



Función Pública

Concepto Sala de Consulta C.E. 2035 de 2010 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO

Bogotá, D.C., siete (7) de octubre de dos mil diez (2010).-

Rad. No.: 11001-03-06-000-2010-00064-00 y 11001-03-06-000-201000098-00.

Número interno: 2010 y 2035

Referencia: REGALÍAS Y COMPENSACIONES. TITULARIDAD DEL ESTADO. DERECHO DE PARTICIPACIÓN DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES. RENDIMIENTOS FINANCIEROS Y SU TITULAR.

Actor: DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN.

El señor Director General del Departamento Nacional de Planeación, doctor Esteban Piedrahita Uribe, consultó sobre la “eventual causación y beneficiario de los rendimientos financieros generados por los recursos de la participación en regalías y compensaciones, durante el lapso de vigencia de la medida preventiva o correctiva de suspensión de giros, impuesta por el Departamento Nacional de Planeación a una entidad beneficiaria de dichos recursos.”

La consulta analizó la naturaleza jurídica de las regalías a la luz de los artículos 332, 360 y 361 de la Constitución Política, del artículo 227 de la ley 685 de 2001, actual Código de Minas, y de algunos pronunciamientos jurisprudenciales; describió el procedimiento para el recaudo, la liquidación y el giro de las regalías causadas por la explotación de hidrocarburos, minerales y materiales de construcción; identificó a las autoridades competentes en cada una de esas actividades; y detalló las funciones de control y vigilancia originalmente asignadas a la Unidad Administrativa Especial – Comisión Nacional de Regalías y que ahora corresponden al Departamento Nacional del Planeación.

También se refirió a la suspensión de los desembolsos a las entidades territoriales como medida preventiva o correctiva prevista en los artículos 10, 26 y 32 de la ley 141 de 1994, para asegurar la correcta utilización de las regalías y compensaciones; y con fundamento en la sentencia C-567 de 19951 reafirmó la competencia del Departamento Nacional de Planeación en sustitución de dicha Comisión para el ejercicio de esas funciones.

La consulta concluyó que las regalías no son propiedad de las entidades territoriales porque el derecho que éstas tienen sobre aquéllas es de participación, en la forma que lo determine la ley, por lo cual el derecho se configura como una obligación a favor de las entidades territoriales y las causales de suspensión de los giros se constituyen en condiciones suspensivas que enervan su exigibilidad.

Así mismo la consulta expresó: "...la suspensión de giros de regalías, obedece al incumplimiento de requisitos a los que se encuentran obligadas las entidades beneficiarias... (entonces) la causación de rendimientos en su favor, sería una vulneración del principio general de derecho Nemo auditur propriam turpitudinem allegans"; agregó que mientras en materia mercantil los intereses se presumen, en materia civil deben pactarse entre las partes o estar previstos en la ley y ninguna de esas situaciones se da respecto de las regalías; también citó los apartes del pronunciamiento emitido por esta Sala para dirimir el conflicto de competencias administrativas surgido entre el Ministerio de Minas y Energía y el Departamento Nacional de Planeación, a propósito de un derecho de petición de reconocimiento de los rendimientos causados durante la suspensión de unos giros de regalías, en el cual se dijo que como las normas especiales no los contemplan, los rendimientos podrían tener como soporte legal el mandato de inversión de los excedentes de liquidez de que trata el decreto 1525 de 2008, que obliga a los órganos y entidades sujetos al Estatuto Orgánico del Presupuesto Nacional.

Aclaró que en el caso de suspensión preventiva o correctiva del giro de regalías y compensaciones, "es evidente que no procede pacto alguno entre la entidad beneficiaria objeto de la suspensión y el DNP, que regule la causación y pago de intereses... [y] no existe disposición que contemple o prevea que el valor de los giros suspendidos a las entidades beneficiarias una vez levantada la suspensión, se realice actualizando su valor, o reconociendo intereses remuneratorios a favor de las entidades receptoras de los mismos"; y anotó que como la suspensión excluye la mora de la entidad recaudadora en el giro de las regalías, tampoco se causarían intereses moratorios.

Entonces, formuló las siguientes preguntas:

"1. En los eventos en que el legislador previó que la autoridad encargada del control y vigilancia (Comisión Nacional de Regalías y Departamento Nacional de Planeación), adopte como medida preventiva o correctiva la suspensión de giros de regalías, ¿los recursos suspendidos generan rendimientos financieros? Si la respuesta es afirmativa, ¿cuál es la entidad beneficiaria de los rendimientos financieros generados durante la suspensión?

"2. Si se concluye la causación de rendimientos financieros, al tenor del artículo 361 constitucional, ¿deben éstos destinarse al Fondo Nacional de Regalías por ser ésta la entidad que a nombre del Estado es la beneficiaria de los recursos no asignados a los departamentos y municipios?"

Encontrándose en estudio de esta Sala la consulta que se ha dejado reseñada, se recibió comunicación del señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, doctor Oscar Iván Zuluaga, solicitando incluir un pronunciamiento sobre los rendimientos financieros de los recursos provenientes de regalías que deben destinarse al FONPET, con base en los artículos 2º, numeral 3º, de la ley 549 de 1999 y 48 de la ley 863 del 2003.

Explicó que el decreto 1760 del 2003 ordenó a la Agencia Nacional de Hidrocarburos "recaudar las regalías y compensaciones monetarias que correspondan al Estado por la explotación de hidrocarburos, y girar a las entidades con derecho a ellas tales recursos"; que los recursos así recaudados "son invertidos en inversiones transitorias mientras se transfieren al FONPET de acuerdo con las disposiciones vigentes"; y que el artículo 56 de la ley 141 de 1994, ordenó el giro a las entidades beneficiarias y al Fondo Nacional de Regalías dentro de los 10 días siguientes al recaudo y previó que las participaciones correspondientes a los demás departamentos y municipios "irán en calidad de depósito al Fondo Nacional de Regalías para que la Comisión dentro de los diez (10) días siguientes a su recibo, les de la asignación y distribución establecidas en la presente Ley."

También citó los conceptos emitidos por esta Sala bajo las radicaciones 906 de 1996 y 1881 del 2008, en el sentido de que *por rendimientos financieros deben entenderse los frutos civiles de los recursos (entendidos como un capital que produce intereses) y que los rendimientos financieros pertenecen al dueño del capital, de manera que si éste es de la Nación, al producirse tales rendimientos acrecen al Tesoro Nacional, y si es de un establecimiento público, al de éste*. Y preguntó:

"¿A quién pertenecen los rendimientos financieros obtenidos por la ANH en la gestión transitoria de los recursos de regalías, mientras se realiza su transferencia al FONPET? ¿A la ANH o a las entidades territoriales beneficiarias?"

Para responder la Sala CONSIDERA:

La Constitución de 1991 introdujo el concepto de Estado para enunciar el conjunto de autoridades y entidades públicas del nivel nacional y del nivel territorial, en consonancia con el régimen de república unitaria y descentralizada, que reconoce un grado de autonomía a las divisiones territoriales determinado por los elementos específicos señalados en el artículo 287 y sin perjuicio de su sujeción a la Constitución y a la ley.

Esa noción de Estado es de especial interés para el presente estudio puesto que por disposición constitucional y salvo derechos adquiridos es el único propietario del subsuelo, de los recursos naturales no renovables y de las contraprestaciones económicas que la explotación y el transporte de éstos o de sus productos debe generar.

Partiendo del derecho de propiedad, exclusivo del Estado, se precisará la naturaleza de los derechos que sobre las regalías y compensaciones ordena la Constitución reconocer a las entidades territoriales, y así podrá establecerse la titularidad de los rendimientos que dichas contraprestaciones puedan generar en las situaciones que plantean las dos consultas elevadas a la Sala.

a. El concepto de Estado:

La jurisprudencia constitucional, con apoyo en las ponencias y debates dados en la Asamblea Nacional Constituyente en particular respecto de los mandatos que se contendrían en los artículos 332 y 360, ha observado que:

"...en nuestro orden constitucional la palabra 'Estado' no se refiere exclusivamente a la Nación sino que se emplea en general para designar al conjunto de órganos que realizan las diversas funciones y servicios estatales, ya sea en el orden nacional, o ya sea en los otros niveles territoriales... cuando la Carta se refiere al Estado, y le impone un deber, o le confiere una atribución, debe entenderse prima facie que la norma constitucional habla genéricamente de las autoridades estatales de los distintos órdenes territoriales..."²

b. Los derechos sobre los recursos naturales no renovables y las contraprestaciones causadas por su explotación y transporte, en la Constitución Política:

Por expresa disposición de los artículos 332 y 360, inciso segundo, de la Constitución, el Estado es el titular de un derecho de propiedad sobre el subsuelo, los recursos naturales no renovables y las contraprestaciones que por mandato constitucional se causan a su favor por razón de la explotación y el transporte de esos recursos naturales.

