

REGALIAS Y COMPENSACIONES - Adopción de medidas por incorrecta utilización / INSPECCION CONTROL Y VIGILANCIA - Definición

El Departamento Nacional de Planeación, solicita el concepto de la Sala con el fin de establecer el término de caducidad de la facultad de imponer, por parte de ese Departamento, sanciones por la incorrecta utilización de los recursos de las regalías y compensaciones. Inicialmente la Sala formulará algunas consideraciones generales en relación con las funciones de inspección, vigilancia y control que el Estado ejerce sobre actividades que desarrollan agencias del propio Estado, el régimen jurídico de las medidas de carácter correctivo que se adoptan por los órganos titulares de estas atribuciones, y la manera como dicho procedimiento correctivo debe adelantarse en desarrollo de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad; para posteriormente, respecto del asunto específico objeto de la consulta, examinar lo relacionado con la propiedad pública sobre los recursos naturales no renovables, la competencia del legislador para determinar sus condiciones de explotación, los derechos de las entidades territoriales sobre los mismos y el régimen jurídico al que deben sujetarse las medidas que adopta el Departamento Nacional de Planeación cuando se presentan irregularidades en la administración y ejecución de los recursos originados en las regalías y compensaciones provenientes de la explotación de recursos naturales no renovables. La Sala retoma en este punto lo expuesto en el Concepto No. 1656 de 2005: En este orden de ideas resulta claro que uno es el derecho del Estado y otro el de los entes territoriales. El Estado, en su calidad de propietario del recurso natural no renovable, es el titular de la contraprestación por su explotación y las entidades territoriales son titulares de los derechos de participación de contenido económico, en el porcentaje que determine el legislador.

INSPECCION CONTROL Y VIGILANCIA - Definición / PRINCIPIO DE SUBSIDIARIDAD - Cuando la entidad territorial no pueda ejercer determinadas funciones constitucionales, puede apelar a niveles superiores para que asuman el ejercicio de esas competencias

Inspección: consiste en la atribución para solicitar, confirmar y analizar la información requerida sobre la situación jurídica contable, económica y administrativa de un ente, así como la práctica de investigaciones administrativas. Vigilancia: Se debe ejercer permanentemente y consiste en hacer que los sujetos pasivos de esta actividad, en su formación, funcionamiento y desarrollo de su objeto social, se ajusten a la ley y a los estatutos. Control: Consiste en ordenar los correctivos necesarios para subsanar una situación crítica de orden jurídico, contable, económico o administrativo de los entes vigilados, y comprende una serie de medidas que pueden ir hasta la imposición de diferentes clases de sanciones. Del texto reglamentario se concluye que la actuación administrativa orientada a la adopción de medidas correctivas tendientes a lograr la adecuada administración y ejecución de los recursos originados en las regalías, compensaciones y afines, culmina con el acto administrativo a través del cual, en desarrollo de los principios constitucionales sobre repartición de competencias entre los distintos niveles territoriales de la administración, el DNP ejerce plenamente sus funciones de control y vigilancia. Las medidas que puede adoptar el Departamento Nacional de Planeación con fundamento en los artículos 10 de la ley 141 de 1994, 31 del decreto reglamentario 416 de 2007 y demás normas concordantes, buscan fundamentalmente que con la aplicación de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad que regulan las relaciones de competencia entre los distintos niveles territoriales, los recursos provenientes de regalías o asignaciones del Fondo Nacional de Regalías se utilicen diligentemente

para los fines dispuestos por las normas Constitucionales, legales y reglamentarias; por tanto por no tratarse de sanciones, para su aplicación no opera el término de caducidad a que se refiere el artículo 38 CCA.

NOTA DE RELATORIA: Autorizada la publicación con oficio de 25 de octubre de 2007.

(07/10/04, Sala de Consulta, 00064, Ponente: Dr. LUIS FERNANDO ALVAREZ JARAMILLO; Actor: DIRECTORA DEL DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACION)

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: LUIS FERNANDO ALVAREZ JARAMILLO

Bogotá, D. C., octubre cuatro (4) de dos mil siete (2007)

Radicación numero: 11001-03-06-000-2007-00064-00(1842)

Actor: DIRECTORA DEL DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACION

Referencia: ADOPCION DE MEDIDAS POR INCORRECTA UTILIZACION DE REGALIAS Y COMPENSACIONES.

La señora Directora del Departamento Nacional de Planeación doctora Carolina Rentería, solicita el concepto de la Sala con el fin de establecer el término de caducidad de la facultad de imponer, por parte de ese Departamento, sanciones por la incorrecta utilización de los recursos de las regalías y compensaciones.

Inicialmente menciona como principales antecedentes normativos (i) la ley 141 de 1994 por medio de la cual, entre otros temas, se creó la Comisión Nacional de Regalías con el objeto de controlar y vigilar la correcta utilización de los recursos provenientes de las regalías y compensaciones causadas por la explotación de recursos naturales no renovables de propiedad estatal y administrar los recursos del Fondo Nacional de Regalías, (ii) el decreto 149 de 2004 que dispuso la supresión de dicha Comisión y (iii) el decreto 195 de 2004 que modificó la estructura del Departamento Nacional de Planeación y dispuso que las referencias a la Comisión de Regalías contenidas en la legislación se deben entender formuladas al mencionado Departamento (art. 52).

Además hace saber que la Comisión Nacional de Regalías, con fundamento en el decreto 450 de 1996, *“celebró con el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo - PNUD un convenio de cooperación técnica (Col/99) cuyo objeto es brindar asesoría para la ejecución de las interventorías administrativas y financieras a la utilización de los recursos provenientes de las participaciones de regalías y compensaciones, y de las asignaciones del Fondo Nacional de Regalías”*, en desarrollo del cual el PNUD suscribió contratos de interventoría con diferentes firmas especializadas, teniendo en cuenta el origen de los recursos y su utilización.

Anota la señora Directora que *“Para el cumplimiento del objeto contractual, la Comisión Nacional de Regalías (entidad liquidada) dispuso que las firmas de interventoría administrativa y financiera entregaran documentos físicos de la actividad desarrollada durante los años 2003 a 2006”*¹

Pone en conocimiento de la Sala que *“En abril de 2004, el Departamento Nacional de Planeación tuvo conocimiento de las presuntas irregularidades en relación con la utilización de los recursos de regalías y compensaciones, fecha en la cual el Departamento Nacional de Planeación recibió de la Comisión Nacional de Regalías la administración del sistema electrónico de información”,* y que en la misma fecha, cuando se recibieron los documentos físicos de la información por acta de traspaso, *“el DNP tuvo conocimiento de las presuntas irregularidades respecto de las asignaciones del Fondo Nacional de Regalías (FNR), recursos del Fondo de Ahorro y Estabilización Petrolera (FAEP), recursos de reasignación de regalías y compensaciones - Escalonamiento y de los Fondos Córdoba y Sucre”.*

Respecto de lo que la Directora denomina *“facultad para imponer medidas correctivas por parte del Departamento Nacional de Planeación”,* transcribe el artículo 10 de la ley 141 de 1993 que confiere en ese sentido diversas atribuciones a la Comisión Nacional de Regalías, -hoy asignadas al DNP-, así como los artículos 12 y 13 del decreto 620 de 1995 que reglamentaron la mencionada ley en lo concerniente al procedimiento que debía seguirse para el ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia, disposiciones derogadas por el artículo 31 del decreto 416 de 2007 -también transcrito-, actualmente vigente, en el cual se atribuye al Departamento Nacional de Planeación la función de ejercer la inspección, control y vigilancia de la correcta utilización (administración y ejecución) de los recursos originados en las regalías y compensaciones, asignaciones del Fondo Nacional de Regalías (FNR), recursos del Fondo de Ahorro y Estabilización Petrolera (FEAP), recursos de reasignación de regalías y compensaciones - Escalonamiento, y de los Fondos de Córdoba y Sucre.

Agrega que si bien el decreto 416 de 2007 establece un procedimiento, *“es necesario precisar que en materia de regalías no existe disposición legal especial que fije término para imponer medidas correctivas por el inadecuado manejo de los recursos de regalías por parte de las entidades territoriales o beneficiarias, y en la ausencia de la mencionada norma, es necesario acudir a lo dispuesto en el Código Contencioso Administrativo”,* en particular al artículo 38 que establece una caducidad de tres años para el ejercicio de la facultad de imponer sanciones por las autoridades administrativas.

