sí incluiría el nivel central o nacional<sup>19</sup>. Esta conclusión se confirma también al observar que esa misma norma constitucional asigna a las entidades territoriales el derecho a “participar en las regalías y compensaciones”, precisión que no sería necesaria si tales recursos verdaderamente fueran propiedad de aquéllas. De allí que la jurisprudencia haya repetidamente calificado las regalías como recursos exógenos de las entidades territoriales.”

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

Acerca de este tópico, la Corte ha reiteradamente precisado que “... los entes territoriales no tienen un derecho de propiedad sobre las regalías sino apenas el derecho de participación sobre las mismas que les atribuye la ley<sup>20</sup>, puesto que por mandato expreso del artículo 332 Constitucional la titularidad de las contraprestaciones económicas causadas por la explotación de un recurso natural no renovable está radicada en el Estado en su calidad de

dueño del subsuelo y de tales recursos ya que "...la Carta Política no reconoce un derecho de propiedad al departamento, al municipio productor, al puerto marítimo o fluvial sobre la regalía, puesto que, como se ha visto, las entidades territoriales del Estado, al no ser propietarias del recurso natural no renovable, tampoco lo son de los beneficios que de la extracción de los mismos se deriven".<sup>21</sup> || Las regalías gravitan sobre todas las explotaciones de recursos naturales de propiedad del Estado, esto es, tienen carácter universal. Además, constituyen los ingresos fiscales mínimos por las explotaciones del subsuelo que es propiedad del Estado. Así mismo, estos ingresos públicos no tienen naturaleza tributaria, "pues no son imposiciones del Estado sino contraprestaciones que el particular debe pagar por la obtención de un derecho, a saber, la posibilidad de explotar un recurso natural no renovable".<sup>22</sup> Y no constituyen bienes de uso público "sino rentas nacionales sobre las cuales algunas entidades territoriales tienen derecho a participar de ellas...".<sup>23</sup>

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

Es claro que tanto en uno como en otro caso, se utiliza la misma fórmula de prescribir derechos de participación a las entidades territoriales respecto de los recursos constitutivos de regalías y compensaciones. Esta comprobación es importante para definir la admisibilidad del cargo propuesto por el actor en su demanda, consistente en que las previsiones acusadas son inexecutable, entre otras razones porque desconocen los derechos de propiedad de las entidades territoriales sobre las regalías. En ese sentido, el ciudadano Rivera Díaz tenía la carga de demostrar por qué, a pesar de existir el precedente consolidado y estable que se ha expuesto, las regalías deben considerarse como recursos endógenos, de

propiedad de las entidades territoriales.

7. Por último, en lo que respecta al requisito de pertinencia, se encuentra que buena parte de la argumentación planteada por el actor responde bien a la aplicación de la norma acusada en litigios particulares y concretos, o bien a razones de conveniencia económica de la medida legislativa. Estos tópicos, como lo ha explicado la Corte en distintas decisiones, no son aptos para configurar un cargo de inconstitucionalidad discernible y que, a su vez, genere una duda mínima sobre la exequibilidad de la respectiva disposición. Antes bien, lo que es necesario concluir es que el actor no propone ante la Corte un juicio objetivo y abstracto entre la norma acusada y los preceptos constitucionales, sino que en realidad pretende es que el Pleno resuelva un problema interpretativo, materia de los asuntos contenciosos que expresó en su demanda y en la documentación adjuntada a la misma.

Así, la Sala concluye que la demanda puesta a su consideración no cumple con los estándares mínimos para edificar un cargo de inconstitucionalidad que permita un pronunciamiento de fondo por parte de esta Corte.

## VII. DECISIÓN

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

RESUELVE:

INHIBIRSE de emitir un pronunciamiento de fondo sobre la constitucionalidad de las expresiones demandadas del artículo 156 del Decreto 4923 de 2011, por ineptitud sustantiva de la demanda.