También el artículo 360 en su inciso primero ordena que la ley determinará los derechos de las entidades territoriales sobre los recursos naturales no renovables y en su inciso tercero estatuye que los departamentos y los municipios donde se exploten los recursos y los puertos marítimos y fluviales por donde se transporten los mismos o sus productos, tienen un derecho "a participar" de las contraprestaciones económicas causadas en razón de la producción o el transporte.

A su vez, el artículo 361 constitucional ordena la creación de un Fondo Nacional de Regalías con destinación a las entidades territoriales para aplicar a unas actividades específicas relativas a la minería, la preservación del ambiente y los proyectos de inversión que se definan como prioritarios en sus planes de desarrollo.

Dicen los preceptos constitucionales:

ARTÍCULO 332: *"El Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, sin perjuicio de los derechos adquiridos y perfeccionados con arreglo a las leyes preexistentes."*

ARTÍCULO 360: *"La ley determinará las condiciones de explotación de los recursos naturales no renovables así como los derechos de las entidades territoriales sobre los mismos."*

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

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

ARTÍCULO 361: *"Con los ingresos provenientes de las regalías que no sean asignados a los departamentos y municipios, se creará un Fondo Nacional de Regalías cuyos recursos se destinarán a las entidades territoriales en los términos que señale la ley. Estos fondos se aplicarán a la promoción de la minería, a la preservación del ambiente y a financiar proyectos regionales de inversión definidos como prioritarios en los planes de desarrollo de las respectivas entidades territoriales."*

La jurisprudencia constitucional ha sido constante en su criterio de interpretación acerca de las razones por las cuales la Constitución de 1991 introdujo el concepto de Estado en el tema de las regalías y al respecto es pertinente la siguiente cita:

"Esta introducción de la palabra Estado tiene además, en materia de regalías, una finalidad clara pues quiere prevenir dos riesgos opuestos. De un lado, los constituyentes pretendieron evitar la centralización nacional de los beneficios derivados de la explotación de los recursos naturales, ya que una tal concentración les parecía incompatible con el espíritu descentralizador de la Carta, pues las regalías eran consideradas uno de los instrumentos más importantes para fortalecer los fiscos de las entidades territoriales. Por ello se trataba de evitar que la Nación se reservara para sí el producto de las regalías (...).

"De otro lado, la regulación constitucional aprobada en la Asamblea también pretende evitar el riesgo inverso, esto es, que el producto de las regalías sea exclusivo de aquellos municipios o departamentos que, por una casualidad de la naturaleza, tuvieron la fortuna de contar con una riqueza natural, ya que esto es incompatible con la equidad y el logro de un desarrollo regional equilibrado (...).

"14- Conforme a lo anterior, es claro que la Asamblea Constituyente evitó atribuir a la Nación la propiedad de los recursos no renovables, para evitar la centralización de sus beneficios, pero que tampoco quiso, por razones de equidad y de equilibrio regional, municipalizarlos o atribuir su propiedad a los departamentos. En ese orden de ideas, resulta perfectamente lógico que la titularidad de tales recursos y de las regalías que genera su explotación sea de un ente más abstracto, que representa a todos los colombianos y a los distintos niveles territoriales, esto es, del Estado colombiano como tal, quien es entonces el propietario de los recursos no renovables y el titular de las regalías."³

Reitera pues la jurisprudencia la claridad de las disposiciones constitucionales en el sentido de radicar un "derecho de propiedad" sobre los recursos naturales no renovables y las contraprestaciones que cause su explotación, en el Estado y no en la Nación ni en las entidades territoriales.

El Fondo Nacional de Regalías es, entonces, un mecanismo previsto por la Constitución para asignar recursos de las regalías y las compensaciones a los departamentos y municipios que no son productores ni puertos marítimos o fluviales; y su regulación es también un asunto de la ley, aunque en este caso la norma constitucional sí estableció las actividades a las cuales deben dirigirse esos recursos.

Más adelante la Sala retomará este tema.

c. Los derechos de las entidades territoriales en las leyes 141 de 1994 y 756 de 2002:

La ley 141 de 1994 desarrolló los mandatos constitucionales sobre los derechos de las entidades territoriales respecto de las regalías y contraprestaciones generadas por la explotación y el transporte de los recursos naturales no renovables.

El capítulo IV, nominado “Participaciones en las regalías y compensaciones”, trató sobre el “derecho de participación” de los departamentos y de los municipios en cuyo territorio se adelanten las explotaciones (Art. 28) y de los municipios portuarios (Art. 29), conforme al mandato del inciso tercero del artículo 360 de la Carta; estableció los criterios y porcentajes de distribución, los eventos en los cuales se redistribuirían los recursos entre los mismos departamentos y municipios, las circunstancias en las que parte de esas regalías acrecerían el Fondo Nacional de Regalías; ordenó a las entidades recaudadoras el giro de las participaciones y compensaciones correspondientes, directamente a los departamentos y municipios beneficiarios, dentro de los 10 días siguientes a su recaudo, previa la respectiva liquidación.⁵

El Capítulo I de la ley 141 en cita⁶, se ocupó del Fondo Nacional de Regalías, creándolo como “un sistema de manejo separado de cuentas, sin personería jurídica”, conformado por “los ingresos provenientes de las regalías no asignadas a los departamentos y a los municipios productores y a los municipios portuarios”, con la destinación establecida por el artículo 361 constitucional. Al respecto, esta Sala en concepto del 22 de noviembre del 2002 concluyó que se trataba de “uno de los fondos especiales del orden nacional definidos en el Estatuto Orgánico del Presupuesto... parte del componente de rentas del presupuesto general de la Nación...”⁷

La Ley 141 reiteró la destinación de las regalías que integran este Fondo conforme a lo ordenado por el artículo 361 constitucional; y reguló los ejecutores, los requisitos y aprobaciones necesarios y la redistribución de los excedentes de las regalías; también previó la inversión de sus excedentes de liquidez pero limitándola a los documentos emitidos por el Gobierno Nacional o el Banco de la República; y expresamente condicionó los desembolsos, así:

Ley 141 de 1994, Artículo 6º: “Condiconalidad de los desembolsos. Los desembolsos de recursos con cargo al Fondo estarán sometidos al cumplimiento de las condiciones financieras y técnicas establecidas en el acto aprobatorio del respectivo proyecto.”

Esta disposición, que no ha sido modificada, es especialmente importante porque sujeta la entrega de los recursos del Fondo Nacional de Regalías al cumplimiento de las exigencias de carácter técnico y financiero que para cada proyecto se aprueben; con lo cual establece una condición suspensiva, puesto que es por su ocurrencia que nace jurídicamente el derecho de las entidades beneficiarias sobre los recursos del Fondo.

Como puede observarse, el derecho de participación y la asignación de las regalías y las compensaciones a través del Fondo Nacional de Regalías, son dos modos diferentes de acceder a dichos recursos, por parte de las entidades territoriales, que la jurisprudencia constitucional y de esta Corporación denominan respectivamente, “regalías directas” y “regalías indirectas”.

La ley 141 de 1994 también creó, en el Capítulo II, la Comisión Nacional de Regalías, le señaló como objeto “controlar y vigilar la correcta utilización de los recursos provenientes de regalías y compensaciones” (artículo 7º) y en el artículo 10 la facultó para hacer visitas de inspección a las entidades beneficiarias de las participaciones, contratar interventorías financieras y administrativas para vigilar la ejecución de las participaciones, y tomar otras medidas tendientes a garantizar la correcta ejecución de los recursos.

Ahora bien, mediante la ley 756 del 2002 se introdujeron varias modificaciones a la ley 141 de 1994, de las cuales interesa destacar para este concepto las relativas a la personería jurídica del Fondo Nacional de Regalías y la declaración de la propiedad de sus recursos en cabeza de las entidades territoriales, así como la facultad de la Comisión Nacional de Regalías de suspender los desembolsos de las regalías y compensaciones.

