

18-2-13

REPÚBLICA DE COLOMBIA

CORTE CONSTITUCIONAL
Sala Plena

SENTENCIA C-1055/2012

REF: Expediente D-9078

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 16 –parcial- del Decreto 4923 de 2011.

Accionante: Jahnnie Luz Daniel Mora

Magistrado Ponente:
ALEXEI JULIO ESTRADA

Bogotá, D.C., seis (6) de diciembre de dos mil doce (2012)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámite establecidos en el Decreto 2067 de 1991, profiere la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 241 de la Constitución Política, la ciudadana Jahnnie Luz Daniel Mora demanda parcialmente el artículo 16 del decreto 4923 de 2011 “*Por el cual se garantiza la operación del Sistema General de Regalías*”, por considerar que el aparte acusado vulnera los artículos 360 y 361 de la Constitución, modificados por el Acto Legislativo 05 de 2011.

Por medio de auto de quince (15) de mayo de 2012 el Magistrado Sustanciador inadmitió la demanda, dando tres días para su corrección. En el transcurso de dicho término, la accionante, mediante escrito entregado el veintitrés (23) de mayo de 2012, presentó corrección de la demanda, en virtud de lo que el Magistrado Sustanciador por medio de auto de primero (1) de junio de 2012 admitió la demanda, dispuso su fijación en lista y simultáneamente corrió traslado al señor Procurador General de la Nación para que rindiera el concepto de su competencia. En la misma providencia ordenó oficiar Presidente del Congreso, al Presidente de la República, al Ministerio de Interior, al Ministerio de Minas y Energía, al Ministerio de Hacienda y al Departamento Nacional de Planeación para que, si lo consideran oportuno, intervinieran directamente o por medio de apoderado escogido para el efecto impugnando o defendiendo la disposición acusada.

Cumplidos los trámites previstos en el artículo 242 de la Constitución Política y en el Decreto 2067 de 1991, procede la Corte a resolver sobre la demanda de la referencia.

II.- DISPOSICIONES DEMANDADAS

La demanda se dirige contra artículo 16 –parcial- del Decreto 4923 de 2011, el cual se transcribe a continuación:

Decreto 4923 de 2011

(Diciembre 26)

Por el cual se garantiza la operación del Sistema General de Regalías

Artículo 16. Recaudo. Se entiende por recaudo la recepción de las regalías y compensaciones liquidadas y pagadas en dinero o en especie por quien explote los recursos naturales no renovables, por la Agencia Nacional de Hidrocarburos y la Agencia Nacional de Minería.

La Agencia Nacional de Hidrocarburos y la Agencia Nacional de Minería, establecerán mediante acto motivado de carácter general, el pago en dinero o en especie de las regalías.

Cuando las regalías se paguen en especie, el Gobierno Nacional reglamentará la metodología, condiciones y términos que garanticen el adecuado flujo de recursos al Sistema General de Regalías, de manera que los recursos que se generen entre la determinación de los precios base de liquidación y la comercialización de las regalías se distribuyan en un 50% destinado a la bolsa única del Sistema General de Regalías y el 50% restante a favor del Gobierno Nacional.

Parágrafo. Se entiende como pago de regalías en especie, la entrega material de una cantidad de producto bruto explotado.

III. LA DEMANDA

Aunque la accionante señala que el aparte subrayado del artículo 16 está en contra de los artículos 360 y 361 de la Constitución –folio 47-, los argumentos de la demanda se limitan a expresar una contradicción con lo previsto por el artículo 361 de la Constitución, modificado por el Acto Legislativo 05 de 2011.

Inicialmente, la accionante subraya que el artículo 16, al disponer que el 50% de la diferencia entre el precio de liquidación y el precio final de venta de las regalías tendrá como destino el Gobierno Nacional, vulnera el artículo 361 de la Constitución, en cuanto el precepto reglamentario constituye a la Nación como destinatario de las regalías; resalta la Sala que un presupuesto fundamental en la argumentación de la accionante es el considerar que el margen de comercialización es *regalía* a efectos de la regulación prevista por el artículo 361 de la Constitución. En palabras de la accionante:

“El nuevo Sistema General de Regalías, que es la materia a desarrollar en este preciso caso, lo encontramos descrito en el artículo 361 superior –ya transcrito en líneas anteriores- cuyo contenido constituye el objeto a desarrollar por el Ejecutivo mediante el Decreto-Ley 4923 de 2011, para lo cual, este debió interpretar restrictivamente lo dispuesto en él, no extralimitándose en el ejercicio de sus facultad [sic] y extenderse a materias no comprendidas o previstas.

Así el artículo 361 superior establece como **beneficiarios** de los recursos de las regalías a (i) los departamentos, municipios y distritos en cuyo territorio se adelanten explotaciones de recursos naturales no renovables, y (ii) los municipios y distritos con puertos marítimos y fluviales por donde se transporten dichos recursos o productos derivados de los mismos; y como destinatarios de los ingresos del Sistema General de Regalías a los fondos de (i) Ciencia, Tecnología e Innovación, (ii) Desarrollo Regional, (iii) Compensación Regional y (iv) Ahorro y Estabilización.

Entonces el Gobierno al momento de desarrollar lo pertinente al nuevo Sistema General de Regalías, en una evidente extralimitación, señala como beneficiario/destinatario de los dineros provenientes del margen de comercialización de las regalías, que también son regalías, a la Nación, siendo que esta **NO ES UN BENEFICIARIO o DESTINATARIO CONSTITUCIONAL**, en contravención a lo previsto en el párrafo uno del artículo 361 superior según que advierte claramente que **“Los recursos del Sistema General de Regalías no harán parte del Presupuesto General de la Nación (...)”**. – folios 49 y 50-

Con fundamento en lo antes expuesto, la accionante considera que el aparte acusado del artículo 16 del decreto 4923 de 2011 incurre en una **extralimitación de las facultades**, que ella denomina *extraordinarias*, pero que en realidad corresponden a las otorgadas al Gobierno por parte del párrafo 5° del artículo 361 de la Constitución, modificado por el artículo 2° del Acto Legislativo 05 de 2011.

Adicionalmente, la accionante presenta una argumentación dirigida, no ya a señalar extralimitación en la función normativa, sino, por el contrario, una vulneración directa del contenido normativo del artículo 361 de la Constitución. Sin embargo, el sustento de dicha acusación es el mismo antes expuesto, es decir, la asignación de regalías a la Nación. En este sentido consagra:

“Por la regulación que hace Presidente de la República [*sic*] de los recursos que se generen del margen de comercialización desde

el primero de enero de 2012 se distribuirán en un 50% para la bolsa común del Sistema General de Regalías y el 50% restante para el Gobierno Nacional violenta y/o transgrede el artículo 361 superior en tanto que (i) si estos recursos son generados por las regalías, también son regalías, el mismo constituyente estableció la prohibición de que estos recursos hicieran parte del Presupuesto General de la Nación (ii) el acto legislativo 05 de 2011 había señalado unos beneficiarios/destinatarios legítimos entre los cuales **no** estaba la Nación-Gobierno Nacional, y (iii) ya ampliamente esta H. Corte había enunciado reiterativamente que la Nación no es beneficiaria del sistema de regalías, por lo el [sic] primer mandatario desconoce la única interpretación autorizada de la Constitución, y por ende, a la Constitución misma” –folio 51-

Finaliza este argumento exponiendo:

“Asignar recursos de las regalías a la Nación, implicaría una centralización de estos, cuestión que es incompatible con el desarrollo idóneo del modelo de Estado Social de Derecho, plasmado en el artículo 1 de la Carta, pues la descentralización es antagónica del centralismo, en consideración a que este último limita las posibilidades de satisfacción de los intereses de la población que está fuera del centro, así como el desarrollo económico y social de los distintos grupos de personas que comparten una misma identidad plurales [sic] dentro de un mismo Estado.” –folio 56-

Son estas las razones que sustentan la acusación de la accionante.

IV. INTERVENCIONES

1. Ministerio de Hacienda y Crédito Público

El apoderado del Ministerio señaló tres razones por los cuales la Corte no debería declarar la inexecutable del aparte demandado:

En primer lugar, en su concepto la competencia para determinar la adecuación constitucional del decreto 4923 de 2011 radica en cabeza del Consejo de Estado. Para esto recuerda que *“las atribuciones de la Honorable Corte Constitucional señaladas en el Artículo 241 superior, son taxativas, estrictas y precisas, razón por la cual no admiten interpretaciones extensivas; mientras que la competencia atribuida al Honorable Consejo de Estado en el Artículo 237, numeral 2, es residual, por lo cual los decretos que no se encuentren precisamente previstos en las competencias de la primera deben ser de conocimiento del segundo”* –folio 85-.

