

JURISDICCION DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - Competencia / CONSEJO DE ESTADO - Acción de nulidad. Unica Instancia / REGALIAS POR EL PAGO DE EXPLOTACION DE UN RECURSO NATURAL - Explotación petróleo y carbón

En cuanto hace a la distribución de los negocios entre las distintas secciones del Consejo de Estado el artículo 12 del Acuerdo 58 de 1992, modificado por el artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999, por el cual se adoptó el Reglamento del Consejo de Estado, dispuso que la Sección Tercera conoce de los procesos de simple nulidad de actos administrativos que versen sobre asuntos agrarios, contractuales, mineros y petroleros. En el sub lite concurren tres de las cuatro hipótesis regladas por la norma en cita como de conocimiento de esta Sección. En efecto, como es sabido a título de las regalías el Estado tiene derecho a percibir el pago de una prestación económica por la explotación de un recurso natural no renovable de recursos minerales como el petróleo y el carbón (inciso segundo, art. 360 CN), de modo que todo contencioso de legalidad que verse sobre estos asuntos (en este caso a la vez minero y petrolero) será de conocimiento de esta Sección.

PLANES DE DESEMPEÑO - Legalidad / ACUERDO LOGRADO CONVENCIONALMENTE - Declaración de voluntad común que no contiene una manifestación unilateral

Por lo demás, se discute la legalidad de los “planes de desempeño” que suponen - como los negocios jurídicos usuales- la confluencia de voluntades, esto es, una declaración de voluntad común que ciertamente no contiene una manifestación unilateral de una autoridad administrativa, habida cuenta que no emana únicamente de ésta sino que provienen de un acuerdo logrado convencionalmente, de la voluntad de dos partes, en este caso de dos autoridades administrativas, una del sector central desconcentrado de la rama ejecutiva del poder público en el orden nacional [DNP] y otra de naturaleza territorial [gobernador o alcalde].

DECRETO 416 DE 2007 - Legalidad - DECRETO 4355 DE 2005 - Por el cual se modifica la estructura del Departamento Nacional de Planeación MODIFICACION Y DEROGACION DE NORMAS - Sólo producen efectos hacia el futuro

La Sala adelantará el análisis de legalidad del artículo 29 del decreto 416 de 2007, no obstante que dicho precepto fue modificado parcialmente por el artículo 2º del Decreto 4192 del mismo año, por el cual se reglamentan parcialmente la Ley 141 de 1994, la Ley 756 de 2002 y la Ley 781 de 2002 y se dictan otras disposiciones. Asimismo estudiará las normas atacadas del decreto 4355 de 2005, por el cual se modifica la estructura del Departamento Nacional de Planeación, derogado por el artículo 3517 de 2009. En efecto, en el primer caso tan sólo fue objeto de modificación el apartado d) del citado artículo 29 del decreto 416 de 2007 y el cambio no tiene relevancia a efectos del juzgamiento que acomete la Sala y en el segundo, no obstante haberse sustituido integralmente el decreto por uno nuevo, en las materias que se discuten no sufrió modificación alguna. No debe perderse de vista que habida consideración de que la modificación y derogación de normas sólo producen efectos hacia el futuro, es válido el enjuiciamiento de su legalidad, mientras estuvo vigente en su texto original.

LEY 141 DE 1994 - Falta de aplicación del artículo 10, numerales 3 y 4 / SUSPENSION DE REGALIAS - Presentación de un plan de desempeño

CAMBIO DE EJECUTOR - Sanción / CONCEPTO DE VIOLACION - Inaplicación de las normas. Comporta un cargo de violación

De otro lado, el demandante estimó infringido el numeral 4º del artículo 10 de la ley 141 de 1994, en tanto a su juicio “no sólo se está violando, sino que se está dejando de aplicar” pues cuando hay una irregularidad y se suspenden las regalías, Planeación Nacional vuelve a entregar estos recursos con la sola presentación de un plan de desempeño, de tal manera que nunca se llega a aplicar la más importante sanción, como es el “cambio de ejecutor”. Asimismo, observó violación del numeral 3º del artículo 10 de la ley 141 de 1994 que prevé la figura sancionatoria del “cambio de ejecutor”. Al efecto refirió algunos casos de aplicación de esta medida “cuando se cumplía la ley de regalías” [Municipio de Tolú, Gobernación de Arauca, Municipios de Aguazul, Manuare, Uribia, Barrancas, Albania, entre otros]. La Sala encuentra que, por el contrario, sí se explicó el concepto de su violación, sólo que la infracción acusada, supone la inaplicación de un precepto y por lo mismo su violación, todo lo cual entraña la estructuración de un genuino cargo.

FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA - Inexistencia / NACIÓN - Representación

La Sala advierte que en el sub judice se cumplió con el presupuesto de la legitimación en la causa por pasiva, en cuanto el actor dirigió la demanda contra la Nación, quien tiene vocación jurídica para obrar como demandada en este tipo de procesos, donde el acto cuya legalidad se cuestiona fue proferido por varias de sus autoridades. En efecto, como advierte la doctrina, el Estado Colombiano está constituido por un conjunto de personas jurídicas de derecho público que ejercen las distintas facetas del poder público (funciones públicas) y dentro de ellas se encuentra la Nación quien “es la persona jurídica principal de la organización estatal en la cual se centraliza el conjunto de dependencias que ejercen las funciones públicas esenciales propias del Estado Unitario”. Así lo previó de vieja data nuestro ordenamiento jurídico al reconocer que la Nación es una persona jurídica (art. 80 Ley 153 de 1887), a la cual pertenecen múltiples entidades y dependencias de las distintas ramas del poder público. Pero esa persona jurídica Nación está representada por diversos funcionarios de las distintas ramas del poder público que despliegan las tradicionales funciones públicas legislativa, administrativa y jurisdiccional y de los órganos autónomos e independientes para el cumplimiento de las demás funciones del Estado (vgr. las funciones públicas fiscalizadora y electoral), tal y como lo establece el artículo 149 del CCA (modificado por el artículo 49 de la ley 446 de 1998).

REGALIAS - Régimen legal / REGALIAS - Antecedentes legislativos

Los primeros antecedentes en materia de regulación de regalías en el derecho colombiano se remontan a los decretos 1246 y 2310 de 1974, la Ley 61 de 1979, el Decreto 2734 de 1985, la ley 75 de 1986 y el Decreto 545 de 1989. Especial mención merece el decreto extraordinario 2655 de diciembre 23 de 1988, por el cual se expidió el código de Minas -en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas al Gobierno Nacional por la ley 57 de de 1987-, que en su artículo 230 señaló que las personas que a cualquier título exploten carbón pagarán trimestralmente un impuesto equivalente al 5% del valor del mineral en boca de mina. Ahora bien, esta materia fue objeto de un amplio debate en el seno de las comisiones segunda y quinta de la Asamblea Nacional Constituyente donde se dejaron perfilados los aspectos básicos de las regalías: i) generalidad y universalidad; ii) derecho preferencial de los departamentos, municipios y puertos

de explotación a participar de tales beneficios y iii) creación del Fondo Nacional de Regalías. En efecto, la Constitución de 1991 en su artículo 332, en perfecta consonancia con el artículo 101 eiusdem, establece -como la hacía la Carta de 1886- que el Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables y, por lo mismo es “titular originario de las regalías”, las cuales constituyen una modalidad de contraprestación económica que hace parte del patrimonio estatal y que consiste en un porcentaje sobre el producto bruto explotado. A su vez, en el marco del capítulo IV del Título XII de la Constitución relativo a la distribución de recursos y competencias, el artículo 360 ibid. defiere al legislador la determinación de las condiciones para la explotación de los recursos naturales no renovables, así como los derechos de las entidades territoriales sobre los mismos. Este mismo mandato fundamental previó el “principio de universalidad de las regalías”, conforme al cual la explotación de un recurso natural no renovable causa a favor del Estado, una contraprestación económica a título de regalía. Asimismo, el citado artículo 360 superior determinó que los departamentos y municipios en cuyo territorio se adelanten explotaciones de recursos naturales no renovables, así como los puertos marítimos y fluviales por donde se transporten dichos recursos o productos derivados de los mismos, tienen un derecho de participación económica -que no de propiedad- en las regalías.

REGALIAS - Clases / REGALIAS - Directas e Indirectas / FONDO NACIONAL DE REGALIAS - Destinación de recursos / DERECHOS DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES SOBRE LA EXPLOTACION DE LOS RECURSOS NATURALES - Reserva de ley

Este primer tipo de regalías, que suelen denominarse “regalías directas”, están concebidas para cubrir las necesidades básicas de la población y por ello se orientan fundamentalmente a inversión en proyectos que permitan a más colombianos tener acceso a los servicios de educación básica, salud, agua potable y alcantarillado, de acuerdo con la destinación específica fijada por el legislador (art. 14 y 15 de la ley 142 de 1994, modificados por el artículos 14 y 15 de la Ley 619 de 200, luego por los artículos 14 y 15 de la Ley 756 de 2002 y finalmente modificados por los artículos 1 y 2 de la Ley 1283 de 2009) y los indicadores de cobertura básica definidos en el Plan Nacional de Desarrollo (art. 120 Ley 1151 de 2007). Porcentaje que el Estado les cede, en tanto titular de una contraprestación económica pagada por quienes extraen un recurso mineral y cuyos alcances corresponde definir privativamente al legislador. Por su parte, el artículo 361 Constitucional ordenó que con los ingresos provenientes de las regalías que no sean asignados a los departamentos y municipios productores, se creará un Fondo Nacional de Regalías cuyos recursos se destinarán a las entidades territoriales en los términos que señale la ley. Fondos que según este mandato fundamental se aplicarán a la promoción de la minería, la preservación del medio ambiente, la financiación de proyectos regionales de inversión definidos como prioritarios en los planes de desarrollo de las respectivas entidades territoriales. A estas últimas se les denomina “regalías indirectas”, esto es, aquellas no asignadas directamente a los departamentos y municipios productores, así como a los municipios portuarios, marítimos o fluviales por donde se transportan los recursos explotados o sus productos derivados, cuya administración corresponde al Fondo Nacional de Regalías. Sus recursos se destinan a la promoción de la minería, medio ambiente y a financiar proyectos regionales de inversión definidos como prioritarios en los planes de desarrollo. Quiso, pues, el Constituyente que los derechos de las entidades territoriales sobre la explotación de los recursos naturales fuese objeto de reserva de ley. Compete entonces al Congreso definir el régimen de las regalías y por ello aspectos tales como las condiciones y porcentajes de la cesión que hace el

Estado en su condición de titular a las entidades territoriales debe ser objeto de regulación legal.

NOTA DE RELATORIA: Acerca de la competencia del Congreso de la República para definir el régimen de las regalías, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 12 de noviembre de 1992, C.P. Javier Henao Hidrón.

REGALIAS POR LA EXPLOTACION DE UN RECURSO NATURAL NO RENOVABLE - Ley 141 de 1994 / MANEJO DE LAS REGALIAS - Intervención correctiva no excluye el control fiscal

En desarrollo de lo dispuesto por la Carta de 1991, que constitucionalizó el pago de una prestación económica, a título de regalía por la explotación de un recurso natural no renovable (inciso segundo, art. 360), se promulgó la Ley 141 de 1994, por la cual se crean el Fondo Nacional de Regalías, la Comisión Nacional de Regalías, se regula el derecho del Estado a percibir regalías por la explotación de recursos naturales no renovables, se establecen las reglas para su liquidación y distribución y se dictan otras disposiciones, la cual previó en su artículo 13 el principio de la 'generalidad de las regalías'. Ahora sobre el alcance de la intervención correctiva en el manejo que las entidades territoriales dan a las regalías, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que no es excluyente del control fiscal. Estas tareas de control y vigilancia sobre los recursos de las regalías -que correspondían a la Comisión Nacional de Regalías "entidad rectora en materia de utilización de recursos provenientes de regalías" y que hoy están radicadas en cabeza del Departamento Nacional de Planeación-DNP, Dirección de Regalías a través de la Subdirección de Procedimientos Correctivos- son una manifestación de la intervención económica y por lo mismo sólo pueden desplegarse dentro de las condiciones establecidas por la ley. La determinación de la forma como se adelantan estas funciones de inspección vigilancia y control que debe ejercer el nivel central sobre las entidades beneficiarias de las participaciones y asignaciones de recursos del Fondo Nacional de Regalías, tendiente a verificar eventuales irregularidades cuando dichas entidades territoriales no ejecuten los recursos de conformidad con los criterios de ley y por lo mismo determinar si hay mérito para imponer una medida correctiva como es la suspensión de los giros, es un asunto que corresponde definir al legislador.

MANEJO DE LAS REGALIAS - Vigilancia y control eficaz

La vigilancia y control eficaz de la correcta administración y utilización de los recursos, provenientes de las regalías producto de la explotación de los recursos naturales no renovables de propiedad estatal, supone el ejercicio de unas funciones regladas por la ley. En definitiva: i) se trata de un control administrativo sobre la utilización de recursos que no son de propiedad de las entidades territoriales; ii) que corresponde al ejercicio de poderes de intervención estatal en la economía, sobre los recursos naturales renovables que son de propiedad del Estado (art. 332 superior); iii) que se ejerce en desarrollo del artículo 334 constitucional y iv) que ostenta un fin legítimo: asegurar la correcta utilización de los dineros provenientes del Fondo Nacional de Regalías por parte de las entidades territoriales beneficiarias de los mismos (art. 361 CN).