Dispuso el artículo 1º de la ley 756 de 2002:

“ARTÍCULO 1º. El Fondo Nacional de Regalías tendrá personería jurídica propia, estará adscrito al Departamento Nacional de Planeación y sus recursos serán destinados, de conformidad con el artículo 361 de la Constitución Nacional, a la promoción de la minería, la preservación del medio ambiente y la financiación de proyectos regionales de inversión definidos como prioritarios en los planes de desarrollo de las respectivas entidades territoriales. El Gobierno Nacional dentro de los tres (3) meses siguientes a la promulgación de la presente ley, reglamentará lo referente a la personería jurídica propia del Fondo Nacional de Regalías y a los aspectos que de ella se deriven.

PARÁGRAFO. Los recursos del Fondo Nacional de Regalías son propiedad exclusiva de las entidades territoriales y seguirán siendo recaudados y administrados por la Dirección General del Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público."

Destaca la Sala que precisamente en el concepto emitido el 22 de noviembre de 2002, atrás citado, se analizaron la norma original de la ley 141 de 1994 referente al Fondo Nacional de Regalías y la modificación introducida por la ley 756 de 2002.

Respecto del artículo 1º de la ley 141, destacó la Sala que la creación del Fondo Nacional de Regalías sin personería jurídica y como un sistema de manejo separado de cuentas, tuvo como efecto que fuera "...parte del componente de rentas del presupuesto general de la Nación...".

Al estudiar la modificación introducida por la ley 756, la Sala concluyó:

"En virtud del artículo 1º de la ley 756 de 2002 se modificó la naturaleza jurídica del Fondo Nacional de Regalías, el cual se transformó en una persona jurídica y, por lo mismo, dejó de ser una cuenta en el Presupuesto General de la Nación como lo había precisado la Sección Primera del Consejo de Estado, y, por supuesto, también distinta de la Comisión Nacional de Regalías, perteneciente al sector descentralizado y, además, se adscribió al Departamento Nacional de Planeación, con las características propias que de ello se derivan en los términos señalados en la ley 489 de 1998⁹, aunque la ley no le haya señalado una estructura administrativa propia. Con todo, la norma previó que

'El Gobierno Nacional dentro de los tres (3) meses siguientes a la promulgación de la presente ley, reglamentará lo referente a la personería jurídica propia del Fondo Nacional de Regalías y a los aspectos que de ella se deriven.'

Además analizó las "Consecuencias del otorgamiento de personería jurídica", así:

"El otorgamiento por el legislador de personalidad o personería jurídica a un ente u órgano, en términos generales, tiene como efecto fundamental dotarlo de capacidad autónoma para adquirir derechos y contraer obligaciones, es decir, por virtud de ella se transforma su anterior naturaleza para ser considerado, en adelante, persona capaz de actuar en el mundo jurídico, independiente, descentralizada de la administración nacional, aunque adscrita, naturalmente¹⁰, a un Ministerio o Departamento Administrativo.

"En el caso en estudio, la nueva persona jurídica fue adscrita al Departamento de Planeación Nacional.

"Es claro, entonces, que la voluntad del legislador y, consecuentemente, el efecto jurídico producido al otorgarle personería jurídica al Fondo Nacional de Regalías, fue separar totalmente la entidad de cualquier otra dependencia estatal y, por lo mismo, independizar el manejo de los recursos, consecuencia que surge de la normatividad vigente, ley 489 de 1.998 literal g) del numeral 2º del artículo 38 y el artículo 39...".

Y ante la indefinición del tipo de entidad, la Sala precisó que "para los efectos presupuestales, a esa persona jurídica nueva debe dársele tratamiento de establecimiento público, tal como lo manda la ley orgánica del presupuesto¹¹..."

Las conclusiones y consecuencias expresadas por la Sala se fundamentaron en las razones expuestas por los congresistas como argumentos justificativos de las modificaciones adoptadas, los cuales resultan de especial interés para el presente concepto, por lo cual la Sala se permite transcribirlos conforme fueron estudiados en el concepto del 22 de noviembre del 2002:

"Trámite del proyecto que dio origen a la ley 756 de 2002

"Con el fin de determinar el espíritu del legislador al modificar la naturaleza jurídica del Fondo Nacional de Regalías en la nueva ley, la Sala transcribe algunos apartes de las ponencias sobre el proyecto, pliegos de modificaciones propuestas al mismo y discusiones que se surtieron en el seno del Congreso de la República, las cuales resultan bien ilustrativas sobre el particular:

- Proyecto de ley Nº 102 de 2001 de la Cámara de Representantes, fue presentado por los Ministros de Minas y Energía y de Hacienda y Crédito Público y en él nada se mencionó sobre el cambio de naturaleza jurídica del Fondo Nacional de regalías.¹²

- En la ponencia para primer debate del proyecto de ley 102 de 2001 de la Cámara de Representantes y 126 de 2001 del Senado (tuvo mensaje de urgencia y de insistencia), nada se explica sobre el particular ni se menciona en la comparación a doble columna de las modificaciones al articulado; pero en el texto para primer debate aparece dentro del texto del artículo primero del proyecto¹³, el cual fue aprobado en su integridad.¹⁴

- Según consta en el Acta Número 002 de 2001, correspondiente a la sesión conjunta de la Cámara y Senado de noviembre 21 de 2002, se expuso por los intervenientes:

“(...) es que el Fondo va a tener personería jurídica. Ese es un acuerdo con el Gobierno, para que no se lleven los dineros del Fondo. No podemos permitir que el Fondo se lo lleve el Gobierno para otros menesteres.”¹⁵

“(...) El mayor problema que tienen las regalías hasta este momento era que el Gobierno, como el Fondo no tenía personería jurídica, podía establecer el presupuesto anual de regalías, que en la mayor parte de las veces era muy inferior a los ingresos presentados por regalías. De modo que quedaban los recursos congelados en perjuicio de las entidades territoriales. Es así que hoy, tanto es así eso que hoy hay congelados alrededor de 1.8 billones de pesos que no se le pueden entregar a los municipios, dice el Gobierno, por problemas macroeconómicos, y con el argumento de que al no tener el Fondo Nacional de Regalías personería jurídica, sencillamente era el Gobierno, Ministerio de Hacienda, quien definía, de acuerdo con lo que pudiera sacar del Presupuesto General de la Nación; lo que pudiera aportar, definir como presupuesto para regalías, que definía cuál era el presupuesto del Fondo Nacional de Regalías. Eso va a variar sustancialmente. (...)”¹⁶

“(...) yo sí defiendo y vengo defendiendo hace mucho rato, me pareció que fue un error de nosotros, doctor Náder, no haber contemplado lo de la personería propia, jurídica del Fondo Nacional de regalías en la ley 141 de 1.994. Cómo ha sido de catastrófico esto, de tormentoso para las regiones. Mire, yo hice dos debates en la Comisión Quinta de la Cámara, señor Presidente, sobre el aplazamiento o el congelamiento de los recursos de Fondo Nacional de regalías; y cómo eso ha golpeado a las regiones de Colombia. Hice un cuadro comparativo en ese momento, para demostrar los perjuicios que están causando a esas regiones, en proyectos debidamente aprobados y que el Gobierno ha aplazado esos proyectos.

“Yo creo que con la personería vamos a acabar ese tormentoso, esa espada de Damocles, esa especie de capitán diminuto que se ha tejido sobre las regiones colombianas, a las cuales se les aplazan los proyectos, yo digo que arbitrariamente por parte de Planeación Nacional y del Gobierno Nacional (...)”¹⁷

- Según consta en el texto para segundo debate al proyecto de ley 102/2001 de la Cámara y 126/2001 del Senado, el artículo 1º se presentó sin modificaciones respecto del aprobado en primer debate¹⁸

- En la gaceta del Congreso Nº 245, página 17, aparece la siguiente intervención del Senador Hugo Serrano:

“Honorable Senadores, aquí está el señor Director Nacional de Planeación jugándose sucio a la Comisión Quinta del Senado y a los Senadores, en el sentido de que está haciendo lobby para desaprobar el artículo 1º del proyecto de Regalías, que tiene que ver con que el Fondo Nacional de Regalías le de personería jurídica. (...) Por lo tanto solicito que se retire esa firma, esa carta con esas firmas, si ustedes quieren que discutamos la Ley de Regalías”.

