

COMPETENCIA PARA DETERMINAR LOS PORCENTAJES DE PARTICIPACION DE LOS MUNICIPIOS EN EL REGIMEN DE REGALIAS - Requisitos para que proceda la suspensión provisional

Para tener por sustentada la suspensión provisional es evidente que necesariamente se citen las normas constitucionales y legales que se consideren violadas y la exposición del concepto de la violación, pues de otra manera sería imposible la confrontación de ellas con el acto acusado a fin de observar o no, a primera vista, la violación flagrante y ostensible de la norma de carácter superior. Efectuada la confrontación directa del texto del acto acusado con las normas invocadas como infringidas, la Sala observa que le asiste razón al *a quo*, al conceder la solicitud de suspensión provisional del artículo acusado, pues efectivamente viola lo dispuesto en los artículos 332 y 360 de la Constitución Política, por cuanto la Asamblea Departamental de la Guajira carece de competencia para determinar la participación de los entes territoriales en el régimen de regalías. Así las cosas, se concluye que conforme a los mandatos constitucionales anteriormente enunciados, la Asamblea Departamental de la Guajira carece de competencia para determinar los porcentajes de participación de los municipios de Maicao y Albania en el régimen de regalías, con ocasión de la explotación de recursos naturales provenientes de un yacimiento carbonífero ubicado dentro de ambos.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 332 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 334 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 360 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 152 / LEY 141 DE 1994 - ARTICULO 28 / DECRETO LEY 1222 DE 1986 - ARTICULO 71 NUMERAL 2

NOTA DE RELATORIA: Propiedad del Estado sobre los recursos naturales no renovables provenientes del subsuelo, Corte Constitucional, sentencia C-427 de 2002, Rad. D-3822, MP. Clara Inés Vargas Hernández. Sentencia C-240 de 2011.

NORMA DEMANDADA: ORDENANZA 001 DE 2000 - ARTICULO 9 - ASAMBLEA DEPARTAMENTAL DE LA GUAJIRA

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejera ponente: MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil trece (2013)

Radicación número: 44001-23-31-000-2010-00110-01

Actor: ISMAEL ANTONIO PINTO CARRILLO

Demandado: ASAMBLEA DEPARTAMENTAL DE LA GUAJIRA

Referencia: APELACION AUTO

Se decide el recurso de apelación instaurado por el apoderado del municipio de Maicao (Guajira), contra el auto de 4 de agosto de 2010, por el cual el Tribunal Administrativo de la Guajira, admitió la demanda de nulidad y decretó la suspensión provisional del artículo 9° de la Ordenanza 001 de 2000 por la cual la Asamblea del ente territorial *“crea el municipio de Albania y dicta otras disposiciones pertinentes”*.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

El ciudadano Ismael Antonio Pinto Carrillo, mediante apoderado y en ejercicio de la acción instituida en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, demandó la nulidad del artículo 9° de la Ordenanza 001 de 2000 por la cual la Asamblea Departamental de la Guajira *“crea el municipio de Albania y dicta otras disposiciones pertinentes”*.

1.1. EL ACTO ACUSADO

Es el que figura subrayado en el texto siguiente:

*“ORDENANZA No 001 DEL 2000
“POR LA CUAL SE CREA EL MUNICIPIO DE ALBANIA Y SE
DICTAN OTRAS DISPOSICIONES PERTINENTES”*

LA ASAMBLEA DEPARTAMENTAL DE LA GUAJIRA, en uso de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial las consagradas en el artículo 300 numeral 6 de la Constitución Política y en los artículos 8° de la Ley 136 de 1994 y artículo 1° de la Ley 177 de 1994.

ORDENA

Artículo 1°. Crear el Municipio de Albania, entidad territorial que tendrá por cabecera municipal y por sede de Gobierno la población del mismo nombre.