DECRETOS DE MODIFICACION DE ESTRUCTURA DE LA ADMINISTRACION NACIONAL - No tienen rango de ley / DECRETO 4355 DE 2005 - Por el cual se modificó la estructura del DNP y se creó la Dirección de Regalías / DECRETO 4355 DE 2005 - No ostenta el carácter de decreto con fuerza de ley /

FACULTAD DEL GOBIERNO PARA MODIFICAR LA ESTRUCTURA INTERNA DE LOS MINISTERIOS, DEPARTAMENTOS ADMINISTRATIVOS Y DEMAS ENTIDADES U ORGANISMOS NACIONALES - Bajo esa potestad el Presidente no funge como legislador extraordinario. No es ejercicio de atribuciones excepcionales

A este respecto, conviene precisar que -contrario a lo aseverado por el accionado- el Decreto 4355 de 2005, por el cual se modificó la estructura del DNP y crea la Dirección de Regalías, no ostenta el carácter de decreto con fuerza de ley y por lo mismo no tiene vocación de ser, a su vez, reglamentado, de conformidad con el numeral 11 del artículo 189 CN. Esta disposición fue dictada en consonancia con el numeral 16 del artículo 189 Constitucional, que faculta al Gobierno para modificar la estructura interna de los ministerios, departamentos administrativos y demás entidades u organismos nacionales con sujeción a los principios y reglas generales que defina la ley, los cuales están a su vez previstos en el artículo 54 de la Ley 489 de 1998. Por manera que en ejercicio de estas normas, el Presidente no funge en modo alguno de legislador extraordinario comoquiera que los decretos expedidos al amparo del artículo 54 de la Ley 489 no tienen fuerza de leyes, en tanto no existe autorización constitucional para ello (art. 11 Ley 153 de 1887). Es de resaltar que en estos eventos no se está delante del desarrollo de las atribuciones excepcionales contenidas en el numeral 10 del artículo 150 CN (leyes de facultades extraordinarias), ni de lo previsto en el inciso tercero del artículo 341 superior (decreto ley del Plan), como tampoco de los decretos legislativos propios de los estados de excepción (arts. 212 a 215 eiusdem), ni de uno de aquellos decretos autónomos previstos en los artículos 348, 355 y 356 CN o en múltiples preceptos transitorios de la Carta (arts. 5, 20, 21, 23, 30, 34, 39, 41, 48, 49, 50 y 51). En efecto, “la facultad del artículo 189-16 no es una ‘atribución constitucional propia’ del Presidente de la República, puesto que ella sólo opera cuando se está frente al desarrollo directo de un mandato constitucional, como es el caso de los reglamentos constitucionales o autónomos, según los cuales el Presidente ejerce una atribución sin mandato legal previo (...) para que el ejecutivo ejercite la atribución del artículo 189-16 siempre será indispensable una ley intermedia”. De todo lo atrás discurrido se impone concluir que como los decretos de modificación de estructura de la administración nacional no tienen fuerza de leyes, otros decretos -como los acusados- no tienen vocación de ser reglamentarios de aquellos, como erróneamente expuso uno de los accionados.

RECURSOS PROVENIENTES DE REGALIAS - Su control y vigilancia parte del sector central / RECURSOS PROVENIENTES DE REGALIAS - Intervención correctiva

El control y vigilancia de los recursos provenientes de regalías y compensaciones por parte del nivel central (hoy a cargo del Departamento Nacional de Planeación-Dirección de Regalías-Subdirección de procedimientos correctivos) se explica en la necesidad no sólo de proteger unos recursos públicos, originados en la explotación de los recursos naturales no renovables, que han supuesto cuantiosas inversiones del Estado, sino también en hacer seguimiento a la ejecución de esos recursos para asegurar su uso eficiente y racional con arreglo a proyectos técnica y financieramente soportados. Atribución de intervención correctiva que tiene fundamento en los artículos 360 y 361 CN, en concordancia con el artículo 209 Constitucional y el artículo 3º del CCA, por cuya virtud la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla, entre otros, conforme a los principios de moralidad, eficacia y economía. Y que respeta la autonomía territorial, que -por supuesto- no es absoluta y debe ejercerse en los términos de la Constitución y la ley (art. 287 superior).

MEDIDA CORRECTIVA - Suspensión de los desembolsos por concepto de regalías / MEDIDA CORRECTIVA - Puede ser levantada una vez se superen los supuestos de hecho que la originaron

Nótese que el artículo 5º de la Ley 756 de 2002 es terminante al prescribir: i) que la suspensión de los desembolsos de regalías sólo tiene lugar cuando se haya acreditado que la entidad territorial esté haciendo uso de ellas o bien en forma ineficiente, ora de manera inadecuada y ii) que dicha suspensión del desembolso tiene lugar “hasta tanto quede superada la situación [uso ineficiente o inadecuado de las regalías]”. El sentido de la ley es diáfano: la medida correctiva que adopta el Departamento de Planeación Nacional sólo puede ser levantada, una vez se superen los supuestos de hecho que precipitaron esa suspensión. O lo que es lo mismo, cuando se establezca que las entidades beneficiarias no le dan a las regalías la destinación prevista en la ley, hay lugar a la suspensión de su giro hasta cuando dichas anomalías sean corregidas. Las palabras de que se sirvió el legislador no ofrecen ninguna discusión. Suspender el desembolso hasta tanto quede superada la situación, se ha de entender en su sentido natural y obvio (art. 28 del C.C.). Suspender supone, naturalmente, detener o diferir por algún tiempo la acción de desembolso de regalías, previa acreditación de un uso ineficiente o inadecuado de las mismas por parte del respectivo ente territorial.

MEDIDA CORRECTIVA - Suspensión de los desembolsos por concepto de regalías. Temporalidad

Pero esta decisión correctiva implica dos consecuencias obvias: i) que se prive temporalmente de las regalías y ii) que se trata de una medida eminentemente transitoria. Pero esa transitoriedad o temporalidad de la medida correctiva no puede, por supuesto, quedar subordinada a un mero propósito de enmienda, ni a un compromiso -así sea formal ante la autoridad de control- de corregir las causas que la motivaron. Con arreglo a la ley, la suspensión sólo puede ser levantada una vez quede superada la situación que la precipitó (ya por uso ineficiente ora por uso inadecuado de los desembolsos de regalías). Lo contrario sería tornar nugatorio uno de los mecanismos diseñados por el legislador para asegurar la correcta utilización de las participaciones en las regalías y compensaciones.

MEDIDA CORRECTIVA - Suspensión de los desembolsos por concepto de regalías. Temporalidad / DECRETO 4355 DE 2005 DEMANDADO - Introdujo la figura de los planes de desempeño

No obstante, y en abierta rebeldía frente a la ley, el numeral 20 del artículo 8º del decreto 4355 de 2005 acusado introdujo la figura de los “planes de desempeño”, que tienen por objeto verificar la adopción de medidas correctivas y están a cargo del Departamento Nacional de Planeación, a través de la Subdirección de Control y Vigilancia. La norma reglamentaria adicionó que el DNP supervisa el cumplimiento “como condición para el levantamiento de los mecanismos previstos en los artículos 10 de la Ley 141 de 1994 y 5º de la Ley 756 de 2002”. Asimismo, el artículo 29 del decreto 416 de 2007 demandado dispuso que cuando del análisis de la información allegada se concluya que el presupuesto no puede ajustarse inmediatamente a los criterios establecidos en los artículos 14 y 15 de la Ley 141 de 1994, para obtener el levantamiento de la suspensión preventiva o correctiva, o terminar anticipadamente el procedimiento administrativo correctivo en cualquier etapa, la entidad territorial someterá a aprobación del Director de Regalías del Departamento Nacional de Planeación un “plan de desempeño”. Dicho “plan de desempeño” es definido por el artículo 29 del decreto 416 de 2007 acusado como un compromiso unilateral e irrevocable de la entidad territorial suscrito por el

representante legal, de ajustar estrictamente la administración y ejecución de los recursos de regalías y compensaciones a los requisitos previstos en la Ley y el presupuesto de la vigencia fiscal respectiva, a partir de la fecha de dicho compromiso. O lo que es igual, según el reglamento esta novedosa figura está edificada a partir de las siguientes premisas: i) se trata de un “compromiso” de la entidad beneficiaria de las regalías; ii) el objeto de dicho compromiso: es ajustar su comportamiento a las disposiciones legales que gobiernan la materia y iii) ese compromiso rige, por supuesto, a futuro.

PLANES DE DESEMPEÑO - Definición

Se trata, según el artículo 29 del decreto 416 de 2007 impugnado, de un mecanismo diseñado para “comprometer” al municipio a ajustarse a los parámetros legales, de ahí que el precepto adelante señale que deban remitirse los actos administrativos que permitan verificar que se han adoptado los ajustes presupuestales requeridos “para restablecer el cumplimiento de la ley”.

DECRETO 4355 DE 2005 DEMANDADO - Introdujo una modalidad de levantamiento de la suspensión de las regalías, distinta a la prevista en la ley

En otros términos, el propio decreto reglamentario admite sin ambages que se está delante de una entidad territorial que no ha cumplido la ley y que se “compromete” a hacerlo a futuro. A su turno el artículo 32 numeral 1º in fine eiusdem, previó el “levantamiento de la suspensión correctiva” por parte la Dirección General del Departamento Nacional de Planeación, el cual según la norma reglamentaria se realiza una vez se suscriba un “plan de desempeño” en los términos del artículo 29 del mismo decreto. De manera que la norma reglamentaria, alejándose de los derroteros de la ley, más que hacer real el enunciado abstracto de la ley en orden a su cumplida ejecución (189.11 superior), se propuso la creación y regulación de un instituto no sólo no previsto por el legislador (“los planes de desempeño”) sino -además- contrario a sus objetivos, convirtiéndose en una suerte de mecanismo que paradójicamente permite eludir el cumplimiento de sus claros mandatos. Es importante destacar que estas disposiciones reglamentarias limitan la potestad correctiva de que la Ley dotó al DNP para abrir paso a una medida intermedia –“los planes de desempeño”- que permiten el levantamiento de las sanciones de que trata el artículo 10 de la Ley 141 de 1994, modificado por el artículo 5º de la Ley 756 de 2002. Por manera que, las normas reglamentarias sin lugar a dudas no sólo están previendo una medida sin asidero en la ley, los “planes de desempeño”, sino que permiten –contra legem- que por virtud de ellos se levante la suspensión de las regalías sin que haya sido superada la situación que la precipitó, en abierto desafío al claro mandato legal del artículo 5º de la Ley 756 de 2002, que dice reglamentar.

REGLAMENTO - No puede habilitar al Gobierno para modificar, adicionar o interpretar leyes

El gobierno vía reglamento, contrario a lo afirmado por la demandada, no está habilitado para introducir “una nueva modalidad o forma que le permite levantar la medida de suspensión de regalías”. Tampoco es el reglamento el instrumento idóneo para aclarar ni para “despejar dudas” sobre las atribuciones de intervención económica a cargo del Departamento Nacional de Planeación, como equivocadamente se apuntó en la defensa de las normas impugnadas. Ninguno de estos asuntos podía ser zanjado normativamente vía decreto reglamentario, ya que la atribución reglamentaria no llega al punto de habilitar al Gobierno para modificar, adicionar o interpretar leyes, pues de antaño tiene establecido nuestra

jurisprudencia que por medio de dicha potestad el ejecutivo no se convierte en legislador, sino en guardián de los mandatos del legislador, de suerte que si lo hace, se arroga una facultad que no tiene y en consecuencia sus actos están viciados de nulidad. Síguese de todo lo anterior que merced a la ilegalidad manifiesta de las figuras de “levantamiento de la suspensión” y “planes de desempeño” contenidos en los actos demandados, serán retirados del ordenamiento jurídico, dada su evidente contradicción con el artículo 5º de la Ley 756 de 2002. Ilegalmente el reglamento autorizó la celebración de unos planes de desempeño que suponen el levantamiento de la medida correctiva de suspensión de las regalías cuando la ley señaló que dicha medida tendría lugar “hasta tanto quede superada la situación [uso ineficiente o inadecuado de las regalías]”, lo cual por supuesto no tiene lugar con un simple compromiso de enmienda como es el que resulta de la suscripción de un “plan de desempeño” no previsto por la ley.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO

Bogotá, D.C., diecisiete (17) de marzo de dos mil diez (2010)

Radicación número: 11001-03-26-000-2008-00074-00(35726)

Actor: ANIBAL TORRES RICO

Demandado: NACION-DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACION Y OTROS

Referencia: ACCION DE NULIDAD

Decide la Sala en única instancia la demanda que Aníbal Torres Rico interpuso contra el numeral 20 del artículo 8º del decreto 4355 de 2005, del artículo 29, del artículo 32 numeral 1º último inciso y del inciso 2.1 del artículo 32 del decreto 416 de 2007, en ejercicio de la acción pública de nulidad establecida en el artículo 84 del C.C.A.

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y norma acusada

El presente proceso se originó en la demanda presentada el 29 de julio de 2008 por Aníbal Torres Rico en contra de la Nación-Departamento Nacional de Planeación. En la demanda, instaurada en nombre propio y en ejercicio de la acción de nulidad, se solicitó la declaración de nulidad del numeral 20 del artículo 8º del decreto 4355 de 2005, del artículo 29, del artículo 32 numeral 1º último inciso y del inciso 2.1 del artículo 32 del decreto 416 de 2007.

El texto de las disposiciones acusadas del decreto 4355 de 2005 y del decreto 416 de 2007 es el siguiente:

i) Numeral 20 del artículo 8º del decreto 4355 de 2005:

“DECRETO 4355 DE 2005
(noviembre 25)

por el cual se modifica la estructura del Departamento Nacional de Planeación.

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,
en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial las contenidas en el artículo 189 numeral 16 de la Constitución Política y en el artículo 54 de la Ley 489 de 1998,

DECRETA:

(...)

Artículo 8º. La Subdirección de Control y Vigilancia. Son funciones de la Subdirección de Control y Vigilancia las siguientes:

(...)

20. Autorizar y supervisar el cumplimiento de planes de desempeño referentes a la correcta utilización y manejo de recursos y verificar la adopción de las demás medidas correctivas que implementen los entes territoriales, como condición para el levantamiento de los mecanismos previstos en los artículos 10 de la Ley 141 de 1994, 5º de la Ley 756 de 2002 y demás normas que los modifiquen, adicionen o sustituyan (...).”

ii) Artículo 29, artículo 32 numeral 1º último inciso e inciso 2.1 del artículo 32 del decreto 416 de 2007:

DECRETO 416 DE 2007
(febrero 15)

por el cual se reglamentan parcialmente la Ley 141 de 1994, la Ley 756 de 2002 y la Ley 781 de 2002 y se dictan otras disposiciones.

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,

en ejercicio de las facultades constitucionales y legales, en especial la contenida en los numerales 11, 14 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política,

DECRETA

(...)