- En la misma Gaceta Nº 245, página 31, aparece la siguiente intervención del Senador Salomón Nader:

"(...) La segunda parte es lo que tiene que ver con la personería jurídica (...) La segunda forma de llegar es en forma indirecta a través del Fondo Nacional de Regalías. En este momento quienes reciben regalías del Fondo Nacional de Regalías son especialmente las entidades territoriales no productoras, aquellas que no reciben recurso por explotación de crudo, las que reciben solo a través del Fondo Nacional de Regalías. A esos recursos le han puesto retenes, el retén en el Ministerio de Hacienda, que ha hecho congelamiento de los recursos (...). En este proyecto estamos estableciendo que el Fondo Nacional de Regalías tiene personería jurídica; al tener personería jurídica el presupuesto del Fondo Nacional de Regalías es igual a los ingresos de regalías para el Fondo Nacional de Regalías, los ingresos propios del Fondo Nacional de regalías y no pueden ser recortados por el ministerio de Hacienda, no pueden ser congelados por el Ministerio de Hacienda. (...) Este proyecto cuando se inició la Comisión de Ponentes del Senado de la República estuvo conversando con el Ministro de Hacienda y allí se acordó y él aceptó que el Fondo tuviera personería jurídica. Cambió de criterio. (...) Ya ellos aceptan el Ministro de Hacienda y planeación Nacional, respetar el artículo 1º respetar el artículo 34 y definir que esos recursos seguirán siendo manejados dentro de la Tesorería general de la nación. Pero el presupuesto, primero el Fondo, tendrá personería jurídica propia y segundo, el Presupuesto de Ingresos y de Egresos del Fondo es exactamente igual.

"(...) Pero le pregunto (...) si con el obtener personería jurídica se va a resolver el problema en el evento de que por ejemplo, el Ministerio de Hacienda no traslade los dineros, que es el aspecto fundamental que hay que asegurar, o sea que pasada una vigencia fiscal, no queden en el Tesoro y queden sin utilizarse en tantas cosas que hay que hacer en los territorios del país (...).¹⁹

"(...) Obligatoriamente todos los dineros que ingresen al Fondo por concepto de regalías, partiendo de la base de que el Fondo fundamentalmente sirve a los municipios y departamentos no productores (...).²⁰

"(...) Y otra parte importante, hoy en día, el Fondo Nacional de Regalías no tiene personería jurídica propia, luego entonces todos los recursos no pueden ser manejados como presupuesto del mismo fondo, y hoy vemos cómo son Planeación Nacional y el Ministerio de Hacienda, quienes en un momento determinado, para hacer equilibrio fiscal o para manejar políticas presupuestales, recogen o encajan los recursos del Fondo Nacional de Regalías, impidiendo con esto que se irriguen en las entidades territoriales. (...). (...) aquí en el proyecto le damos personería jurídica al Fondo Nacional de Regalías (...).²¹

- En la misma Gaceta Nº 245, página 31, consta la forma cómo se acordó incluir el párrafo del artículo 1º del proyecto."

Hasta aquí la transcripción de la parte pertinente del concepto emitido el 22 de noviembre de 2002, radicado bajo el número 1471.

La Corte Constitucional por su parte, en la sentencia C-781-07, declaró exequibles los apartes demandados del artículo 1º de la ley 7562², pero no siendo el centro del debate, solamente señaló:

"Sin embargo, como plantea en concepto del Ministerio Público la expresión administrar los recursos del Fondo Nacional de Regalías, suscita ciertas dudas constitucionales respecto del alcance de la función examinada, sin embargo, el contexto mismo de la disposición acusada permite despejarlas.

"En efecto, podría entenderse que la función de administrar los recursos incluye la facultad de decidir sobre su destino o de apropiarse de éstos o de sus réditos, sin embargo el enunciado normativo acusado previamente señala que los recursos del Fondo Nacional de Regalías son propiedad exclusiva de las entidades territoriales, de lo que se desprende que la Dirección General del Tesoro Nacional cumple simplemente una función de gestión de dichos recursos, acorde con lo establecido en el artículo 361 constitucional."

No es de competencia de esta Sala analizar la constitucionalidad del párrafo del artículo 1º de la ley 756, sino de encontrar su armonía con el ordenamiento superior para resolver el tema de la titularidad de los rendimientos, que es el objeto de las consultas que se estudian.

En esa perspectiva se reitera que, sobre las regalías y compensaciones, la propiedad del Estado tiene como fuente el mandato constitucional del inciso segundo del artículo 360 de la Carta; y que este mismo artículo, en su inciso tercero, consagra a favor de los departamentos y municipios productores y de los puertos fluviales y marítimos, el "derecho a participar" en esas contraprestaciones, como ya se explicó; también, que el artículo 361 superior ordena la creación de un fondo con los recursos de las regalías no asignados por razón de la producción y el transporte de

los recursos naturales no renovables, para que las demás entidades territoriales puedan aplicar a esos recursos con las destinaciones establecidas por el mismo artículo 361.

A ello se agrega que de acuerdo con los antecedentes legislativos, dar personería jurídica al Fondo Nacional de Regalías le significó autonomía administrativa y financiera; pero esta persona jurídica tampoco podía ser propietaria de los recursos que ingresaran a ella por concepto de las regalías y las compensaciones, pues se habría desconocido el mandato constitucional sobre los derechos de las entidades territoriales.

Entonces, el parágrafo que aclara que “los recursos del Fondo Nacional de Regalías son de propiedad exclusiva de las entidades territoriales”, cumple varios propósitos: reafirmar que son estas entidades las únicas beneficiarias de tales recursos, que el Fondo como persona jurídica no tiene la propiedad sobre los recursos que lo conforman; y que las competencias del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y del Departamento Nacional de Planeación respecto de la administración de los mismos, se restringen precisamente por razón de los derechos de las entidades territoriales.

d. La naturaleza de los derechos del Estado y de las entidades territoriales sobre las regalías y compensaciones:

El análisis de la normatividad constitucional y legal que se ha dejado expuesto muestra que fue voluntad del constituyente diferenciar un derecho de propiedad en cabeza del Estado y otros derechos respecto de las entidades territoriales, lo cual hace necesario indagar por la naturaleza de ambos derechos a fin de identificar sus diferencias y deducir las consecuencias jurídicas particularmente relativas al tema que motiva las consultas, esto es, a los rendimientos que pueden producir los recursos dinerarios no desembolsados a las entidades territoriales por causas imputables a éstas.

Para conocer la naturaleza de los derechos es preciso recurrir al régimen de los bienes en el Código Civil porque, evidentemente, los recursos naturales no renovables y las contraprestaciones económicas que su explotación y transporte deben producir, son “bienes”

Dice el Estatuto en cita que los “bienes” son de dos clases: las *cosas corporales*, que “tienen un ser real”, y las *cosas incorpóreas* “que consisten en meros derechos”, los cuales son *reales o personales*.²

El “derecho real” es, conforme al artículo 6652⁴ del código Civil, “el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona”, como el de dominio, “que se llama también propiedad” y está definido en el artículo 6692⁵ del código en cita como “el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella no siendo contra ley o contra derecho ajeno. /.../”.

Los “derechos personales o créditos”, según los define el artículo 6662⁶ del mencionado código, “son los que sólo pueden reclamarse de ciertas personas que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas...”

Se trata pues de categorías jurídicas que representan las diferentes formas de relación entre las personas y las cosas.

Encuentra entonces la Sala que cuando los artículos constitucionales 332 y 360, inciso segundo, radican en el Estado, de manera exclusiva, la propiedad sobre los recursos naturales no renovables y sobre las contraprestaciones económicas que su explotación y transporte causen, está significando que los derechos de las entidades territoriales sobre los mismos bienes deben configurarse por la ley como derechos personales o créditos⁷.

Al respecto, la jurisprudencia constitucional⁸ ha sido reiterativa en el sentido de señalar que las entidades territoriales no tienen derecho de propiedad sobre las regalías y compensaciones. Así, en la sentencia C-567 de 30 de noviembre de 1995, se dijo:

“No cabe duda de que la ley 141 de 1993 (sic) también encuentra fundamento constitucional en las otras disposiciones de la Carta Política según Concepto Sala de Consulta C.E. 2035 de 2010 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil”

las consideraciones contenidas en la sentencia C- 478 de 1992, en el sentido de que la participaciones de las regalías y compensaciones no son situado fiscal ni participación en los ingresos corrientes de la Nación, y además en cuanto asegura que las inversiones públicas deben estar encaminadas a ser parte de los planes generales de desarrollo a nivel departamental o municipal y en buena parte para la atención de las necesidades básicas insatisfechas.