La anterior situación normativa motiva la consulta, la cual *“tiene el propósito de determinar la fecha en que se debe contar el término de los tres (3) años de caducidad de la potestad para imponer medidas correctivas por parte del Departamento Nacional de Planeación, toda vez que al respecto existirían diferentes posiciones jurisprudenciales”.*

Con fundamento en lo expuesto, formula los siguientes interrogantes:

“1. ¿Desde qué momento se debe contar el término de los tres (3) años de caducidad de la potestad sancionatoria de la Administración?”

¹ Se informa que los contratos para realizar la interventoría correspondientes a las vigencias fiscales de 2000 -2002, iniciaron su ejecución el 3 de mayo de 2002 y los correspondientes a las vigencias de 2003-2004, iniciaron su ejecución el 2 de junio de 2003.

2. *¿En el evento en que la caducidad establecida en el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo se empieza a contar a partir del conocimiento de los hechos ¿cuál sería el momento en que se inicia la contabilización de la caducidad; cuando las entidades territoriales remiten la información de la utilización (administración y ejecución) de los recursos de las regalías y compensaciones de una vigencia al término de la misma? o ¿cuándo las interventorías administrativas y financieras reportan estos mismos hechos, bien con el soporte documental o por medio del sistema electrónico de información?*

3. *¿El no reintegro de rendimientos financieros o de los saldos no ejecutados de asignaciones del Fondo Nacional de Regalías constituyen irregularidades que corresponden a hechos de ejecución continuada en el tiempo y por lo tanto respecto de los mismos no opera la caducidad de la facultad sancionatoria de la administración?*

4. *¿Los proyectos financiados con asignaciones del Fondo Nacional de Regalías, que presentan irregularidades tales como el abandono de los proyectos, proyectos incompletos, cambio del objeto del contrato, corresponden a una infracción de ejecución continuada en el tiempo y por tanto respecto de los mismos no opera la caducidad de la facultad sancionatoria de la administración, toda vez que se autorizó un desembolso de recursos con un fin concreto, el cual no se cumplió?*

5. *Si se adopta la tesis del conocimiento del hecho, ¿cómo se cuenta el término para establecer a partir de qué momento el Departamento Nacional de Planeación, tuvo conocimiento del acto que podría ocasionar la irregularidad? ¿A partir de la fecha en que las firmas de interventoría administrativa y financiera registraron electrónicamente la presunta irregularidad respecto de los recursos de regalías y compensaciones? ¿A partir de la fecha de traspaso que hiciera la Comisión Nacional de Regalías (entidad liquidada), o del recibo para la administración del sistema electrónico de información?*

6. *¿Para que el Departamento Nacional de Planeación aplique la caducidad general respecto de la facultad sancionatoria de las autoridades administrativas establecida en el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo en relación con irregularidades en la utilización (administración y ejecución), de los recursos de regalías y compensaciones, asignaciones del Fondo Nacional de Regalías, recursos del Fondo de Ahorro y Estabilización Petrolera (FAEP), recursos de reasignación de regalías y compensaciones - Escalonamiento, requiere petición de parte o debe según el caso hacerlo oficiosamente?"*

LA SALA CONSIDERA

Inicialmente la Sala formulará algunas consideraciones generales en relación con las funciones de inspección, vigilancia y control que el Estado ejerce sobre actividades que desarrollan agencias del propio Estado, el régimen jurídico de las medidas de carácter correctivo que se adoptan por los órganos titulares de estas atribuciones, y la manera como dicho procedimiento correctivo debe adelantarse en desarrollo de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad; para posteriormente, respecto del asunto específico objeto de la consulta, examinar lo relacionado con la propiedad pública sobre los recursos naturales no renovables,

la competencia del legislador para determinar sus condiciones de explotación, los derechos de las entidades territoriales sobre los mismos y el régimen jurídico al que deben sujetarse las medidas que adopta el Departamento Nacional de Planeación cuando se presentan irregularidades en la administración y ejecución de los recursos originados en las regalías y compensaciones provenientes de la explotación de recursos naturales no renovables.

1. Funciones de inspección, vigilancia y control que el Estado ejerce sobre actividades que desarrollan agencias del propio Estado y naturaleza de las medidas que adopta

La ley 222 de 1995, que para el efecto puede tomarse como ejemplo de referencia, al señalar las funciones de la Superintendencia de Sociedades, distingue tres conceptos, así:

Inspección: consiste en la atribución para solicitar, confirmar y analizar la información requerida sobre la situación jurídica contable, económica y administrativa de un ente, así como la práctica de investigaciones administrativas.

Vigilancia: Se debe ejercer permanentemente y consiste en hacer que los sujetos pasivos de esta actividad, en su formación, funcionamiento y desarrollo de su objeto social, se ajusten a la ley y a los estatutos.

Control: Consiste en ordenar los correctivos necesarios para subsanar una situación crítica de orden jurídico, contable, económico o administrativo de los entes vigilados, y comprende una serie de medidas que pueden ir hasta la imposición de diferentes clases de sanciones.

Estas atribuciones, que en términos generales pueden aplicarse a los distintos organismos encargados de ejercer las competencias de inspección, vigilancia y control, implican el ejercicio de facultades o potestades de diversa naturaleza y alcance, pues mientras algunas tienen carácter preventivo y correctivo, y se adoptan por razones objetivas y administrativas con el fin de evitar que una situación no querida por el legislador se llegue a presentar o impedir la prolongación de una situación que se considera lesiva del interés público o social o de un bien que el legislador señala como susceptible de protección; hay otras que realmente implican una sanción administrativa, pues se toman por razones subjetivas y su finalidad consiste en la imposición de una medida punitiva.

El principio de legalidad inherente a toda sanción² hace que el legislador, ordinario o extraordinario, sea el único competente para determinar en que casos las decisiones que adopta la administración poseen esta especial característica, por ello la Sala considera que no es posible otorgarle el carácter de sanción a ciertas medidas expresamente identificadas como simplemente correctivas por ley o reglamento.

Inicialmente habría que afirmar que esta Corporación, al analizar los alcances del decreto 1922 de 1994 que reglamenta la intervención del Ministerio de Salud (hoy Protección Social) en el sistema de seguridad social en salud conforme a lo dispuesto en el decreto ley 056 de 1975 y en la ley 60 de 1993, precisó la diferencia sustancial que existe entre medidas correctivas y las que se manifiestan como sanciones administrativas.

² La legislación española, por ejemplo, exige para el ejercicio de la potestad sancionadora la atribución expresa de la competencia por la ley (Art. 127 de la LRJPAC).

Dijo el Consejo de Estado en sentencia del 22 de junio de 2006 de la Sección Primera...

*“(...) A lo anterior se agrega que la intervención de que se ocupa dicha reglamentación es la que obedece a razones de orden público, esto es, **con carácter preventivo y correctivo** en cuanto hace a las actividades propias de servicios públicos que tienen especial protección en la Constitución Política, la cual de modo general está en cabeza del Estado y, de manera específica, del Presidente de la República, y cuya finalidad es asegurar la continuidad y calidad en la prestación de dichos servicios y racionalidad en su desarrollo, recogida de esa forma en el artículo 1º del Decreto parcialmente enjuiciado, en cuanto define la intervención administrativa y/o técnica como un procedimiento mediante el cual el Ministerio de Salud o las Direcciones Territoriales de inspección, vigilancia y control, por motivos de orden de público, administrativo y/o técnico, que afecten o puedan afectar en forma grave la adecuada prestación de los servicios de salud, asume en forma transitoria, total o parcial, la gestión administrativa y/o técnica de las entidades a que se refiere ese decreto; y en el artículo 2º del mismo, en tanto establece que ella tendrá como finalidad garantizar la adecuada prestación del servicio de salud, en los términos y con la debida observancia de las normas que rigen para el Sistema General de Seguridad Social en Salud.*

*Así las cosas, es claro que se trata de **dos clases de intervenciones administrativa y/o técnica, en el sentido de que una es de carácter sancionatorio** y por ende obedece a razones subjetivas, en la medida en que implica conductas que infrinjan normas del régimen de salud, y **otra de carácter preventivo o correctivo, que se toma por razones objetivas en los campos administrativos, técnico o financiero que afecten o amenacen de manera grave la continuidad de la prestación del servicio**; de modo que la establecida en el artículo 49, literal b, de la Ley 10 de 1990 es intervención administrativa y/o técnica como sanción administrativa, mientras que la reglamentada en el artículo 38 objeto de la demanda **es preventiva o correctiva** por razones de orden público o circunstancias que pongan en peligro la adecuada prestación del servicio de salud, lo cual significa que este artículo reglamentario no se opone al literal b) del primeramente citado, toda vez que no hay relación entre uno y otro, esto es, el precepto acusado no está subordinado a dicho literal³.
“(Resalta la Sala con negrilla).*

2. Procedimiento administrativo correctivo

³ Radicación número: 11001-03-24-000-2002-00369-01. Ley 10 de 1990 ARTICULO 38. ASUNCION DE SERVICIOS POR LA DIRECCION SECCIONAL. En caso de que se venzan los plazos previstos en el artículo precedente, sin que se hayan cumplido los requisitos exigidos, o en el evento de que en cualquier tiempo se incumpla cualquiera de dichos requisitos, la respectiva dirección seccional del sistema de salud, asumirá la administración de la prestación de los servicios de salud, con los recursos que debían transferirse para ese efecto, para lo cual se harán las transferencias correspondientes al fondo seccional de salud.