“Artículo 29. Planes de desempeño. Cuando del análisis de la información allegada se concluya que el presupuesto no puede ajustarse inmediatamente a los criterios establecidos en los artículos 14 y 15 de la Ley 141 de 1994, para obtener el levantamiento de la suspensión preventiva o correctiva, o terminar anticipadamente el procedimiento correctivo en cualquier etapa, la entidad territorial someterá a aprobación del Director de Regalías del Departamento Nacional de Planeación un plan de desempeño con las siguientes condiciones:

a) Será un compromiso unilateral e irrevocable de la entidad territorial suscrito por el representante legal, de ajustar estrictamente la administración y ejecución de los recursos de regalías y compensaciones a los requisitos previstos en la Ley y el presupuesto de la vigencia fiscal respectiva, a partir de la fecha del compromiso;

b) Remitirá los actos administrativos que permitan verificar que se han adoptado los ajustes presupuestales requeridos para restablecer el cumplimiento de la ley;

c) Propondrá un Plan Estratégico y de Inversiones de largo plazo donde deberá incluirse proporcionalmente el monto del porcentaje de coberturas dejado de cumplir en vigencias anteriores, y de ser necesario, para hacerlos compatibles, propondrá la modificación del plan plurianual de inversiones o del Plan Operativo Anual de Inversiones. En dichos planes la entidad territorial identificará las acciones, estrategias y proyectos necesarios para alcanzar las coberturas de que trata el artículo 20 del Decreto 1747 de 1995 o las normas que lo modifiquen o adicionen. El Departamento Nacional de Planeación podrá asesorar la elaboración de dichos planes;

d) Modificado por el art. 2, Decreto Nacional 4192 de 2007. La entidad se someterá a condiciones especiales de control y vigilancia, tales como la remisión mensual de informes discriminados y debidamente soportados de ingresos y ejecución de recursos de regalías y compensaciones. La aprobación del plan se hará mediante acto motivado proferido por el Director de Regalías. En caso de incumplimiento de cualquiera de los compromisos incluidos en el plan de desempeño, el Director de Regalías restablecerá inmediatamente la orden de suspensión de giros, mientras se realiza el procedimiento correctivo.

Parágrafo. Los compromisos asumidos por las entidades territoriales deberán ser acatados por las distintas administraciones mientras el respectivo plan de desempeño se encuentre vigente, sin perjuicio de la posibilidad de que estos sean revisados en cualquier momento.”

(...)

Artículo 32. De las medidas correctivas. En caso de verificarse la ocurrencia de las irregularidades previstas en el presente título, la Dirección General del Departamento Nacional de Planeación o el Consejo Asesor de Regalías, según sea el caso, podrán adoptar una de las siguientes medidas correctivas:

1. Suspensión de giros. Previo el procedimiento administrativo correctivo previsto en el presente título y con fundamento en un informe final de actuación dirigido a la Dirección General del Departamento Nacional de Planeación, esa Dirección ordenará la suspensión de los giros cuando se verifique que la respectiva entidad ha incurrido en una de las irregularidades previstas en el presente título. Igualmente la Dirección General del Departamento Nacional de Planeación, ordenará en el mismo acto a la entidad territorial, aplazar las apropiaciones presupuestales financiadas con recursos de regalías.

El levantamiento de la suspensión correctiva por parte la Dirección General del Departamento Nacional de Planeación, se realizará una vez se suscriba un plan de desempeño en los términos del artículo 29 de este decreto (el aparte subrayado de este precepto es la norma acusada).

(...) 2.1. Cambio de ejecutor de los recursos de regalías y compensaciones:

La medida de cambio de ejecutor de los recursos de regalías y compensaciones tiene por objeto que los programas, proyectos, gastos y otras inversiones sean ejecutados por otras entidades públicas, previo el procedimiento y los requisitos previstos en el presente título. Dicha medida procederá cuando se verifique que la respectiva entidad ha incurrido en una de las irregularidades previstas en el presente título siempre y cuando, además, haya sido objeto de suspensión preventiva y correctiva, o solamente correctiva, durante la misma vigencia fiscal. El cambio de ejecutor se mantendrá vigente por el término señalado en el respectivo acto administrativo y en todo caso no podrá decretarse por un término inferior a seis (6) meses ni superior a dos (2) años.

El cambio de ejecutor implica el traslado de la ordenación del gasto de los recursos de regalías y compensaciones a otra entidad pública. Para aplicar esta medida, el Consejo Asesor de Regalías, además de disponer el cambio de ejecutor, ordenará la inmediata suspensión de giros de regalías y compensaciones a la entidad beneficiaria, para su posterior giro a la nueva entidad ejecutora, así como las demás medidas administrativas, jurídicas y presupuestales necesarias para la continuidad en la ejecución de los recursos.

El representante legal de la entidad sujeto de la medida correctiva y el representante legal de la nueva entidad ejecutora adelantarán los trámites tendientes a que se realicen los ajustes presupuestales respectivos en la vigencia fiscal en la cual se adopte la decisión, sin necesidad de requisito adicional alguno.

En todo caso la entidad beneficiaria de regalías y compensaciones, sujeto de esta medida correctiva, deberá presentar para aprobación del Director de Regalías del Departamento Nacional de Planeación, un Plan

Estratégico y de Inversiones de largo plazo, y de ser necesario, para hacerlos compatibles, propondrá la modificación del plan plurianual de inversiones y del Plan Operativo Anual de Inversiones, en donde la entidad territorial identificará las acciones, estrategias y proyectos necesarios para alcanzar las coberturas de que trata el artículo 20 del Decreto 1747 de 1995 y las normas que lo modifiquen o adicionen.

En el acto administrativo por el cual se adopta la medida correctiva, el Consejo Asesor de Regalías, ordenará comunicar a las entidades recaudadoras y operadores la decisión adoptada.”

2. Normas violadas y concepto de la violación

Como primera norma violada señaló el artículo 5 de la ley 756 de 2002, el cual dispone que el Departamento Nacional de Planeación-DNP está facultado para suspender el desembolso de las regalías cuando se haya comprobado que la entidad territorial esté haciendo uso de las mismas en forma ineficiente o inadecuada, *“hasta tanto quede superada la situación”* y con los planes de desempeño se reanuda el desembolso a pesar de no haberse superado la situación que supuso la suspensión.

Invocó también como infringido el numeral 4º del artículo 10 de la ley 141 de 1994, en tanto a su juicio *“no sólo se está violando, sino que se está dejando de aplicar”*. Finalmente, adujo como violado el numeral 3º del artículo 10 de la ley 141 de 1994 que prevé la figura sancionatoria del *“cambio de ejecutor”*, la cual tampoco se ha vuelto a aplicar con ocasión de la expedición de las normas reglamentarias acusadas.

4. Admisión y contestación de la demanda

Por auto de 8 de septiembre de 2008 se admitió la demanda formulada y se negó la suspensión provisional solicitada. La Nación a través del Departamento Nacional de Estadística-DANE se opuso a las pretensiones y frente a la afirmación del actor conforme a la cual en la normatividad de regalías no se hace referencia a la medida de suspensión ni a la presentación de planes de desempeño, afirmó que aunque esta *“premisa es cierta”*, los decretos acusados introducen estas medidas que modifican los preceptos que regulan la materia.

A su turno, por intermedio del Ministerio de la Protección Social apuntó que la Comisión Nacional de Regalías fue liquidada y sus bienes, derechos y

obligaciones fueron transferidos al Departamento Nacional de Planeación, en virtud del decreto 4355 de 2005. Preciso *in extenso* algunas modificaciones que en su entender deberían introducirse al régimen de las regalías y manifestó que *“no es de recibo la pretensión del actor, dado que confunde y restringe las posibilidades de gestión que como ente autónomo (sic) tiene el Departamento de Planeación Nacional, pues de acuerdo a la exposición que realiza el actor no hace (sic) fundamentos jurídicos donde precise en que (sic) consiste la violación de derechos de orden superior y legal sino que se limita a realizar comentarios y comparaciones sobre casos específicos (...) la visión del demandante es altamente restrictiva y paradójicamente desigualitaria, pues en el fondo se refiere a casos específicos, si bien es cierto la norma en comento es de aplicación en todo el territorio nacional; por lo tanto, prima el interés general sobre el particular”*.

Luego una detallada exposición sobre el alcance de la moralidad administrativa encontró que en *“el caso que nos ocupa, no se ha comprometido la moralidad administrativa tal como lo señala el actor. Al haberse suspendido la transferencia de dichas regalías no se vulneró (sic) los derecho que alude, por el contrario con dicha suspensión se observa que se está preservando el mismo, al ejercer una vigilancia efectiva de dichos dineros”*.

Por conducto del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial también se opuso a las pretensiones y formuló las excepciones de (i) *“inepta demanda”* al estimar que el concepto de la violación no es claro, pertinente ni suficiente; (ii) *“falta (sic) de ilegalidad del acto demandado”*.

A su juicio, el artículo 29 del decreto 416 de 2007 dejó en claro cuáles son los eventos que se pueden subsanar y que dan origen con carácter preventivo a la suspensión de los giros o desembolsos. Este artículo *“ha definido como mecanismo para superar la situación que dio origen a la suspensión de los recursos, la elaboración de planes de desempeño, además, deja resuelta cuáles son las condiciones bajo las cuales la entidad territorial debe elaborarlo”*.

La accionada a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público se opuso a las pretensiones y aseguró que el procedimiento correctivo que adelanta el DNP frente al uso de las regalías no es de carácter sancionatorio. Concluyó que no existe violación de la Ley 756 y por el contrario, las normas buscan proteger los recursos de las regalías.

La demandada por intermedio del Departamento Nacional de Planeación se opuso a las pretensiones de la demanda al estimar que las normas acusadas no desconocen la ley, sino que la desarrollan dentro del marco que ella establece. Después de esbozar el marco constitucional y legal del control y la vigilancia de los recursos de las regalías, citó abundante jurisprudencia constitucional sobre el alcance de la potestad reglamentaria.

5. Alegatos para fallo y concepto del Ministerio Público

Por auto de 20 de febrero de 2009 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. El actor reiteró lo expuesto en su escrito de demanda y agregó que el artículo 5º de la Ley 756 garantiza por sí solo la correcta ejecución de la ley ya que es concreto, preciso y sin falta de detalle y por lo mismo no necesitaba reglamentación. A su turno, la demandada a través de las diversas entidades vinculadas se remitió a sus escritos de contestación de la demanda.

El Ministerio Público solicitó que se negaran las pretensiones. Frente al primer cargo estimó que la ley prevé que la medida de suspensión se levanta cuando termine la situación que le dio origen *“y una medida eficaz para determinar que esto ocurra es la presentación de planes de desempeño”*.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

En cuanto hace a la distribución de los negocios entre las distintas secciones del Consejo de Estado el artículo 12 del Acuerdo 58 de 1992,¹ modificado por el artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999, por el cual se adoptó el Reglamento del Consejo de Estado, dispuso que la Sección Tercera conoce de los procesos de simple nulidad de actos administrativos que versen sobre asuntos agrarios, contractuales, mineros y petroleros. En el *sub lite* concurren tres de las cuatro hipótesis regladas por la norma en cita como de conocimiento de esta Sección.

¹ En desarrollo de lo dispuesto por el numeral 6º del artículo 237 de la Carta.

En efecto, como es sabido a título de las regalías el Estado tiene derecho a percibir el pago de una prestación económica por la explotación de un recurso natural no renovable de recursos minerales como el petróleo y el carbón (inciso segundo, art. 360 CN), de modo que todo contencioso de legalidad que verse sobre estos asuntos (en este caso a la vez minero y petrolero) será de conocimiento de esta Sección.

Por lo demás, se discute la legalidad de los “*planes de desempeño*” que suponen - como los negocios jurídicos usuales- la confluencia de voluntades, esto es, una declaración de voluntad común que ciertamente no contiene una manifestación unilateral de una autoridad administrativa, habida cuenta que no emana únicamente de ésta sino que provienen de un acuerdo logrado convencionalmente, de la voluntad de dos partes, en este caso de dos autoridades administrativas, una del sector central desconcentrado de la rama ejecutiva del poder público en el orden nacional [DNP] y otra de naturaleza territorial [gobernador o alcalde].

Y por tratarse de un asunto sin cuantía expedido por una autoridad del orden nacional y por actuarse en ejercicio de la acción de nulidad, el asunto lo conoce privativamente y en única instancia el Consejo de Estado (art. 128 numeral 1º del CCA).

2. Fijación del litigio

La Sala adelantará el análisis de legalidad del artículo 29 del decreto 416 de 2007², no obstante que dicho precepto fue modificado parcialmente por el artículo 2º del Decreto 4192 del mismo año³, por el cual se reglamentan parcialmente la Ley 141 de 1994, la Ley 756 de 2002 y la Ley 781 de 2002 y se dictan otras disposiciones. Asimismo estudiará las normas atacadas del decreto 4355 de 2005,

² Publicado en el Diario Oficial 46543 de febrero 15 de 2007.

³ Publicado en el Diario Oficial 46798 de octubre 31 de 2007.

por el cual se modifica la estructura del Departamento Nacional de Planeación, derogado por el artículo 3517 de 2009⁴.

En efecto, en el primer caso tan sólo fue objeto de modificación el apartado d) del citado artículo 29 del decreto 416 de 2007 y el cambio no tiene relevancia a efectos del juzgamiento que acomete la Sala y en el segundo, no obstante haberse sustituido integralmente el decreto por uno nuevo, en las materias que se discuten no sufrió modificación alguna.

No debe perderse de vista que habida consideración de que la modificación y derogación de normas sólo producen efectos hacia el futuro, es válido el enjuiciamiento de su legalidad, mientras estuvo vigente en su texto original.

De otro lado, el demandante estimó infringido el numeral 4º del artículo 10 de la ley 141 de 1994, en tanto a su juicio *“no sólo se está violando, sino que se está dejando de aplicar”* pues cuando hay una irregularidad y se suspenden las regalías, Planeación Nacional vuelve a entregar estos recursos con la sola presentación de un plan de desempeño, de tal manera que nunca se llega a aplicar la más importante sanción, como es el “cambio de ejecutor”.

Asimismo, observó violación del numeral 3º del artículo 10 de la ley 141 de 1994 que prevé la figura sancionatoria del *“cambio de ejecutor”*. Al efecto refirió algunos casos de aplicación de esta medida *“cuando se cumplía la ley de regalías”* [Municipio de Tolú, Gobernación de Arauca, Municipios de Aguazul, Manuare, Uribia, Barrancas, Albania, entre otros].

Al respecto, la Nación-Departamento Nacional de Planeación esgrimió que frente al cargo según el cual nunca se llega a la sanción de cambio de ejecutor, éste no corresponde a un reproche de inconstitucionalidad o ilegalidad que pudiera ser estudiado por el juez de nulidad, como quiera que no confronta las disposiciones reglamentarias con ninguna norma de orden constitucional o legal, sino que está soportado en la supuesta inaplicación de la ley, por lo que la Sala debe declararse inhibida por inepta demanda.