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

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrado

Ausente en comisión

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

ALEXEI JULIO ESTRADA

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

Con salvamento de voto

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

Con salvamento de voto

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

A LA SENTENCIA C-748/12

NORMA SOBRE OPERACION DEL SISTEMA GENERAL DE REGALIAS-Cumplimiento de requisitos mínimos para decidir de fondo (Salvamento de voto)

Referencia: Salvamento de voto a la Sentencia C-748 de 2012. Revisión de constitucionalidad del artículo 156 (parcial) del Decreto 4923 de 2011 “por el cual se garantiza la operación del Sistema General de Regalías”.

Magistrado Ponente:

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Con el acostumbrado respeto por las decisiones que adopta esta Corporación, presento los argumentos que me llevan a SALVAR EL VOTO en el asunto de la referencia.

1. En el caso mencionado el demandante solicitaba que se declararan inexecutable las expresiones “50% a la Nación” y “10% red vial terciaria y 5% con destino al Programa de Normalización de Redes Eléctricas y al Fondo de Apoyo Financiero para la Energización de las Zonas Rurales Interconectadas” contenidas en el artículo 156 del Decreto 4923 de 2011.

El argumento central de la demanda radicaba en que los recursos que conforman el margen de comercialización al que alude la norma son de propiedad de las entidades territoriales, razón por la cual no pueden ser destinados a propósitos diferentes a atender las necesidades de estas. Lo anterior con fundamento en las reglas contenidas originalmente en la Constitución y que fueron objeto de reforma por el Acto Legislativo 5 de 2011.

A partir de esta premisa, el accionante identificaba varias modalidades de afectación de la Carta Política, a saber: (i) violación de la autonomía de las entidades territoriales (artículo 1º Superior), ya que la norma dirige recursos de regalías a entes como la Nación y programas de redes eléctricas, que no están jurídicamente definidos y, en consecuencia, no pueden considerarse beneficiarios de los recursos del margen de comercialización; (ii) desconocimiento del derecho al debido proceso, en especial el principio de legalidad y la prohibición de retroactividad de la ley (artículo 29 Superior), toda vez que la norma busca

regular recursos de regalías generados antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 5 de 2011, a través de reglas que desarrollan esa reforma constitucional; (iii) contraría los mandatos constitucionales que reconocen derechos y prerrogativas a las entidades territoriales en el ámbito propio del grado de autonomía que les confiere la Carta Política (artículos 287, 294 y 298); (iv) desconoce las finalidades de intervención del Estado en la economía, restando eficacia al mandato constitucional de promoción de la productividad, la competitividad y el desarrollo armónico de las regiones (artículo 334 Superior); (v) va en contra del artículo 360 de la Constitución Política, reformado por el Acto Legislativo 5 de 2011, en el cual se identifican expresamente cuáles son los beneficiarios de los recursos del sistema general de regalías, dentro del cuales no están los indicados en el precepto acusado; (vi) incurre en dos defectos formales: (a) exceso en la competencia del Ejecutivo en la adopción del precepto y (b) viola el principio de unidad de materia.

2. En la Sentencia 748 de 2012 esta Corporación se declaró inhibida para emitir un pronunciamiento de fondo sobre la constitucionalidad de las expresiones demandadas en razón a que los cargos propuestos en la demanda incumplían los requisitos de certeza, suficiencia y pertinencia, previstos en la jurisprudencia constitucional.

En cuanto al primer asunto, se encontró que el actor fundaba su libelo en considerar que los recursos de regalías son de propiedad exclusiva de las entidades territoriales, al punto que deben considerarse como recursos endógenos de esos entes. La Corte consideró que esta premisa no se derivaba ni de la norma acusada, ni de las disposiciones constitucionales que regulan la materia y que sirven de parámetro de control judicial para el asunto.

Respecto al incumplimiento del requisito de suficiencia la Corte advirtió que el demandante no expuso los argumentos necesarios y suficientes para concluir que los recursos derivados del margen de comercialización pertenecían al rubro de regalías. Adicionalmente, sostuvo que la demanda tampoco explicaba las premisas que llevaban a concluir que las regalías son ingresos endógenos de las entidades territoriales, lo cual era imprescindible para construir el cargo de inconstitucionalidad.