Respecto de los aspectos de fondo de la acusación, inicia su defensa de la constitucionalidad del artículo 16 del decreto 4923 de 2011 diciendo que el *“margen de comercialización no constituye regalía, pues ‘las regalías no se liquidaban teniendo en cuenta el precio de venta, sino ‘el precio promedio ponderado de la realización del petróleo en una sola canasta de crudos’. Hacer lo contrario implicaría desconocer lo establecido al respecto en el artículo 20 de la Ley 141 de 1994 y el contenido de la sentencia C-567 de 1995, que declaró su constitucionalidad. Así las regalías son lo que el Ministerio de Minas y Energía determine en los actos administrativos de liquidación correspondientes de conformidad con lo establecido en la Constitución y en la ley, Por lo mismo, todo aquello que esté por fuera de dicha liquidación no podrá ser considerado regalía, lo que hace que el margen de comercialización no pueda ser considerado regalía”* –folio 86-.

Adicionalmente, agrega, en armonía con lo anteriormente expuesto, que *“la accionante parte de un supuesto no demostrado y sólo mencionado superficialmente, relacionado con indilgar la naturaleza de regalías a los recursos en el aparte demandado del artículo 16 del decreto 4923 de 2011. Dado que la accionante no presentó una argumentación suficiente que sustente dicha afirmación, la Corte Constitucional debe declararse **INHIBIDA** para pronunciarse por falta del presupuesto de la certeza”* – folio 88-.

Finalmente, señala que, en cuanto se encargó al Gobierno hacer posible el funcionamiento del Sistema General de Regalías por medio de decretos transitorios con fuerza de ley, la distribución del margen de comercialización proveniente de la venta de regalías pagadas en especie,

constituye uno de los temas contenidos en el ámbito de facultades abierto por el parágrafo transitorio 5° del decreto 4923 de 2011 –folio 89-.

2. Departamento Nacional de Planeación

El apoderado del DNP solicitó la declaratoria de exequibilidad de la disposición acusada.

Sustenta su afirmación en que las regalías no pueden ser consideradas propiedad de las entidades territoriales, pues, por el contrario, son propiedad del Estado –folio 107-. Posteriormente, explica que algunas veces las regalías son susceptibles de ser pagadas en especie, por lo que *“para proceder al giro de la participación de estas a las entidades territoriales, la Agencia Nacional de Hidrocarburos en ejercicio de sus funciones comercializa el producto, de modo que transforma el crudo en dinero, blindando a la entidad territorial beneficiaria de la participación del riesgo de la comercialización y librándola de un ejercicio técnico comercial complejo”* –folio 111-, razones por las cuales no es posible considerar que el margen de comercialización constituye haga parte de las regalías que reciben las entidades territoriales en virtud del artículo 360 de la Constitución.

En consecuencia, la accionante, al considerar al margen de comercialización como regalía, comete un error que lleva a la Corte a declararse inhibida de decidir en el presente caso -folio 116-.

Finalmente, afirma que también es imprecisa la demanda en lo relativo al cargo por extralimitación en las facultades extraordinarias dadas al Gobierno, pues no se trata de una autorización con base en el artículo 150 n. 10 de la Constitución, sino de una autorización directa de la Constitución, por lo que el decreto 4923 de 2011 es un reglamento autónomo constitucional a través del cual se cumplió con una orden dada por el constituyente derivado –folio 118-.

3. Ministerio de Minas y Energía

El Ministerio solicitó la declaratoria de exequibilidad de la norma acusada.

Inicia recordando que las regalías son propiedad del Estado y que las entidades territoriales no tienen derechos de propiedad sobre los mismos –para lo que cita sentencias de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado–, sino, únicamente, un derecho de participación; luego evoca todo el régimen legal de liquidación y pago de las regalías que preveía la legislación anterior al acto legislativo 05 de 2011; en este aparte explica que las regalías obtenidas sobre la explotación de petróleo se liquidan con base en un precio que es el resultado de promediar el valor de los diferentes crudos explotados en el territorio nacional –folio 157-. Por tanto, el margen de comercialización corresponde a un ingreso diferente de los que constituyen las regalías –folio 159-. En otra parte de su escrito, el apoderado del Ministerio recuerda la libertad de configuración legislativa que existe en materia de regalías, lo que anula la posibilidad de que el artículo 16 del decreto 4923 de 2011 sea un caso de extralimitación en la regulación implementada –folio 163-; razones estas que lo llevan a concluir sobre la exequibilidad del aparte acusado.

4. Intervención del ciudadano Juan Carlos Garay Forero

Para el ciudadano Garay Forero la Corte debe declarar la exequibilidad del aparte acusado del artículo 16 del decreto 4923 de 2011.

Sustenta su afirmación en el hecho que el margen de comercialización no constituye regalía; la norma demandada se refiere a la diferencia de valor entre la regalía pagada en especie y la venta efectiva del producto, margen que no puede constituir regalía. Reafirma su conclusión exponiendo que “[e]l legislador se encuentra constitucionalmente autorizado para diferenciar entre diferentes conjunto [sic] de activos y darles un trato diferente, y un conjunto de derechos sobre ellos diferenciado. Por un lado dispone que [sic] debe entenderse por regalía en los términos que desarrollan la Constitución y por otro señala reglas que diferencian el trato de los recursos provenientes de las diferencias temporales una vez los sujetos obligados a su pago lo realizan en especie. La afirmación de la demandante que ‘si los recursos son generados por regalías son regalías’ no es correcta por cuanto el legislador debe darle un trato diferente a diferentes recursos [...]” –folios 98 y 99-.

5. Intervención de la Universidad Santo Tomás

En escrito presentado por el Dr. Carlos Rodríguez Mejía, en calidad de coordinador del Grupo de Acciones de Interés Público, la Universidad solicitó la declaratoria de inconstitucionalidad del aparte final del inciso tercero del artículo 16 del Decreto-Ley 4923 de 2011 y que la misma tenga efecto retroactivo.

Sustenta su conclusión en que la titularidad de las regalías recae en el Estado –folio 135-, lo que es expuesto con base en jurisprudencia de la Corte Constitucional y que en el escrito sirve para concluir *“además de las normas constitucionales anteriormente enunciadas, y con base en los preceptos superiores establecidos en el artículo 4 que pregona la superioridad de la Carta Política sobre una ley u otra norma jurídica, y el 121 que establece la prohibición para las autoridades del Estado de ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley, se concluye que en el presente caso el cargo de la accionante está llamado a prosperar, para lo cual se deberá declarar la inconstitucionalidad de la norma parcialmente demandada”* –folio 138-.

6. Intervención de la Universidad Externado de Colombia

El Dr. Luis Ferney Moreno, Director del Departamento de Derecho Minero Energético, solicitó que la Corte se declarara inhibida, por cuanto el decreto 4923 de 2011 se encuentra derogado, en virtud a que el 17 de mayo de 2012 fue expedida la ley 1530, cuerpo normativo que terminó con la vigencia del precepto ahora acusado –folios 128 y 129-.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

En concepto rendido por el representante del Ministerio Público indicó lo siguiente:

En primer lugar, advirtió que el Decreto 4923 de 2011, que contiene la expresión objeto de la demanda, fue derogado por la ley 1530 del 17 de mayo de 2012. Por ello, si bien al momento de presentación de la demanda, el 16 de abril de 2012, el Decreto en comento se encontraba vigente, no es posible desatender los hechos sobrevinientes.

En atención a lo anterior, citó jurisprudencia de esta Corporación relacionada con el tema -C-1115 de 2001-, en la cual se decidió estudiar la demanda a fin de garantizar el derecho a acceder a la justicia y el principio de *perpetuatio jurisdictionis*.

Así mismo, advirtió el Procurador que la expresión demandada aparece reproducida en el artículo 16 de la Ley 1530 de 2012, por lo que resulta necesario que la Corte declare la unidad normativa entre la expresión contenida en el Decreto ley 4923 de 2011 y el artículo 16 de la Ley 1530 de 2012, con el propósito de evitar un fallo de inexecutable inocuo.

En cuanto al fondo del asunto, indicó que la disposición acusada resulta inconstitucional por cuanto, si bien se alude a recursos que resultan de la diferencia de precios entre el precio base de liquidación de la regalías en especie y el precio de su posterior comercialización, en realidad se trata del mismo bien que se entrega como pago de la regalía.

Por lo anterior, al ser un mismo bien, aunque pueda tener precios diferentes, no es posible plantear, como se hace en la expresión legal en comento, que los recursos que provengan de su comercialización pueden corresponder, así sea en una cuantía igual al 50% de la diferencia entre ambos precios, al Gobierno nacional.

Lo expuesto, por cuanto el Gobierno Nacional esta integrado, al tenor de lo dispuesto por el artículo 115 superior, por el Presidente de la República, los ministros del despacho y los directores de los departamentos administrativos, valga decir, por autoridades administrativas del nivel central y no de las regiones o localidades.

De conformidad con lo antes dicho, solicitó se declare la inexecutable de la disposición acusada.