En sentido similar se pronunció la Nación-Ministerio de Protección Social, que propuso la excepción de inepta demanda, ya que en su criterio solamente en el

⁴ Publicado en el Diario Oficial No. 47.473 de 15 de septiembre de 2009.

cargo de vulneración del artículo 5 de la Ley 756 de 2002 se estructura el concepto de la violación.

Igualmente la Nación-DANE puso de presente que la demanda se centra en posibles irregularidades en la aplicación de la figura de los “planes de desempeño”, lo cual escapa al control de legalidad y *“la situaría en circunstancias de competencia de la Procuraduría General de la Nación y de la autoridades penales correspondientes, así como de la Contraloría General de la República”*.

En la misma línea, el Ministerio Público adujo que el actor funda sus objeciones en razones de inconveniencia y no de ilegalidad.

La Sala encuentra que no les asiste la razón a los accionados ni al Ministerio Público cuando echan de menos, respecto de estos dos preceptos legales invocados, la formulación de un cargo soportado en un concepto de violación. La Sala encuentra que, por el contrario, sí se explicó el concepto de su violación, sólo que la infracción acusada, supone la inaplicación de un precepto y por lo mismo su violación, todo lo cual entraña la estructuración de un genuino cargo.

Por esta vía, pues, se abordará el cargo formulado que se hizo consistir en desbordamiento de la potestad reglamentaria del Gobierno Nacional. Así las cosas, corresponde a la Sala determinar: (i) el alcance de los planes de desempeño previstos en las normas acusadas; (ii) si su implantación es o no una medida administrativa concebida para la cumplida ejecución de la ley.

3. Excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva

La Nación-Departamento Nacional de Estadística-DANE se opuso a las pretensiones y planteó que si bien esa entidad formó conjuntamente con otras el Decreto 416 de 2007, dentro de sus funciones misionales no se encuentra la asignación y ejecución de las regalías nacionales.

Por su parte, la Nación-Ministerio de Educación Nacional también alegó que *“si bien es cierto que la Ministra de Educación Nacional firmó los mismos [decretos acusados] como miembros (sic) del Gobierno Nacional, también lo es que el tema de control y seguimiento de regalías no es de la órbita de esta Entidad”* y que en

consecuencia *“esta entidad coadyuva y se adhiere a la contestación que presente ante ese despacho el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y la Dirección de Planeación Nacional”*.

A su turno, la Nación-Ministerio de Protección Social igualmente puso de presente que esa entidad *“no es parte dentro de esta acción”*, ya que no es asunto de su competencia *“sino que simplemente se le comunico (sic) de la existencia de esta acción por estar de por medio el derecho colectivo a la moralidad administrativa”*.

Del mismo modo, la Nación-Ministerio de Minas y Energía consideró que ninguna de las pretensiones *“vinculan como sujeto pasivo-para la ejecución de las mismas en caso de su prosperidad- a este Ministerio”*. Al efecto explicó la naturaleza jurídica y funciones de esa entidad y propuso excepción falta de legitimación sustancial, en la causa, por pasiva.

Como ya se indicó en los antecedentes, por auto de 8 de septiembre de 2008 se admitió la demanda formulada contra la Nación-Departamento Nacional de Planeación. En dicha providencia se ordenó en su numeral 3º notificar personalmente ese auto *“al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, el señor Ministro de Protección Social, el señor Ministro de Minas y Energía, la Ministra de Educación Nacional, el señor Ministro del Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, el señor Ministro de Transporte, la Señora Directora del Departamento Nacional de Planeación, el señor Director del Departamento Nacional de Estadística y el Director del Departamento Administrativo de la Función Pública, quienes suscriben los actos acusados”* (se subraya, fl. 113).

La Sala advierte que en el *sub judice* se cumplió con el presupuesto de la legitimación en la causa por pasiva, en cuanto el actor dirigió la demanda contra la Nación, quien tiene vocación jurídica para obrar como demandada en este tipo de procesos, donde el acto cuya legalidad se cuestiona fue proferido por varias de sus autoridades.

En efecto, como advierte la doctrina, el Estado Colombiano está constituido por un conjunto de personas jurídicas de derecho público que ejercen las distintas facetas del poder público (funciones públicas) y dentro de ellas se encuentra la Nación quien *“es la persona jurídica principal de la organización estatal en la cual se*

*centraliza el conjunto de dependencias que ejercen las funciones públicas esenciales propias del Estado Unitario*⁵.

Así lo previó de vieja data nuestro ordenamiento jurídico al reconocer que la Nación es una persona jurídica (art. 80 Ley 153 de 1887), a la cual pertenecen múltiples entidades y dependencias de las distintas ramas del poder público.

Pero esa persona jurídica Nación está representada por diversos funcionarios de las distintas ramas del poder público que despliegan las tradicionales funciones públicas legislativa, administrativa y jurisdiccional y de los órganos autónomos e independientes para el cumplimiento de las demás funciones del Estado (*vgr.* las funciones públicas fiscalizadora y electoral), tal y como lo establece el artículo 149 del CCA (modificado por el artículo 49 de la ley 446 de 1998).

Nótese que no puede alegarse falta de legitimación por pasiva cuando la Nación es la entidad demandada, sino que lo que hay que determinar es cuál de sus dependencias o entidades está encargada de su representación judicial en una acción contenciosa particular y concreta.

Por otra parte, como advierte el profesor Vidal Perdomo, la condición de ejecutivo monocrático hace que las funciones principales estén asignadas al Presidente y no en forma directa a los ministros o a alguno de ellos, toda vez que éstos “colaboran en las funciones presidenciales según las materias, refrendando con su firma, y dando lugar a lo que en el derecho colombiano (C.N., art. 115) se denomina *gobierno*, es decir, la actuación del Presidente y del ministro o ministros, según el caso, que deben tomar determinada decisión según el ramo”⁶.

Lo anterior indica que todos los vinculados a este proceso tienen vocación jurídica para comparecer al mismo, toda vez que los actos acusados aparecen refrendados por todos y cada uno de ellos, como integrantes del Gobierno Nacional.

⁵ IBAÑEZ NAJAR, Jorge Enrique, Estudios de derecho constitucional y administrativo, Ed. Legis, Bogotá, segunda edición, 2007, p. 222.

⁶ VIDAL PERDOMO, Jaime, Derecho constitucional general e instituciones políticas colombianas, Ed. Legis, 8ª. Ed., Bogotá, 1999, p. 178.

Y si bien la aplicación y ejecución de los preceptos atañe directamente a uno de ellos (el Departamento Nacional de Planeación⁷), los actos acusados aparecen suscritos por ellos y por ese mismo hecho “se hacen responsables”, tal y como lo dispone claramente el artículo 115 superior.

En otros términos, en tanto constituyen Gobierno en este negocio particular y por haber intervenido en la producción de los actos acusados, todos tienen la vocación de llevar la representación judicial de la Nación, con arreglo a lo dispuesto por el CC.A.

En efecto, de conformidad con el inciso segundo del artículo 149 del CCA en los procesos contencioso administrativos la Nación estará representada por el ministro o “por la persona de mayor jerarquía en la entidad que expidió el acto” (se subraya). En la misma línea, el artículo 150 del CCA (subrogado por el artículo 29 del DE 2304 de 1989) prescribe que las entidades públicas y las privadas que ejerzan funciones públicas son partes en todos los procesos contencioso administrativos que se adelanten contra ellas “o contra los actos que expidan”.

Por esta razón se despachará negativamente la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva formulada.

4. Configuración legal del régimen de las regalías

Los primeros antecedentes en materia de regulación de regalías en el derecho colombiano se remontan a los decretos 1246 y 2310 de 1974, la Ley 61 de 1979⁸, el Decreto 2734 de 1985, la ley 75 de 1986 y el Decreto 545 de 1989.

Especial mención merece el decreto extraordinario 2655 de diciembre 23 de 1988⁹, por el cual se expidió el código de Minas -en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas al Gobierno Nacional por la ley 57 de de 1987-, que en su artículo 230 señaló que las personas que a cualquier título exploten carbón

⁷ Departamento Administrativo y por lo mismo no “ente autónomo” como erráticamente lo nominó en su escrito de contestación la Nación-Ministerio de la Protección Social.

⁸ DIARIO OFICIAL No. 35443, viernes 25 de enero de 1980.

⁹ DIARIO OFICIAL No. 38626 de 23 de diciembre de 1988.

pagarán trimestralmente un impuesto equivalente al 5% del valor del mineral en boca de mina.

Ahora bien, esta materia fue objeto de un amplio debate en el seno de las comisiones segunda y quinta de la Asamblea Nacional Constituyente donde se dejaron perfilados los aspectos básicos de las regalías: i) generalidad y universalidad; ii) derecho preferencial de los departamentos, municipios y puertos de explotación a participar de tales beneficios y iii) creación del Fondo Nacional de Regalías¹⁰.

En efecto, la Constitución de 1991 en su artículo 332, en perfecta consonancia con el artículo 101 *eiusdem*, establece -como la hacía la Carta de 1886- que el Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables y, por lo mismo es “titular originario de las regalías”, las cuales constituyen una modalidad de contraprestación económica que hace parte del patrimonio estatal y que consiste en un porcentaje sobre el producto bruto explotado.

A su vez, en el marco del capítulo IV del Título XII de la Constitución relativo a la distribución de recursos y competencias, el artículo 360 *ibid.* defiere al legislador la determinación de las condiciones para la explotación de los recursos naturales no renovables, así como los derechos de las entidades territoriales sobre los mismos. Este mismo mandato fundamental previó el “**principio de universalidad de las regalías**”, conforme al cual la explotación de un recurso natural no renovable causa a favor del Estado, una contraprestación económica a título de regalía.

Asimismo, el citado artículo 360 superior determinó que los departamentos y municipios en cuyo territorio se adelanten explotaciones de recursos naturales no renovables, así como los puertos marítimos y fluviales por donde se transporten dichos recursos o productos derivados de los mismos, tienen un **derecho de participación económica** -que no de propiedad- en las regalías.

Este primer tipo de regalías, que suelen denominarse “**regalías directas**”, están concebidas para cubrir las necesidades básicas de la población y por ello se orientan fundamentalmente a inversión en proyectos que permitan a más colombianos tener acceso a los servicios de educación básica, salud, agua potable y alcantarillado, de acuerdo con la destinación específica fijada por el

¹⁰ Cfr. GACETA CONSTITUCIONAL Nos. 22, 44, 58, 69,83, 85 y 109

legislador (art. 14 y 15 de la ley 142 de 1994, modificados por el artículos 14 y 15 de la Ley 619 de 200, luego por los artículos 14 y 15 de la Ley 756 de 2002 y finalmente modificados por los artículos 1 y 2 de la Ley 1283 de 2009)¹¹ y los indicadores de cobertura básica definidos en el Plan Nacional de Desarrollo (art. 120 Ley 1151 de 2007). Porcentaje que el Estado les cede, en tanto titular de una contraprestación económica pagada por quienes extraen un recurso mineral¹² y **cuyos alcances corresponde definir privativamente al legislador**¹³.

Por su parte, el artículo 361 Constitucional ordenó que con los ingresos provenientes de las regalías que no sean asignados a los departamentos y municipios productores, se creará un Fondo Nacional de Regalías¹⁴ cuyos recursos se destinarán a las entidades territoriales **en los términos que señale la ley.**

¹¹ Cfr. Decreto 1747 de 1995, art. 20 y Decreto 416 de 2007, art. 12.

¹² De antaño esta Corporación tiene determinado que: "Las disposiciones citadas (arts. 360 y 361 C.P.) reconocen así el derecho de los departamentos y municipios productores, así como de los puertos marítimos y fluviales de participar en las regalías que se paguen al Estado por la explotación de un recurso natural no renovable. Por regalía se ha entendido una contraprestación económica determinada a través de un porcentaje sobre el producto bruto explotado que el Estado exige como propietario de los recursos naturales no renovables. Ahora bien, nótese que el derecho de las entidades territoriales citadas es a participar en la regalía, esto es, a recibir un porcentaje que el Estado les cede como titular de una contraprestación económica que la ha sido pagada por los encargados de extraer el recurso mineral. En otras palabras, la Carta Política no reconoce un derecho de propiedad al departamento, al municipio productor o al puerto marítimo o fluvial sobre la regalías, 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" (Consejo de Estado, Sentencia de 5 de junio de 1992).

En el mismo sentido la Sala de Consulta encontró que: "resulta claro que uno es el derecho del Estado y otro el de los entes territoriales. El Estado, en su calidad de propietario del recurso natural no renovable, es el titular de la contraprestación por su explotación y las entidades territoriales son titulares de los derechos de participación de contenido económico, en el porcentaje que determine el legislador" (CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, Concepto No. 1656 de 2005)

¹³ En relación con el alcance del citado artículo 360 superior, la Sala de Consulta de esta Corporación conceptuó: "La Sala considera que la intención del constituyente expresada en el artículo 360 consiste en adoptar dos criterios para la distribución de las regalías y compensaciones que generan recursos naturales no renovables, que son: la explotación del recurso y el transporte del mismo o de sus productos, y en señalar a los beneficiarios de las regalías y compensaciones, de este modo: a) Por concepto de explotación, a las entidades territoriales (que son los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas, al tenor del artículo 286 de la Carta Política) en cuyo territorio se adelanten las explotaciones, y b) Por concepto de transporte, los puertos marítimos y fluviales por donde se transporten los recursos mencionados o productos derivados de los mismos. Con las aclaraciones siguientes en relación con los puertos, éstos son únicamente los de carácter oficial, y comprende los existentes y los que llegaren a existir; por no tener en la actualidad tales puertos personalidad jurídica, las regalías y compensaciones que les asigne la ley, deberán ser administradas por la Nación con el propósito de contribuir a su mejoramiento; y podrán llegar a percibir directamente el producto de la participación en regalías y compensaciones, cuando el legislador decida dotarlos de personería jurídica y organizarlos como sociedades de derecho público." (CONSEJO DE ESTADO, Sala en Consulta, Concepto No. 496 del 17 de marzo de 1993)

¹⁴ Sobre su naturaleza jurídica y características vid. CONSEJO DE ESTADO, Sala en Consulta, Concepto No.1179/99; SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Sección Primera, Sentencia del 16 de septiembre de 1999, Exp. 5155 y Sentencia de 17 de marzo de 2000, exp. 5242.

Fondos que según este mandato fundamental se aplicarán a la promoción de la minería, la preservación del medio ambiente, la financiación de proyectos regionales de inversión definidos como prioritarios en los planes de desarrollo de las respectivas entidades territoriales.