ARTICULO 49. SANCIONES. En desarrollo de las funciones de inspección y vigilancia, las autoridades competentes, según el caso, podrán imponer, según la naturaleza y gravedad de la infracción de cualquiera de las normas previstas en la presente ley, las siguientes sanciones:

- a) Multas en cuantía hasta de 200 salarios mínimos legales mensuales;
- b) Intervención de la gestión administrativa y/o técnica de las entidades que prestan servicios de salud, por un término hasta de seis meses;
- c) Suspensión o pérdida definitiva de la personería jurídica de las personas privadas que presten servicios de salud;
- d) Suspensión o pérdida de autorización para prestar servicios de salud.

Conforme a lo expresado y bajo la hipótesis de que las facultades otorgadas por la ley 141 de 1994 a la Comisión Nacional de Regalías y asumidas actualmente por el Departamento Nacional de Planeación conllevan la posibilidad de adoptar medidas correctivas, debe ahora la Sala precisar si la facultad de la administración para asumir ese tipo de decisiones realmente constituye una actuación administrativa a la cual se aplican las normas del Código Contencioso Administrativo que regulan los procedimientos de la administración.

La actuación administrativa es el proceso de preparación, expedición y ejecución de actos expedidos en ejercicio de la función administrativa para la realización de las tareas del Estado, buscando, como lo señala el Art. 2° del CCA, la adecuada prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados.

De acuerdo con el artículo 209 de la C.P. y su desarrollo legal a través del artículo 3o. del CCA, las actuaciones administrativas se desarrollan con arreglo a los principios de economía, celeridad, eficacia, imparcialidad, publicidad y contradicción, éste último para garantizar a los administrados la oportunidad de conocer y controvertir las decisiones, utilizando para ello los medios legales existentes. Todo lo cual hace parte de la noción más general del debido proceso administrativo.

Dichas actuaciones pueden iniciarse de oficio o a solicitud de parte y en situaciones normales deben culminar de diferentes formas, una de las cuales es la imposición de medidas de distinta naturaleza, como sanciones o correcciones, razón por la cual el Consejo de Estado en sentencia del 26 de octubre de 2006 afirma que la facultad sancionatoria y el procedimiento administrativo son dos aspectos inseparables de la actuación administrativa, situación también aplicable al procedimiento correctivo.

De acuerdo con lo expuesto, es menester concluir que, salvo disposición especial al respecto, el proceso de aplicación de sanciones o de medidas correctivas se rige por las disposiciones contenidas en el Código Contencioso Administrativo, normatividad aplicable a todos los procedimientos administrativos, como lo anotó esta Sala en el concepto 1632 del 25 de mayo de 2.005.

Dijo la Sala:

“1. EL CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO ES REGLA GENERAL APLICABLE A TODOS LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS.

De conformidad con el artículo 1° del código contencioso administrativo, adoptado en el decreto ley 01 de 1984, éste se aplica a ‘los órganos, corporaciones y dependencias de las ramas del Poder Público en todos los órdenes, a las entidades descentralizadas, a la Procuraduría General de la Nación y Ministerio Público, a la Contraloría General de la República y contralorías regionales, a la Corte Electoral y a la Registraduría Nacional del Estado Civil, así como a las entidades privadas, cuando unas y otras cumplan funciones administrativas’, constituyéndose así en el procedimiento general aplicable a todas las actuaciones y procedimientos administrativos que realice la administración pública.

Esta caracterización del código como regla general, conlleva la posibilidad de que existan normas especiales que excepcionen su aplicación, bien sea

total o parcialmente, por lo cual el segundo inciso del artículo citado expresa que 'los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales se regirán por éstas; en lo no previsto en ellas se aplicarán las normas de esta primera parte que sean compatibles'. Es claro para la Sala que la regla general de todos los procedimientos administrativos es este código, y sólo se deja de aplicar en aquellos casos en que haya normas especiales".

3. Competencias de las entidades territoriales y principios que las regulan

Al señalar el modelo de organización política, el artículo 1o. de la Constitución Nacional dispone:

"Artículo 1o. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general".

La norma constitucional incluye en su descripción los tres grandes modelos del esquema político: La forma de Estado (Unitario), la forma de Gobierno (República democrática, participativa y pluralista) y la forma de organización administrativa (descentralización administrativa con autonomía de las entidades territoriales).

El gran desafío institucional adelantado por la Carta del 91, consiste en combinar y mantener un adecuado equilibrio entre estructuras aparentemente contradictorias, como la forma de Estado Unitario, la descentralización administrativa y la autonomía territorial.

Para lograr este objetivo la propia Constitución diseña un modelo jurídico político suficiente para armonizar estructuras tan disímiles, pues por una parte el modelo de Estado Unitario se defiende a través del esquema de la centralización política, mientras que los alcances de la descentralización administrativa territorial, se complementan con una precisa identificación de los parámetros en que se enmarca la autonomía territorial.

En efecto la Constitución Nacional, en un aporte metodológico bien logrado, señala los elementos esenciales de la autonomía territorial a partir de la definición que de ella hace el artículo 287 Superior, así:

"Artículo 287. Las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, y dentro de los límites de la Constitución y la ley. En tal virtud tendrán los siguientes derechos:

- 1. Gobernarse por autoridades propias.*
- 2. Ejercer las competencias que les correspondan.*
- 3. Administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones.*
- 4. Participar en las rentas nacionales".*

La Corte Constitucional a través de reiterada jurisprudencia ha marcado con claridad las líneas limítrofes entre el sistema unitario de Estado, la descentralización administrativa territorial y la autonomía territorial.⁴

⁴ Sentencia C-097 de 1994

El desarrollo funcional del concepto de Estado Unitario dentro del contexto de la autonomía territorial y la descentralización administrativa, hacen que la distribución de competencias entre la Nación y las entidades territoriales deba sujetarse a unos principios reguladores de las relaciones que deben darse entre los distintos niveles, principios que según lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 288 Constitucional son los de coordinación, concurrencia y subsidiaridad en los términos que establezca la ley.

Dice el artículo 288:

“ARTICULO 288. *La ley orgánica de ordenamiento territorial establecerá la distribución de competencias entre la Nación y las entidades territoriales. Las competencias atribuidas a los distintos niveles territoriales serán ejercidas conforme a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiaridad en los términos que establezca la ley*”. (Negrillas de la Sala).⁵

La determinación de los alcances funcionales de estos principios ha ocupado la atención del legislador, quien a través de diferentes leyes⁶ los ha definido o

⁵ En igual sentido se expresa el artículo 356 Superior:

“ARTICULO 356. Salvo lo dispuesto por la Constitución, la ley, a iniciativa del Gobierno, fijará los servicios a cargo de la Nación y de los Departamentos, Distritos, y Municipios. Para efecto de atender los servicios a cargo de éstos y a proveer los recursos para financiar adecuadamente su prestación, se crea el Sistema General de Participaciones de los Departamentos, Distritos y Municipios.

Los Distritos tendrán las mismas competencias que los municipios y departamentos para efectos de la distribución del Sistema General de Participaciones que establezca la ley.

Para estos efectos, serán beneficiarias las entidades territoriales indígenas, una vez constituidas. Así mismo, la ley establecerá como beneficiarios a los resguardos indígenas, siempre y cuando estos no se hayan constituido en entidad territorial indígena.

Los recursos del Sistema General de Participaciones de los departamentos, distritos y municipios se destinarán a la financiación de los servicios a su cargo, dándoles prioridad al servicio de salud, los servicios de educación, preescolar, primaria, secundaria y media, y servicios públicos domiciliarios de agua potable y saneamiento básico, garantizando la prestación y la ampliación de coberturas con énfasis en la población pobre.

Teniendo en cuenta los principios de solidaridad, complementariedad y subsidiaridad, la ley señalará los casos en los cuales la Nación podrá concurrir a la financiación de los gastos en los servicios que sean señalados por la ley como de competencia de los departamentos, distritos y municipios. (...).(Negrillas de la Sala).