Una vez presentadas las intervenciones aportadas y expuesto el concepto del Ministerio Público, pasa la Corte a resolver el problema jurídico planteado.

VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1.- Competencia de la Corte

Antes de iniciar la resolución del problema jurídico es necesario que la Sala brinde una respuesta a un asunto previo: la competencia de la Corte Constitucional para decidir sobre acusaciones contra el decreto 4923 de 2011, en tanto que para el momento en que se profiere esta providencia el artículo 16 de dicho cuerpo normativo se encuentra subrogado por el artículo 16 de la ley 1530 de 2012 y, por consiguiente, se trata de una disposición que no se encuentra vigente, como afirma el Departamento Nacional de Planeación.

Adicionalmente, si se concluye que la Corte puede conocer las acusaciones contra dicho contenido normativo, deberá determinarse si el decreto 4923 de 2011 era un cuerpo normativo cuyo examen de constitucionalidad correspondía a la Corte, en cuanto decretos de esta naturaleza no son expresamente mencionados por el artículo 241 de la Constitución, precepto que, en principio, determina la competencia de la Corte Constitucional.

Entra la Corte a definir ambos asuntos previos y, de determinarse su calidad de órgano competente, el problema jurídico planteado.

Asunto previo 1: la subrogación del decreto 4923 de 2011 en virtud de la expedición de la ley 1530 de 2012 y la competencia de la Corte para realizar el examen de adecuación constitucional

En el presente caso encuentra la Sala que entre el momento de interposición de la demanda y la presente sentencia tuvo lugar la subrogación del artículo 16 del decreto 4923 de 2011. Como se recuerda, el decreto 4923 de 2011 surge con fundamento en la autorización otorgada por el acto legislativo 05 de 2011 y en razón a que el Congreso de la República no elaboró una regulación del Sistema General de Regalías con antelación al 31 de diciembre de 2011. En este contexto fue expedido el decreto 4923 el 26 de diciembre de 2011.

Sin embargo, el mismo año el Congreso había iniciado el trámite legislativo de una iniciativa del Gobierno, presentada por los Ministros

de Hacienda y Crédito Público y de Minas y Energía –folio 105-, de manera que, siendo coherente con la precisa finalidad prevista para la regulación gubernamental, el artículo 16 del decreto 4923 de 2011 reprodujo en idénticos términos el artículo 16 de los proyectos que a dieciséis (16) de diciembre de 2011 habían sido aprobados en segundo y cuarto debate, por Senado¹ y Cámara de Representantes², respectivamente, los cuales no presentaban diferencia alguna en lo relativo al aparte acusado³.

Una vez superada la etapa de conciliación de los textos aprobados en Senado y Cámara de Representantes, fue expedida la ley 1530 de 17 de mayo de 2012, “[p]or medio de la cual se regula el Sistema General de Regalías”. Dicha regulación remplazó la contenida en el decreto 4923 de

¹ En Gaceta del Congreso 985 de 21 de diciembre de 2012 se publicó el texto aprobado en segundo debate por el Senado de la República, donde el artículo 16 preceptuaba:

Artículo 16. *Recaudo*. Se entiende por recaudo la recepción de las regalías y compensaciones liquidadas y pagadas en dinero o en especie por quien explote los recursos naturales no renovables, por la Agencia Nacional de Hidrocarburos y la Agencia Nacional de Minería.

La Agencia Nacional de Hidrocarburos y la Agencia Nacional de Minería, establecerán mediante acto motivado de carácter general, el pago en dinero o en especie de las regalías.

Cuando las regalías se paguen en especie, el Gobierno Nacional reglamentará la metodología, condiciones y términos que garanticen el adecuado flujo de recursos al Sistema General de Regalías, de manera que los recursos que se generen entre la determinación de los precios base de liquidación y la comercialización de las regalías se distribuyan en un 50% destinado a la bolsa única del Sistema General de Regalías y el 50% restante a favor del Gobierno Nacional.

Parágrafo. Se entiende como pago de regalías en especie, la entrega material de una cantidad de producto bruto explotado.

² Como puede leerse en Gaceta del Congreso N. 83 de 21 de marzo de 2012, en la que se consignó el texto aprobado en cuarto debate, siendo el del artículo 16 el siguiente:

Artículo 16. *Recaudo*. Se entiende por recaudo la recepción de las regalías y compensaciones liquidadas y pagadas en dinero o en especie por quien explote los recursos naturales no renovables, por la Agencia Nacional de Hidrocarburos y la Agencia Nacional de Minería.

La Agencia Nacional de Hidrocarburos y la Agencia Nacional de Minería, establecerán mediante acto motivado de carácter general, el pago en dinero o en especie de las regalías.

Cuando las regalías se paguen en especie, el Gobierno Nacional reglamentará la metodología, condiciones y términos que garanticen el adecuado flujo de recursos al Sistema General de Regalías, de manera que los recursos que se generen entre la determinación de los precios base de liquidación y la comercialización de las regalías se distribuyan en un 50% destinado a la bolsa única del Sistema General de Regalías y el 50% restante a favor del Gobierno Nacional.

³ De hecho la única diferencia entre uno y otro artículo es el parágrafo, el cual resulta meramente explicativo de un concepto que no es determinante en el sentido de la norma.

2011, pues, se recuerda, su cometido era temporal, y se circunscribía al período comprendido entre en el 1º de enero de 2012 y el momento en que el Congreso expidiera la regulación definitiva.

La ley 1530 de 2012 mantuvo el texto del segundo inciso del artículo 16 aprobado en cada una de las plenarias, el cual ahora es acusado y, por consiguiente, la ley 1530 de 2012 en su artículo 16 incluye una regulación idéntica a la del artículo 16 del decreto 4923 de 2011.

La idéntica regulación de uno y otro cuerpo normativo, y la subrogación del decreto como consecuencia de la expedición de la ley, presenta ante la Corte una situación poco usual: el cambio en la *disposición* acusada – que fue subrogada- y la pervivencia de la *norma*, pues el contenido normativo que actualmente se encuentra vigente es idéntico al inicialmente acusado por la accionante.

Esta situación puede generar dudas acerca de la competencia de la Corte para resolver el asunto ahora planteado. Sin embargo, la Sala manifiesta que, ante la vigencia del contenido normativo acusado –la asignación del 50% del margen de comercialización al Gobierno- la competencia de la Corte se mantiene incólume y, por consiguiente, se proferirá un fallo de fondo sobre el problema jurídico planteado.

Son varios los argumentos que conducen a esta conclusión:

- i) De esta forma se efectiviza el derecho de acción de los ciudadanos, pues mediante una interpretación guiada por el principio *pro actione* se logra un entendimiento garantista y sustancial de las posibilidades de defensa del orden constitucional reconocidas en el artículo 241 de la Constitución.
- ii) Se aplica el principio de economía procesal, pues se evita que la accionante o cualquier otro ciudadano deba iniciar nuevamente una acción pública de inconstitucionalidad contra el mismo contenido normativo, esta vez incluido en una disposición de la ley 1530 de 2012.

iii) Dicha interpretación es tributaria del derecho al debido proceso en cuanto que permitió a los ciudadanos interesados, a las instituciones convocadas y al Ministerio Público participar en el debate sobre la adecuación constitucional del contenido acusado, no siendo relevante para el análisis del problema jurídico planteado que el mismo se encuentre en un decreto con fuerza de ley –ley en sentido material- o en una ley expedida por el Congreso de la República.

Por estas razones se concluye que el mantener la competencia de la Corte Constitucional en este caso resulta acorde con las disposiciones constitucionales que regulan el examen de constitucionalidad de las normas sometidas a su control.

Resta decir que esta posición es respetuosa de la jurisprudencia constitucional.

Aunque al respecto han existido posiciones contrarias a la ahora asumida⁴, la jurisprudencia mayoritaria de esta Corporación ha sostenido que la competencia de la Corte se extiende sobre el contenido normativo incluido por una disposición distinta a la demandada por el accionante. En este sentido pueden citarse decisiones como la C-546 de 1993, C-220 de 1996, C-636 de 2009⁵, C-750 de 2009⁶, C-121 de 2010⁷ y,

⁴ Como la expuesta en la sentencia C-104 de 2005, en la que se concluyó:

“Inicialmente, algunos principios que rigen la administración de justicia como la economía procesal, la celeridad, la prevalencia del derecho sustancial y el carácter público de la acción impetrada llevarían a pensar que se impone una respuesta positiva al interrogante antes planteado, sin embargo, el carácter rogado del control de constitucionalidad de las leyes implica precisamente que al demandante le corresponde señalar expresamente la disposición acusada y la Corte no puede extender oficiosamente su análisis a otros enunciados normativos a menos que sea preciso integrar la unidad normativa, lo que no sucede en el presente evento.”