A estas últimas se les denomina “**regalías indirectas**”¹⁵, esto es, aquellas no asignadas directamente a los departamentos y municipios productores, así como a los municipios portuarios, marítimos o fluviales por donde se transportan los recursos explotados o sus productos derivados, cuya administración corresponde al Fondo Nacional de Regalías. Sus recursos se destinan a la promoción de la minería, medio ambiente y a financiar proyectos regionales de inversión definidos como prioritarios en los planes de desarrollo.

Quiso, pues, el Constituyente que los derechos de las entidades territoriales sobre la explotación de los recursos naturales fuese objeto de **reserva de ley**. Compete entonces al Congreso definir el régimen de las regalías y por ello aspectos tales como las condiciones y porcentajes de la cesión que hace el Estado en su condición de titular a las entidades territoriales debe ser objeto de regulación legal.

Así lo ha puesto de relieve de vieja data la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación:

“Los nuevos fundamentos constitucionales en materia de derecho minero y de hidrocarburos, relacionados directamente con la distribución de las regalías, para entrar a regir están supeditados por voluntad expresa del constituyente, a la expedición de las leyes en las cuales se concreten tanto los derechos de participación de los departamentos y municipios en cuya jurisdicción se hagan las explotaciones como de los puertos marítimos y fluviales por donde se efectúen las operaciones de transporte y, con las regalías restantes, sea organizado el Fondo Nacional de Regalías que tendrá como beneficiarios a las entidades territoriales.

Por consiguiente, hasta que se haga el debido desarrollo legal de los criterios consagrados en los artículos 360 y 361 de la Constitución, la Sala considera que las normas legales sobre la distribución de regalías, vigentes en la fecha de expedición de la

¹⁵ A juicio de la Sala de Consulta son inembargables: CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, Concepto de 10 de febrero de 2005, Rad. 1623, Actor: Ministro de Hacienda y Crédito Público, C.P. Flavio Augusto Rodríguez Arce.

nueva Carta Política, prolongan sus efectos jurídicos y deben ser aplicadas en su integridad.

Solución en sentido contrario, conduciría en desmedro del principio de prevalencia del interés general que la Carta Política expresa en su artículo 1o., a aceptar un vacío jurídico, al dejar sin aplicación sobre regalías, lo que por paradoja redundaría en perjuicio de las entidades territoriales, o bien a poner en vigencia, de inmediato, las normas constitucionales ya mencionadas, con prescindencia de la ley que ellas mismas ordenan expedir y que es la única que puede establecer los derechos de los beneficiarios y fijar los porcentajes de distribución".¹⁶

En desarrollo de lo dispuesto por la Carta de 1991, que constitucionalizó el pago de una prestación económica, a título de regalía por la explotación de un recurso natural no renovable (inciso segundo, art. 360), se promulgó la Ley 141 de 1994¹⁷, por la cual se crean el Fondo Nacional de Regalías, la Comisión Nacional de Regalías, se regula el derecho del Estado a percibir regalías por la explotación de recursos naturales no renovables, se establecen las reglas para su liquidación y distribución y se dictan otras disposiciones, la cual previó en su artículo 13 el *principio de la 'generalidad de las regalías'*¹⁸.

Sobre el rol preponderante del legislador en materia de regulación de todo lo relativo a las regalías, la Corte Constitucional también dejó en claro, al revisar la constitucionalidad de la Ley 141, que esta materia es objeto de **reserva de ley**, al indicar:

“a la ley corresponde la reglamentación del monto de la participación que en las regalías genera la explotación de recursos no renovables, que corresponderá a los departamentos y municipios en cuyos territorios se adelanten explotaciones de recursos naturales no renovables; en este sentido se observa que los puertos marítimos y fluviales de transporte de aquellos recursos, y de los productos derivados de los mismos, tendrán derecho a una participación que definirá la ley.

¹⁶ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, Concepto de 12 de noviembre de 1992, C.P. Javier Henao Hidrón

¹⁷ DIARIO OFICIAL No. 41.414, de 30 de julio de 1994. y al hacerlo derogó expresamente el artículo 230 del citado decreto ley 2655 de 1988, según lo dispuesto por su artículo 69.

¹⁸ “Artículo 13.- Generalidad de las regalías. Toda explotación de recursos naturales no renovables de propiedad del Estado genera regalías a favor de éste, sin perjuicio de cualquier otra contraprestación que se pacte por parte de los titulares de aportes mineros. Podrán ser titulares de aportes mineros los establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales o sometidas a este régimen, del orden nacional, vinculadas o adscritas al Ministerio de Minas y Energía. Estas podrán ejecutar dichas actividades y todas aquellas relacionadas, directamente o por medio de contratos con otras entidades públicas o con particulares en los términos, condiciones y con los requisitos que al respecto señalen las normas legales vigentes de minas y de petróleos”.

De igual modo es claro que, de conformidad con la Constitución Política, con los recursos provenientes de regalías no asignadas por la ley a departamentos, municipios o puertos en los que los recursos se producen o transportan, se debía crear el Fondo Nacional de Regalías, para que sus recursos se destinen a todas las entidades territoriales según criterios que corresponde señalar a la ley, para promover la minería y financiar proyectos de inversión prioritarios, según planes de desarrollo.”¹⁹ (se subraya)

Ahora sobre el alcance de la **intervención correctiva** en el manejo que las entidades territoriales dan a las regalías, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que no es excluyente del control fiscal. Estas tareas de control y vigilancia sobre los recursos de las regalías -que correspondían a la Comisión Nacional de Regalías²⁰ “*entidad rectora en materia de utilización de recursos provenientes de regalías*”²¹ y que hoy están radicadas en cabeza del Departamento Nacional de Planeación-DNP, Dirección de Regalías a través de la Subdirección de Procedimientos Correctivos²²- son una manifestación de la intervención económica y por lo mismo sólo pueden desplegarse dentro de las condiciones establecidas por la ley.

La determinación de la forma como se adelantan estas funciones de inspección vigilancia y control que debe ejercer el nivel central sobre las entidades beneficiarias de las participaciones y asignaciones de recursos del Fondo Nacional de Regalías, tendiente a verificar eventuales irregularidades cuando dichas entidades territoriales no ejecuten los recursos de conformidad con los criterios de ley y por lo mismo determinar si hay mérito para imponer una medida correctiva como es la suspensión de los giros, es un asunto que corresponde definir al legislador.

La vigilancia y control eficaz de la correcta administración y utilización de los recursos, provenientes de las regalías producto de la explotación de los recursos naturales no renovables de propiedad estatal, supone el ejercicio de unas **funciones regladas por la ley**. Así lo ha puesto de relieve la Corte Constitucional:

¹⁹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 567 de 1995 MP Fabio Morón Díaz

²⁰ Suprimida y liquidada según Decreto 149 de 2004

²¹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, Concepto de 22 de noviembre de 2002, Rad. 1471, C.P. Susana Montes de Echeverri, Actor: Departamento Nacional de Planeación.

²² Decreto 195 de 2004, art. 52

“Por tanto, la Comisión Nacional de Regalías cuya creación y objeto establece el artículo 7o. acusado en su integridad, no es una entidad excluyente con las funciones de control fiscal, acreditadas en cabeza de las contralorías locales, es, sencillamente, un espacio administrativo de inspección e intervención del Estado en la Economía con fines de regulación de un sector de la misma para racionalizar la utilización de unos bienes de carácter nacional a cuyo goce tienen derecho los departamentos y municipios, pero dentro de las condiciones establecidas por la ley; no se trata de una entidad de ejecución sino de inspección, control y vigilancia de la correcta utilización de los recursos provenientes de regalías y compensaciones, en el que deberá respetarse la especialidad que involucra la Comisión de Regalías y el sector al cual va dirigida.

(...) De otra parte, es claro que la mencionada entidad ejerce funciones regladas por la ley para cumplir los fines de la intervención del Estado en la economía y de la dirección general en la misma, establecidas en la ley con los citados fines constitucionales de racionalización de la economía en los términos del artículo 334 de la Carta Política. Obsérvese, por demás, que el mencionado fondo es de origen constitucional y se ocupa de distribuir unos recursos de propiedad del Estado entre las entidades territoriales en los términos que señale la ley y para los fines establecidos en la misma Constitución.

Además, es claro que la ley exige que para la mencionada función de intervención correctiva de la Comisión se trate de situaciones de manejo irresponsable y negligente y por fuera del término y condiciones establecidas en el acto de aprobación de las asignaciones, todo lo cual corresponde disponer al legislador tal y como lo hace en las disposiciones acusadas. En efecto, el contenido del Parágrafo del artículo 9o. también acusado, es desarrollo de las potestades legislativas a que se refieren los artículos 360 y 361 de la Carta, en la medida en que es facultad del legislador determinar las condiciones de explotación de los recursos naturales renovables y los derechos de las entidades territoriales sobre los mismos, y señalar cuáles son los departamentos productores, para los fines de las funciones y del objeto de la Comisión Nacional de Regalías (...).²³ (subrayas fuera de texto original)

De otro lado, también la Corte Constitucional -al estudiar el artículo 5º de la Ley 756 de 2002- concluyó que las funciones de vigilancia y control que se ejercen sobre los recursos provenientes del Fondo Nacional de Regalías no son una expresión del control fiscal:

“el ejercicio de dicho control por parte de la Comisión Nacional de Regalías persigue la correcta utilización de los recursos provenientes de regalías y compensaciones causadas por la explotación de recursos naturales no renovables de propiedad del Estado, y no

²³ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 567 de 1995 MP Fabio Morón Díaz

impide ni limita el ejercicio del control fiscal por parte de las contralorías, las cuales conservan plenamente su competencia.

Ello significa que las facultades de esa comisión para practicar, directamente o a través de delegados, visitas de inspección a las entidades territoriales beneficiarias de las regalías y compensaciones, suspender el desembolso de ellas cuando se haya comprobado que la entidad territorial esté haciendo uso de las mismas en forma ineficiente o inadecuada, hasta tanto quede superada la situación, y disponer la contratación de interventorías financieras y administrativas con entidades públicas o con firmas o entidades privadas, para vigilar la utilización de las participaciones de regalías y compensaciones con cargo a las respectivas entidades territoriales, no forman parte del control fiscal asignado en la Constitución a las contralorías y, por consiguiente, los apartes impugnados no vulneran los Arts. 117, 119, 267 y 272 superiores.²⁴ 8se subraya)

En definitiva: i) se trata de un **control administrativo** sobre la utilización de recursos que no son de propiedad de las entidades territoriales; ii) que corresponde al ejercicio de poderes de **intervención estatal en la economía**, sobre los recursos naturales renovables que son de propiedad del Estado (art. 332 superior); iii) que se ejerce en desarrollo del artículo 334 constitucional y iv) que ostenta un fin legítimo: asegurar la correcta utilización de los dineros provenientes del Fondo Nacional de Regalías por parte de las entidades territoriales beneficiarias de los mismos (art. 361 CN).

Por otra parte, es preciso tener en cuenta que la ley 619 de 2000²⁵, que modificó la ley 141 de 1994, al revisar la norma la Corte Constitucional concluyó que la misma adolecía de *“un vicio de procedimiento, que no fue convalidado en el trámite legislativo y que no puede ser saneado”*²⁶.

Sin embargo debido al vacío legal traumático que traería una sentencia de inexecutable inmediata, la Corte Constitucional moduló los efectos temporales del fallo y dictó una providencia de *“constitucionalidad temporal”* o de *“inexecutable diferida”*²⁷.

²⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-938 de 2003 MP Araújo Rentería

²⁵ Diario Oficial No 44.200, de 20 de octubre de 2000

²⁶ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 737 de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

²⁷ Sobre este tipo de decisiones ver CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 221 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero y Sentencia C-112 de 2000, MP Alejandro Martínez Caballero.

En consecuencia, el juez constitucional decidió no retirar o expulsar inmediatamente del ordenamiento jurídico dicho texto legal y en su lugar dispuso que los efectos de dicha declaración quedaban diferidos hasta el 20 de junio de 2002 (fundamento 55 de la sentencia), a fin de que el Congreso, dentro de la libertad de configuración que le es propia, expidiera el régimen que subrogara la Ley 619 de 2000.

Conviene observar que en uso de sus competencias constitucionales y en orden a subrogar la Ley 619 de 2000, declarada inexecutable en forma diferida, el Congreso de la República aprobó la ley 756 de 2002²⁸.

Hay que señalar que la Ley 1151 de 2007 (Plan Nacional de Desarrollo) en sus artículos 116 a 121 y 160, igualmente alude a la asignación y ejecución de recursos provenientes de regalías y compensaciones y del Fondo Nacional de Regalías y, como lo ha señalado la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación, mantuvo los criterios que maneja el artículo 10 de la ley 141 de 1.994²⁹.

Es importante advertir que en virtud de la liquidación de la Comisión Nacional de Regalías³⁰ sus competencias de inspección y control, tendientes a prevenir el riesgo que comporta el uso inadecuado de los ingresos fiscales provenientes de la explotación de los recursos naturales no renovables que pertenecen al Estado, fueron trasladadas³¹ al Departamento Nacional de Planeación, Dirección de Regalías, Subdirección de Procedimientos Correctivos³².

Finalmente, mediante el Decreto reglamentario 416 de 2007 se dictaron normas (algunas de las cuales son objeto de esta demanda) relacionadas con el control y vigilancia por parte del Departamento Nacional de Planeación, respecto de la utilización de los recursos provenientes de regalías y compensaciones causadas por la explotación de los recursos naturales no renovables y de las asignaciones del Fondo Nacional de Regalías.

²⁸ Diario Oficial No. 44.878, de 25 de julio de 2002

²⁹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, Concepto de octubre 4 de 2007, Rad. 11001-03-06-000-2007-00064-00(1842), Actor: Departamento Nacional de Planeación, C.P. Luis Fernando Alvarez Jaramillo.

³⁰ Por virtud del Decreto 149 de 2004

³¹ Mediante Decreto 195 de 2004

³² Decreto 4355 de 2005

Antes de abordar el único cargo conviene precisar la naturaleza de los decretos de reestructuración, habida cuenta que uno de los intervinientes en el proceso consideró que éstos ostentan el carácter de norma con fuerza de ley y por lo mismo, la norma acusada era reglamentaria de aquellos.