Artículo 2°. El Municipio de Albania una vez entre en funcionamiento, procederá a su deslinde, amojonamiento y a la elaboración y publicación del mapa oficial. Preliminarmente tendrá los siguientes linderos:

- a) *Con el municipio de Maicao: Partiendo del nacimiento del arroyo Bruno en los límites con la República de Venezuela, por éste aguas abajo, hasta la desembocadura en el caño Tamborazo. Por éste aguas arriba hasta su nacimiento en la cuchilla que pasa por detrás de Paradero; por ella rumbo Este hasta encontrar el arroyo Jotomana, de allí por éste aguas abajo hasta su desembocadura en el arroyo Usuruhú, por éste aguas abajo, hasta la desembocadura del arroyo Waikaparrai. Por éste línea imaginaria hasta encontrar la desembocadura del arroyo El Juncal en la margen izquierda del río Ranchería.*
- b) *Con el municipio de Riohacha: Partiendo de la desembocadura del arroyo el Juncal, por éste aguas arriba hasta su nacimiento en la loma el Soldado, luego por el filo de ésta se pasa por una antena de Telecom, se sigue por la carretera que conduce a Chivo Mono, cruzando por la carretera Nacional hasta llegar al filo de la Loma La Cuesta en los límites del municipio de Hatonuevo.*
- c) *Con el municipio de Hatonuevo: Partiendo de la Loma La Gloria se continúa en dirección éste por el filo de dicha loma, hasta encontrarse con una cañada en la loma La Cuesta, por ésta aguas abajo hasta el paso de la carretera que de Cuestecitas conduce a Hatonuevo; de aquí se avanza en dirección Sur Este y atravesando la loma La Sierrecita hasta encontrar el nacimiento del arroyo Roñoco, por éste aguas abajo hasta donde desemboca el río Ranchería, por éste aguas abajo hasta la desembocadura del arroyo Tabaco, por éste aguas arriba hasta donde confluye la quebrada el Llano, por éste aguas arriba encontrar el paso del camino que de los remedios conduce a río Chico, se continúa por el mencionado camino en dirección general éste por su borde norte hasta la cima de la Sierra de Troco o Carraípa en los límites con la República de Venezuela.*
- d) *Con la República de Venezuela: Los descritos en el tratado internacional sobre la delimitación de estos dos Estados.*

Parágrafo: El municipio de Albania, además estará integrado por los corregimientos de Cuestecitas, Los Remedios, Huaré Huarén y sus respectivas veredas.

Artículo 3°. Mientras se organiza administrativamente el nuevo municipio, el Gobierno Departamental y la Contraloría General del Departamento, tomarán las medidas conducentes para efectuar la separación del presupuesto municipal, de la contabilidad presupuestal, y de los activos y los pasivos del nuevo municipio y la distribución de deudas que le sean aplicables. Asimismo, deberán realizar las acciones institucionales necesarias para que se efectúe la cesión que debe hacerle el municipio de Maicao, de la parte correspondiente a las transferencias nacionales que percibirá durante la vigencia fiscal de 1999, atinentes a los ingresos corrientes, el situado fiscal para educación y salud y al situado para resguardo indígena, en función de la población y de las necesidades básicas insatisfechas que la originan; así como la efectiva ejecución de las partidas de origen nacional destinadas a programas y proyectos localizadas en el área territorial del nuevo municipio.

Artículo 4°. El Gobernador del departamento mediante Decreto nombrará Alcalde Encargado para el nuevo municipio y definirá otras disposiciones, en los términos previstos por el artículo 18 de la Ley 136 de 1994.

Artículo 5°. Por ser la presente Ordenanza una propuesta de origen ciudadano, las diferentes autoridades se ceñirán a lo establecido por la Ley 134 y 136 de 1994.

Artículo 6°. El presupuesto de ingresos y gastos así como la planta de personal provisional con sus asignaciones civiles para el municipio de Albania, correspondiente a la vigencia fiscal de 1999, serán elaborados por el Alcalde Encargado y aprobados por el Gobernador del Departamento, los cuales regirán hasta que las autoridades definitivas determinen los actos administrativos que lo sustituyan.