⁵ Esta decisión consagró:

“En este caso, el precepto demandado fue reproducido de manera idéntica en la Ley 1236 de 2008, por lo tanto la Corte se pronunciará sobre el aparte de la norma acusada y sobre la disposición que reprodujo el texto demandado. Lo anterior con el fin de aplicar algunos principios que rigen la administración de justicia, tales como la economía procesal, la celeridad, la prevalencia del derecho sustancial y el carácter público de la acción impetrada, así como para evitar un fallo inocuo, puesto que la decisión adoptada con relación al tipo penal contenido en la norma atacada debe por coherencia producir efectos en la norma que reprodujo el tipo penal acusado.”

⁶ En esta decisión se manifestó:

“La Corte considera que, en principio, son aptas las demandas entabladas contra artículos que ya han sido subrogados, siempre y cuando la disposición reformativa todavía incluya la norma acusada y no haya modificado enteramente su contexto jurídico de referencia. En el caso concreto de la presente demanda se observa que, aun cuando es cierto que el artículo en el cual se encuentra el

recientemente, la sentencia C-502 de 2012. En esta última ocasión se estudió la excepción a la exigibilidad de la revisión técnico mecánica respecto de los vehículos que ingresaban temporalmente al territorio nacional; dicho contenido normativo lo incluía el artículo 12 de la Ley 1383 de 2010, disposición que perdió vigencia cuando fue subrogado por el artículo 202 del Decreto ley 19 de 2012. La acción que originó el examen de la Corte había sido interpuesta en contra de la *norma*, cuando ésta se incluía en la disposición subrogada. En esta situación la Corte manifestó en la referida providencia:

“8. De este modo, la Corte define una postura con relación a mantener su competencia para pronunciarse sobre la constitucionalidad de disposiciones que, al momento de fallar, se encuentran subrogadas, siempre y cuando el contenido normativo acusado se haya mantenido inalterado en el nuevo precepto y las razones de inconstitucionalidad o constitucionalidad alegadas por el demandante y los intervinientes resulten igualmente pertinentes. Lo anterior, además, en cumplimiento de los principios que rigen el acceso a la justicia en un Estado Social de Derecho y que incluyen la economía procesal, la celeridad, la prevalencia del derecho sustancial y, de manera especial, el carácter público de la acción impetrada (artículos 29, 228, 229, 40 num 6°, 241 num 4° C.P.).

(...)

8.1.4. Como se aprecia, en todos estos casos la Corte se ha pronunciado a partir de una misma justificación: la norma

parágrafo tercero demandado ya había sido subrogado en el momento en que se presentó el escrito de inconstitucionalidad, también es verdad que el texto del mencionado parágrafo tercero – que fue introducido a través de la Ley 756 de 2002 – se conserva incólume y que el marco jurídico de referencia permanece casi invariable. Es decir, si bien el artículo en el cual se encuentra incluida la norma atacada fue modificado en distintos apartes, el texto y el contexto del parágrafo acusado permanecen idénticos. Ello significa naturalmente que se encuentra vigente y continúa produciendo efectos jurídicos. Por eso, en aplicación del principio *pro actione*, sí cabría que la Corte se pronunciara sobre el fondo de la demanda.”

⁷ Decisión que estableció:

12. Finalmente, como ya se indicó, las normas demandadas de los artículos 134 y 137 del Decreto Ley 613 de 1977 fueron reproducidas en los Decretos 2062 de 1984, 096 de 1989 y 1212 de 1990. Esta situación amerita que el examen de constitucionalidad de la Corte se extienda a las normas respectivas de los Decretos señalados, mediante una integración normativa.

jurídica acusada no se ha modificado (sustancialmente), a pesar de que la regla en ella contenida ya no repose en el artículo de la ley que se acusó, sino en otro proferido con posterioridad.

(...)

8.3. Pues bien, sumados los elementos de juicio que preceden y ajustando las sub-reglas que se advierten en las providencias que se citan, la Corte Constitucional observa que, en circunstancias como las que se aprecian en el presente asunto, mantiene su competencia para proferir un pronunciamiento de fondo. Porque si bien la disposición donde se encuentra la norma acusada ha perdido vigencia, la misma fue demandada estando ella vigente y además, sigue produciendo efectos por haber sido incluida en el precepto posterior que la subrogó, lo que en definitiva mantiene su vigor jurídico. De modo que si tiene sentido que el juez constitucional se pronuncie sobre normas derogadas o sobre normas transitorias de vigencia expirada, con mayor razón debe tenerlo para ejercer su función de guardián de la Carta respecto de normas que subsisten, pero que se ubican en una disposición distinta de la acusada.

(...)

10. Es decir, que la Corte se pronunciará sobre la constitucionalidad del párrafo del artículo 202 del Decreto Ley 19 de 2012, en que se encuentra la norma que el actor demanda, y con ese objeto procede a estudiar la Corte si los cargos permiten un pronunciamiento de fondo.”⁸

En este sentido, la Corte se pronunciará sobre la adecuación constitucional de la distribución del margen de comercialización de las regalías pagadas en especie, contenido normativo que ha sido consagrado en idéntica forma, primero por el artículo 16 del decreto 4923 de 2011 – disposición acusada- y, posteriormente, por el artículo 16 de la ley 1530 de 2012.

⁸ Sentencia C-502 de 2012.

En el presente caso la ~~Corte~~ realizará una integración normativa, que implicará que las consecuencias de su pronunciamiento recaigan sobre el artículo 16 de la ley 1530 de 2012, disposición que reproduce el contenido normativo ahora demandado⁹.

Para finalizar los aspectos relacionados con la competencia, deberá determinarse si la Corte era competente tanto para conocer de acusaciones contra el decreto 4923 de 2011, como si lo es para conocer las existentes en contra la ley 1530 de 2012, aspecto que se expondrá a continuación.

Asunto previo 2: la competencia de la Corte para conocer de las acusaciones contra el decreto 4923 de 2011 y contra la ley 1530 de 2012

Debe partirse de que la competencia de la Corte para realizar el juicio de adecuación constitucional de cualquier de las disposiciones de la ley 1530 de 2012 no presenta duda alguna, por cuanto la misma se deriva de la manifestación expresa del numeral 4º del artículo 241 de la Constitución.

⁹ En este sentido, se estaría dando aplicación a la segunda de las causales que la jurisprudencia ha establecido como justificativas de la integración normativa. Al respecto, recordó la sentencia C-121 de 2010:

“12. Finalmente, como ya se indicó, las normas demandadas de los artículos 134 y 137 del Decreto Ley 613 de 1977 fueron reproducidas en los Decretos 2062 de 1984, 096 de 1989 y 1212 de 1990. Esta situación amerita que el examen de constitucionalidad de la Corte se extienda a las normas respectivas de los Decretos señalados, mediante una integración normativa.

En la sentencia C-539 de 1999 se estableció que la Corte solamente podía acudir a la figura de la unidad normativa en casos excepcionales y se estableció cuáles eran esas situaciones. Dijo la Corte en esa sentencia:

“Ahora bien, excepcionalmente, la Corte puede conocer sobre la constitucionalidad de leyes ordinarias que no son objeto de control previo u oficioso, pese a que contra las mismas no se hubiere dirigido demanda alguna. Se trata de aquellos eventos en los cuales procede la integración de la unidad normativa. Sin embargo, para que, so pretexto de la figura enunciada, la Corte no termine siendo juez oficioso de todo el ordenamiento jurídico, la jurisprudencia ha señalado que la formación de la unidad normativa es procedente, exclusivamente, en uno de los siguientes tres eventos.

“En segundo término, se justifica la configuración de la unidad normativa en aquellos casos en los cuales la disposición cuestionada se encuentra reproducida en otras normas del ordenamiento que no fueron demandadas. Esta hipótesis pretende evitar que un fallo de inexecutable resulte inocuo.”

9

Sin embargo, no resulta tan breve el análisis cuando se trata de disposiciones contenidas en el decreto 4923 de 2011.

Aunque dicho cuerpo normativo ha sido subrogado por la ley 1530 de 2012, un paso obligatorio en el examen que ahora se realiza es comprobar que la Corte Constitucional es competente para conocer de las acciones de inconstitucionalidad contra el decreto en mención, en virtud de los posibles efectos del fallo de la Corte Constitucional, los cuales pueden ser retroactivos y, en consecuencia, afectar la vigencia de contenido demandado cuando éste se contenía en el decreto 4923 de 2011.

Un presupuesto necesario para dar respuesta a este problema es el fundamento de la competencia normativa del Gobierno al expedir el decreto 4923 de 2011. El mismo se encuentra en el párrafo transitorio n. 5 del artículo 2 del acto legislativo 05 de 2011, que modificó el artículo 361 de la Constitución. Esta disposición consagró:

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

Resulta relevante decir que el Congreso de la República inició el trámite del proyecto de ley mencionado por el párrafo transitorio transcrito, a partir de una iniciativa del Gobierno, presentada por los representantes de los ministerios de Hacienda y Crédito Público y de Minas y Energía – folio 105-. Sin embargo, cuando el Congreso de la República cesó actividades en diciembre de 2011 el proyecto no concluyó su trámite legislativo, pues faltaba, para aquel entonces, la etapa de conciliación de los textos aprobados por Senado de la República y Cámara de Representantes.