Por último, en lo que respecta al requisito de pertinencia esta Corporación indicó que buena parte de la argumentación planteada por el actor respondía bien a la aplicación de la norma acusada en litigios particulares y concretos, o bien a razones de conveniencia económica de

la medida legislativa; tópicos que no son aptos para configurar un cargo de inconstitucionalidad discernible y que, a su vez, genere una duda mínima sobre la exequibilidad de la respectiva disposición.

3. No comparto la anterior decisión por cuanto, en mi concepto, la demanda si cumplía con los requisitos mínimos para entrar a efectuar un examen de fondo y proferir un fallo de mérito sobre los apartes acusados del artículo 156 del Decreto 4923 de 2011.

Lo anterior, toda vez que una lectura integral de la misma, desde la óptica del principio pro actione<sup>24</sup>, permitía realizar el examen material de la norma acusada, ya que se encontraban satisfechos los requisitos que debe cumplir toda demanda de inconstitucionalidad en cuanto a la formulación de cargos, habiéndose expuesto de forma clara, cierta, específica, pertinente y suficiente el concepto de la violación.

En efecto, como ya se señaló, en criterio del demandante: (i) las sumas derivadas del margen de comercialización deben ser distribuidas únicamente a favor de las entidades territoriales productoras de recursos no renovables, en virtud del derecho constitucional que estos entes tienen de participar en dichos dineros; (ii) la norma acusada es contraria al principio de legalidad, ya que busca resolver supuestos de hecho anteriores a la creación del Sistema General de Regalías

En este orden de ideas, la decisión mayoritaria desconoció el principio pro actione en desmedro de las expectativas legítimas del demandante, declinándose el estudio de una problemática tan compleja como la planteada.

4. Bajo este contexto, considero que la Corte no solo ha debido entrar a conocer de fondo el asunto, sino que también debió declarar inexecutable las expresiones demandadas, por las razones que a continuación expongo:

(i) El margen de comercialización está comprendido dentro del concepto de regalías, ya que se deriva directamente de la explotación de recursos naturales no renovables durante su etapa final (comercialización).

En esa medida, al derivarse el margen de comercialización de la explotación de recursos no renovables, necesariamente deben considerarse como regalías, conforme a la definición

prevista en el artículo 360 de la Constitución Política inicial.

En el mismo sentido, tanto la Contraloría General de la República<sup>25</sup> como la Procuraduría General de la Nación<sup>26</sup> venían llamando la atención de que los recursos del margen de comercialización sí eran regalías.

(ii) Al clarificarse su naturaleza como regalías no hay duda que a dichos recursos debían aplicárseles las reglas de distribución que se establecen en la Constitución en su versión original (artículo 360) y la Ley 141 de 1994, artículos 31 y subsiguientes, las cuales señalan que se está ante un tipo de contraprestación que debe ser reintegrada proporcionalmente a los entes territoriales, al menos hasta el 17 de julio de 2011, fecha a partir de la cual entró en vigencia el Acto Legislativo 5 de 2011.

(iii) Así las cosas, la norma acusada, al no existir vacío legal, no tenía por qué establecer otra forma de distribución, menos desconociendo la destinación específica de los mismos a favor de los entes territoriales.

En los anteriores términos dejo sustentado mi salvamento de voto, apartándome de la decisión plasmada en la referida decisión.

Fecha ut supra,

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

1 La intervención hace mención a varios considerandos de la sentencia C-427/02.

2 La intervención refiere a la sentencia del 3 de febrero de 1995, Consejero Ponente: Ernesto Rafael Ariza Muñoz.

3 El interviniente refiere al Sistema General de Regalías.

4 Una síntesis comprensiva de este precedente se encuentra en las sentencias C-058/10 y C-461/11

5 Corte Constitucional, sentencia C-970/04.

6 Corte Constitucional, sentencia C-1154/08

7 La síntesis comprensiva de este precedente se encuentra en la sentencia C-1052/01. Para el caso de presente decisión, se utiliza la exposición efectuada por la decisión C-370/06.