Artículo 7°. El Alcalde Encargado de Albania queda facultado para dictar los actos administrativos en manera tributaria, fiscales, administrativas y policivas, de conformidad con las disposiciones legales vigentes.

Artículo 8°. Para los efectos del recaudo de rentas y de la ordenación del gasto del municipio de Albania, el Alcalde aplicará las disposiciones existentes para el municipio de Maicao, mientras se dictan las disposiciones pertinentes al nuevo ente, siempre y cuando se ajusten en todo a la Constitución y a las leyes de la República.

Artículo 9°. Al municipio de Maicao, le corresponde el 70% y a Albania el 30% restante de los yacimientos de la reserva carbonífera

Artículo 10°. La presente Ordenanza rige a partir de su sanción y promulgación”.

2. LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL

El actor sostiene que el acto acusado viola flagrantemente los artículos 332, 334 y 360 de la Constitución Política, 28 de la Ley 141 de 1994¹ y el numeral 2° del artículo 71 del Decreto 1222 de 1986².

Afirma que se violan los artículos 332 y 334 de la Constitución Política por cuanto el Estado es el único propietario de la reserva carbonífera en cuestión, por lo que la Asamblea de la Guajira carece de competencia para adjudicar su propiedad, entre los municipios del departamento.

¹ “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”.

² “Por el cual se expide el Código de Régimen Departamental”.

Indica que se viola el artículo 360 de la Constitución Política pues las entidades territoriales únicamente tienen derecho a participar en la distribución de las regalías, siendo el legislador el único competente para definir su asignación.

Sostiene que se viola el numeral 2° del artículo 71 del Decreto 1222 de 1986³, por cuanto corresponde exclusivamente al Congreso disponer sobre los recursos naturales no renovables y sobre la distribución de las regalías que se generen con los mismos.

Señala que se viola el artículo 28 de la Ley 141 de 1994, por cuanto al no ser el Departamento de la Guajira propietaria de los derechos sobre los recursos naturales no renovables existentes, su Asamblea carecía de competencia para mediante Ordenanza, distribuir las participaciones sobre los mismos entre sus municipios.

II. EL AUTO APELADO

El Tribunal Administrativo de la Guajira mediante auto de 4 de agosto de 2010 admitió la demanda y decretó la suspensión provisional del artículo 9° de la Ordenanza 001 de 2000, por cuanto consideró que se viola flagrantemente el artículo 360 de la Constitución Política, al establecer o determinar el porcentaje de participación en los derechos y regalías de los municipios de Maicao y Albania, mediante Ordenanza, cuando dicha asignación corresponde exclusivamente a la Ley.

Al respecto, puso de presente que el porcentaje de distribución realizado en el artículo acusado, no corresponde a delimitación territorial, por cuanto la misma se hace en el artículo 2° de la Ordenanza 001 de 2000.

En cuanto a los artículos 332 y 334 de la Constitución, señaló que para determinar la inconstitucionalidad del acto acusado resulta necesario realizar un análisis sobre el significado de la palabra Estado, las competencias del Congreso de la República y de las Asambleas Departamentales.

³ "Artículo 71. Es prohibido a las asambleas departamentales: 2. Intervenir por medio de ordenanzas o resoluciones en asuntos que no sean de su incumbencia".

Respecto del artículo 71 numeral 2° del Decreto 1222 de 1986, indicó que para determinar la ilegalidad del acto acusado, es necesario estudiar las competencias de la Asamblea para determinar si se extralimitó.

III. EL RECURSO

El apoderado del municipio de Maicao, solicitó revocar el auto apelado y, en su lugar, negar la suspensión provisional del artículo acusado, por cuanto consideró que para determinar su ilegalidad es necesario realizar un análisis sistemático de las normas invocadas como violadas, propio de un fallo de mérito y no de la suspensión provisional.