Ante dicha situación el Gobierno, a través de los Ministros de Hacienda y Crédito Público y Minas y Energía y del Director del Departamento Nacional de Planeación, expidió el decreto ahora demandado el veintiséis (26) de diciembre de 2011, cinco días antes de que expirara el plazo

otorgado por el acto legislativo 05 de 2011 para reglamentar el Sistema General de Regalías.

De esta manera el decreto 4923 de 2011 es uno de los actos normativos con fuerza de ley que han sido expedidos a partir de una autorización expresa, condicionada y excepcional de un acto reformativo de la Constitución.

Siendo esta la situación encuentra la Corte Constitucional que el carácter material de ley del decreto en estudio la hace plenamente competente para conocer de las acusaciones respecto de su adecuación a la Constitución.

El carácter de ley en sentido material del decreto 4923 de 2011 se comprueba a través de los siguientes factores:

- i) Es fruto de una competencia atribuida al ejecutivo directamente por la Constitución –en este caso un acto legislativo–, la cual estaba condicionada a que el Congreso de la República no hubiese expedido una ley para una determinada fecha.
- ii) En conexión con la anterior, la materia objeto de regulación es propia de la ley, en cuanto se trata de aspectos de desarrollo o concreción de una nueva regulación constitucional que sobre el tema de las regalías fue aprobada por el Congreso de la República.
- iii) Finalmente el párrafo transitorio 5 del artículo 2 del Acto Legislativo 05 de 2011 así lo señala de manera expresa pues textualmente indica que el Gobierno garantizará la operación del Sistema mediante decretos transitorios *con fuerza de ley*.

Siendo esta la situación la Corte concluye que se trata de un cuerpo normativo que es ley en sentido material y, por consiguiente, se encuentra bajo su órbita de competencia.

Esta conclusión se encuentra en armonía con la jurisprudencia que esta Corporación ha establecido al respecto; en este sentido pueden

mencionarse las sentencias C-937 de 2010¹⁰, C-539¹¹ de 2010 y C-1154 de 2008.

Esta es la *ratio decidendi* que se aplica en esta ocasión por la Corte Constitucional para concluir que era el juez natural para evaluar la adecuación constitucional del segundo inciso del artículo 16 del decreto 4923 de 2011, cuyo contenido normativo fue reproducido por el artículo 16 de la ley 1530 de 2012.

Habiendo determinado la vigencia del contenido normativo acusado y la competencia de la Corte para conocer de esta acusación respecto del mismo, entra la Sala a establecer el problema jurídico planteado.

2. Argumentos de la demandante

La accionante presentó acción de inconstitucionalidad en contra de un apartado del artículo 16 del decreto 4923 de 2011, “*por el cual se garantiza la operación del Sistema General de Regalías*”, precepto que consagra:

Artículo 16. Recaudo. Se entiende por recaudo la recepción de las regalías y compensaciones liquidadas y pagadas en dinero o en especie por quien explote los recursos naturales no renovables, por la Agencia Nacional de Hidrocarburos y la Agencia Nacional de Minería.

La Agencia Nacional de Hidrocarburos y la Agencia Nacional de Minería, establecerán mediante acto motivado de carácter general, el pago en dinero o en especie de las regalías.

Cuando las regalías se paguen en especie, el Gobierno Nacional reglamentará la metodología, condiciones y términos que garanticen el adecuado flujo de recursos al Sistema General de Regalías, de manera que los recursos que se generen entre la determinación de los precios base de liquidación y la comercialización de las regalías se distribuyan en un 50%

¹⁰ En la que se estudio la exequibilidad de los artículos 11, 13, 14, 15, 16 y 21 del decreto 028 de 2008, “[p]or medio del cual se define la estrategia de monitoreo, seguimiento y control integral al gasto que se realice con recursos del Sistema General de Participaciones”.

¹¹ Que estudió la adecuación a la Constitución del artículo 21 del, anteriormente referido, decreto 028 de 2008.

destinado a la bolsa única del Sistema General de Regalías y el 50% restante a favor del Gobierno Nacional.

Parágrafo. Se entiende como pago de regalías en especie, la entrega material de una cantidad de producto bruto explotado.

Aunque en el escrito de inconstitucionalidad se presentan dos cargos – uno por extralimitación en las facultades extraordinarias conferidas al Gobierno y otro por vulneración del contenido del artículo 361 de la Constitución-, la argumentación que utiliza la accionante deja ver que la inconformidad planteada es la misma es ambos casos. Así, la acusación tiene como único fundamento que el aparte demandado del artículo 16 del decreto 4923 de 2011, el cual dispone que el 50% de la diferencia entre el precio de liquidación y el precio final de venta de las regalías se destinará al Gobierno nacional, vulnera el artículo 361 de la Constitución, pues dicha distribución convierte a la Nación –Gobierno nacional- en partícipe de las regalías –ya que, para la accionante, el margen de comercialización es regalía-. Esta regulación iría en contra de la Constitución por dos razones:

- i) Porque ampliaría los destinatarios previstos por la Constitución, que sólo hace referencia a las entidades territoriales; y
- ii) Porque desconocería la prohibición expresa contenida en el parágrafo 1° del artículo 361 de la Constitución –que establece ‘[l]os recursos del Sistema General de Regalías no harán parte del Presupuesto General de la Nación, ni del Sistema General de Participaciones’-, en cuanto constituye a la Nación como destinatario de las regalías y, por tanto, recursos que son regalías irían a parar al Presupuesto nacional.

En palabras de la accionante:

“Por la regulación que hace Presidente de la República [*sic*] de los recursos que se generen del margen de comercialización desde el primero de enero de 2012 se distribuirán en un 50% para la bolsa común del Sistema General de Regalías y el 50% restante para el Gobierno Nacional violenta y/o transgrede el artículo 361 superior en tanto que (i) si estos recursos son generados por las regalías,

también son regalías, el mismo constituyente estableció la prohibición de que estos recursos hicieran parte del Presupuesto General de la Nación (ii) el acto legislativo 05 de 2011 había señalado unos beneficiarios/destinatarios legítimos entre los cuales **no** estaba la Nación-Gobierno Nacional, y (iii) ya ampliamente esta H. Corte había enunciado reiterativamente que la Nación no es beneficiaria del sistema de regalías, por lo el [sic] primer mandatario desconoce la única interpretación autorizada de la Constitución, y por ende, a la Constitución misma” –folio 51-

En este sentido, el problema jurídico que se plantea ante la Sala será determinar si asignar al Gobierno Nacional (es decir, a la persona jurídica Nación) el 50% del margen de comercialización desconoce mandatos contenidos en el artículo 361 de la Constitución, relativos a i) los destinatarios de las regalías y ii) la inclusión de una porcentaje de las regalías en el presupuesto general de la Nación.

Para resolver el problema jurídico, la Sala i) se detendrá en el sentido de la norma acusada y el contexto legal y reglamentario que permite su correcto entendimiento; ii) expondrá algunas apreciaciones sobre el concepto de regalías; y iii) resolverá el problema jurídico.

3. El contenido normativo del artículo 16 del decreto 4329 de 2011 y del artículo 16 de la ley 1530 de 2012.

Para comprender adecuadamente el contenido normativo del enunciado demandado y del artículo 16 de la ley 1530 de 2012, resulta conducente el análisis de otras disposiciones que determinan el régimen de liquidación y pago de las regalías.

Inicialmente debe indicarse que el primer inciso del artículo 360 de la Constitución establece “*La explotación de un recurso natural no renovable causará, a favor del Estado, una contraprestación económica a título de regalía, sin perjuicio de cualquier otro derecho o compensación que se pacte. La ley determinará las condiciones para la explotación de los recursos naturales no renovables*”.