8 Estos son los defectos a los cuales se ha referido la jurisprudencia de la Corte cuando ha señalado la ineptitud de una demanda de inconstitucionalidad, por inadecuada presentación del concepto de la violación. Cfr. los autos 097 de 2001 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra) y 244 de 2001 (M.P. Jaime Córdoba Triviño) y las sentencias C-281 de 1994 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo), C-519 de 1998 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa), C-013 de 2000 (M.P. Álvaro Tafur Galvis), C-380 de 2000 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa), C-177 de 2001 (M.P. Fabio Morón Díaz), entre varios pronunciamientos.

9 Cfr. Corte Constitucional Sentencia C-447 de 1997 M.P. Alejandro Martínez Caballero. La Corte se declara inhibida para pronunciarse de fondo sobre la constitucionalidad del inciso primero del artículo 11 del Decreto Ley 1228 de 1995, por demanda materialmente inepta, debido a la ausencia de cargo.

10 Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-1052/01. Fundamento jurídico 3.4.2.

11 *Ibídem*.

12 *Ibídem*.

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

14 Corte Constitucional, sentencia C-427/02.

15 *Ibídem*.

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

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

18 La providencia citada agrega lo siguiente: “Con todo, se podría objetar a la anterior interpretación que en el régimen jurídico legal colombiano el Estado como tal no es una persona jurídica, por lo cual no podría ser propietario de recursos, ni titular de regalías. Sin embargo, la Corte considera que esa objeción no es pertinente, porque es la ley la que debe ser interpretada a la luz de la Constitución, y no la Constitución a la luz de la ley. Además, como lo ha sostenido la doctrina nacional e internacional, incluso si el ordenamiento legal no reconoce personalidad jurídica al Estado como tal, ésta se sobrentiende pues es un presupuesto de muchas de las construcciones del derecho público y del derecho constitucional. Así, según Planiol y Ripert, “el Estado se considera en todos los países como una persona que representa a la nación entera en su soberanía y en su independencia”. Por ello, agregan esos autores, el Estado ha sido calificado de “persona moral necesaria.” En el mismo sentido se pronunció la sentencia C-580 de 1999 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz), en la cual la Corte declaró inexecutable los fondos departamentales de regalías creados por el Parágrafo 1º del artículo 29 de la Ley 141 de 1994, que delegaban a los departamentos la función de asignar la distribución de las regalías y compensaciones a los municipios. La Corte consideró que dicha función era asignada directamente al legislador y al Fondo Nacional de Regalías. En el mismo sentido, ver las sentencias C-128 de 1998 (MP Fabio Morón Díaz), C-402 de 1998 (MP Fabio Morón Díaz), C-447 de 1998 (MP Carlos Gaviria Díaz) y C-299 de 1999 (MP Fabio Morón Díaz).

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

20 Sentencia C-447 de 1998. M.P. Carlos Gaviria Díaz

21 Sentencia C-221 de 1997. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

22 Sentencia C-221 de 1997. M.P. Alejandro Martínez Caballero

23 Sentencia C-447 de 1998. M.P. Carlos Gaviria Díaz

25 En el Informe de Auditoría Gubernamental con Enfoque Integral Modalidad Regular - Agencia Nacional de Hidrocarburos- ANH 2010, elaborado por la Contraloría General de la República se indica: "Hallazgo No. 30. Ingresos - Margen de Comercialización. La Agencia Nacional de Hidrocarburos registra como ingresos propios la diferencia obtenida entre el valor liquidado por el Ministerio de Minas y Energía y el valor comercializado por la entidad, de las regalías en especie generadas por la producción de petróleo, de las cuales son beneficiarias las entidades territoriales".

26 En el concepto rendido por el Procurador General de la Nación expresamente se señala: "Si se tiene en cuenta que dicho margen comercialización procedía directamente de las regalías y estas tenían una destinación específica constitucional a favor de los entes territoriales, se concluye que los dineros procedentes de ese margen de comercialización son recursos que forman parte de dichas regalías, como en su momento la Procuraduría General de la Nación, a través de la Señora Procuradora Delegada para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública, se lo hizo saber al Gobierno Nacional mediante oficio radicado el 3 de diciembre de 2010 en la Agencia Nacional de Hidrocarburos (...)".