Señaló que si bien es cierto el *aquo* interpretó que el artículo acusado determinó el porcentaje de participación en los derechos y regalías de los municipios de Maicao y Albania, también es cierto que el mismo, puede interpretarse en el sentido de distribuir territorialmente los yacimientos de las reservas carboníferas del departamento de la Guajira, lo cual esta permitido constitucionalmente a las Asambleas.

Indicó que a su juicio no debió admitirse la demanda interpuesta por el actor por cuanto omitió demandar el acto administrativo complejo conformado por el acto acusado el referendo aprobatorio que dio origen a la creación del municipio del Albania.

Asimismo, señaló que debe hacerse un estudio de fondo respecto de la ocurrencia del fenómeno de cosa juzgada, por cuanto el Tribunal Administrativo de la Guajira se pronunció mediante sentencia de 9 de julio de 2008 sobre la legalidad del acto y en providencia de 13 de marzo de 2000, respecto de la constitucionalidad del texto que se somete a referendo.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

La acción incoada en este caso es la de simple nulidad, prevista en el artículo 84 del CCA para que en este tipo de acción contencioso-administrativa proceda la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos acusados, el artículo 152 del CCA señala los siguientes requisitos: 1) Que la medida se solicite y sustente de modo expreso en la demanda o en escrito separado, presentado antes de que sea admitida; 2) Que haya manifiesta infracción de una de las

disposiciones invocadas como fundamento de la misma, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud.

Para tener por sustentada la suspensión provisional es evidente que necesariamente se citen las normas constitucionales y legales que se consideren violadas y la exposición del concepto de la violación, pues de otra manera sería imposible la confrontación de ellas con el acto acusado a fin de observar o no, a primera vista, la violación flagrante y ostensible de la norma de carácter superior.

En el presente caso el Tribunal Administrativo de la Guajira, mediante auto de 4 de agosto de 2010, admitió la demanda de nulidad instaurada por el ciudadano Ismael Antonio Pinto Carrillo contra el artículo 9° de la Ordenanza 001 de 2000 por la cual la Asamblea Departamental de la Guajira “*crea el municipio de Albania y dicta otras disposiciones pertinentes*”; y, decretó la solicitud de suspensión provisional del artículo 9° contenido en el acto acusado.

Por su parte, el municipio de Maicao considera que debe revocarse la suspensión provisional del acto acusado por cuanto la distribución porcentual realizada por el mismo, puede interpretarse en razón de la repartición de las regalías a los municipios, así como de su limitación territorial.

Ahora bien, los artículos 332, 334 y 360 de la Constitución Política, 28 de la Ley 141 de 1994 y 71 numeral 2 del Decreto Ley 1222 de 1986 son del siguiente tenor:

“CONSTITUCIÓN POLÍTICA

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

Artículo 334. La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, 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, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho. En cualquier caso el gasto público social será prioritario.

El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar, de manera progresiva, que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo al conjunto de los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y competitividad y el desarrollo armónico de las regiones.

La sostenibilidad fiscal debe orientar a las Ramas y Órganos del Poder Público, dentro de sus competencias, en un marco de colaboración armónica.

El Procurador General de la Nación o uno de los Ministros del Gobierno, una vez proferida la sentencia por cualquiera de las máximas corporaciones judiciales, podrán solicitar la apertura de un Incidente de Impacto Fiscal, cuyo trámite será obligatorio. Se oirán las explicaciones de los proponentes sobre las consecuencias de la sentencia en las finanzas públicas, así como el plan concreto para su cumplimiento y se decidirá si procede modular, modificar o diferir los efectos de la misma, con el objeto de evitar alteraciones serias de la sostenibilidad fiscal. En ningún caso se afectará el núcleo esencial de los derechos fundamentales.

Parágrafo. Al interpretar el presente artículo, bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar Los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva.