Es el artículo 16 de la ley 756 de 2002 el precepto que establece el monto de las regalías que deben pagarse en cada caso. Al respecto consagra:

ARTÍCULO 16. MONTO DE LAS REGALÍAS. El artículo 16 de la Ley 141 de 1994 quedará así:

"Artículo 16. Establécese como regalía por la explotación de recursos naturales no renovables de propiedad nacional, sobre el valor de la producción en boca o borde de mina o pozo, según corresponda, el porcentaje que resulte de aplicar la siguiente tabla:

Carbón (explotación mayor a 3 millones de toneladas anuales)	10%
Carbón (explotación menor a 3 millones de toneladas anuales)	5%
Níquel	12%
Hierro y cobre	5%
Oro y plata	4%
Oro de aluvión en contratos de concesión	6%
Platino	5%
Sal	12%
Calizas, yesos, arcillas y grava	1%
Minerales radioactivos	10%
Minerales metálicos	5%
Minerales no metálicos	3%
Materiales de construcción	1%

Establécese como regalía por la explotación de hidrocarburos de propiedad nacional sobre el valor de la producción en boca de pozo, el porcentaje que resulte de aplicar la siguiente escala:

Producción diaria promedio mes	Porcentaje
Para una producción igual o menor a 5 KBPD	8%
Para una producción mayor a 5 KBPD e inferior o igual a 125 KBPD	X%
Donde $X = 8 + (\text{producción KBPD} - 5 \text{ KBPD}) * (0.10)$	
Para una producción mayor a 125 KBPD e inferior o igual a 400 KBPD	20%
Para una producción mayor a 400 KBPD e inferior o igual a 600 KBPD	Y%

12

Donde $Y = 20 + (\text{Producción KBPD} - 400 \text{ KBPD})^*$
(0.025)

Para una producción mayor a 600 KBPD 25%

Con base en este monto se realiza la liquidación de las regalías de acuerdo con los valores establecidos por el artículo 15 de la ley 1530 de 2012, que subrogó el artículo 15 del decreto 4329 de 2011, que tenía idéntica redacción y, por consiguiente, el mismo contenido normativo¹² - y a su vez había derogado expresamente el artículo 20 de la ley 141 de 1994-. El mencionado precepto de la ley 1530 de 2012 establece:

Artículo 15. *Precios base de liquidación de regalías y compensaciones.* La Agencia Nacional de Hidrocarburos y la Agencia Nacional de Minería señalarán, mediante actos administrativos de carácter general, los términos y condiciones para la determinación de los precios base de liquidación de las regalías y compensaciones producto de la explotación de los recursos naturales no renovables, sin perjuicio de lo pactado en los contratos vigentes a la fecha de promulgación de la presente ley.

Para tal efecto, tendrán en cuenta la relación entre producto exportado y de consumo nacional, deduciendo los costos de transporte, manejo, trasiego, refinación y comercialización, según corresponda con el objeto de establecer la definición técnicamente apropiada para llegar a los precios en borde o boca de pozo o mina. En el caso del gas, el precio base estará asociado al precio de comercialización de dicho producto en boca de pozo, teniendo en cuenta las condiciones generales señaladas sobre el particular en la normativa y regulación vigente.

¹² El texto del artículo 15 del decreto 4923 de 2011 era el siguiente:

ARTÍCULO 15. Precios base de liquidación de regalías y compensaciones. La Agencia Nacional de Hidrocarburos y la Agencia Nacional de Minería, señalarán, mediante actos administrativos de carácter general, los términos y condiciones para la determinación de los precios base de liquidación de las regalías y compensaciones producto de la explotación de los recursos naturales no renovables, sin perjuicio de lo pactado en los contratos vigentes a la fecha de promulgación del presente decreto.

Para tal efecto, tendrán en cuenta la relación entre producto exportado y de consumo nacional, deduciendo los costos de transporte, manejo, trasiego, refinación y comercialización, según corresponda con el objeto de establecer la definición técnicamente apropiada para llegar a los precios en borde o boca de pozo o mina. En el caso del gas, el precio base estará asociado al precio de comercialización de dicho producto en boca de pozo, teniendo en cuenta las condiciones generales señaladas sobre el particular en la normativa y regulación vigente.

Estas regalías pueden ser pagadas, de acuerdo con el artículo 16 de la ley 1530 de 2012 –y del artículo 16 del decreto 4329 de 2011- en dinero o en especie por parte de la empresa que realiza la explotación del recurso no renovable. En todo caso, en ambas hipótesis se llevará a cabo el proceso de liquidación que prevé el artículo 15 de la ley 1530 de 2012.

Cuando son pagadas en especie, deben realizarse una serie de pasos conducentes a transformar en dinero el producto obtenido por concepto de regalías. Es en estas ocasiones cuando se realiza la comercialización por parte de la Agencia Nacional de Hidrocarburos o de la Agencia Nacional de Minería, tal y como lo disponía el artículo 16 del decreto 4923 de 2011 y lo reiteró el artículo 16 de la ley 1530 de 2012. Al establecerse un precio de liquidación –artículo 15 de la ley 1530 de 2012 y artículo 15 del decreto 4923 de 2011- y un precio de comercialización, el cual dependerá de las condiciones de mercado, lo más probable es que exista una diferencia entre dichos valores; ésta, en cuanto dependiente de las condiciones de mercado, puede ser negativa respecto del valor determinado por la liquidación o, por el contrario, positiva en relación al mismo.

En los casos en que el precio de comercialización es superior al precio de liquidación se genera lo que el artículo 16 denomina *margen de comercialización*, y, se reitera, corresponde al eventual mayor valor entre el precio de liquidación y el precio de venta de los recursos recibidos por concepto de regalías. Este margen de comercialización es distribuido entre El Gobierno nacional y el Sistema General de Regalías, a razón de 50% y 50%.

Es este el contexto en el que surge el margen de comercialización, cuya distribución ahora se acusa por la accionante.

4. Solución al problema planteado

En el caso concreto se presenta una acusación contra la previsión artículo del 16 del decreto 4923 de 2011, subrogado por el artículo 16 de la ley 1530 de 2012, referente a la forma en que se distribuye el margen de comercialización de las regalías, en aquellos casos en que las mismas son entregadas en especie por parte de quien realiza la explotación de recursos no renovables. Recuerda la Sala que la norma prevé que el 50%

de este margen se destinará al Sistema General de Regalías y el otro 50% será para el Gobierno nacional, es decir, a la persona jurídica Nación. Para la accionante este margen de comercialización es regalía, en cuanto se obtiene como resultado de la explotación que de un recurso natural no renovable hace un concesionario o un licenciatario, de manera que, siendo esta la situación, en su concepto el aparte del artículo 16 del decreto, que es reiterado por el artículo 16 de la ley 1530 de 2012, desconoce los artículos 360 y 361 de la Constitución por dos razones:

- i) Porque dicho margen de comercialización es asignado a la Nación, cuando las regalías están previstas por la Constitución para beneficio de las entidades territoriales; y
- ii) Porque el artículo 361 de la Constitución prohíbe expresamente que los recursos de las regalías tengan como destinación el presupuesto nacional, lo que precisamente ocurre si el 50% del margen de comercialización se destina a la Nación.

Se reitera que, aunque la norma demandada menciona al Gobierno nacional, debe entenderse que la persona jurídica que destinataria de dichos recursos es la Nación y, por consiguiente, los mismos ingresarían al presupuesto nacional.

Siendo estas las acusaciones presentadas, para la Corte los cargos planteados por la accionante no conducen a la declaratoria de inexecutable del aparte demandado del artículo 16 de la ley 1530 de 2011. Esta conclusión tiene como fundamento que la calidad de regalía o no del *margen de comercialización* no es un aspecto deducible de las normas constitucionales; en otras palabras, la Constitución no determina si la diferencia entre el valor de las regalías pagadas en especie y el valor que alcanzan cuando son comercializadas es regalía o no lo es. En consecuencia, sobre la determinación hecha respecto de dicho *margen de comercialización* por el legislador en el artículo 16 de la ley 1530 de 2012, y anteriormente por el Gobierno en el artículo 16 del decreto 4923 de 2011, no recaen las limitaciones de índole constitucional que la accionante encuentra, y que le llevan a concluir que, en cuanto constituye *regalía*, está proscrito que una parte del mismo sea asignada a la Nación y, en consecuencia, ingrese en el presupuesto general de la Nación.

Esta conclusión se apoya en los siguientes aspectos:

- i) La Constitución no trae un concepto cerrado o definitivo de lo que es una Regalía;
- ii) El legislador cuenta con libertad de configuración para determinar, acorde con las disposiciones constitucionales, los elementos que ayuden a definir el concepto y régimen de las regalías en el Estado colombiano; y
- iii) La determinación de la cuantía, la forma de entrega, la parte operativa necesaria para ser transformadas en recursos líquidos, así como la manera en que ingresan al Sistema General de Regalías son aspectos definidos por la ley, más no por la Constitución.

Pasa la Corte a explicar cada uno de estos puntos.

6.1. La consagración constitucional sobre el concepto de regalías

El primer elemento que lleva a esta conclusión es que la referencia de regalías prevista en la Constitución no determina si el margen de comercialización se encuentra incluido en dicho concepto.