⁶ **Ley 10 de 1990** “Por la cual se reorganiza el Sistema Nacional de Salud y se dictan otras disposiciones”. (Ley modificada por las leyes 100 de 1993, 223 de 1995 y 443 de 1998), entre otros, describe en su artículo 3o., estos principios.

Ley 60 de 1993 (derogada por la ley 715 de 2001) “Por la cual se dictan normas orgánicas sobre la distribución de competencias de conformidad con los artículos 151 y 288 de la Constitución Política y se distribuyen recursos según los artículos 356 y 357 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”, al referirse a las competencias de los Departamentos y la distribución del entonces denominado situado fiscal, hace mención de estos principios en sus artículos 3,13, 15 y 28.

Ley 136 de 1994 “Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios”, modificada en algunos apartes por las leyes 1148 de 2007, 1031 de 2006, 753 de 2002, 388 de 1997, 191 de 1995, 177 de 1994, 166 de 1994, 163 de 1994, define en su artículo 4o. estos mismos principios.

Ley 152 de 1994 “Por la cual se establece la Ley Orgánica del Plan de Desarrollo” (con las modificaciones introducidas por la ley 290 de 1996), se refiere a los mismos principios en su artículo 3o.

Ley 489 de 1998 “Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”, se refiere en su artículo 5o. a dichos principios.

Ley 1152 de 2007 “Por la cual se dicta el Estatuto de Desarrollo Rural, se reforma el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural, Incoder, y se dictan otras disposiciones”, en sus artículos 2 y 3 consagra estos principios.

descrito; tema sobre el cual también ha habido importantes aportes por parte de la doctrina nacional⁷.

También la jurisprudencia, especialmente de la Corte Constitucional, se ha pronunciado sobre el significado y los alcances de los principios que orientan el desarrollo de competencias entre los distintos niveles territoriales del Estado.⁸

Específicamente sobre el principio de subsidiariedad que permite, previa autorización legal, a una instancia nacional o territorial encargarse de asuntos correspondientes a una entidad territorial, cuando ésta demuestra incapacidad para su manejo, la Corte Constitucional en sentencia C-983 de 2.005 dijo:

*“De los tres principios indicados en el artículo 288 de la Constitución Nacional quizá el principio de **subsidiariedad es el que con mayor intensidad se relaciona con el tema de la descentralización.** La distribución de competencias entre la Nación y las Entidades Territoriales es una materia compleja que involucra intereses muchas veces contrapuestos. No es un asunto completo y acabado sino que está en proceso de elaboración, tal como lo demuestran las distintas reformas constitucionales y legales que han tenido lugar a partir de la puesta en vigencia de la Constitución de 1991.*

(...)

‘Las instancias superiores de autoridad sólo están legitimadas para intervenir en los asuntos de las autoridades más pequeñas, cuando éstas sean manifiestamente incapaces o ineficientes para prestar un servicio o adoptar una determinada decisión. El nuevo esquema territorial del poder, consagrado en la Constitución de 1991, determina que la facultad de dirección política no se encuentra monopolizada por los órganos del Estado central.’

(...)

‘Debe la Corte precisar que, conforme a su jurisprudencia, el principio de subsidiariedad, como valor constitucional, según el cual cuando una entidad territorial no pueda cumplir con sus funciones constitucionales plenamente, le abre paso a la intervención del legislador para que éste adopte una posición de ayuda y de reemplazo potencial de las competencias constitucionales del ente de nivel inferior en la jerarquía territorial, porque, con fundamento en lo expuesto por el artículo 228 superior, las distintas competencias atribuidas a los diversos niveles territoriales deben desarrollarse de acuerdo con los principios de concurrencia, coordinación y subsidiariedad, en los términos que establezca la ley. (...) Así las cosas, significa entonces lo anterior, en criterio de la Corte, que de acuerdo con el aludido principio constitucional (subsidiariedad), la Nación debe colaborar con las entidades territoriales cuando quiera que éstas no puedan cumplir con sus funciones y competencias, es decir, la Nación debe apoyar siempre a las entidades territoriales más débiles, pues es claro, que el concepto de autonomía implica un

⁷ PEREZ ESCOBAR, Jacobo. *Derecho Constitucional Colombiano*. Séptima Edición. Temis. “Según el principio de *coordinación*, las autoridades de las entidades territoriales en el ejercicio de sus competencias deben armonizar sus políticas, programas y acciones, a fin de que sus actuaciones no se realicen en perjuicio de los intereses públicos que deben servir”.

LAMPREA RODRIGUEZ, Pedro Antonio, *Anulación de los actos de la administración pública*, Ediciones doctrina y Ley Bogotá 1996. Pág. 30 y ss.

⁸ Sentencias C-517 de 1992, C-075 de 1993, C-500 de 2005.

cambio sustancial en las relaciones centro-periferia, por lo que el legislador, dentro de su libertad de configuración, puede definir y articular los intereses nacionales y regionales, y, a través de esta forma, intervenir en los asuntos locales, siempre que no se trate claro está, de materias cuya competencia sea exclusiva de las entidades territoriales’.

(...)

‘El principio de subsidiaridad consiste en que sólo cuando la entidad territorial no pueda ejercer determinadas funciones en forma independiente, puede apelar a niveles superiores (el departamento o la Nación), para que éstos asuman el ejercicio de esas competencias.’ (Las negrillas no son del texto original).

4. El asunto objeto de la presente consulta

4.1. *La propiedad pública sobre los recursos naturales no renovables y la competencia del legislador para determinar las condiciones de explotación y los derechos de las entidades territoriales sobre los mismos.*

La Constitución Política consagra los lineamientos esenciales del sistema normativo que regula los recursos naturales no renovables, defiriendo a la ley la configuración del régimen complementario⁹. La normativa Constitucional destaca las siguientes características:

(i) El artículo 332¹⁰ consagra la propiedad estatal sobre el subsuelo y sobre los recursos naturales no renovables, lo cual excluye la posibilidad de la titularidad particular sobre los mismos, salvo los derechos adquiridos y perfeccionados por la legislación preexistente.

(ii) Como consecuencia de dicha titularidad, se prevé a favor del Estado el derecho a percibir por la explotación de los recursos naturales no renovables, una contraprestación económica a título de regalía, sin que ello impida la posibilidad de pactar otros derechos y compensaciones por dicha explotación.

(iii) Sobre la explotación de los recursos naturales no renovables, el artículo 360 de la Carta dispone:

“Artículo 360. *La ley determinará las condiciones para la explotación de los recursos naturales no renovables así como los derechos de las entidades territoriales sobre los mismos.*

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

Los departamentos y municipios en cuyo territorio se adelanten explotaciones de recursos naturales no renovables, así como los puertos

⁹ Sobre las diversas fuentes de configuración del régimen de regalías, ha expresado la Corte Constitucional: “El régimen jurídico de las regalías se encuentra en parte constitucionalizado pues, tal y como esta Corte lo ha destacado, la Carta establece un contenido esencial del régimen de regalías que debe ser respetado por el Legislador. Sin embargo, a pesar de esa constitucionalización parcial del régimen de regalías, la Constitución no fija directamente muchos elementos de dicho régimen, pues no establece los criterios para determinar cuál es el valor que deben tener esas regalías ni regula detalladamente las formas de reparto.”(Sentencia C-1087 de 2004).

¹⁰ Dispone el artículo 332 de la Carta: “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.”

marítimos y fluviales por donde se transporten dichos recursos o productos derivados de los mismos, tendrán derecho a participar en las regalías y compensaciones.”

Es decir, la explotación de los recursos naturales no renovables causa a favor del Estado una contraprestación económica a título de regalía sin perjuicio de otro derecho o compensación que se pacte, así como el derecho de las entidades territoriales productoras y los puertos marítimos y fluviales por donde se transporten dichos recursos y sus derivados, a participar en las regalías y compensaciones.

La Sala retoma en este punto lo expuesto en el Concepto No. 1656 de 2005: *“En este orden de ideas resulta claro que uno es el derecho del Estado y otro el de los entes territoriales. El Estado, en su calidad de propietario del recurso natural no renovable, es el titular de la contraprestación por su explotación y las entidades territoriales son titulares de los derechos de participación de contenido económico, en el porcentaje que determine el legislador”.*

(iv) Adicionalmente a las participaciones a que tienen derecho las entidades territoriales, el artículo 361¹¹ de la Constitución Política previó que con los ingresos provenientes de las regalías, no asignados a estas entidades, se crearía el Fondo Nacional de Regalías cuyos recursos se aplicarían exclusivamente a la promoción de la minería, a la preservación del medio ambiente y a financiar proyectos regionales de inversión definidos como prioritarios en los planes de desarrollo de dichas entidades.