Artículo 360.⁴ 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.

**DECRETO 1222 DE 1986
(Abril 18)**

"Por el cual se expide el Código de Régimen Departamental".

⁴ Artículo modificado por el artículo 1° del Acto Legislativo 5 de 2011. El texto vigente al momento de la expedición del acto acusado era el siguiente: "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 marítimos y fluviales por donde se transporten dichos recursos o productos derivados de los mismos, tendrán derecho a participar en las regalías y compensaciones".

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,

en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confiere la Ley 3ª de 1986 y oída la comisión asesora a que ella se refiere,

DECRETA:

(...)

Artículo 71. Es prohibido a las asambleas departamentales:

2. Intervenir por medio de ordenanzas o resoluciones en asuntos que no sean de su incumbencia.

LEY 141 DE 1994⁵
(Junio 28)

Diario Oficial No. 41.414, de 30 de julio 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.

Artículo 28. Derecho de los departamentos y de los municipios en cuyo territorio se adelanten las explotaciones. Los departamentos y los municipios participarán en las regalías y compensaciones monetarias provenientes de la explotación de los recursos naturales no renovables realizada en sus respectivos territorios”.

Efectuada la confrontación directa del texto del acto acusado con las normas invocadas como infringidas, la Sala observa que le asiste razón al *a quo*, al conceder la solicitud de suspensión provisional del artículo acusado, pues efectivamente viola lo dispuesto en los artículos 332 y 360 de la Constitución Política, por cuanto la Asamblea Departamental de la Guajira carece de competencia para determinar la participación de los entes territoriales en el régimen de regalías.

En efecto, de conformidad con el artículo 332 de la Constitución Política, el Estado es el propietario del subsuelo y por tanto es el titular de las contraprestaciones económicas causadas con ocasión de la explotación de un recurso natural no renovable dentro del territorio colombiano. Asimismo, según lo dispuesto en el artículo 360 de la Constitución Política vigente para el momento de la expedición

⁵ La Ley 1530 de 2012, derogó los artículos 19, 20, 21 excepto el párrafo primero; el artículo 22 excepto el párrafo; los artículos 24, 25 y el párrafo del artículo 26 de la Ley 141 de 1994

del acto, es contundente al señalar que será el legislador el encargado de determinar las condiciones de participación de las entidades territoriales en el régimen de compensación y regalías.

En cuanto al tema de la propiedad del Estado sobre los recursos naturales no renovables provenientes del subsuelo, y la determinación de la participación en las regalías mediante la Ley, la Corte Constitucional se ha manifestado reiteradamente, en los siguientes términos:

4. Titularidad y destinación de las regalías que genera la explotación de los recursos naturales no renovables

De conformidad con el artículo 332 Superior, "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".

Por su parte, el artículo 360 de la Carta Política dispone que al legislador le compete fijar las condiciones para la explotación de los recursos naturales no renovables y determinar los derechos de las entidades territoriales sobre los mismos. Igualmente dispone que la explotación de un recurso natural no renovable causara a favor del Estado una contraprestación económica a título de regalía, sin perjuicio de cualquier otro derecho o compensación que se pacte.

Es por ello que la jurisprudencia ha definido la regalía como una contraprestación económica que percibe el Estado de las personas a quienes se les concede el derecho a explotar los recursos naturales no renovables en determinado porcentaje sobre el producto bruto explotado³. Y en cuanto al derecho a las compensaciones, ha dicho que éste no necesariamente deriva de la participación en las regalías ni emana del carácter de productora que tenga la correspondiente entidad territorial, o el puerto marítimo o fluvial, ya que lo que se compensa es el concurso del ente respectivo en la totalidad o en alguna etapa del proceso que surge a propósito de la exploración, explotación, transporte y transformación de los recursos naturales no renovables. Por ello, puede suceder que un municipio que a la vez sea productor y tenga la condición de puerto marítimo o fluvial perciba, además de la participación en las regalías, una compensación con motivo de su contribución al transporte del recurso explotado o de los productos que de él se extractan o derivan, como también puede acontecer que se reciba la compensación sin tener el carácter de productor y, por lo tanto, sin derecho alguno a participar en las regalías⁴.