En efecto, el artículo 360 de la Constitución prevé

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

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

Observa la Sala que la Constitución en el artículo 360 contiene elementos que delinear el concepto de “regalía” en nuestro ordenamiento, pero que no lo agotan y, por el contrario, se deja al legislador la tarea de crear todo un sistema que establezca en qué términos deben ser desarrolladas actividades como la forma de distribución de los recursos, su forma de ejecución, el titular y los parámetros de la tarea de administrarlos, entre otros. En este contexto normativo, el artículo 360 genera lo que se conoce en la doctrina como garantía institucional, en el sentido que, sin aportar todos los elementos para la creación y funcionamiento de una figura o una institución en el ordenamiento jurídico, establece aquellos que resultan esenciales a la misma, asegurando de esta forma que el desarrollo legislativo deba encontrarse en armonía con dichos elementos nucleares o axiales.

El artículo 360 de la Constitución determina:

- i) La existencia de una contraprestación económica por la explotación de recursos naturales no renovables;
- ii) El Estado como beneficiario de dicha contraprestación; y
- iii) La existencia de un Sistema Nacional de Regalías.

La imagen maestra del concepto “regalía” se complementa con algunos apartes del artículo 361 de la Constitución, que establecen elementos que resultan axiales a este concepto, como son:

- iv) El destino de los dineros de las regalías, que no podrá ser otro que proyectos en beneficio de las entidades territoriales –inciso primero-;
- v) El derecho a participar en las regalías que tienen los departamentos, municipios y distritos en que se exploten o por los que se transporten recursos naturales no renovables –inciso segundo-;
- vi) El derecho de estas entidades a ejecutar directamente los recursos de las regalías –inciso segundo-; y
- vii) La prohibición de que los dineros que provengan de las regalías ingresen al presupuesto nacional o al sistema general de participaciones –parágrafo 1º-.

De las disposiciones constitucionales no se desprende una definición cerrada y unívoca del término “regalía”, sino que se establecen elementos

que no podrán ser obviados por el legislador al desarrollar la materia o, como el propio texto constitucional denomina, el Sistema General de Regalías; dentro de éstos *no se encuentra determinación alguna acerca de la naturaleza de regalía o no del margen de comercialización de las regalías que sean pagadas en especie.*

Contrario sensu, es la propia Constitución la que prevé que el legislador establecerá las condiciones que harán posible el cobro de las regalías.

En materia de determinación del concepto de regalías ocurría otro tanto durante la vigencia del régimen constitucional anterior al acto legislativo 05 de 2011, referencia que resulta útil al caso ahora resuelto en cuanto la definición de regalías que contenía el anterior artículo 360 de la Constitución coincide con la prevista por el actual artículo 360 de la norma superior, luego de su modificación por el artículo 1º del acto legislativo 05 de 2011.

Aunque en las ocasiones en que se han hecho pronunciamientos por parte de la Corte Constitucional se han resuelto problemas jurídicos distintos al ahora planteado ante la Sala, resulta relevante la jurisprudencia constitucional en cuanto ha basado sus decisiones en la aplicación de un principio constante de decisión: el amplio espacio de configuración legislativa en materia de régimen de regalías.

En efecto, en sentencia C-240 de 2011 se estudió la exequibilidad de un decreto que declaraba el estado de emergencia social y destinaba recursos del Fondo Nacional de Regalías para afrontar los proyectos de rehabilitación, reconstrucción y construcción que permitieran afrontar los estragos hechos por la ola invernal. En este caso la Corte Constitucional estableció:

“(v) Acerca del tema de la **amplia facultad del legislador para configurar el régimen de las regalías**, la jurisprudencia de la Corte ha establecido clara y expresamente, la amplia facultad que le compete al legislador para regular el tema de regalías, precisando que se encuentra *“habilitado constitucionalmente para regular el régimen jurídico de las regalías estableciendo sus montos o porcentajes de distribución, destinación y los*

*mecanismos de control sobre el uso adecuado de esas contraprestaciones económicas*¹³.

Así la Corte ha reiterado la amplia libertad del legislador para fijar las regalías y alcance del control constitucional, pero ha establecido igualmente que existe unos mínimos constitucionales que debe respetar el Legislador en esta materia, como los cobros a toda explotación de recursos naturales y las asignaciones específicas de que trata el artículo 361 Superior.”

Por su parte, en la sentencia C-1548 de 2000 se cuestionaron los porcentajes que el artículo 16 de la ley 141 de 1994 había establecido como regalía por la explotación de recursos naturales no renovables. En términos de la sentencia “[e]l actor cuestiona el monto de ciertas regalías mínimas impuestas por el artículo 16 parcial de la Ley 141 de 1994”, problema jurídico con ocasión del cual se estableció:

“5- La Carta señala que la explotación de un recurso natural no renovable causa a favor del Estado, una contraprestación económica a título de regalía (CP art. 360). Sin embargo, la Constitución no fija directamente los criterios para determinar cuál es el valor que deben tener esas regalías. Por ello, en numerosas sentencias, esta Corporación ha indicado que el legislador goza de una amplia libertad para fijar el monto de las regalías y determinar los derechos de participación de las entidades territoriales en esas regalía. Así, la sentencia C-567 de 1995, MP Fabio Morón Díaz, recordó que el artículo 360 de la Carta otorga competencia al legislador para establecer las formas de contratación para la explotación de los recursos naturales no renovables, por lo cual “es claro que la ley puede determinar el monto y la cuantías de los derechos de las entidades territoriales a participar en las regalías y compensaciones sobre la explotación de los recursos naturales no renovables o, lo que es lo mismo, los porcentajes de aquella participación”. Con ese mismo criterio, esta Corte, en la sentencia C-221 de 1997, MP Alejandro Martínez Caballero, se abstuvo de declarar la inexecutable de la disposición acusada, pero tampoco recurrió a una sentencia integradora para establecer el

¹³ Sentencia C-427 de 2002, M.P. Clara Inés Vargas.

monto de la regalía causada por la explotación de la arena de los ríos, precisamente, por cuanto consideró que ambos tipos de decisiones afectaban la libertad del legislador para fijar el porcentaje de las regalías. Dijo entonces esta Corporación, en el fundamento 22 de esa sentencia:

'En segundo término, y más importante aún, tampoco es claro que la voluntad del Legislador sea la de imponer una regalía del tres por ciento a estos bienes. En efecto, el artículo 26 de la Ley 141 de 1994 establece que las calizas, los yesos, las arcillas y las gravas, que son recursos no renovables con alguna similitud con las piedras, las arenas y los cascajos de los ríos, tienen una regalía inferior, ya que ésta es del uno por ciento. Por ello, la decisión de inexecutable estaría condicionando la amplia libertad del Legislador en este campo, puesto que estaría estableciendo una regalía del tres por ciento para tales productos.

Por esa misma razón, en este caso no procede tampoco una sentencia integradora ya que tal modalidad de decisión es admisible sólo en aquellos eventos en los cuales resulta evidente, a la luz del texto constitucional, que dadas las circunstancias del caso concreto, el legislador se encuentra sujeto a una cierta y determinada configuración legal (Ver al respecto la sentencia C-109/95). Empero, cuando en eventos como el que ocupa la atención de la Corte, el Legislador se encuentra frente a la Carta en una posición de plena libertad de configuración, un fallo integrador estaría invadiendo la órbita de competencias del Congreso y comprometiendo el derecho de los ciudadanos a someterse a las regulaciones económicas que surjan de un debate abierto y democrático producido en los órganos de representación popular (subrayas no originales)'. ”

Aunque, como puede observarse, en las decisiones referidas el problema jurídico puede diferenciarse del ahora resuelto, las mismas sirven como sustento para concluir que, así como ocurre con el monto de las regalías,

ni el régimen constitucional anterior, ni el previsto por el acto legislativo 05 de 2011 determina todos los aspectos necesarios para hacer operativo el cobro de las mismas, por lo que es el legislador el llamado a regular dicha materia con base en los parámetros que establece la Constitución. Será campo de la libertad de configuración legislativa la forma de liquidar y distribuir las regalías, así como la de realizar el proceso destinado a su comercialización en los casos en que las mismas sean pagadas en especie.

Por consiguiente, aprecia la Sala que la no inclusión de un concepto totalmente acabado de “regalía” y, por el contrario, el prever únicamente los elementos que resultan nucleares a su imagen institucional, deja al legislador la tarea de completar o finalizar la el concepto constitucional, para lo cual deberá seguir los parámetros aportados en este sentido por la norma suprema.

Siendo esta la situación, no es posible deducir de las disposiciones constitucionales contenido alguno acerca del *margen de comercialización*, ni tampoco de su condición o no de regalía.

6.2. El desarrollo del concepto de regalías por parte de la ley

En acuerdo con lo anteriormente expresado, el legislador encuentra un espacio para desarrollar el concepto de *regalía* en el ordenamiento jurídico colombiano, siempre, se reitera, en acuerdo con los elementos que son definidos en el nivel constitucional. En ejercicio de esta facultad se previó en el artículo 16 de la ley 756 de 2002 el monto al que ascenderían las regalías; en el artículo 16 de la ley 1530 de 2012 que las mismas puedan ser pagadas en dinero o en especie; y en el artículo 15 del mismo cuerpo normativo la forma en que las mismas se liquidarán. Respecto de este último punto se prevé que para establecer el valor de las regalías se *“tendrán en cuenta la relación entre producto exportado y de consumo nacional, deduciendo los costos de transporte, manejo, trasiego, refinación y comercialización, según corresponda con el objeto de establecer la definición técnicamente apropiada para llegar a los precios en borde o boca de pozo o mina”* y dicha determinación se realizará por actos administrativos que, a su vez, sigan las pautas dadas por el legislador.