(v) Es también elemento esencial del régimen, la atribución de potestad normativa al legislador para determinar las condiciones de explotación de los recursos naturales no renovables, así como las reglas que deben seguirse para la administración, ejecución y destinación de los ingresos generados por dicha explotación, para lo cual cuenta con una amplia libertad de configuración para definir el contenido normativo complementario, necesario para conformar el régimen aplicable. Además, no puede olvidarse que por tratarse de recursos públicos¹², los procesos de causación, percepción, utilización, inversión y gasto, están sujetos a los respectivos controles administrativos y fiscales.

(vi) Finalmente es menester tener en cuenta que por tratarse de recursos naturales no renovables, todas las medidas relacionadas con su explotación se encuentran comprendidas dentro del objeto de las atribuciones intervencionistas del Estado que en forma expresa consagra el artículo 334 de la Carta, con el fin de lograr la racionalización de la economía, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y beneficios del

¹¹ Dispone el 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 medio ambiente y a financiar proyectos regionales de inversión definidos como prioritarios en los planes de desarrollo de las respectivas entidades territoriales”.* (Destaca la Sala).

¹² Sobre el carácter fiscal del ingreso público de las regalías, ha expresado la Corte Constitucional *“Las regalías constituyen un recurso tributario del Estado del orden nacional que éste deriva por su condición de propietario del subsuelo y en general de los recursos no renovables, cuyo pago está a cargo de las personas a quienes se otorga el derecho a explorar o explotar tales recursos”* (Sentencia C-722/99).- Siguiendo una línea doctrinaria muy definida, esta Sala en el concepto No 1750 de 2006 dijo: *“La regalía constituye claramente una contraprestación económica que se debe pagar por la explotación de un recurso natural no renovable, como son los minerales y los hidrocarburos. Las regalías son ingresos públicos...”*

desarrollo y la preservación de un ambiente sano, potestades que han de ejercerse de conformidad con la ley.

Sobre la naturaleza jurídica de las regalías la Sala considera oportuno retomar los conceptos vertidos por la Corte Constitucional en la sentencia C-075 de 1.993.

Dijo la Corte Constitucional:

“1.4.3. Autonomía y regalías

La regalía es, en términos comunes, un privilegio, prerrogativa, preeminencia o la facultad privativa del soberano [CABANELLAS Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo VII. Vigésima primera edición. Editorial Heliasta. Buenos Aires. 1989].

En términos jurídicos, la regalía es una contraprestación económica que percibe el Estado y que está a cargo de las personas a quienes se otorga el derecho a explorar o explotar recursos minerales. Esa contraprestación consiste en un porcentaje sobre el producto bruto explotado que el Estado exige como propietario de los recursos naturales no renovables, bien directamente o a través de las empresas industriales o comerciales del Estado, titulares de los aportes donde se encuentran las minas en producción (art. 212 y 213 del Decreto 2655 de 1988).

En derecho comparado las regalías son consideradas como recursos del orden nacional. La literatura extranjera al respecto ha sido abundante [Véase Bird, Richard. Federal Finance in Comparative Perspective. CTF-ACEF. Canada, 1986. Así mismo véase Boadway, Robin. Intergovernmental Transfer in Canada. CTF-ACEF. Canada, 1980].

En Colombia igualmente las regalías se tuvieron siempre como recurso de propiedad de la Nación, según se desprende de la jurisprudencia del Consejo de Estado [Consejo de Estado. Ponencia del Consejero Enrique Low Murtra. Sentencia de mayo 22 de 1981. Proceso radicado No. 6181] y de la doctrina [Cfr. Rojas, Fernando y Alviar, Oscar. Elementos de finanzas públicas en Colombia. Editorial Temis. Bogotá, 1985. Igualmente véase Restrepo, Juan Camilo. Hacienda Pública. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1992].

(...)

De conformidad con estas nociones, la Corte Constitucional concluye lo siguiente:

El subsuelo es del Estado, que no de la Nación, como en los tiempos de la Carta de 1886 (art. 332). Por la explotación del subsuelo se generan regalías en favor del Estado (360 inc. 2o).

Las entidades territoriales tienen un derecho constitucional a participar en las regalías (art. 360 inc. 3o). El monto de dicha participación es fijado por la ley (art. 360 inc. 1o).

Las regalías tienen dos destinaciones: la Nación y las entidades territoriales. Las regalías de las entidades territoriales, a su vez, provienen por dos vías: directamente y a través del Fondo Nacional de Regalías (art. 361).

*La autonomía que la Constitución le reconoce a las entidades territoriales se traduce, en el campo de las regalías, a participar en las rentas **nacionales** en los términos **que fije la ley** (art. 287 inciso 4o)”.*

4.2. La ley 141 de 1994 con las modificaciones introducidas por la ley 756 de 2002 determina las condiciones de explotación de los recursos naturales no renovables y establece las competencias para ejercer funciones de inspección, vigilancia y control sobre la correcta inversión de las regalías y compensaciones.

Mediante la ley 141 de 1994 *“Por la cual se crean el Fondo Nacional de Regalías, la Comisión Nacional de Regalías, se regula el derecho del Estado a percibir regalías por la explotación de recursos naturales no renovables, se establecen las reglas para su liquidación y distribución y se dictan otras disposiciones”*, el Congreso Nacional ejerció su competencia para establecer las condiciones de explotación de los recursos naturales no renovables, definir los derechos de participación de las entidades territoriales sobre las regalías, regular la creación del Fondo Nacional de Regalías y las asignaciones provenientes de éste, así como los mecanismos de vigilancia sobre la correcta utilización de estos diferentes recursos.

A través del artículo 7o. ibídem se consagró la creación de la Comisión Nacional de Regalías, concebida desde el punto de vista orgánico como una unidad administrativa especial, sin personería jurídica, adscrita al Ministerio de Minas y Energía. Dicha Comisión fue posteriormente suprimida por el Decreto 149 de 2004¹³. Por su parte, el decreto 195 de 2004 *“Por el cual se modifica la estructura del Departamento Nacional de Planeación”* dispuso que todas las referencias que hagan las disposiciones legales vigentes a la Comisión Nacional de Regalías, se entienden formuladas al Departamento Nacional de Planeación, de manera que éste último es el organismo actualmente a cargo de las funciones de control y vigilancia sobre las regalías.

La Comisión -cuyas funciones cumple hoy el Departamento Nacional de Planeación- fue creada por la ley 141 de 1994¹⁴ con el específico fin de ejercer las funciones de **control y vigilancia sobre la correcta utilización de los recursos provenientes de regalías y compensaciones causadas por la explotación de recursos naturales no renovables de propiedad del Estado y la administración de los recursos del Fondo Nacional de Regalías**, dentro de los términos y parámetros establecidos en la ley, según se lee en los antecedentes del proyecto que le dio origen a la Comisión, así:

“Dentro de este marco conceptual, se debe poner de presente que el país ha visto con preocupación que los dineros provenientes de las regalías no han sido manejados en la mejor forma, en ocasiones con claros desvíos hacia proyectos de dudosa rentabilidad social. Recogiendo esta preocupación, el Gobierno propone al honorable Congreso (art. 4o.), que se establezcan severos controles, a cargo de la Comisión Nacional de Regalías, para prevenir o corregir el uso inadecuado de las participaciones y asignaciones, así:

- *Visitas de inspección a las entidades beneficiarias.*
- *Contratación de interventorías financieras y administrativas.*
- *Suspensión total o parcial del giro de las participaciones en regalías y compensaciones, cuando no se destinan a lo previsto en la Constitución y la ley, hasta que se corrija la situación.*
- *Encargar de la ejecución de los proyectos, financiados con asignaciones, a entidades públicas distintas de las beneficiarias, cuando éstas estén*

¹³ El Presidente de la República resolvió suprimir la Comisión, en uso de las facultades que le confieren el numeral 15 del artículo 189 de la Constitución Política y con observancia del artículo 52 de la Ley 489 de 1998 (Diario Oficial No. 45.443 de 27 de enero de 2004).

¹⁴ Dispone el artículo 7o. de la ley 141: *“Artículo 7o. Comisión Nacional de Regalías. Créase la Comisión Nacional de Regalías, como una unidad administrativa especial, sin personería jurídica, adscrita al Ministerio de Minas y Energía. La Comisión tendrá por objeto, dentro de los términos y parámetros establecidos en la presente Ley, controlar y vigilar la correcta utilización de los recursos provenientes de regalías y compensaciones causadas por la explotación de recursos naturales no renovables de propiedad del Estado y la administración de los recursos del Fondo Nacional de Regalías.”* (Destaca la Sala).

ejecutando negligentemente los proyectos o desconozcan los términos y condiciones a que se sometió la aprobación de asignaciones de recursos del Fondo Nacional de Regalías¹⁵.”