También dispone el artículo 360 Fundamental, que los departamentos y municipios en cuyo territorio se adelanten explotaciones de recursos naturales no renovables, así como los puertos marítimos y fluviales por donde se transporten dichos

(Diario Oficial No 48433 de mayo 17 de 2012). Modificada por el Acto Legislativo 5 de 2011, publicado en el Diario Oficial No. 48.134 de 18 de julio de 2011

recursos o productos derivados de los mismos, "tendrán derecho a participar en las regalías y compensaciones".

Al respecto, la Corte ha precisado que **los entes territoriales no tienen un derecho de propiedad sobre las regalías sino apenas el derecho de participación sobre las mismas que les atribuye la ley⁵, puesto que por mandato expreso del artículo 332 Constitucional la titularidad de las contraprestaciones económicas causadas por la explotación de un recurso natural no renovable está radicada en el Estado en su calidad de dueño del subsuelo y de tales recursos ya que "...la Carta Política no reconoce un derecho de propiedad al departamento, al municipio productor, al puerto marítimo o fluvial sobre la regalía, puesto que, como se ha visto, las entidades territoriales del Estado, al no ser propietarias del recurso natural no renovable, tampoco lo son de los beneficios que de la extracción de los mismos se deriven".⁶**

Las regalías gravitan sobre todas las explotaciones de recursos naturales de propiedad del Estado, esto es, tienen carácter universal. Además, constituyen los ingresos fiscales mínimos por las explotaciones del subsuelo que es propiedad del Estado. Así mismo, estos ingresos públicos no tienen naturaleza tributaria, "pues no son imposiciones del Estado sino contraprestaciones que el particular debe pagar por la obtención de un derecho, a saber, la posibilidad de explotar un recurso natural no renovable".⁷ Y no constituyen bienes de uso público "sino rentas nacionales sobre las cuales algunas entidades territoriales tienen derecho a participar de ellas...".⁸

Conviene observar que si bien las regalías hacen parte del sistema de transferencias de recursos previsto en el Título XII, Capítulo V de la Constitución Política, dada su particular naturaleza no están sometidas a las reglas de reparto automático y aritmético establecidas para el situado fiscal y la participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación, toda vez que las participaciones de los entes territoriales en las regalías no representan una cesión de rentas nacionales. Sobre el particular la Corte ha precisado que las regalías y compensaciones no son situado fiscal ni participación de los ingresos corrientes de la Nación.⁹

Respecto de la titularidad de las regalías la Corte, reiterando lo señalado en anteriores decisiones¹⁰, ha expresado que el Estado es el titular de las mismas y que por ello es natural que la Carta establezca diferentes competencias y derechos entre los diversos órdenes territoriales a fin de lograr las finalidades perseguidas por el Constituyente en esta materia. Así, a la Nación le corresponde su regulación y gestión, respetando los derechos de participación y de compensación de las entidades territoriales. Además está obligada a distribuir las sumas restantes a las entidades territoriales, por lo cual las autoridades centrales no se benefician directamente de las regalías. Luego, la gestión de esos recursos no se le confiere a la Nación para que sus beneficios se concentren en el Gobierno central, "sino para que pueda haber una distribución equitativa de las

regalías, que sea acorde con el desarrollo armónico de las regiones (CP art. 334), para lo cual la Constitución ha previsto precisamente la existencia del "Fondo Nacional de Regalías" (CP art. 361). Por su parte, a las entidades territoriales les corresponde el goce final del producto de esos recursos, ya que ellos están destinados a estimular la descentralización, favorecer la propia minería y proteger el medio ambiente (CP art. 360)"11⁶. (Se resalta).