En este contexto es que surge el margen de comercialización, que, como se concluyó anteriormente, es la diferencia entre el precio de liquidación que tiene el recurso no renovable dado por concepto de regalía –pago en especie- en el momento y el lugar en donde son explotados y el precio en el que el mismo es vendido por parte de la Agencia Nacional de Hidrocarburos o la Agencia Nacional de Minería.

Se reitera que con lo anterior no se sostiene que la libertad de configuración legislativa avale una distribución arbitraria o caprichosa de los dineros de las regalías. Lo que se resalta ahora es que ante los elementos definidos por la Constitución, es el legislador el que debe determinar asuntos como si las regalías se pagan en especie o en dinero; cuáles son los elementos que determinan el valor con el que se calculan las regalías; cual es el proceso en que las mismas se comercializan; qué ente es el que asume el riesgo de dicha comercialización; entre otros.

En este sentido, el legislador colombiano optó porque el valor de las regalías se calcularan a borde o boca de pozo o de mina; ii) porque las mismas se pudiesen pagar en dinero o en especie; iii) porque la comercialización de las mismas quedaran a cargo de un ente centralizado –la ANH o la ANM-; y iv) porque este ente fuera un ente público y no privado.

Es este el contexto en el que pasa a concluirse respecto del problema planteado.

6.3. Conclusión

Lo anteriormente anotado hace evidente que i) la Constitución no establece un concepto acabado de regalía y que es el legislador el que determina qué debe entenderse como tal, siempre en acuerdo con los elementos de la imagen maestra aportados desde las disposiciones constitucionales; ii) dentro de los elementos establecidos por los artículos 360 y 361 de la Constitución no se deduce la existencia de un elemento llamado *margen de comercialización*; iii) en el ordenamiento colombiano el concepto de regalía, de acuerdo con el artículo 16 de la ley 756 de 2002 corresponde a un porcentaje de lo explotado y que su valor deberá reflejar *el precio a borde o boca de pozo o mina*, en acuerdo con el artículo 15 de la ley 1530 de 2012 –y, anteriormente, del artículo 15 del

decreto 4923 de 2011-; iv) que este valor es distinto al valor por el cual se comercializa, existiendo, en consecuencia, un margen de comercialización –que puede ser positivo o negativo- respecto del valor de liquidación; v) que, en todo caso, este margen de comercialización no se entiende incluido en el valor de lo que se considera como regalía, de acuerdo con la ley 756 de 2002 y de la ley 1530 de 2012 –así como tampoco lo fue por el decreto 4923 de 2011-.

Por lo anteriormente anotado no es posible concluir que la determinación del artículo 16 de la ley 1530 de 2012, ni del artículo 16 del decreto 4923 de 2011, respecto de que el margen de comercialización se distribuirá a razón de 50 – 50 entre el Gobierno nacional y el Sistema General de Regalías, i) implique asignación de los dineros obtenidos por concepto de regalía a la Nación; ni, mucho menos, ii) contraríe el sentido de disposición alguna de la Constitución.

Sin embargo, no es ajeno a la Corte que el margen de comercialización es el resultado de la venta de regalías pagadas en especie y, que aunque el mismo no puede ser asimilado a una regalía, es el fruto indirecto de las mismas. Lo anterior no muta su naturaleza convirtiéndolo en regalía, pero sí reduce la discrecionalidad del Gobierno al momento de determinar el destino de dichos recursos. A esta conclusión se llega con base en dos argumentos:

- i) El principio de equidad –artículo 334 de la Constitución- que guía la lectura de las disposiciones constitucionales, en el sentido de entender que el *telos* de dicha regulación es que lo obtenido como resultado de la explotación de los recursos naturales no renovables sirva para promover el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes del territorio y la adecuada distribución de beneficios; y
- ii) El principio de solidaridad –artículo 2 de la Constitución-, que obliga a que la ganancia obtenida de la comercialización de regalías retribuya a las entidades territoriales, para lograr así un desarrollo equilibrado y progresivo en todo el territorio del Estado.

Por esta razón, y sin contrariar la libertad de configuración legislativa garantizada al Congreso de la República, la lectura constitucionalmente

adecuada de la disposición objeto de estudio no puede desconocer que en el artículo 361 de la Constitución se prevén el destino, los porcentajes de distribución y la logística institucional para realizar la distribución de los recursos del Sistema General de Regalías, aspectos que responden a los principios axiales de nuestro sistema constitucional antes mencionados.

Siendo este el contexto constitucional que determina la interpretación de la disposición acusada, concluye la Corte que el Gobierno nacional, al decidir la forma de emplear los recursos provenientes del margen de comercialización, debe respetar los parámetros establecidos por el artículo 361 de la Constitución para los recursos que ingresan al Sistema General de Regalías. Estos serán los que determinen límites y facultades del Gobierno nacional al respecto.

En este sentido dichos recursos tendrán limitaciones respecto de los rubros en que deben emplearse –inciso 1º del artículo 361 de la Constitución y los fines que deban buscarse a través de su utilización. Sin embargo, al no ser regalías, su distribución no necesariamente deberá corresponder a los porcentajes previstos para los recursos del Sistema General de Regalías, aunque, eventualmente, los mismos puedan ser canalizados a través de la logística institucional creada por orden del tercer inciso del artículo 361 de la Constitución.

Por tanto, la exequibilidad del artículo 16 de la ley 1530 de 2012 se condicionará a que de su lectura se entienda que la destinación de los recursos provenientes del margen de comercialización que son asignados al Gobierno tiene las mismas limitaciones que los recursos provenientes de las regalías, de acuerdo con lo estipulado por el artículo 361 de la Constitución.

Con base en lo anteriormente dicho se declarará la exequibilidad condicionada del aparte estudiado del artículo 16 de la ley 1530 de 2012.

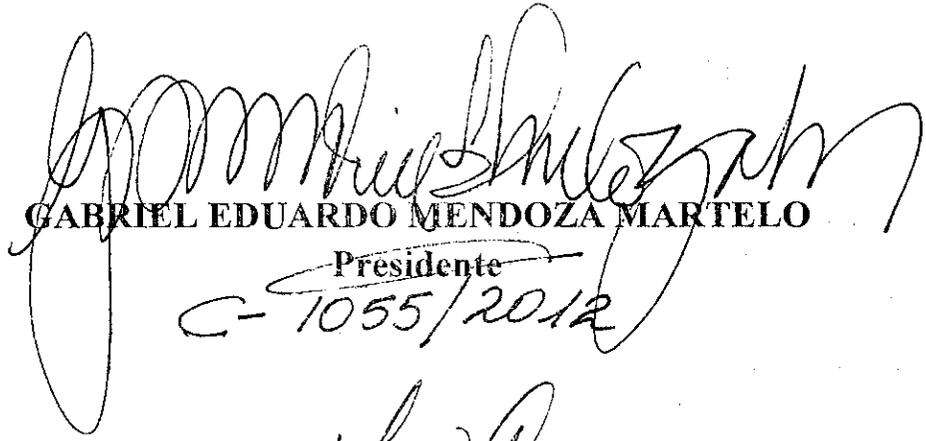
VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

Declarar **EXEQUIBLE** la distribución del margen de comercialización de las regalías prevista en el artículo 16 de la ley 1530 de 2012, por el cargo relativo al desconocimiento del concepto de regalía previsto en el artículo 361 de la Constitución, en el entendido que los recursos del margen de comercialización asignado al Gobierno Nacional deben destinarse a los fines previstos en el artículo 361 de la Constitución Política.

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


GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
Presidente
C-1055/2012


MARIA VICTORIA CALLE CORREA
Magistrado
con salvavento al voto

- Aprovecho este espacio -
MAURICIO GONZALEZ CUERVO
Magistrado


LUIS GUILLERMO GUERRERO PEREZ
Magistrado

Alexei Julio Estrada
ALEXEI JULIO ESTRADA
Magistrado
Con abrogación de voto

Jorge Ivan Palacio
JORGE IVAN PALACIO PALACIO
Magistrado
Con salvamento de voto

Nilson Pinilla
NILSON PINILLA PINILLA
Magistrado

Jorge I. Pretelt Ch.
JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB
Magistrado

con salvamento de voto
Luis Ernesto Vargas Silva
LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
Magistrado

Marta Victoria Sachica Mendez
MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ
Secretaria General

SECRETARIA Q-1055/12