Aparece con claridad desde su génesis, el propósito del legislador de dotar a la administración nacional de instrumentos y mecanismos para controlar, prevenir, corregir y en síntesis garantizar que la inversión de los recursos públicos originados en la explotación de los recursos naturales no renovables, se lleve a cabo con plena observancia de las disposiciones Constitucionales y legales, como lo ha expresado la jurisprudencia constitucional:

“La Comisión Nacional de Regalías cuya creación y objeto establece el artículo 7o. acusado en su integridad, **no es una entidad excluyente con las funciones de control fiscal**, acreditadas en cabeza de las contralorías locales, es, sencillamente, **un espacio administrativo de inspección e intervención del Estado en la Economía** con fines de regulación de un sector de la misma para racionalizar la utilización de unos bienes de carácter nacional a cuyo goce tienen derecho los departamentos y municipios, pero dentro de las condiciones establecidas por la ley; no se trata de una entidad de ejecución sino de inspección, control y vigilancia de la correcta utilización de los recursos provenientes de regalías y compensaciones, en el que deberá respetarse la especialidad que involucra la Comisión de Regalías y el sector al cual va dirigida”. (Sentencia C-567 de 1995) (Destaca la Sala).

En el mismo sentido en la Sentencia C-938 de 2003 la Corte Constitucional sostuvo que:

“Dicha comisión tiene carácter administrativo, tanto desde el punto de vista orgánico como funcional, en desarrollo de la atribución del Estado de dirigir en forma general la economía nacional y de intervenir, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes y en los servicios públicos y privados y para promover el desarrollo armónico de las regiones, conforme a lo contemplado en el Art. 334 de la Constitución”.

Así como la ley 141 establece que la Comisión tiene por objeto la inspección, control y vigilancia de la correcta utilización de los recursos provenientes de regalías y compensaciones (art. 7o.), también señala las distintas funciones que puede desarrollar para lograr este objetivo, como por ejemplo, las previstas en el artículo 8o. numeral 1o. respecto de los recursos del Fondo Nacional de Regalías, conforme al cual la Comisión –hoy el DNP- puede *“Vigilar, por sí misma o comisionar a otras entidades públicas o privadas, que la utilización de las participaciones y las asignaciones de recursos, provenientes del Fondo Nacional de Regalías, a que tienen derecho las entidades territoriales, se ajuste a lo prescrito en la Constitución Nacional y en la presente dicha ley”.*

El mismo artículo 8o. de la ley 141 consagra otras atribuciones administrativas que, en ejercicio de los principios constitucionales de coordinación, concurrencia y subsidiariedad, puede adoptar la Comisión (hoy el DNP), como suspender, retener total o parcialmente el giro de los recursos o modificar el ejecutor de los mismos,

¹⁵ *Exposición de Motivos del proyecto de Ley No 126 de 1992 – Senado presentado por el Gobierno a la consideración del Congreso. Capítulo “Control sobre el uso de las participaciones y asignaciones y límite a los ingresos. Gaceta del Congreso No 42 de 28 de agosto 28 de 1992; Pág. 9o.”*

modalidades que entrañan potestades de una intensidad significativa por las finalidades de protección de los recursos públicos, que motivan su adopción.

4.3. Sistemas o mecanismos de control y vigilancia sobre las regalías.

Sobre el sistema de vigilancia de la correcta utilización de los recursos provenientes de regalías, compensaciones y asignaciones, se pronunció la Corte Constitucional mediante sentencia C-427 de 2002.

Dijo la Corte Constitucional:

“Para el legislador, el control y vigilancia de los recursos provenientes de regalías y compensaciones en cabeza de la Comisión Nacional de Regalías, se justifica por la necesidad de proteger unos ingresos que se han obtenido mediante grandes inversiones del Estado, endeudamiento externo, y recursos fiscales del orden nacional. Además, porque estos recursos podrían desviarse hacia proyectos de dudosa rentabilidad social.

Por estas razones, los artículos 8° y 10° de la Ley 141 de 1994 consagran mecanismos para asegurar la correcta utilización de las participaciones en las regalías y compensaciones, consistentes en visitas de inspección a las entidades beneficiarias, contratación de interventorías financieras y administrativas, solicitar a la entidad recaudadora respectiva o al Fondo Nacional de Regalías la retención del giro de los recursos requeridos para la ejecución de los proyectos, ordenar que la ejecución de los proyectos financiados con asignaciones del Fondo se adelante por otras entidades públicas, cuando la entidad territorial beneficiaria de dichas asignaciones, directa o por intermedio de contratos con terceros, esté ejecutando los proyectos en forma irresponsable o negligente sin darle cumplimiento a los términos y condiciones establecidos en el acto de aprobación de las asignaciones; y la facultad prevista en el numeral 4o. acusado mediante la cual la Comisión puede solicitar que la ejecución de los proyectos financiados con participación de regalías y compensaciones se adelante por otras entidades públicas, regiones administrativas y de planificación, de las regiones como entidad territorial, de los departamentos y municipios, según sea el caso, cuando la entidad territorial beneficiaria de dichas participaciones o compensaciones, directamente o por intermedio de contratos con terceros, esté administrando o ejecutando proyectos en forma irresponsable o negligentemente o sin darle cumplimiento a los términos y condiciones establecidos en los contratos respectivos.

(...)

Para la Corte es claro que mediante estos mecanismos no se despoja a las entidades territoriales de los ingresos provenientes de las regalías, sino que se vigila y controla su destinación a proyectos fruto de los procesos de planificación internos de cada entidad territorial y de los propios de la región, de tal manera que ‘con ello, el país estará seguro que los recursos provenientes de regalías se asignarán con base en proyectos debidamente diseñados, dentro del marco de verdaderos planes de desarrollo, con total viabilidad y claridad en cuanto a sus aspectos técnicos y financieros’ [Exposición de motivos de la Ley 141 de 1994, en ‘Memorias al Congreso Nacional 1991-1992’. Ministerio de Minas y Energía].

(...) la facultad para solicitar el cambio de ejecutor no implica despojar a las entidades territoriales de los recursos provenientes de las regalías o compensaciones, sino impedir que los mismos sean ejecutados de manera irresponsable o negligente a fin de que se logre su aplicación a los fines

previstos en el artículo 361 Superior, que son la promoción de la minería, la preservación del ambiente y a financiar proyectos regionales de inversión definidos como prioritarios en los planes de desarrollo de las respectivas entidades territoriales como la construcción y ampliación de la estructura de los servicios de salud, educación, electricidad, agua potable, alcantarillado y demás servicios básicos esenciales.

Para la Corte también es claro que la facultad consagrada en el numeral bajo examen no desconoce la autonomía de los entes territoriales, puesto que se trata de una legítima medida de intervención y de control del legislador sobre recursos que no son propiedad de dichos entes a fin de que se cumplan los objetivos de interés general ya reseñados.

Al respecto, conviene recordar que sobre las regalías el legislador goza de amplias facultades para determinar su destinación que en el caso bajo examen se proyectan en el establecimiento de los términos legales ‘en virtud de los cuales se destinarán los recursos provenientes de las regalías que corresponden al Fondo Nacional de Regalías, pues, todos éstos son mecanismos que sin duda agilizan y hacen eficiente la labor de la Comisión Nacional de Regalías, facilitándole la inspección y vigilancia que debe ejercer sobre las entidades beneficiarias de las participaciones y asignaciones de recursos del Fondo Nacional de Regalías’”. [Sentencia C-567 de 1995 M.P. Fabio Morón Díaz].

En síntesis, en desarrollo de los principios constitucionales consagrados por el artículo 288 Superior, el legislador prevé diferentes sistemas, mecanismos o instrumentos de los que hoy puede valerse el DNP para el debido cumplimiento de las funciones de control y vigilancia que tiene atribuidas.

Dice el artículo 10o. de la ley 141 de 1.994, incorporadas las modificaciones introducidas por el artículo 5o. de la ley 756 de 2002:

“Artículo 10. Mecanismos para asegurar la correcta utilización de las participaciones en las regalías y compensaciones. *En desarrollo de las facultades de inspección y control sobre la correcta utilización de las regalías y compensaciones la Comisión tendrá las siguientes atribuciones:*

- 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 ineficiente o inadecuada**, hasta tanto quede superada la situación. (Este numeral fue modificado por el artículo 5° de la Ley 756 de 2002).*
- 2. Disponer la contratación de interventorías financieras y administrativas para vigilar la utilización de las participaciones y las asignaciones provenientes del Fondo Nacional de Regalías. (...). (Negritas de la Sala).*

De conformidad con los dos primeros numerales de este artículo, el DNP -antes la Comisión- bien puede hacer uso de uno u otro sistema de control e inspección sobre las regalías, ya sea directamente mediante la práctica de visitas o recurriendo a terceros a través de la contratación de interventorías financieras y administrativas, dependiendo del origen de los recursos, de los volúmenes o flujos de los mismos, de la intermediación necesaria para el cumplimiento de la función, de la complejidad o costo de cada mecanismo, en fin, de cualquier circunstancia o

situación que le aconseje adoptar uno u otro sistema, buscando aprovechar, entre otros factores, la experiencia, capacidad y especialización del contratista.