Por su parte, pone de presente la Sala que si bien es cierto, el artículo 360 de la Constitución Política fue modificado mediante Acto legislativo 05 de 2011, en cuanto a la organización del sistema de regalías, el Constituyente mantuvo intacta la noción de que el Estado es el propietario del subsuelo y que corresponde al legislador fijar las condiciones de participación de los beneficiarios de las regalías.

Así las cosas, se concluye que conforme a los mandatos constitucionales anteriormente enunciados, la Asamblea Departamental de la Guajira carece de competencia para determinar los porcentajes de participación de los municipios de Maicao y Albania en el régimen de regalías, con ocasión de la explotación de recursos naturales provenientes de un yacimiento carbonífero ubicado dentro de ambos.

Ahora bien, no asiste razón al recurrente cuando afirma que el artículo acusado debe interpretarse como de distribución territorial de la reserva carbonífera entre el municipio de Maicao y Albania, por cuanto el porcentaje de participación de los municipios en donde se encuentren ubicados los yacimientos de la reserva carbonífera serán determinados por su ubicación geológica y los límites territoriales entre los municipios en donde se encuentre ubicada; por lo cual resultaría errado afirmar que mediante una Ordenanza se pueda definir la proporción territorial en donde se encuentra ubicado un yacimiento carbonífero sin atender a su ubicación geográfica, respecto de los municipios donde se encuentra ubicada.

Dicho criterio se expresa en el artículo 28 de la Ley 141 de 1994, el cual dispone que *"los departamentos y los municipios participarán en las regalías y compensaciones monetarias provenientes de la explotación de los recursos naturales no renovables realizada en sus respectivos territorios"*, así como en el artículo 37 de la Ley 1530 de 2012 que señala que *"cuando un yacimiento se*

⁶ Corte Constitucional, sentencia C- 427 de 2002, Rad.: D-3822 Actor: Sixto Manuel García Mejía. M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Asimismo la Corte Constitucional ha reiterado esta posición en sentencias C-221 de 1997, C-447 de 1998 y C-240 de 2011.

encuentre ubicado en dos o más entidades territoriales, esta se realizará en forma proporcional a la participación de cada entidad en dicho yacimiento, independientemente del área de los municipios en los que se esté explotando en la fecha de corte de la liquidación”.

De lo anterior se concluye que el legislador desde la Ley 141 de 1994 hasta la Ley 1530 de 2012 actualmente ha determinado que la participación de las entidades territoriales respecto de las regalías se determina por la ubicación territorial del recurso no renovable explotado, por lo cual el porcentaje de participación de los municipios de Maicao y Albania es determinado por la ubicación geográfica del yacimiento carbonífero y mediante un porcentaje Asignado por la Asamblea Departamental de la Guajira, sin atender dicho criterio.

Ahora bien, en cuanto a los argumentos del recurrente en lo referente a la omisión del actor de demandar el acto administrativo complejo y la posible existencia de cosa juzgada frente al objeto del litigio, advierte la Sala que dicho cuestionamiento no es materia del recurso interpuesto, por cuanto el objeto del presente recurso de apelación es controvertir la suspensión provisional del artículo acusado y no un pronunciamiento de fondo respecto de las excepciones que se pretendan proponer para salvaguardar la legalidad del mismo.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

RESUELVE:

PRIMERO.- CONFÍRMASE el numeral sexto del auto de 4 de agosto de 2010, proferido por el cual el Tribunal Administrativo de la Guajira, en cuanto decretó la suspensión provisional del artículo 9° de la Ordenanza 001 de 2000.

Cópiese, notifíquese y, en firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la sesión del veintiocho (28) de febrero de dos mil trece (2013).

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO MARÍA ELIZABETH GARCÍA
GONZÁLEZ
 Presidente
 Ausente con permiso

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO

GUILLERMO VARGAS AYALA