5. Los decretos de modificación de estructura de la administración nacional no tienen rango de ley

A juicio de la Nación-Departamento Nacional de Estadística-DANE el Decreto 4355 de 2005, por el cual se modifica la estructura del Departamento Nacional de Planeación, *“se expidió con fundamento en la facultad extraordinaria permanente, otorgada al Presidente de la República por el Congreso de Colombia, mediante el artículo 54 de la Ley 489 de 1998 (...) Así las cosas, el Decreto 4355 de 2005, demandado de nulidad parcial, es un Decreto-Ley que modificó lo que contemplaban otras normas, es más podemos decir sin lugar a equívocos interpretativos, que ante el texto en mención nos encontramos ante la figura de una subrogación tácita parcial del texto del artículo 5º de la Ley 756 de 2002, en donde dice: ‘...hasta tanto quede superada la situación...’ ”.*

Con esta perspectiva, la entidad accionada aseguró que el decreto 416 de 2007 reglamenta la figura de los planes de desempeño introducida por el Decreto Ley 4355 de 2005, *“que morigeró el procedimiento de levantamiento (sic) suspensión de regalías, al supeditarlos inicialmente a la aprobación de un plan de desempeño”.*

Es por ello que en su criterio, este decreto no excede las facultades reglamentarias contenidas en el numeral 11 del artículo 189 de la CN y *“aunque en su parte enunciativa no incluye el numeral 20 del artículo 8º del Decreto 4355 de 2005, en la praxis, termina reglamentándolo pues la única norma que habla de los ‘planes de desempeño’ es precisamente esta norma, la cual resulta reglamentada con el artículo 29 del Decreto 426 de 2007, así como el numeral 1º del artículo 32, e inciso 2.1 del mismo artículo 32, ibídem”.*

A este respecto, conviene precisar que -contrario a lo aseverado por el accionado- el Decreto 4355 de 2005, por el cual se modificó la estructura del DNP y crea la Dirección de Regalías, no ostenta el carácter de decreto con fuerza de ley y por lo

mismo no tiene vocación de ser, a su vez, reglamentado, de conformidad con el numeral 11 del artículo 189 CN.

Esta disposición fue dictada en consonancia con el numeral 16 del artículo 189 Constitucional, que faculta al Gobierno para modificar la estructura interna de los ministerios, departamentos administrativos y demás entidades u organismos nacionales con sujeción a los principios y reglas generales que defina la ley, los cuales están a su vez previstos en el artículo 54 de la Ley 489 de 1998³³.

Por manera que en ejercicio de estas normas, el Presidente no funge en modo alguno de legislador extraordinario comoquiera que los decretos expedidos al amparo del artículo 54 de la Ley 489 no tienen fuerza de leyes, en tanto no existe autorización constitucional para ello (art. 11 Ley 153 de 1887).

Es de resaltar que en estos eventos no se está delante del desarrollo de las atribuciones excepcionales contenidas en el numeral 10 del artículo 150 CN (leyes de facultades extraordinarias), ni de lo previsto en el inciso tercero del artículo 341 superior (decreto ley del Plan), como tampoco de los decretos legislativos propios de los estados de excepción (arts. 212 a 215 *eiusdem*), ni de uno de aquellos decretos autónomos previstos en los artículos 348, 355 y 356³⁴ CN o en múltiples preceptos transitorios de la Carta (arts. 5, 20, 21, 23, 30, 34, 39, 41, 48, 49, 50 y 51).

En efecto, “la facultad del artículo 189-16 no es una *‘atribución constitucional propia’* del Presidente de la República, puesto que ella sólo opera cuando se está frente al desarrollo directo de un mandato constitucional, como es el caso de los reglamentos constitucionales o autónomos, según los cuales el Presidente ejerce una atribución sin mandato legal previo (...) para que el ejecutivo ejercite la atribución del artículo 189-16 siempre será indispensable una ley intermedia”³⁵.

De todo lo atrás discurrido se impone concluir que como los decretos de modificación de estructura de la administración nacional no tienen fuerza de leyes,

³³ La Corte Constitucional mediante sentencia C-702 de 1999 declaró exequibles los literales a), e), f), j), k), l) y m) del artículo 54, e inexecutable los literales b); c); d); g); h); e i) del mismo artículo

³⁴ Adicionado Acto Legislativo No. 4 de 2007, art. 3º

³⁵ “Cambio de objetivos, modificación, traslado y supresión de funciones de entidades y organismos administrativos del orden nacional en procesos de reestructuración”, Universitas No. 106, Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, diciembre de 2003, p. 269 y ss

otros decretos -como los acusados- no tienen vocación de ser reglamentarios de aquellos, como erróneamente expuso uno de los accionados.

6. Único cargo: Violación del artículo 5º de la Ley 756 de 2002

Según el actor en el artículo 5 de la ley 756 de 2002 no hay condición alguna diferente para la suspensión o levantamiento de la medida de suspensión del desembolso de las regalías a la siguiente: *“hasta tanto quede superada la situación”* y mucho menos se refiere a ‘planes de desempeño’.

Las normas acusadas han significado, en su criterio, que en la práctica al alcalde o gobernador que haga mal uso de las regalías, le suspenden los desembolsos *“y no se las vuelven a entregar cuando desaparecen las causas que dieron origen a la suspensión, como dice la ley de regalías, sino que se las vuelven a entregar con la sola presentación de un ‘plan de desempeño’, en donde se compromete a manejar bien las regalías y a cumplir con la ley”*.

Consideró que este procedimiento de los planes de desempeño no sólo resulta ilegal sino inconveniente *“y lo que es peor, es la mayor causa de corrupción en materia de regalías en Colombia, patrocinada, cohonestada y promovida por el Gobierno Nacional”*.

El accionante resaltó que el incumplimiento de este plan de desempeño es sancionado con una nueva suspensión de regalías, medida de suspensión que es levantada con un nuevo plan de desempeño, donde nuevamente se compromete el Alcalde o Gobernador a no volverlo a hacer y si nuevamente se incumple, nuevamente se suspende y así sucesivamente. En su sentir *“además de ser ilegal, es un círculo vicioso que prueba mi afirmación de que esta práctica se ha convertido en la más importante causa de corrupción en Colombia en materia de regalías, y en toda una vagabundería cohonestada y promovida por el mismo gobierno nacional”*.

En su demanda aseguró que esta suspensión de las regalías *“es solo un ‘canto a la bandera’, pues el levantamiento de esta medida se realiza una vez se suscribe un plan de desempeño, el cual dicho sea de paso puede ser violado cuantas veces sea necesario, y no pasa nada”*. Al efecto anotó algunos casos con los que

ejemplifica el desarrollo de dichos planes de desempeño y advierte que *“estamos frente a un ‘mero’ compromiso espontáneo de los entes a cumplir con la ley, cuando lo que dice la ley es otra cosa”*.

En respuesta, la Nación Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial razonó que dentro de las atribuciones que el artículo 10 de la Ley 141 asigna a la Comisión Nacional de Regalías (que deben entenderse referidas al DNP) se encuentra la de suspender el desembolso de ellas, cuando se haya comprobado que la entidad territorial esté haciendo uso de las mismas hasta tanto quede superada la situación.

Explicó que el Plan de desempeño debe ser considerado como un mecanismo que compromete seriamente a la Administración actual para el correcto manejo de las regalías y al cumplimiento de la ley. De otra manera, podrían verse seriamente afectados los habitantes de esa entidad territorial con una suspensión definitiva de los giros, puesto que son en últimas los más beneficiados de los recursos de regalías, por culpa de unos pocos funcionarios de la Administración actual por no cumplir con la normatividad vigente y por permitir la generación de eventos o irregularidades en el manejo de los mencionados recursos.

Por otra parte, la Nación a través del Departamento Nacional de Planeación resaltó que en virtud de los planes de desempeño, una entidad territorial se compromete de manera unilateral e irrevocable a ajustar la administración y ejecución de los recursos provenientes de regalías a los requisitos y exigencias legales y, a través de un esfuerzo de inversión adicional, compensar los montos que dejó de invertir en materia de coberturas en anteriores vigencias fiscales, para alcanzar los indicadores en materia de cobertura de que trata el artículo 120 de la Ley 1151 de 2007.

Ese esfuerzo adicional de inversión realizado en materia de cobertura exige un período de tiempo prudencial (incluso más de una vigencia fiscal), teniendo en cuenta las proyecciones de ingreso y gasto de inversión de cada vigencia fiscal.

Indicó el trámite que se adelanta según la norma acusada: *“[e]n esa medida, los planes de desempeño constituyen un mecanismo para garantizar la cumplida ejecución del artículo 10 de la Ley 141 de 1994, modificado por el artículo 5º de la Ley 756 de 2002, según el cual el Departamento Nacional de Planeación, en*

desarrollo de las facultades de control y vigilancia de los recursos de regalías, puede 'suspender el desembolso de ellas cuando se haya comprobado que la entidad territorial esté haciendo uso de las mismas en forma ineficiente o inadecuada, hasta tanto quede superada la situación'.

Agregó que la actuación que censura el actor es manifestación de los principios de eficacia y economía en el ejercicio de la función administrativa, de que tratan los artículos 209 CN y 3º CCA que persigue asegurar el efectivo y oportuno cumplimiento de las decisiones adoptadas por las autoridades administrativas.

En definitiva, para la Nación-Departamento Nacional de Planeación *"la medida de suspensión de giros, condicionada al cumplimiento de un plan de desempeño, es una manifestación directa del principio de legalidad de la función administrativa, una garantía cierta del derecho colectivo a la moralidad administrativa, un instrumento idóneo y efectivo para proteger el patrimonio público, pues su finalidad última es evitar que continúe la indebida destinación de los recursos de regalías y compensaciones"* (se subraya)

Corresponde, pues, a la Sala precisar el sentido y alcance de la disposición legal invocada por el actor, en orden a establecer si hubo o no desbordamiento de la atribución presidencial reglamentaria.

El control y vigilancia de los recursos provenientes de regalías y compensaciones por parte del nivel central (hoy a cargo del Departamento Nacional de Planeación-Dirección de Regalías-Subdirección de procedimientos correctivos) se explica en la necesidad no sólo de **proteger unos recursos públicos**, originados en la explotación de los recursos naturales no renovables, que han supuesto cuantiosas inversiones del Estado, sino también en hacer seguimiento a la ejecución de esos recursos para **asegurar su uso eficiente y racional** con arreglo a proyectos técnica y financieramente soportados.

Atribución de intervención correctiva que tiene fundamento en los artículos 360 y 361 CN, en concordancia con el artículo 209 Constitucional y el artículo 3º del CCA, por cuya virtud la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla, entre otros, conforme a los principios de moralidad, eficacia y economía. Y que respeta la autonomía territorial, que -por supuesto- no

es absoluta y debe ejercerse en los términos de la Constitución y la ley (art. 287 superior).

Con esta perspectiva, el artículo 5º de la Ley 756 de 2002, que modificó el numeral 1º del artículo 10 de la Ley 141 de 1994 es preciso y claro al disponer que:

“ARTÍCULO 10. Mecanismos para asegurar la correcta utilización de las participaciones en las regalías y compensaciones. En desarrollo de las facultades de inspección y control sobre la correcta utilización de las regalías y compensaciones la Comisión [Nacional de Regalías³⁶ hoy Departamento Nacional de Planeación³⁷] tendrá las siguientes atribuciones:

1. (Numeral modificado por el artículo 5 de la Ley 756 de 2002). Practicar, directamente o a través de delegados, visitas de inspección a las entidades territoriales beneficiarias de las regalías y compensaciones y suspender el desembolso de ellas cuando se haya comprobado que la entidad territorial esté haciendo uso de las mismas en forma ineficiente o inadecuada, hasta tanto quede superada la situación (...)” (subraya la Sala)

Nótese que el artículo 5º de la Ley 756 de 2002 es terminante al prescribir: i) que la suspensión de los desembolsos de regalías sólo tiene lugar cuando se haya acreditado que la entidad territorial esté haciendo uso de ellas o bien en forma ineficiente, ora de manera inadecuada y ii) que dicha suspensión del desembolso tiene lugar “hasta tanto quede superada la situación [uso ineficiente o inadecuado de las regalías]”.

El sentido de la ley es diáfano: la medida correctiva que adopta el Departamento de Planeación Nacional sólo puede ser levantada, una vez se superen los supuestos de hecho que precipitaron esa suspensión. O lo que es lo mismo, cuando se establezca que las entidades beneficiarias no le dan a las regalías la destinación prevista en la ley, hay lugar a la suspensión de su giro hasta cuando dichas anomalías sean corregidas.

Las palabras de que se sirvió el legislador no ofrecen ninguna discusión. Suspender el desembolso hasta tanto quede superada la situación, se ha de

³⁶ La Comisión Nacional de Regalías fue suprimida mediante el Decreto 149 de 2004, en desarrollo de lo dispuesto por el numeral 15 del artículo 189 de la Constitución Política, el artículo 52 de la Ley 489 de 1998 y de conformidad con el Decreto-ley 254 de 2000 (Publicado en el Diario Oficial No. 45.443 de Enero 27 de 2004).

³⁷ De conformidad con el artículo 20 del Decreto 149 de 2004 todas las menciones que hagan las normas vigentes se entienden referidas a la entidad que el Gobierno determine como sustituta de la liquidada Comisión Nacional de Regalías. Esa entidad es el Departamento Nacional de Planeación, de conformidad con el artículo 52 del decreto 195 de 2004.

entender en su sentido natural y obvio (art. 28 del C.C.). Suspender supone, naturalmente, detener o diferir por algún tiempo la acción³⁸ de desembolso de regalías, previa acreditación de un uso ineficiente o inadecuado de las mismas por parte del respectivo ente territorial.

Pero esta decisión correctiva implica dos consecuencias obvias: i) que se prive temporalmente de las regalías y ii) que se trata de una medida eminentemente transitoria.

Pero esa transitoriedad o temporalidad de la medida correctiva no puede, por supuesto, quedar subordinada a un mero propósito de enmienda, ni a un compromiso -así sea formal ante la autoridad de control- de corregir las causas que la motivaron. Con arreglo a la ley, la suspensión sólo puede ser levantada una vez quede superada la situación que la precipitó (ya por uso ineficiente ora por uso inadecuado de los desembolsos de regalías).

Lo contrario sería tornar nugatorio uno de los mecanismos diseñados por el legislador para asegurar la correcta utilización de las participaciones en las regalías y compensaciones.

Además, al acudir a la historia fidedigna del establecimiento de la ley 141 de 1994, se constata que estos mecanismos de control fueron concebidos para prevenir el riesgo de uso inadecuado de ingresos fiscales de enorme cuantía, derivados de la explotación de recursos no renovables que pertenecen a todos los colombianos y no sólo a las entidades territoriales donde se efectúan las explotaciones.