En cualquiera de los dos sistemas que tenga a bien utilizar para el cumplimiento de su función, el DNP debe contar con los elementos de juicio suficientes para adoptar las medidas a que haya lugar, tendientes a evaluar la correcta inversión de los recursos provenientes de regalías y compensaciones, o detectar la ineficiente o inadecuada utilización de los mismos, como lo ha sostenido esta Sala:

“Para realizar el seguimiento de la inversión de los recursos de regalías y participaciones y para instrumentar la función de control y vigilancia atribuida a la Comisión, el legislador de 1994 determinó dos sistemas o mecanismos: el primero es el de vigilancia directa a través de un esquema de visitas; y, el segundo, el de contratación externa de las interventorías administrativa y financiera de las inversiones con recursos de las regalías. Dispuso en el artículo 10:

(...)

*En este orden de ideas, la función de control y vigilancia a cargo de la unidad administrativa creada por la ley 141 de 1994, no es de carácter potestativo o facultativo. Lo que resulta potestativo o facultativo en la ley, es la determinación, **de acuerdo con los recursos disponibles, los principios que rigen la función administrativa (artículo 209 C.P) y las necesidades del servicio**, del mecanismo a través del cual tal entidad cumplirá su atribución de control y vigilancia (visitas de inspección o contratación).*

(...)

A la luz de lo dispuesto en las normas vigentes de la ley 141 de 1994, en el artículo 25 de la ley 756 de 2002, y de conformidad con los principios que rigen la contratación administrativa, la entidad llamada a cumplir la función de control y vigilancia de estos recursos provenientes de la participación en las regalías, tiene, a juicio de las Sala, las siguientes obligaciones:

*1) Seleccionar dentro de las posibilidades que prevé la ley, el sistema de control que estime más conveniente para el cabal cumplimiento de la función asignada. **La escogencia de uno de los sistemas establecidos, en manera alguna la exonera de su propia responsabilidad por el cumplimiento de la función.** La obligación de control y vigilancia no es facultativa, lo que es facultativo es elegir el sistema o mecanismo para cumplir con la función.*

(...)”. (Concepto No. 1549 de 2004). (Solo negrilla fuera de texto).

De acuerdo con lo expuesto, es necesario advertir que, independientemente del sistema que se adopte, **la función administrativa de control y vigilancia es responsabilidad del DNP**, de manera que la contratación de las interventorías administrativas y financieras no la desplaza, y por ello el suministro por parte del contratista de la información sobre la administración o ejecución de los recursos ha de efectuarse en forma oportuna con el fin de garantizar el cumplimiento de las facultades otorgadas al DNP.

4.4. Medidas correctivas por la incorrecta utilización de recursos provenientes de regalías y compensaciones

Así como los dos primeros numerales del artículo 10 de la ley 141 de 1994 se refieren a los mecanismos de que hoy puede valerse el DNP para el debido cumplimiento de las funciones de inspección, control y vigilancia; los dos últimos

numerales del mismo artículo y ley prevén las medidas que debe adoptar el DNP para lograr que efectivamente haya una correcta utilización de los recursos provenientes de regalías y compensaciones.

“Artículo 10. Mecanismos para asegurar la correcta utilización de las participaciones en las regalías y compensaciones. En desarrollo de las facultades de inspección y control sobre la correcta utilización de las regalías y compensaciones la Comisión tendrá las siguientes atribuciones:
(...)

“3. Ordenar que la ejecución de los proyectos financiados con asignaciones del Fondo se adelante por otras entidades públicas, cuando la entidad territorial beneficiaria de dichas asignaciones, directa o por intermedio de contratos con terceros, esté ejecutando los proyectos en forma irresponsable o negligente sin darle cumplimiento a los términos y condiciones establecidos en el acto de aprobación de las asignaciones. La Comisión ordenará que a la entidad pública a quien se le encargue la ejecución del proyecto le entreguen los recursos financieros previstos para tal efecto.

4. Solicitar que la ejecución de los proyectos financiados con participación de regalías y compensaciones se adelante por otras entidades públicas, regiones administrativas y de planificación, de las regiones como entidad territorial, de los departamentos y municipios, según sea el caso, cuando la entidad territorial beneficiaria de dichas participaciones o compensaciones, directamente o por intermedio de contratos con terceros, esté administrando o ejecutando proyectos en forma¹⁶ negligente o sin darle cumplimiento a los términos y condiciones establecidos en los contratos respectivos. La Comisión, en dichos casos, podrá abstenerse de aprobar nuevos proyectos de inversión a las entidades territoriales responsables, hasta tanto no se tomen los correctivos del caso y solicitar que a la entidad a quien se le encargue la ejecución del proyecto se le entreguen los recursos financieros previstos para tal efecto¹⁷.” (Destaca la Sala).

Es de anotar que la ley 1151 de 2007 o Plan Nacional de Desarrollo también se refiere al tema de la asignación y ejecución de recursos provenientes de regalías y compensaciones y del Fondo Nacional de Regalías, manteniendo los criterios que maneja el artículo 10 de la ley 141 de 1.994.

¹⁶ La expresión “irresponsable” fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-427 de 2002. En esta providencia se afirma: “Así mismo, la aplicación de este mecanismo por parte de la Comisión no es arbitraria pues sólo procede cuando la entidad territorial beneficiaria de las participaciones o compensaciones, directamente o por medio de contratos con terceros, esté ejecutando proyectos en forma negligente o sin darle cumplimiento a los términos y condiciones establecidos en los contratos respectivos, es decir, sin sujeción a los planes y programas diseñados para tal efecto, lo cual no sólo está en consonancia con lo prescrito en los artículos 360 y 361 de la Constitución sino también con lo dispuesto en el artículo 209 Superior que establece que la función pública está al servicio de los intereses generales y se desarrolla, entre otros, conforme a los principios de moralidad, eficacia y economía. // En cuanto hace al segmento ‘irresponsable o’ del numeral 4o. bajo examen, para la Corte se opone a los dictados de la Ley Fundamental, puesto que se trata de una expresión que por su vaguedad e indefinición da lugar a la aplicación del mecanismo en comento con un criterio subjetivo ya que no se cuenta con un parámetro exacto y preciso que permita calificar objetivamente lo que debe entenderse por actuación irresponsable de los entes beneficiarios de las participaciones o compensaciones, lo cual atenta seriamente contra la autonomía de las entidades territoriales pues sin motivo verificable la Comisión Nacional de Regalías puede solicitar, en tal evento, el cambio de ejecutor.”

¹⁷ Declarados exequibles por la Corte Constitucional mediante sentencia C- 567 de 1995, entre otros, con los siguientes fundamentos: “Además, es claro que la ley exige que para la mencionada función de intervención correctiva de la Comisión se trate de situaciones de manejo irresponsable y negligente y por fuera del términos y condiciones establecidas en el acto de aprobación de las asignaciones, todo lo cual corresponde disponer al legislador tal y como lo hace en las disposiciones acusadas.”

Dice el artículo 121 de la ley 1151 de 2007.

“Artículo 121. Asignaciones y ejecución de recursos. En la asignación y ejecución de recursos provenientes de regalías y compensaciones y del Fondo Nacional de Regalías, las entidades territoriales beneficiarias deben adoptar y ejecutar las disposiciones y procedimientos que en ejercicio de sus funciones para la correcta utilización de los recursos, a que hacen referencia los artículos 10 y 5 de las leyes 141 de 1994 y 756 de 2002, respectivamente, expida el departamento Nacional de Planeación.

Cuando una entidad territorial beneficiaria de los recursos y compensaciones y de las asignaciones del Fondo nacional de Regalías o de recursos en depósito en el mismo Fondo, sea objeto de la medida de suspensión de giros, no podrá contratar, comprometer u ordenar el gasto con cargo a las apropiaciones financiadas con dichos recursos hasta tanto dicha suspensión sea levantada”

Las disposiciones del artículo 10 de la ley 141 de 1994 se encuentran reglamentadas por el decreto 416 de 2007, cuyo **“TITULO III” “DE LOS MECANISMOS DE CONTROL Y VIGILANCIA”** atribuye al Departamento Nacional de Planeación la facultad de ejercer *“la vigilancia y el control financiero y administrativo de la correcta utilización de los recursos provenientes de regalías y compensaciones causadas por la explotación de los recursos naturales no renovables, y de las asignaciones del Fondo Nacional de Regalías, con el objeto de constatar que tales recursos se utilicen en las finalidades y porcentajes previstos en la ley”* (Art. 21).