Bajo estas consideraciones, en ningún evento puede considerarse que las regalías sean tributos departamentales o municipales, ni bienes o rentas de propiedad exclusiva de las entidades territoriales en los términos de los dos incisos del artículo 362 de la Carta Política, lo cual impediría cualquier regulación legal acerca de su administración autónoma y condenaría inexorablemente a la inconstitucionalidad de la disposición normativa correspondiente y a buena parte de la acusada en el presente asunto."

Por su parte, el inciso final del artículo 360 constitucional precisa que los departamentos y municipios productores y los puertos marítimos y fluviales por los que se transporten los recursos no renovables o sus productos, tienen el "derecho a participar" en las regalías y compensaciones que generen esas actividades.

En su acepción gramatical, "participar" es "recibir una parte de algo"; lo cual remite a la acción de "dar"; y en consecuencia, desde el punto de vista jurídico el derecho a participar debe expresarse en un derecho personal o crédito que vincula a las entidades territoriales con el Estado como propietario de las contraprestaciones económicas derivadas de la explotación y el transporte de los recursos naturales no renovables, en los términos que establezca la ley.

Ahora bien, en el derecho personal o crédito, la obligación que adquiere una persona frente a la otra es de dar, hacer o no hacer, bien por su voluntad o bien por mandato de la ley²⁹.

Como las regalías y compensaciones están reguladas o pactadas en dinero por regla general, la obligación del Estado con los departamentos y municipios productores y los puertos marítimos y fluviales, es de dar, es decir, "de entregar la cosa"³⁰, esto es, una suma de dinero, siendo dicha entrega el modo de transferir la propiedad al acreedor, siempre que se cumplan las condiciones acordadas o las ordenadas en la ley; de manera que entregado el dinero se extingue la obligación para el deudor, el Estado en este caso, y acrece el patrimonio del acreedor, las entidades territoriales señaladas, haciéndolo propietario del monto de que se trate.

Estas regalías se denominan "directas" por cuanto las entidades recaudadoras deben girarlas directamente a las entidades territoriales productoras y portuarias, previa la autoliquidación con base en los porcentajes y criterios establecidos en la ley y la revisión por la autoridad competente, según el recurso natural no renovable al que correspondan.

e. El ejercicio del derecho a participar en las regalías y las compensaciones:

Sustentado como está que los derechos de las entidades territoriales son derechos personales o de crédito, ha de destacarse ahora que se trata de derechos regulados en un todo por la ley pues así lo disponen los mandatos constitucionales.

Como se destacó al estudiar la ley 141 de 1994, tanto para las regalías directas como para las indirectas, están establecidos criterios y reglas para su distribución.

A ellas se agrega que la ley 756 de 2002³¹ también modificó el artículo 10 de la ley 141 de 1994, adicionando a las facultades de la Comisión Nacional de Regalías, hoy Departamento Nacional de Planeación, en los siguientes términos:

ARTÍCULO 5°. El numeral 1º del artículo 10 de la Ley 141 de 1994 quedará así:

"1. 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 inefficiente o inadecuada, hasta tanto quede superada la situación".

Debe anotarse que esta disposición fue declarada exequible por la sentencia C-781-07.

Volviendo al régimen general de las obligaciones, "suspender el desembolso" significa que la obligación de dar que tiene el Estado frente al departamento o al municipio productor o al puerto marítimo o portuario, queda condicionada a la satisfacción de unos requisitos por parte del destinatario del desembolso.

El derecho de la entidad productora o portuaria, de hacer exigible la obligación del Estado a su favor, no nace porque las causas que sustentan la orden de detener el desembolso se configuran como condiciones suspensivas que inhiben la adquisición del derecho, tal como lo establece el artículo 1536 del código Civil cuando define: "La condición se llama suspensiva si, mientras no se cumple, suspende la adquisición de un derecho..."³.

A lo dicho debe agregarse, a fuerza de ser reiterativos, que se trata de derechos sujetos a la regulación que de ellos haga la ley, porque tal es el mandato constitucional. Los derechos nacen solamente con el cumplimiento de todas las condiciones que fije la ley que los regula.

Por ende, si la entidad beneficiaria, por razones que le sean imputables incurre en incumplimiento de las condiciones legales que le aplican, no puede recibir su parte en las regalías y compensaciones porque no ha adquirido su derecho a participar de ellas; el Estado a su vez, tampoco ha adquirido la obligación de darle a la entidad su parte y entonces sigue siendo el propietario de esa parte; mientras persista el incumplimiento la entidad beneficiaria no es titular de derecho alguno, no es exigible ni es legalmente factible la entrega del dinero, y no hay transferencia de la propiedad sobre éste.

En esas circunstancias, no puede dudarse de que los rendimientos financieros que los dineros llegaren a producir sólo pueden ser del Estado en su condición de propietario del capital que representan las regalías y compensaciones, respecto del cual no hay otro derecho exigible. Por lo demás, la inexistencia de un derecho exigible excluye la posibilidad de mora en el cumplimiento de la obligación de dar, puesto que esta obligación no ha nacido.

Las conclusiones a las que llega la Sala en relación con el derecho de participación en las regalías y compensaciones que tienen los departamentos y municipios productores y los puertos marítimos y fluviales, que corresponde a las regalías directas, son igualmente aplicables al derecho que sobre las mismas contraprestaciones tienen las demás entidades territoriales a través del Fondo Nacional de Regalías, es decir, a las regalías indirectas, como pasa a explicarse.

La ley 141 de 1994 con las modificaciones introducidas por la ley 756 de 2002 y otras posteriores³, fija los porcentajes que han de destinarse tanto a los municipios productores y portuarios como a los departamentos de los cuales forman parte, lo mismo que a los demás departamentos, distritos y municipios y al Fondo Nacional de Regalías, estableciendo respecto de cada recurso natural no renovable unos márgenes máximos y mínimos de producción, que a su vez determinarán unos excedentes que permitirán una redistribución de las regalías y compensaciones para ser asignadas a través del Fondo en mención.

Las leyes en cita, distribuyen los recursos que nutren al Fondo Nacional de Regalías asignando un porcentaje para cada uno de los sectores a los que se refiere el artículo 361 de la Constitución, el cual a su vez es desagregado, también porcentualmente, para cubrir distintas actividades y precisar algunas entidades ejecutoras.³

El acceso a los recursos del Fondo Nacional de Regalías está condicionado a la presentación de proyectos por parte de las entidades territoriales, que una vez aprobados deben inscribirse en el Banco de Proyectos de Inversión de que trata el artículo 9º del Estatuto Orgánico del Presupuesto Nacional³ y se definen como proyectos elegibles. Bajo los criterios establecidos en el artículo 5º de la ley 141, se distribuyen los recursos del Fondo Nacional de Regalías entre los proyectos elegibles, entendiéndose que los recursos asignados se entienden "comprometidos al momento

de presentar un proyecto elegible a la Comisión”, con el fin de que no sean considerados como “excedentes” utilizables por ella para financiar otros proyectos (Art. 5º, inciso final y Art. 3º, parágrafo 5º).

Finalmente, en el “acto aprobatorio del respectivo proyecto” deben precisarse las condiciones financieras y técnicas de cada proyecto, porque de su cumplimiento dependen los desembolsos, según el mandato expreso del artículo 6º de la ley 141 de 1994⁶, norma que no ha sido objeto de modificación.

Retomando la naturaleza del derecho de los departamentos y municipios, las disposiciones en comento determinan que cada entidad territorial es titular del derecho personal o crédito respecto de los recursos del Fondo Nacional de Regalías, cuando acredita el cumplimiento de esas concretas y específicas condiciones respecto de un proyecto específico, naciendo la correlativa obligación del Estado de desembolsar los recursos que correspondan; entregados éstos, la entidad territorial adquiere la propiedad sobre los dineros.

f. La causación de los rendimientos financieros y su destinatario

La primera de las preguntas formuladas por el Departamento Nacional de Planeación plantea dos asuntos: el primero, si “los recursos suspendidos generan rendimientos financieros”; y el segundo, a quién beneficiaría.

Brevemente recuerda la Sala su criterio en el sentido de que los *rendimientos financieros* deben entenderse como *los frutos civiles de los recursos, en cuanto éstos son un capital que produce intereses*; entonces, pertenecen al dueño del capital.⁵⁷

En el caso ahora en estudio, los recursos objeto de la medida preventiva o correctiva de suspensión de los desembolsos, son las regalías y compensaciones de propiedad del Estado, que no han cambiado de dueño porque precisamente detener su desembolso por causas imputables a la entidad destinataria, tiene como efecto jurídico que ésta no adquiere su derecho sobre esos recursos, es decir, dichos recursos no salen de la propiedad del Estado.