En efecto, la exposición de motivos del proyecto de ley No. 126 de 1992 Senado, a la sazón Ley 141, dejó en claro que: “no nos perdonarían las generaciones futuras que por un manejo improvidente de la riqueza del subsuelo, se perdiera la oportunidad de utilizarla con fundamento en rigurosos criterios de eficiencia social y económica”.³⁹

También allí se puso de presente al abordar el apartado dedicado al control sobre el uso de las participaciones y asignaciones, la importancia de ocuparse de adoptar

³⁸ Cfr. Segunda acepción en REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la lengua española, Vigésima segunda edición, México, Tomo II.

³⁹ GACETA DEL CONGRESO No. 492, 26 de septiembre de 2001, p. 6

correctivos severos y eficaces al despilfarro, entre ellos, la medida de suspensión de los giros **hasta que se corrija la situación**, vale decir, hasta cuando se enmiende lo errado.

“Tal como se explicó, los recursos naturales no renovables son de propiedad de la Nación y por su explotación se causa una regalía de la cual participan las entidades territoriales. Así mismo, se anotó que estos ingresos se han obtenido a través de inversiones del Estado, en oportunidades mediante endeudamiento externo y en otras haciendo uso de recursos fiscales del orden nacional.

Dentro de ese marco conceptual, se debe poner presente que el país ha visto con preocupación que los dineros provenientes de las regalías no han sido manejados en la mejor forma, en ocasiones con claros desvíos hacia proyectos de dudosa rentabilidad social. Recogiendo esta preocupación nacional, el Gobierno propone al honorable Congreso (...) que se establezcan **severos controles** a cargo de la Comisión Nacional de Regalías [hoy DNP], para prevenir o corregir el uso inadecuado de las participaciones y asignaciones, así:

(...) - Suspensión total o parcial del giro de las participaciones en regalías y compensaciones, cuando no se destinen a lo previsto en la Constitución y la ley, **hasta que se corrija la situación**”⁴⁰ (subrayas y negrillas no originales)

Por lo demás, consultados los antecedentes históricos de la ley 756 de 2002 (Proyecto de Ley 102 de 2001 Cámara) se revela también el rol fundamental que reviste la inspección y seguimiento del manejo que se le haga a esos dineros públicos. Y por ello desde la misma exposición de motivos de dicha ley se indicó que dicho control era necesario *“con el fin de propender por una adecuada y óptima utilización social de los recursos y tomar las acciones que sean necesarias según la situación que se pueda estar presentado”* (art. 27 del C.C. *voluntas legislatoris*)⁴¹

No obstante, y en abierta rebeldía frente a la ley, el numeral 20 del artículo 8º del decreto 4355 de 2005 acusado introdujo la figura de los “planes de desempeño”, que tienen por objeto verificar la adopción de medidas correctivas y están a cargo del Departamento Nacional de Planeación, a través de la Subdirección de Control y Vigilancia. La norma reglamentaria adicionó que el DNP supervisa el cumplimiento *“como condición para el levantamiento de los mecanismos previstos en los artículos 10 de la Ley 141 de 1994 y 5º de la Ley 756 de 2002”*.

⁴⁰ GACETA DEL CONGRESO No. 42, 28 de agosto de 1992, p. 9

⁴¹ GACETA DEL CONGRESO No. 492, 26 de septiembre de 2001, p. 6

Asimismo, el artículo 29 del decreto 416 de 2007 demandado dispuso que cuando del análisis de la información allegada se concluya que el presupuesto no puede ajustarse inmediatamente a los criterios establecidos en los artículos 14 y 15 de la Ley 141 de 1994, para obtener el levantamiento de la suspensión preventiva o correctiva, o terminar anticipadamente el procedimiento administrativo correctivo en cualquier etapa, la entidad territorial someterá a aprobación del Director de Regalías del Departamento Nacional de Planeación un “plan de desempeño”.

Dicho “plan de desempeño” es definido por el artículo 29 del decreto 416 de 2007 acusado como un compromiso unilateral e irrevocable de la entidad territorial suscrito por el representante legal, de ajustar estrictamente la administración y ejecución de los recursos de regalías y compensaciones a los requisitos previstos en la Ley y el presupuesto de la vigencia fiscal respectiva, a partir de la fecha de dicho compromiso.

O lo que es igual, según el reglamento esta novedosa figura está edificada a partir de las siguientes premisas: i) se trata de un “compromiso” de la entidad beneficiaria de las regalías; ii) el objeto de dicho compromiso: es ajustar su comportamiento a las disposiciones legales que gobiernan la materia y iii) ese compromiso rige, por supuesto, a futuro.

Se trata, según el artículo 29 del decreto 416 de 2007 impugnado, de un mecanismo diseñado para “comprometer” al municipio a ajustarse a los parámetros legales, de ahí que el precepto adelante señale que deban remitirse los actos administrativos que permitan verificar que se han adoptado los ajustes presupuestales requeridos “para restablecer el cumplimiento de la ley”.

Compromiso que entraña la proposición, conforme al artículo 29 del decreto 416 de 2007 atacado, de “un Plan Estratégico y de Inversiones de largo plazo donde deberá incluirse proporcionalmente el monto del porcentaje de coberturas dejado de cumplir en vigencias anteriores (...)”.

En estos planes, dispone esta norma acusada, la entidad territorial “identificará las acciones, estrategias y proyectos necesarios para alcanzar las coberturas de que trata el artículo 20 del Decreto 1747 de 1995 o las normas que lo modifiquen o adicionen”.

En otros términos, el propio decreto reglamentario admite sin ambages que se está delante de una entidad territorial que no ha cumplido la ley y que se “compromete” a hacerlo a futuro.

A su turno el artículo 32 numeral 1º *in fine eiusdem*, previó el “levantamiento de la suspensión correctiva” por parte la Dirección General del Departamento Nacional de Planeación, el cual según la norma reglamentaria se realiza una vez se suscriba un “plan de desempeño” en los términos del artículo 29 del mismo decreto.

De manera que la norma reglamentaria, alejándose de los derroteros de la ley, más que hacer real el enunciado abstracto de la ley en orden a su cumplida ejecución (189.11 superior), se propuso la creación y regulación de un instituto no sólo no previsto por el legislador (“los planes de desempeño”) sino -además- contrario a sus objetivos, convirtiéndose en una suerte de mecanismo que paradójicamente permite eludir el cumplimiento de sus claros mandatos.

Es importante destacar que estas disposiciones reglamentarias limitan la potestad correctiva de que la Ley dotó al DNP para abrir paso a una medida intermedia – “los planes de desempeño”- que permiten el levantamiento de las sanciones de que trata el artículo 10 de la Ley 141 de 1994, modificado por el artículo 5º de la Ley 756 de 2002.

Por manera que, las normas reglamentarias sin lugar a dudas no sólo están previendo una medida sin asidero en la ley, los “planes de desempeño”, sino que permiten –*contra legem*- que por virtud de ellos se levante la suspensión de las regalías sin que haya sido superada la situación que la precipitó, en abierto desafío al claro mandato legal del artículo 5º de la Ley 756 de 2002, que dice reglamentar.

Tan claro es que la suspensión misma es un mecanismo correctivo que la Corte, al estudiar la ley, pronunció un fallo de constitucionalidad condicionado a que la ineficiencia o la inadecuación del uso de las regalías y compensaciones por parte de las entidades territoriales, de que trata el artículo 5º de la Ley 756 de 2002, deberán determinarse con un criterio objetivo: “*su determinación con un criterio subjetivo permitiría que las entidades territoriales fueran privadas de dichos*

*recursos sin un fundamento real o cierto, así sea temporalmente, con desmedro de la autonomía que les otorga la Constitución.*⁴².

Como ya se indicó, la manera como se debe llevar a cabo el control administrativo sobre la utilización de recursos estatales, vale decir, las especiales facultades de control y vigilancia estatal sobre las regalías, en tanto recursos exógenos de las entidades territoriales, es materia reservada al legislador (arts. 360 y 361 CN). Así lo ha dejado en claro la jurisprudencia constitucional de vieja data:

“Así pues, teniendo en cuenta que las regalías no son propiedad de las entidades territoriales sino del Estado y que dichos entes sólo tienen sobre aquellos recursos sólo un derecho de participación en los términos que fije la ley (arts. 360 y 361 C.P.), la autonomía que la Constitución le reconoce a las entidades territoriales se traduce, en el campo de las regalías, a participar en las rentas nacionales en los términos que fije la ley (art. 287 inciso 4°)⁴³.

Por lo tanto, puede concluirse que el legislador está habilitado constitucionalmente para regular el régimen jurídico de las regalías estableciendo sus montos o porcentajes de distribución, destinación y los mecanismos de control sobre el uso adecuado de esas contraprestaciones económicas.⁴⁴ (se subraya)

Merece destacarse que las regalías pertenecen a la categoría de las fuentes exógenas de financiación sobre las que el legislador tiene amplias facultades de intervención económica⁴⁵, en los términos de los artículos 287 inciso 4°, 334, 360 y 361 CN.

De ahí que sea el legislador y sólo éste quien esté “habilitado constitucionalmente para regular el régimen jurídico de las regalías estableciendo sus montos o porcentajes de distribución, destinación y los mecanismos de control sobre el uso adecuado de esas contraprestaciones económicas”⁴⁶ (se destaca)

⁴² Vid. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 983 de 2003, en el mismo sentido Sentencia C 781 de 2007 MP Humberto Sierra Porto.

⁴³ Sent. C-075 de 1993.

⁴⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-427 de 2002 MP Clara Inés Vargas Hernández

⁴⁵ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 427 de 2002 MP Clara Inés Vargas Hernández

⁴⁶ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 427 de 2002 MP Clara Inés Vargas Hernández

Al estudiar la constitucionalidad de los artículos 8º y 10 de la Ley 141 de 1994, la Corte Constitucional puso de presente i) que las atribuciones de inspección y control son regladas; ii) que tienen por objeto hacer efectiva la correcta utilización de las participaciones en las regalías y compensaciones, iii) que son manifestación de la intervención estatal en la economía y iv) por ello se trata de funciones de “intervención correctiva” que debe adelantarse con arreglo a lo dispuesto por el legislador.

Dijo la Corte:

“Por otra parte, los artículos 8o. y 10, en lo acusado, definen las funciones de la comisión y se establecen los mecanismos para hacer efectiva la correcta utilización de las participaciones en las regalías y compensaciones, a que tienen derecho las entidades territoriales como beneficiarias de la distribución que se debe hacer por el Fondo Nacional de Regalías y no de las que se reciben directamente como productoras, asegurando, además, herramientas que permitan que los recursos nacionales a redistribuir por los mecanismos del Fondo, sean utilizados de manera eficiente en los eventos en que la entidad territorial beneficiaria de las asignaciones y participaciones provenientes del fondo, no ejecute los proyectos llamados a financiarse con dichas asignaciones; en este caso, la ejecución correspondiente se adelanta con otras entidades públicas a quienes se les entregará el monto financiero para emprender dicha tarea.

(...)De otra parte, es claro que la mencionada entidad ejerce funciones regladas por la ley para cumplir los fines de la intervención del Estado en la economía y de la dirección general en la misma, establecidas en la ley con los citados fines constitucionales de racionalización de la economía en los términos del artículo 334 de la Carta Política. Obsérvese, por demás, que el mencionado fondo es de origen constitucional y se ocupa de distribuir unos recursos de propiedad del Estado entre las entidades territoriales en los términos que señale la ley y para los fines establecidos en la misma Constitución.

Además, es claro que la ley exige que para la mencionada función de intervención correctiva de la Comisión se trate de situaciones de manejo irresponsable y negligente y por fuera del términos y condiciones establecidas en el acto de aprobación de las asignaciones, todo lo cual corresponde disponer al legislador tal y como lo hace en las disposiciones acusadas. En efecto, el contenido del Parágrafo del artículo 9o. también acusado, es desarrollo de las potestades legislativas a que se refieren los artículos 360 y 361 de la Carta, en la medida en que es facultad del legislador determinar las condiciones de explotación de los recursos naturales renovables y los derechos de las entidades territoriales sobre los mismos, y señalar cuáles son los departamentos productores, para los fines de las funciones y del objeto de la Comisión Nacional de Regalías; es apenas razonable que la ley esté habilitada para establecer los mencionados criterios con los fines específicos de la integración y el

objetivo de la comisión ya que es posible que se presenten pequeñas explotaciones y poca producción que hagan inconveniente y poco eficiente tener como productores unos departamentos y municipios cuyos ingresos por concepto de regalías y compensaciones sean muy bajos; por ello no resulta extraño a la definición de las funciones y de la integración de aquella comisión el límite del 7% del total de las regalías y compensaciones que se generan en el país.”⁴⁷

De otro lado, la Sala encuentra que la hermenéutica del artículo 5º de la ley 756 de 2002 (que modificó el numeral 1º del artículo 10 de la Ley 141 de 1994) **no permite a su intérprete establecer excepciones** a las reglas allí previstas: i) que la suspensión de los desembolsos de regalías sólo tiene lugar cuando se haya acreditado que la entidad territorial esté haciendo uso de ellas o bien en forma ineficiente, ora de manera inadecuada y ii) que dicha suspensión del desembolso tiene lugar “hasta tanto quede superada la situación [uso ineficiente o inadecuado de las regalías]”.

Los correctivos dispuestos por el legislador deben ser cumplidos por la entidad territorial y no son admisibles “propósitos de enmienda”, como los que prevé inconsultamente la disposición reglamentaria por la eufemística vía de los “planes de desempeño”.

De modo que cualquier exclusión que pretenda hacerse a este precepto resulta arbitraria, puesto que no hay lugar a distinguir cuando la ley no distingue (*ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*).

Con otras palabras, la fórmula adoptada por el legislador conforme a la cual la suspensión del desembolso tiene lugar “hasta tanto quede superada la situación [uso ineficiente o inadecuado de las regalías]”, habrá de aplicarse a todos los eventos señalados en la primera parte de la norma (la entidad territorial esté haciendo uso de ellas o bien en forma ineficiente, ora de manera inadecuada) sin que se pueda -vía reglamento- prever un mecanismo que permita eludir las consecuencias sancionatorias, para dar lugar a una suerte de “amnistía transitoria”, bajo el ilegal esquema de “planes de desempeño”.