En el **“TITULO V” “DE LAS IRREGULARIDADES, LAS MEDIDAS CORRECTIVAS Y LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS CORRECTIVOS”**, el artículo 30 del decreto reglamentario 416 de 2007 establece expresamente cuales actuaciones, conductas u omisiones se consideran irregularidades en la administración y ejecución de las regalías y compensaciones, de las asignaciones del Fondo Nacional de Regalías, de los recursos del Fondo de Ahorro y Estabilización Petrolera, FAEP, de los recursos de reasignación de regalías y compensaciones –Escalonamiento y de los Fondos de Córdoba y Sucre, para efectos de la aplicación de medidas correctivas.¹⁸

¹⁸ Artículo 30 del decreto reglamentario 416 de 2007: a) Abstenerse sin justa causa de iniciar la fase de ejecución de los proyectos financiados, dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha del primer desembolso. Igualmente mantener suspendidos injustificadamente dichos proyectos, por un período superior a seis (6) meses en los últimos 12 meses; b) Retener saldos y rendimientos financieros de los proyectos financiados con recursos del Fondo Nacional de Regalías y los recursos de este (numeral 7 del artículo 13 de la Ley 781 de 2002); c) Ejecutar recursos de regalías y compensaciones o asignaciones de recursos del Fondo Nacional de Regalías, con destinación diferente a la permitida por la ley y autorizada por el Consejo Asesor de Regalías en el acto de aprobación de los recursos; d) Invertir los excedentes de liquidez de las regalías y compensaciones en condiciones diferentes a las previstas en la ley (artículo 17 de la Ley 819 de 2003); e) Ejecutar el presupuesto sin sujeción a los porcentajes previstos en la ley (artículos 14 y 15 de la Ley 141 de 1994); f) Incumplir el Plan de Desempeño; g) Ausencia comprobada de procedimientos de selección en la contratación, incumplimiento de procedimientos presupuestales o de contabilidad pública en la utilización de los recursos de regalías y compensaciones o de asignaciones del Fondo Nacional de Regalías, sin perjuicio de que los incumplimientos a las mencionadas normatividades sean reportados o informados a los órganos de control y a la Fiscalía General de la Nación; h) Omitir el aplazamiento de las apropiaciones financiadas con regalías y compensaciones, cuando se encuentren suspendidos preventivamente los giros; i) Ejecutar las partidas del presupuesto financiadas con regalías y compensaciones, cuando se encuentren suspendidos preventivamente los giros.

Además de la descripción de las irregularidades, el artículo 31 del decreto 416 regula las etapas que comprende el “*procedimiento correctivo*” que debe seguirse para la imposición de las “*medidas correctivas*” por el incumplimiento de las normas sobre la utilización y la ejecución de los recursos de regalías y afines, tales como suspensión de giros o cambio de ejecutor (Art. 32).¹⁹

Del texto reglamentario se concluye que la actuación administrativa orientada a la adopción de “*medidas correctivas*” tendientes a lograr la adecuada administración y ejecución de los recursos originados en las regalías, compensaciones y afines, culmina con el acto administrativo a través del cual, en desarrollo de los principios constitucionales sobre repartición de competencias entre los distintos niveles territoriales de la administración, el DNP ejerce plenamente sus funciones de control y vigilancia.

Asimismo la norma exige que los reportes de presuntas irregularidades o traslados de información que se realicen a los órganos de control y a la Fiscalía General de la Nación, deberán estar soportados.

¹⁹ *“ARTICULO 31. DEL PROCEDIMIENTO CORRECTIVO. Cuando del análisis de la información recaudada de oficio, o a través de petición o queja, se advierta la existencia de indicios respecto de la comisión de una o varias de las irregularidades a que se refiere el artículo precedente, se deberá dar curso al procedimiento administrativo correctivo previsto a continuación.*

Los procedimientos administrativos correctivos tendrán por finalidad la adopción de medidas correctivas por el incumplimiento de las normas sobre la utilización y la ejecución de los recursos de regalías y compensaciones, así como de las asignaciones del Fondo Nacional de Regalías, y se adelantarán respetando el debido proceso con arreglo a los siguientes requisitos:

1. Acto administrativo de iniciación del procedimiento. El Departamento Nacional de Planeación a través de la Subdirección de Procedimientos Correctivos conformará el expediente con los soportes respectivos y la orden de pruebas en caso de requerirse.

En cualquier estado de la actuación, cuando del análisis de la información recaudada se determine que no existe mérito suficiente para iniciar o proseguir procedimiento administrativo correctivo, ya sea porque los hechos objeto de la investigación no constituyen irregularidad; porque no existen indicios sobre la comisión de la irregularidad; porque la entidad se ha ajustado a los criterios de ley; o porque los hechos investigados ya han sido objeto de actuación, se archivarán mediante auto las diligencias adelantadas hasta el momento y no se continuará con el impulso de la actuación.

2. Acto administrativo de formulación de cargos. Mediante el acto de formulación de cargos se señalarán de manera clara: la fecha de ocurrencia de los hechos, la actuación presuntamente irregular, los fundamentos de hecho y de derecho y los cargos que aparecen en contra de la entidad sujeto de la actuación.

3. Descargos. Para presentar descargos la entidad territorial dispondrá de un plazo de veinte (20) días hábiles, contados desde el día siguiente a la comunicación del auto de formulación de cargos.

Los descargos se deberán presentar mediante escrito en el cual la entidad beneficiaria de regalías y compensaciones o asignaciones del Fondo Nacional de Regalías, podrá solicitar la práctica de las pruebas que estime conducentes, pertinentes y útiles, así como allegar aquellas que pretenda hacer valer en el procedimiento.

4. Decreto y práctica de pruebas. En un término de treinta (30) días hábiles, prorrogable hasta por quince (15) días hábiles más, el Departamento Nacional de Planeación decretará y practicará las pruebas solicitadas y las que considere necesarias, siempre que sean conducentes, pertinentes y útiles para el procedimiento.

5. Decisión. Terminado el período de práctica de pruebas, previo el informe final de la actuación correctiva conforme al cual existe mérito para adoptar una medida correctiva, el Director General del Departamento Nacional de Planeación o el Consejo Asesor de Regalías, según sea el caso, procederán a adoptar, mediante acto administrativo motivado, la respectiva decisión, imponiendo la medida correctiva, contra la cual únicamente procede el recurso de reposición.

De la decisión de fondo debidamente ejecutoriada mediante la cual se imponga una medida correctiva, se compulsarán copias a los órganos de control y a la Fiscalía General de la Nación, cuando lo amerite.

En los aspectos del procedimiento administrativo correctivo no contemplados en este Decreto, se seguirá el Código Contencioso Administrativo y en su defecto el Código de Procedimiento Civil en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones aquí señaladas.

PARAGRAFO. La Contraloría General de la República, en desarrollo de las auditorías que se realizan para el ejercicio del control posterior y selectivo, podrá solicitar que se adelanten los trámites preventivos y correctivos del caso, previa la remisión de las pruebas que soporten el requerimiento de conformidad con las competencias del Departamento Nacional de Planeación”. (Destaca la Sala).

Como quiera que el régimen legal especial que se adopta no es de carácter sancionatorio, no procede ningún término de caducidad para su aplicación, y menos aún el establecido por el artículo 38 del CCA.

LA SALA RESPONDE:

Las medidas que puede adoptar el Departamento Nacional de Planeación con fundamento en los artículos 10 de la ley 141 de 1994, 31 del decreto reglamentario 416 de 2007 y demás normas concordantes, buscan fundamentalmente que con la aplicación de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad que regulan las relaciones de competencia entre los distintos niveles territoriales, los recursos provenientes de regalías o asignaciones del Fondo Nacional de Regalías se utilicen diligentemente para los fines dispuestos por las normas Constitucionales, legales y reglamentarias; por tanto por no tratarse de sanciones, para su aplicación no opera el término de caducidad a que se refiere el artículo 38 CCA.

Transcríbase a la Directora del Departamento Nacional de Planeación, y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

ENRIQUE JOSE ARBOLEDA PERDOMO GUSTAVO E. APONTE SANTOS
Presidente de la Sala

LUIS FERNANDO ALVAREZ JARAMILLO

TATIANA ANDREA ORJUELA VEGA
Secretaria de la Sala