Por tal razón, como antes se indicó, los rendimientos que llegaren a producirse durante el tiempo de la suspensión son exclusivamente del Estado, y por supuesto, acrecerán el monto de los recursos destinados a las entidades territoriales por concepto de las contraprestaciones que los causan, porque ello es consecuencia de los mandatos contenidos en los artículos 360 y 361 de la Constitución respecto del objeto de los derechos de las entidades territoriales.

En este punto ha de precisarse que como una parte de las regalías y compensaciones está destinada a satisfacer el derecho de participación de los departamentos y los municipios productores y de los puertos marítimos y fluviales, y otra parte está llamada a constituir el Fondo Nacional de Regalías para asignarla a las demás entidades territoriales, no sería constitucional ni legalmente válido desconocer a cuál de dichas partes corresponden los recursos que están generando rendimientos financieros, por lo cual estos necesariamente acrecerán la parte a la cual pertenezcan los recursos que los causan.

En cuanto a establecer si los llamados en la consulta “recursos suspendidos”, generan rendimientos financieros, la Sala pasa a hacer las siguientes consideraciones:

El artículo 4º de la ley 141 de 1994, en el inciso primero⁵⁸ se refiere a los excedentes de tesorería del Fondo Nacional de Regalías para ordenar que su inversión sólo podrá hacerse en documentos de deuda emitidos por el Gobierno Nacional o por el Banco de la República. Aquí no se está ordenando invertir, pero sí se está señalando que para el ejercicio de esa opción, sólo hay unos papeles permitidos.

El mismo artículo 4º, en su inciso segundo, dispone que “*Las asambleas departamentales y concejos municipales de las entidades territoriales productoras y de los municipios portuarios, reglamentarán en el mismo sentido lo referente a los excedentes de liquidez provenientes de las regalías y compensaciones.*” Mandato que equivale a unificar los criterios para la inversión de los recursos provenientes de regalías y

compensaciones.

Destaca la Sala que los recursos por los cuales se consulta no tienen la condición de "excedentes", es decir, no están disponibles sino que están comprometidos y ya representan la expectativa de una determinada entidad beneficiaria, que por su propia culpa no adquiere aún derecho sobre ellos. Por eso, no se encuentra disposición alguna en la normatividad que se estudia que contemple la inversión, lo que tampoco excluye las razones de seguridad y de conveniencia que sustentan la necesidad de las entidades públicas de hacer inversiones de corto plazo o a la vista con sus recursos de tesorería mientras se completan los requisitos y condiciones legalmente requeridos para su desembolso efectivo.

No puede dejarse de anotar igualmente que este aspecto del tema en estudio remite al recaudo y a la transferencia de los recursos y las diferencias que derivan de aquella parte destinada al derecho de participación y aquella otra referente al Fondo Nacional de Regalías.

Dice el artículo 56, original, de la ley 141 de 1994⁹:

"Transferencia de las participaciones en las regalías y compensaciones. Las entidades recaudadoras girarán las participaciones correspondientes a regalías y compensaciones a las entidades beneficiarias y al Fondo Nacional de Regalías dentro de los diez (10) días siguientes a su recaudo.

Las correspondientes a los demás departamentos y municipios a los cuales esta ley les otorga participación en las regalías y compensaciones irán en calidad de depósito al Fondo Nacional de Regalías para que la Comisión [léase Departamento Nacional de Planeación] dentro de los diez (10) días siguientes a su recibo, les de la asignación y distribución establecidas en la presente Ley."

La norma transcrita muestra que los recursos destinados al derecho de participación son transferidos directamente por la entidad recaudadora. Habrá entonces que examinar en cada caso si el régimen público o privado que a ella se aplique permite exigir o no las inversiones transitorias de aquellos desembolsos detenidos.

La consulta del señor Ministro de Hacienda y Crédito Público:

Como se reseñó al inicio, la consulta se refiere a los rendimientos financieros de los recursos provenientes de regalías que deben destinarse al Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales.

Al respecto se recuerda que por mandato de la ley 549 de 1999⁴, se tomaron medidas para asegurar el pasivo pensional a cargo de las entidades territoriales, entre ellas, la de crear el Fondo Nacional de Pensiones de las entidades territoriales, sin personería jurídica, administrado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con el objeto de "recaudar y asignar los recursos a las cuentas de los entes territoriales y administrar los recursos a través de los patrimonios autónomos que se constituyan exclusivamente en las administradoras de fondos de pensiones y cesantías privadas o públicas, en sociedades fiduciarias privadas o públicas o en compañías de seguros de vida privadas o públicas que estén facultadas para administrar los recursos del Sistema General de Pensiones y de los regímenes pensionales excepcionados del Sistema por ley" (Art. 3º), conservando expresamente la responsabilidad de las entidades territoriales por sus respectivos pasivos pensionales, en los siguientes términos:

Ley 549 de 1999, Art. 3º, incisos segundo y tercero:

"(...)

"En todo caso la responsabilidad por los pasivos pensionales territoriales corresponderá a la respectiva entidad territorial. Por consiguiente, el hecho de la creación del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales, de la destinación de recursos nacionales para coadyuvar a la financiación de tales pasivos o de que por disposición legal la Nación deba realizar aportes para contribuir al pago de los pasivos pensionales

de las entidades del nivel territorial, no implica que esta asuma la responsabilidad por los mismos.

En dicho Fondo cada una de las entidades territoriales poseerá una cuenta destinada al pago de sus pasivos pensionales. Los valores registrados en las cuentas pertenecerán a las entidades territoriales y serán complementarios de los recursos que destinen las entidades territoriales a la creación de Fondos de Pensiones Territoriales y Patrimonios Autónomos destinados a garantizar pasivos pensionales de conformidad con las normas vigentes.”

El artículo 2º de la ley 549 en cita relaciona los recursos para atender el pasivo pensional territorial, entre los cuales están:

“... 3. Para el año 2000 y siguientes un porcentaje no superior al siete por ciento (7%) de los recursos del Fondo Nacional de Regalías, y que no comprometan los recursos de destinación específica de las entidades territoriales. Estos recursos se distribuirán entre las cuentas de las entidades territoriales con los mismos criterios que se aplican para la distribución de los recursos de inversión del Fondo Nacional de Regalías.”

Las frases que subraya la Sala indican que los recursos destinados al FONPET, entre ellos los de las regalías, *son de propiedad de la respectiva entidad territorial una vez registrados en la cuenta que para ella debe abrirse*. Entiende la Sala que, en armonía con la regulación constitucional y legal de las regalías que se dejó ya explicada, dicho registro sólo puede proceder cuando la entidad beneficiaria del derecho de participación o de asignación, adquiere ese derecho porque ha cumplido con las exigencias legales que se lo permiten.

Ahora bien, el artículo 48 de la ley 863 de 2003¹, agrega un mecanismo para hacer efectiva la destinación de las regalías al FONPET, que consiste en facultar a la entidad recaudadora para descontar del valor de las regalías a girar un porcentaje que la misma norma fija y transferirlo directamente al FONPET.

Como el artículo 48 habla de descontar sobre los recursos que han de “girarse” y esa suma ingresa al FONPET como recurso de la entidad territorial que corresponda, en criterio de la Sala ha de entenderse que se trata ya de recursos de las entidades territoriales.

Contrario sensu, si los recursos no pueden girarse a la entidad beneficiaria, la suma descontada o por descontar con destino al FONPET tampoco puede ser transferida.

Entonces, cuando la norma especial de la Agencia Nacional de Hidrocarburos², le asigna la función de recaudar las regalías y compensaciones que causa la explotación de hidrocarburos y girarlas a las entidades con derecho a ellas, está incorporando al quehacer de la Agencia la normatividad que regula el recaudo y el giro de dichos recursos, y todas las demás previsiones que como la relativa al pasivo pensional puedan ser previstas en la ley.

Esto significa que cuando la autoridad competente da la orden de suspender el desembolso, la Agencia habrá de conocer las razones por las cuales no es factible la transferencia de los recursos que ha recaudado, y por lo tanto, sabrá que si se trata de situaciones imputables a la Entidad beneficiaria, los rendimientos financiero que generen los recursos no desembolsados son del Estado; por el contrario, si se trata de asuntos no imputables a la entidad beneficiaria, los rendimientos le pertenecerán a ésta, conforme a las razones que se han dejado explicadas.

En ningún caso le pertenecerán a dicha Agencia, de acuerdo con los análisis que la Sala ha expuesto en este mismo concepto.

Síntesis del concepto:

La Sala estima necesario hacer una síntesis del concepto que a continuación se explica, para una mejor comprensión del problema planteado y de la solución que se propone.

1. Los rendimientos financieros son frutos civiles de un capital que lo acrecen y por tanto, son del propietario del capital. En el caso consultado, el capital consiste en el dinero que el Estado recibe a título de regalías, por lo que los rendimientos financieros acrecen a quien sea el dueño del capital.

2. El Estado es el primer propietario del dinero proveniente de las regalías, pues es el dueño de los recursos naturales que se entregan a cambio.

3. Las entidades territoriales tienen un derecho de crédito a su favor y en contra del Estado por concepto de sus participaciones sobre las regalías, cuya fuente es la misma ley, que nace cuando se cumplan los requisitos por ella contemplados. El pago que hace el Estado de tal obligación tiene como efectos jurídicos inmediatos los de cancelar el crédito y transferir la propiedad sobre el dinero que entrega.

4. Entonces, mientras el Estado sea el dueño de los dineros recibidos a título de regalías, los posibles frutos de éstos pertenecen al Estado y entregados a título de pago de los derechos de participación a las entidades territoriales, son éstas las propietarias de los mismos, y los frutos que produzcan serán de su propiedad.

5. Si una orden de autoridad suspende el pago de las regalías, los dineros destinados al pago siguen siendo del Estado pues no ha habido tradición de los mismos a las entidades territoriales, por lo cual los posibles frutos o rendimientos que produzcan son del Estado.

6. Si el Estado no paga las regalías oportunamente, entra en mora y debe responder por los perjuicios que cause, según las reglas generales.

7. Los frutos de los dineros recibidos a título de regalías mientras sean del Estado incrementan el valor total de las regalías, por lo que deben distribuirse entre las entidades territoriales en las proporciones definidas por la ley, bien directamente o bien a través del Fondo Nacional de Regalías, de conformidad con los mandatos constitucionales y su desarrollo legal.

Con base en las premisas anteriores, la Sala RESPONDE:

A la consulta radicada bajo el número 2010:

"1. En los eventos en que el legislador previó que la autoridad encargada del control y vigilancia (Comisión Nacional de Regalías y Departamento Nacional de Planeación), adopte como medida preventiva o correctiva la suspensión de giros de regalías, ¿los recursos suspendidos generan rendimientos financieros? Si la respuesta es afirmativa, ¿cuál es la entidad beneficiaria de los rendimientos financieros generados durante la suspensión?"

Los rendimientos financieros que produzcan los dineros de las regalías pertenecen al dueño de éstos. Por tanto, si el pago de las regalías a una entidad territorial está suspendido por orden de autoridad, los respectivos dineros siguen siendo del Estado y de él son sus frutos.

"2. Si se concluye la causación de rendimientos financieros, al tenor del artículo 361 constitucional, ¿deben éstos destinarse al Fondo Nacional de Regalías por ser ésta la entidad que a nombre del Estado es la beneficiaria de los recursos no asignados a los departamentos y municipios?"

El Fondo Nacional de Regalías no es beneficiario de las regalías y compensaciones y por lo tanto no puede serlo de sus rendimientos financieros. Estos rendimientos incrementan el monto global de las regalías y, en consecuencia, se distribuirán entre las entidades territoriales de acuerdo con las reglas generales establecidas en la Constitución y en la ley.

A la consulta radicada bajo el número 2035:

"¿A quién pertenecen los rendimientos financieros obtenidos por la ANH en la gestión transitoria de los recursos de regalías, mientras se realiza su transferencia al FONPET? ¿A la ANH o a las entidades territoriales beneficiarias?"

Las regalías y compensaciones que corresponde recaudar a la Agencia Nacional de Hidrocarburos son del Estado, en primer término. En virtud de las disposiciones que rigen al FONPET, esos recursos pasan a ser propiedad de las entidades territoriales cuando sean registrados en la cuenta que para cada una de ellas debe abrir el FONPET. Entonces, los rendimientos financieros serán del dueño del dinero que los produce, de suerte que mientras éste sea de propiedad del Estado aquellos son también del Estado, y a partir del momento en que sean de las entidades territoriales, lo serán de éstas. En ningún caso son de la Agencia Nacional de Hidrocarburos porque ella es mera administradora de las regalías y compensaciones.

Transcríbase a los señores Ministro de Hacienda y Crédito Público y Director General del Departamento Nacional de Planeación, y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO

PRESIDENTE DE LA SALA

LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO

CONSEJERO

AUGUSTO HERNÁNDEZ BECERRA

CONSEJERO

WILLIAM ZAMBRANO CETINA

CONSEJERO

JENNY GALINDO HUERTAS

SECRETARIA DE LA SALA

NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

1 La sentencia C-567-95 declaró exequible el artículo 7º de la ley 141 de 1994, que reguló las funciones de control, asignándolas a la Comisión Nacional de Regalías.

3 Sentencia C-221-97. También, las sentencias C-567-95, C-722-99, C-628-03, C-781-07, entre otras.

4 Ley 141 de 1994 (junio 28), “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 los recursos naturales no renovables, se establecen las reglas para su liquidación y distribución y se dictan otras disposiciones”, D. O. No. 41.414, junio 30/94.

5 Cfr. Arts. 28 a 60 de la ley 141 de 1994.

6 Cfr. Arts. 1º a 6º de la ley 141 de 1994.

7 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 22 de noviembre de 2002, Rad. No. 1471; levantada la reserva legal mediante auto de 18 de enero de 2007.

8 Ley 756 de 2002 (julio 23), “Por la cual se modifica la Ley 141 de 1994, se establecen criterios de distribución y se dictan otras disposiciones.”, D. O. No. 44.878 (julio 25).

9 Ley 489 de 1999.- “Artículo 38. Integración de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional. La Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, está integrada por los siguientes organismos y entidades. (...) 2) Del sector descentralizado por servicios: (...) g) Las demás entidades administrativas Nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la Ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público.”.

¹⁰ Así lo disponen los artículos 38, 39,40 y 41 de la ley 489 de 1.998

¹¹ Dijo el Concepto 1471: “Además, para los efectos presupuestales, a esa persona jurídica nueva debe dársele tratamiento de establecimiento público, tal como lo manda la ley orgánica de presupuesto, artículo 4º del decreto 111 de 1.996: ‘Para efectos presupuestales, todas las personas jurídicas públicas del orden nacional, cuyo patrimonio esté constituido por fondos públicos y no sean empresas industriales y comerciales del Estado o sociedades de economía mixta o asimiladas a estas por la Ley de la República, se les aplicarán las disposiciones que rigen los establecimientos públicos del orden nacional (ley 179 de 1.994, art.63)’”

¹² Gaceta del Congreso Nº 492 de septiembre 26 de 2001, página 2.

¹³ Gaceta del Congreso Nº 643 de diciembre 12 de 2001, página 27.

¹⁴ Gaceta del Congreso Nº 652 de diciembre 14 de 2001, página 6.

¹⁵ Gaceta del Congreso No. 55 del 18 de marzo de 2002. Página 16. I

¹⁶ Gaceta del Congreso No. 55 del 18 de marzo de 2002. Página 17.

¹⁷ Gaceta del Congreso Nº 55, marzo 18 de 2002, página 19.

¹⁸ Gaceta del Congreso Nº 144 de mayo 6 de 2002, página 13.

¹⁹ Gaceta del Congreso No. 245 del 20 de junio de 2002. Página 29.

²⁰ Gaceta del Congreso No. 245 del 20 de junio de 2002. Página 30.

²¹ Gaceta del Congreso 271 del 8 de julio de 2002. Página 13

²² Ley 756/02, Art. 1°. El Fondo Nacional de Regalías tendrá personería jurídica propia, estará adscrito al Departamento Nacional de Planeación y sus recursos serán destinados, de conformidad con el artículo 361 de la Constitución Nacional, a la promoción de la minería, la preservación del medio ambiente y la financiación de proyectos regionales de inversión definidos como prioritarios en los planes de desarrollo de las respectivas entidades territoriales. El Gobierno Nacional dentro de los tres (3) meses siguientes a la promulgación de la presente ley, reglamentará lo referente a la personería jurídica propia del Fondo Nacional de Regalías y a los aspectos que de ella se deriven. / PARÁGRAFO. Los recursos del Fondo Nacional de Regalías son propiedad exclusiva de las entidades territoriales y seguirán siendo recaudados y administrados por la Dirección General del Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

²³ Código Civil, Art. 653. “Los bienes consisten en cosas corporales o incorporales. / Corporales son las que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos, como una casa, un libro. / Incorporales las que consisten en meros derechos, como los créditos y las servidumbres activas.”

²⁴ Código Civil, Art. 665. “Derecho real es el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona. / “Son derechos reales el de dominio, el de herencia, los de usufructo, uso o habitación, los de servidumbres activas, el de prenda y el de hipoteca. De estos derechos nacen las acciones reales.”

²⁵ Texto después de la sentencia C-595-99; el original decía: “El dominio que se llama también propiedad es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra ley o contra derecho ajeno. / La propiedad separada del goce de la cosa se llama mera o nuda propiedad.”

²⁶ Código Civil, Art. 666. “Derechos personales o créditos son los que sólo pueden reclamarse de ciertas personas que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas; como el que tiene el prestamista contra su deudor por el dinero prestado, o el hijo contra el padre por alimentos. De estos derechos nacen las acciones personales.”

²⁷ Además de los derechos reales y los personales, la legislación también regula los derechos intelectuales o de autor, que no interesan para este concepto.

²⁸ Cfr. Sentencias C-128-98, C-299-99, C-1160-00, C-509-08, por ejemplo.

²⁹ Código Civil, Art. 1494. “Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontatos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia.”// Art.1517. “Toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas, que se trata de dar, hacer o no hacer. El mero uso de la cosa o su tenencia puede ser objeto de la declaración.”

³⁰ Código Civil, Art. 1605. “La obligación de dar contiene la de entregar la cosa; y si ésta es una especie o cuerpo cierto, contiene, además, la de conservarla hasta la entrega, so pena de pagar los perjuicios al acreedor que no se ha constituido en mora de recibir.”

³¹ Ley 756 de 2002 (julio 23), "Por la cual se modifica la Ley 141 de 1994, se establecen criterios de distribución y se dictan otras disposiciones". D. O. No. 44.878, julio 25/02.

³² Código Civil, Art. 1536. "La condición se llama suspensiva si, mientras no se cumple, suspende la adquisición de un derecho; y resolutoria, cuando por su cumplimiento se extingue un derecho."

³³ Leyes 858 y 863 de 2003 y 1283 de 2009

³⁴ Ejs. Ley 141/94, Art. 1º, Parágrafo 2º, modificado por el artículo 2º de la ley 756 de 2002, fija unos criterios previos para ordenar que se destine como mínimo el 15% para el fomento a la minería, el 30% para la preservación del medio ambiente y el 54% para la financiación de proyectos regionales de inversión definidos como prioritarios en los planes de desarrollo de las respectivas entidades territoriales. // Par. 4º, modificado por el artículo 1º 63 de la Ley 858 de 2003: "El cien por ciento (100%) de los recursos destinados a la promoción de la minería deberán aplicarse en los términos del artículo 6264 de la Ley 141 de 1994. De estos, el treinta por ciento (30%) serán ejecutados por el Instituto de Investigaciones e Información Geocientíficas, Minero-Ambiental y Nuclear, Ingeominas, fundamentalmente al levantamiento de la cartografía geológico-básica de la totalidad del territorio nacional en escala 1:100.000 (escala uno en cien mil). El setenta por ciento (70%) restante por la Empresa Nacional Minera, Minercol Ltda., o quien haga sus veces, la cual lo distribuirá de acuerdo con las prioridades del Gobierno Nacional y las necesidades de desarrollo de los tres (3) subsectores mineros, a saber: Metales y piedras preciosas, minerales y materiales industriales y minerales energéticos.

³⁵ Ley 141/94, Art. 3º, parágrafo primero; y Decreto 111 de 1996, Art. 9º. "Banco Nacional de Programas y Proyectos. Es un conjunto de actividades seleccionadas como viables, previamente evaluadas social, técnica, económicamente y registradas y sistematizadas en el Departamento Nacional de Planeación. / En el plazo de un año y a partir de la vigencia de la presente ley, el Departamento Nacional de Planeación conjuntamente con el Fondo Nacional de Proyectos para el Desarrollo, deberán reglamentar el funcionamiento del Banco Nacional de Programas y Proyectos. / Los proyectos de inversión para el apoyo regional autorizados por la ley formarán parte del Banco Nacional de Programas y Proyectos (Ley 38 de 1989, art. 32, Ley 179 de 1994, art. 55, inciso 12)."

³⁶ Ley 141/94, Art. 6º. "Condicionabilidad de los desembolsos. Los desembolsos de recursos con cargo al Fondo estarán sujetos al cumplimiento de las condiciones financieras y técnicas establecidas en el acto aprobatorio del respectivo proyecto."

³⁷ Conceptos del 30 de octubre de 1996, Rad. No. 906, y del 30 de abril de 2008, Rad. No. 1881.

³⁸ Ley 141 de 1994, Art. 4º. "INVERSIÓN DE LOS RECURSOS Y LÍNEA DE FINANCIAMIENTO. Los excedentes de tesorería del Fondo Nacional de Regalías sólo podrán colocarse en documentos de deuda emitidos por el Gobierno Nacional o por el Banco de la República, o en papeles financieros del exterior, los cuales tengan rendimientos de mercado y alta liquidez, conforme a la reglamentación que expida para el efecto el Gobierno Nacional. (...)."

³⁹ Al texto original del artículo 56 de la ley 141 de 1994, le fue adicionado el siguiente inciso, por el artículo 128 del decreto 2150 de 1995: "Las regalías recaudadas por las termoeléctricas, industrias cementeras e industrias del hierro en los términos del parágrafo del artículo 22 de esta ley, serán distribuidas y transferidas por la entidad que designe el Ministerio de Minas y Energía, dentro de los 10 días siguientes al de la consignación de la correspondiente regalía."

⁴⁰ Ley 549 de 1999 (diciembre 28), "Por la cual se dictan normas tendientes a financiar el pasivo pensional de las entidades territoriales, se crea el Fondo Nacional de Pensiones de las entidades territoriales y se dictan otras disposiciones en materia prestacional", D. O. No. 43.836 (diciembre 30/99).

económico y el saneamiento de las finanzas públicas." D. O. No. 45.415 (diciembre 29/03). Art. 48. De las contraprestaciones económicas a título de regalía, derechos o compensaciones que correspondan a los departamentos y municipios en cuyo territorio se adelanten explotaciones de recursos no renovables, así como a los puertos marítimos y fluviales por donde se transporten dichos recursos o productos derivados de los mismos, se descontará previamente el cinco por ciento (5%) con destino al Fondo Nacional de Pensiones de las entidades territoriales. El descuento será realizado directamente por la entidad responsable de su giro. El saldo restante conservará la destinación y los porcentajes de distribución de que tratan las normas vigentes. / Los departamentos productores podrán asignarle recursos a las cuentas de los municipios que conforman el departamento. / Para los mismos efectos de los recursos del Fondo Nacional de Regalías se descontará, a título de inversión regional, un cincuenta por ciento (50%). El descuento será realizado directamente por la entidad responsable de su giro. El saldo restante conservará los porcentajes de distribución de que tratan las normas vigentes. Los aportes se realizarán teniendo en cuenta los siguientes criterios: monto de los pasivos pensionales, población, eficiencia y nivel de desarrollo; esto de conformidad con el reglamento que para el efecto adopte el Gobierno Nacional./ Los recursos de que tratan los dos incisos anteriores, se asignarán a las cuentas de las respectivas entidades territoriales en el Fondo Nacional de Pensiones de las entidades territoriales./ Quedan excluidas de la obligación anterior las entidades territoriales que de acuerdo con la certificación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, cuenten con el ciento por ciento (100%) de las provisiones del pasivo pensional en los términos previstos en la Ley 549 de 1999. El seguimiento y actualización de los cálculos actariales y el diseño de administración financiera, se realizarán por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público con cargo a los recursos de que trata el numeral 11 del artículo segundo de la Ley 549 de 1999."

⁴² Decreto ley 1760 de 2003 (junio 26), "Por el cual se escinde la Empresa Colombiana de Petróleos, Ecopetrol, se modifica su estructura orgánica y se crean la Agencia Nacional de Hidrocarburos y la sociedad Promotora de Energía de Colombia S. A." D. O. No. 45.230 (junio 26/03). Expedido en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la ley 790 de 2002, (diciembre 27), "Por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades extraordinarias al Presidente de la República." D. O. No. 45.046 (diciembre 27/02).

Fecha y hora de creación: 2025-12-20 04:49:00