Nótese que la suscripción de un plan de desempeño no sólo torna nugatorias las atribuciones correctivas del nivel central, sino que impide que las mismas

⁴⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 567 de 1995 MP Fabio Morón Díaz

produzcan efectos inmediatos y por ello, paradójicamente, contribuye a cohonestar el incumplimiento de la Constitución y la ley.

No se olvide que el control y vigilancia persigue que la utilización de dichos recursos se adecue a lo establecido en el artículo 361 constitucional. Una medida como la que se evalúa no sólo no resulta idónea para la realización de los fines de intervención del Estado, sino que además impide su materialización.

Por otro lado, las disposiciones reglamentarias acusadas al prever este mecanismo que impide la cumplida ejecución de la ley, pasan por alto además que las atribuciones a cargo del DNP, como lo ha señalado la Corte, están orientas “a hacer efectiva la función de control y vigilancia asignada por la Ley 141 de 1994 a la Comisión Nacional de Regalías [hoy al DNP-Dirección de Regalías-Subdirección de Procedimientos Correctivos], permitiendo de esta forma que las regalías cumplan con los objetivos que les ha trazado la Constitución y la ley”⁴⁸.

Es bien sabido que el intérprete debe primordialmente atender a la fórmula de que el legislador se ha valido (Gény) y no es la vía del reglamento la indicada para pretenda establecer una fórmula diversa, aunque esta se estime más “conveniente” que la prevista por el legislador, como parecen insinuarlo la mayoría de las intervenciones de la demandada.

De admitirse ello, la atribución reglamentaria se extralimitaría, pues pasaría de ser **desarrollo de la ley** conducente a su debida ejecución a su **inconstitucional sucedáneo**, en cuanto con su ejercicio se pretendería modificar o violar la ley que se reglamenta y de esta suerte se invadirían los predios exclusivos del legislador, al decretar normas que únicamente a este último competen⁴⁹.

Con arreglo al criterio sentado, se impone concluir que el numeral 20 del artículo 8º del decreto 4355 de 2005, el artículo 29 y el artículo 32 numeral 1º último inciso del decreto 416 de 2007 vulneran de manera ostensible lo prescrito por el numeral 1º del artículo 10 de la Ley 141 de 1994, modificado por el artículo 5º de la Ley 756 de 2002.

⁴⁸ CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-27 de 2002 MP Clara Inés Vargas Hernández

⁴⁹ Cfr. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Plena, 26 de junio de 1940, XLIX, 466.

De la confrontación de aquellos con éstos se advierte su oposición manifiesta, toda vez que las disposiciones reglamentarias introducen, sin poder hacerlo, cambios significativos al procedimiento administrativo correctivo en aspectos que no señaló la ley.

No debe perderse de vista que la **potestad reglamentaria** que atañe al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa está concebida por el ordenamiento constitucional vigente⁵⁰ bajo una **concepción eminentemente finalística**: *“para la cumplida ejecución de las leyes”* (art. 189.11 CN).

Se trata evidentemente de una típica función administrativa que faculta al Gobierno para la formulación de los actos indispensables y las medidas necesarias para la efectividad práctica del precepto legal, vale decir, hacer real por la vía del acto administrativo el enunciado abstracto de la ley en orden a tornarlo efectivo en el terreno práctico, por lo que dichos actos administrativos deben contraerse a asegurar el cumplimiento de la ley y no pueden extenderse a más de su objeto (la cumplida ejecución de la ley), y por lo mismo deben respetar la letra y el espíritu de la ley.

Lo anterior indica que so pretexto de reglamentar parcialmente la Ley 141 de 1994 y la Ley 756 de 2002 no era posible incorporar limitaciones a la función correctiva del DNP, ya que la atribución reglamentaria no llega al punto de habilitar al Gobierno para modificar, adicionar o interpretar leyes. De antaño tiene establecido nuestra jurisprudencia que por medio de dicha potestad **el ejecutivo no se convierte en legislador**, sino en guardián de los mandatos del legislador⁵¹, de suerte que si lo hace, se arroga una facultad que no tiene y en consecuencia sus actos están viciados de nulidad.

⁵⁰ Dicho criterio era también el que adoptó la Constitución de 1886 en su artículo 120.3

⁵¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia de 11 de octubre de 1912, XXI, 159, auto de 2 de noviembre de 1916, XXVI, 35.

Los accionados expresaron abiertamente que con las normas acusadas se pretendía dar un alcance distinto al previsto por el legislador. Basta una rápida ojeada a las intervenciones de la accionada para constatar este aserto.

A través del Departamento Nacional de Estadística-DANE sostuvo que aunque la normativa legal no prevé la medida de suspensión ni los planes de desempeño, no se trata de medidas ilegítimas, *“como para que genere nulidad alguna, porque precisamente se trata de la implementación o introducción de una nueva modalidad o forma que le permite levantar la medida de suspensión de regalías, a través de la modificación introducida a las normas que la crearon, con la expedición del numeral 20 del Decreto 4355 de 2005”* (se subraya).

A su vez, por medio del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial dijo que las normas reglamentarias buscaron clarificar aspectos oscuros de la ley, en tanto *“no queda claro en qué momento se puede llevar a cabo el levantamiento de la suspensión preventiva o cuándo queda superada la situación que provocó la suspensión de los recursos de regalías y compensaciones”*. Y más adelante este mismo Ministerio precisó que *“el decreto 416 de 2007 despeja la dudas que pudieran presentarse en el correcto manejo y la utilización de los recursos de regalías y compensaciones, por parte de las entidades del orden nacional y local, involucradas en el manejo de las regalías”* (destaca la Sala).

En sentido similar se pronunció el DNP al asegurar que con las disposiciones reglamentarias se busca que los destinatarios de las regalías adopten las medidas necesarias para evitar incurrir en futuras irregularidades, de modo que *“[d]e no existir este mecanismo, las entidades territoriales se mantendrían en una situación permanente de suspensión de giros, impidiendo superar la indebida destinación de los recursos de regalías”*.

El gobierno vía reglamento, contrario a lo afirmado por la demandada, no está habilitado para introducir “una nueva modalidad o forma que le permite levantar la medida de suspensión de regalías”. Tampoco es el reglamento el instrumento idóneo para aclarar ni para “despejar dudas” sobre las atribuciones de intervención económica a cargo del Departamento Nacional de Planeación, como equivocadamente se apuntó en la defensa de las normas impugnadas.

Ninguno de estos asuntos podía ser zanjado normativamente vía decreto reglamentario, ya que la atribución reglamentaria no llega al punto de habilitar al Gobierno para modificar, adicionar o interpretar leyes, pues de antaño tiene establecido nuestra jurisprudencia que por medio de dicha potestad **el ejecutivo no se convierte en legislador**, sino en guardián de los mandatos del legislador⁵², de suerte que si lo hace, se arroga una facultad que no tiene y en consecuencia sus actos están viciados de nulidad.

Recuérdese además que la **interpretación auténtica⁵³ u obligatoria corresponde al legislador**, esto es, al autor del precepto que es el órgano competente para regular la materia, quien se vale de una ley especial para declarar o determinar en caso de duda el significado o sentido de otra precedente con la cual forman un solo cuerpo.

La Sala reitera⁵⁴ que un decreto reglamentario no puede tener fuerza de interpretación legislativa en consideración a que con arreglo al art. 150.1 CN, los arts 14 y 25 C.C. ⁵⁵, y el art. 58 CRPM, ésta compete al Congreso de la República⁵⁶.

Menos aún cuando -como en este caso- no se reúne el presupuesto de incertidumbre en torno al significado normativo del precepto, incertidumbre que

⁵² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia de 11 de octubre de 1912, XXI, 159, auto de 2 de noviembre de 1916, XXVI, 35.

⁵³ Sobre la interpretación legislativa que hace la propia autoridad que ha expedido la norma ver CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 806 de 2001.

⁵⁴ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 27 de marzo de 2008, Rad. 1100-10-326-000-2005-0003-00 (29.393), Actor: Jorge Manuel Ortiz Guevara, Demandado: Nación-Ministerio de Interior y de Justicia, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

⁵⁵ En Sentencia C 820 de 2006 la Corte declaró exequible el artículo 25 del Código Civil, salvo las expresiones “sólo” y “con autoridad”, que declaró inexecutable. La misma providencia condicionó la exequibilidad en el sentido de entender que la interpretación constitucional que de la ley oscura hace la Corte Constitucional, tiene carácter obligatorio y general.

⁵⁶ De conformidad con el artículo 48 LEAJ la interpretación que por vía de autoridad hace la Corte Constitucional tiene carácter obligatorio general (Sentencia C 037 de 1996)

haga posible una pluralidad de interpretaciones divergentes, obstaculizando el comportamiento que debe ser uniforme entre los destinatarios del precepto.⁵⁷

Tan evidente resulta que la figura reglamentaria contradice el marco legal, que la Corte Constitucional al revisar el artículo 5º de la Ley 756 de 2002, que se pretende “reglamentar” con las normas acusadas, condicionó su alcance en el entendido que el Departamento Nacional de Planeación, en el ejercicio de las funciones, debe respetar el debido proceso de las entidades territoriales y al hacerlo partió del supuesto que cuando la entidad territorial considere superada la situación puede acudir ante el DNP, para que –éste- defina la situación previo cumplimiento del debido proceso. Según la *ratio decidendi* del fallo de constitucionalidad:

“se condicionará la exequibilidad del artículo 5 de la Ley 756 de 2002 a que se garantice el debido proceso de las entidades territoriales. Está garantía el debido proceso supone que se debe implementar un procedimiento para la aplicación de las medida de suspensión del desembolso de las regalías y compensaciones, diseñado de manera tal que ésta sólo pueda ser adoptada luego de un trámite durante el cual se garantice el derecho de audiencia, el derecho de contradicción y defensa de las entidades territoriales. La decisión final sobre la suspensión del desembolso deberá ser proferida mediante un acto motivado y congruente; susceptible de ser sometido al control de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Igualmente una vez la entidad territorial considere que se ha superado la situación que dio origen a la suspensión del desembolso podrá solicitar al Departamento Nacional de Planeación que examine nuevamente la medida adoptada y tomé (sic) una nueva decisión al respecto, nuevamente mediante un acto congruente y motivado susceptible de ser controlado ante la jurisdicción contencioso administrativa.”⁵⁸ (se subraya)

De manera que las normas acusadas no sólo infringen el texto original de la ley, sino también el pronunciamiento de constitucionalidad condicionada que sobre la misma hizo la Corte.

Huelga indicar que la norma, después del juicio de constitucionalidad, debe aplicarse con arreglo a lo dispuesto por la Corte Constitucional y por ello cualquier intento por separarse del contenido fijado por la Corte, no sólo entraña infracción de la cosa juzgada constitucional (243 Superior) sino que simultáneamente

⁵⁷ BETTI, Emilio, Interpretación de la ley y de los actos jurídicos, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1975, p. 177.

⁵⁸ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 781 de 2007 MP Humberto Sierra Porto

supone desconocer el contenido normativo del precepto legal, tal y como quedó luego del juicio de constitucionalidad⁵⁹.

Síguese de todo lo anterior que merced a la ilegalidad manifiesta de las figuras de “levantamiento de la suspensión” y “planes de desempeño” contenidos en los actos demandados, serán retirados del ordenamiento jurídico, dada su evidente contradicción con el artículo 5º de la Ley 756 de 2002.

llegalmente el reglamento autorizó la celebración de unos planes de desempeño que suponen el levantamiento de la medida correctiva de suspensión de las regalías cuando la ley señaló que dicha medida tendría lugar “hasta tanto quede superada la situación [uso ineficiente o inadecuado de las regalías]”, lo cual por supuesto no tiene lugar con un simple compromiso de enmienda como es el que resulta de la suscripción de un “plan de desempeño” no previsto por la ley.

En síntesis, el numeral 20 del artículo 8º del decreto 4355 de 2005, el artículo 29 y el artículo 32 numeral 1º último inciso del decreto 416 de 2007 son contrarios al artículo 5º de la Ley 756 de 2002, toda vez que el Gobierno Nacional no estaba facultado para establecer vía reglamento modificaciones al procedimiento administrativo correctivo ni introducir vías alternas al mismo, habida consideración a que el legislador no dio espacio a ello.

De consiguiente, como quiera que dichas disposiciones reglamentarias contradicen y alteran el alcance del numeral primero del artículo 10 de la Ley 141 de 1994 modificado por el artículo 5º de la Ley 756 de 2002, el cargo estructurado en la infracción de estos preceptos está llamado a prosperar.

Ahora, no corresponde a la Sala evaluar si el marco jurídico es adecuado o no, esto es, la conveniencia de las medidas adoptadas, sino si se avienen o no a mandatos superiores. No le es dable, pues, abordar las reflexiones de uno de los accionados (DNP) cuando indicó que las disposiciones acusadas, *“reconocen que los hechos que originan una medida de suspensión de regalías difícilmente son superables de forma inmediata y es por eso que establecen una estrategia que permita en el corto y mediano plazo eliminar progresivamente esas circunstancias,*

⁵⁹ Cfr. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Auto de 13 de diciembre de 2007, Rad. 110010326000200700042 00 (34.178), Actor: Carlos Eduardo Naranjo Flórez, Demandado: Nación-Ministerio de Minas y Energía.

denominada plan de desempeño” (se subraya). AtaÑe al Congreso, en desarrollo de la libertad de configuración normativa, definir si el derecho vigente acusa o no inconsistencias y adoptar decisiones legislativas, si es del caso.

La prosperidad del cargo formulado, releva a la Sala del estudio de los cargos por violación de los numerales 3º y 4º del artículo 10 de la Ley 141 de 1994.

Finalmente, en relación con el cargo formulado contra el inciso 2.1 del artículo 32 del Decreto 416 de 2007, que prevé la figura del cambio de ejecutor de los recursos de regalías y compensaciones, la Sala advierte que este precepto no reglamenta los planes de desempeño como tampoco el levantamiento de la suspensión correctiva, asuntos sobre los cuales versó la demanda, razón por la cual esta disposición reglamentaria no será anulada.

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

F A L L A

PRIMERO.- DESESTÍMASE la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta.

SEGUNDO. - DECLÁRANSE NULOS el numeral 20 del artículo 8º del decreto 4355 de 2005, el artículo 29 del decreto 416 de 2007 y el último inciso del numeral 1º del artículo 32 del decreto 416 de 2007.

TERCERO.- NIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RUTH STELLA CORREA PALACIO

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

Presidenta de la Sala

ENRIQUE GIL BOTERO
Ausente con excusa

MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR