



I. EXPEDIENTE RDL-004 -SENTENCIA C-253/17 (Abril 27)¹
M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado

1. Norma revisada

DECRETO LEY 248 DE 2017

(febrero 14)

Por el cual se dictan disposiciones sobre el Fondo Nacional de Regalías en Liquidación y se dispone de los saldos del mismo para financiar proyectos de inversión para la implementación del Acuerdo Final para la terminación del Conflicto Armado y la Construcción de una Paz Estable y Duradera.

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

En ejercicio de las facultades constitucionales conferidas en el artículo 2 del Acto Legislativo 1 de 2016, y

CONSIDERANDO

Que el artículo 22 de la Constitución Política establece que la paz es un derecho y deber de obligatorio cumplimiento.

Que el artículo 2 del Acto Legislativo 1 de 2016 concedió facultades extraordinarias al Presidente de la República para que, dentro de los 180 días siguientes a la entrada en vigencia del citado Acto Legislativo, se expidan los decretos con fuerza de ley que tengan por objeto facilitar y asegurar la implementación y desarrollo normativo del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera.

Que en la búsqueda de una paz estable y duradera y la terminación definitiva del conflicto armado, el Gobierno nacional suscribió el 24 de noviembre de 2016, con el grupo armado Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia, Ejército del Pueblo (FARC-EP), un nuevo Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera.

Que el Acuerdo Final desarrolla seis puntos: 1) una Reforma Rural Integral; 2) Participación Política; 3) Fin del Conflicto; 4) Solución Integral al Problema de las Drogas Ilícitas; 5) Acuerdo sobre las Víctimas del Conflicto; e 6) Implementación, verificación y refrendación de dichos acuerdos.

Que el punto 6.1 del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera establece, entre otros temas, que "el Gobierno nacional será el responsable de la correcta implementación de los acuerdos alcanzados en el proceso de conversaciones de Paz, para lo cual se compromete a garantizar su financiación a través de diferentes fuentes. La implementación y el desarrollo de los acuerdos se realizarán en cumplimiento de la normatividad vigente en materia presupuestal, garantizando la sostenibilidad de las finanzas públicas".

Que en el punto 6.1.9 del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera se establece que se tramitarán las normas y medidas necesarias para la implementación y verificación de los acuerdos, incluyendo lo relativo a normas de financiación.

Que el 30 de noviembre de 2016, el Congreso de la República adoptó la decisión política de refrendar el Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera.

Que mediante el Acto Legislativo 5 de 2011, que modificó los artículos 360 y 361 de la Constitución Política, se constituyó el Sistema General de Regalías a partir del 1 de enero de 2012, el cual sustituyó el Régimen de Regalías y Compensaciones anterior.

¹ Se aclara que el número correcto de la sentencia es el C-253/17 del 27 de abril de 2017, anteriormente se había anotado el número C-246/17 del 26 de abril de 2017, que corresponde a otro radicado.

Que en el Régimen de Regalías y Compensaciones vigente hasta el 31 de diciembre de 2011 se distribuían estos ingresos entre regalías y compensaciones asignadas directamente a las entidades territoriales en cuyos territorios se adelantaba la explotación o transporte de recursos naturales no renovables y el Fondo Nacional de Regalías (FNR) de conformidad con lo establecido en la Ley 141 de 1994.

Que el párrafo 1º transitorio del artículo 361 de la Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo 5 de 2011, suprimió el Fondo Nacional de Regalías (FNR) y, en desarrollo de este mandato, en el Decreto 4972 de 2011 se definió el procedimiento y plazos para la liquidación del FNR. Asimismo, la Ley 1530 de 2012, en su artículo 129, estableció que, en desarrollo del mandato previsto en el citado Acto Legislativo, la supresión del FNR tendría lugar a partir del 1º de enero de 2012 y que su liquidación se regiría por las disposiciones de la Ley 489 de 1998, el Decreto-Ley 254 de 2000 y la Ley 1105 de 2006.

Que de conformidad con el artículo 1 de la Ley 756 de 2002, el Fondo Nacional de Regalías tiene personería jurídica propia, está adscrito al Departamento Nacional de Planeación y la administración de su portafolio corresponde al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, conforme lo dispuesto en el Decreto 2550 de 2004.

Que el artículo 139 de la Ley 1530 de 2012, en concordancia con el párrafo 1 transitorio del artículo 361 la Constitución Política, señala que los saldos del portafolio del Fondo Nacional de Regalías, luego de aplicar lo dispuesto en la mencionada ley y descontados los recursos necesarios para atender el giro de las asignaciones a proyectos de inversión previamente aprobados, se destinarán prioritariamente a la reconstrucción de la infraestructura vial del país y a la recuperación ambiental de las zonas afectadas por la emergencia invernal del 2010 -2011, precisando en su párrafo que en la reconstrucción de la infraestructura vial del país, tendrían prioridad las vías terciarias y las obras de mitigación y prevención de riesgo de las cuencas hidrográficas.

Que además de lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley 1530 de 2012, se considera pertinente el uso de los saldos del portafolio del FNR-L para la financiación de la implementación del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera.

Que la Ley 549 de 1999 estableció las normas tendientes a la financiación del pasivo pensional de las entidades territoriales, creó el Fondo Nacional de Pensiones de las entidades territoriales (FONPET) y, en su artículo 6, dispuso la posibilidad del retiro de excedentes una vez se haya cubierto el respectivo pasivo pensional.

Que el artículo 48 de la Ley 863 de 2003 determinó los porcentajes de los recursos de regalías y compensaciones directas y del FNR que se trasladaban al FONPET.

Que las entidades territoriales que cubren su pasivo pensional según la normativa vigente, generan en el FONPET excedentes provenientes, entre otros, de los aportes del FNR y de las regalías y compensaciones causadas al 31 de diciembre de 2011 y los respectivos rendimientos financieros generados en el FONPET.

Que como resultado del proceso de liquidación del FNR, se ha encontrado que entidades territoriales tienen obligaciones pendientes con el mismo, cuyo pago es necesario para garantizar la disponibilidad de los saldos del portafolio del FNR-L.

Que para el pago de estas obligaciones, además de la fuente prevista en el artículo 149 de la Ley 1530 de 2012, se considera necesario hacer uso de los excedentes que cada entidad territorial deudora tenga en el FONPET cuya fuente sea los aportes del FNR o de las regalías y compensaciones directas causadas al 31 de diciembre 2011.

Por lo anteriormente expuesto,

DECRETA

Artículo 1. Uso de los saldos del portafolio del Fondo Nacional de Regalías en Liquidación para la implementación del Acuerdo Final. El saldo del portafolio del Fondo Nacional de Regalías en liquidación (FNR-L) que resultase luego del giro de las asignaciones a proyectos de inversión previamente aprobados, se utilizará, además de lo dispuesto por el artículo 139 de la Ley 1530 de 2012, a financiar proyectos de inversión para la implementación del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto Armado y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, que serán ejecutados por las autoridades competentes y con respeto de las normas presupuestales vigentes.

De los excedentes de cada entidad territorial que sobrepasen el cubrimiento requerido de su pasivo pensional y cuya fuente sea el Fondo Nacional de Regalías (FNR) o regalías y compensaciones causadas al 31 de diciembre de 2011 y sus rendimientos financieros, el FONPET girará al portafolio del FNR-L hasta la totalidad del valor de la obligación que le informe el FNR-L como amortización de las obligaciones que tengan las entidades territoriales con éste, cualquiera que sea la instancia procesal en que se encuentre su cobro. Este giro prevalecerá sobre el retiro de estos excedentes por parte de la entidad territorial para cualquier otro fin autorizado por la norma.

Para las operaciones previstas en el inciso anterior, se realizarán los ajustes en las contabilidades de las entidades territoriales respectivas, como en la del Fondo Nacional de Regalías en Liquidación, sin que las entidades territoriales requieran adelantar operación presupuestal alguna.

Parágrafo. Lo dispuesto en el inciso segundo del presente artículo se aplicará sin perjuicio de las responsabilidades penales, civiles, disciplinarias y fiscales a que hubiere lugar por la ejecución de los proyectos de inversión financiados con los recursos del Fondo Nacional de Regalías.

Artículo 2. Vigencia. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y deroga las disposiciones que le sean contrarias.

PUBLÍQUESE y CÚMPLASE

Dado en Bogotá D.C., a los 14 de febrero de 2017.

JUAN MANUEL SANTOS CALDERÓN

El Ministro de Hacienda y Crédito Público,

Mauricio Cárdenas Santamaría

El Director del Departamento Nacional de Planeación

Simón Gaviria Muñoz

2. Decisión

Primero.- Declarar **EXEQUIBLES** el inciso primero del artículo 1º y el artículo 2º del Decreto Ley 248 del 14 de febrero de 2017 *"por el cual se dictan disposiciones sobre el Fondo Nacional de Regalías en Liquidación y se dispone de los saldos del mismo para financiar proyectos de inversión para la implementación del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto Armado y la Construcción de una Paz Estable y Duradera"*.

Segundo.- Declarar **INEXEQUIBLES** los incisos segundo y tercero, así como el parágrafo del artículo 1º del Decreto Ley 248 del 14 de febrero de 2017 *"por el cual se dictan disposiciones sobre el Fondo Nacional de Regalías en Liquidación y se dispone de los saldos del mismo para financiar proyectos de inversión para la implementación del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto Armado y la Construcción de una Paz Estable y Duradera"*.

3. Síntesis de la providencia

La Corte Constitucional advirtió que la facultad legislativa excepcional que el A.L. 01 de 2016 atribuyó al Gobierno está sometida a un conjunto de limitaciones, que se fundamentan en la vigencia del principio de separación de poderes y el sistema de frenos y contrapesos, particularmente en el ejercicio de controles interorgánicos entre las ramas que ejercen la función estatal. El equilibrio de los poderes públicos, particularmente en el caso de un régimen presidencial como el colombiano, exige que la habilitación legislativa al Presidente sea limitada tanto desde el punto de vista material como temporal.

La jurisprudencia constitucional, en decisiones proferidas, tanto en relación con el control de constitucionalidad de los decretos leyes, como en el de los decretos legislativos dictados bajo los estados de excepción, ha sido consistente en señalar que el ejercicio de las facultades normativas extraordinarias del Gobierno debe tener carácter excepcional, está sometido a restricciones materiales y temporales, y precisa de un control judicial.

En ese contexto, la Sala Plena advirtió que las limitaciones previstas en el artículo 2º del Acto Legislativo 1 de 2016 para la habilitación legislativa al Presidente de la República para proferir decretos con fuerza de ley, son de carácter tanto formal como material. Las primeras versan sobre la radicación en el Gobierno de la competencia para ejercer dicha habilitación, la necesidad de que la misma sea ejercida dentro de los 180 días siguientes a la entrada en vigor de la enmienda constitucional mencionada y la circunstancia de que el decreto esté precedido de una motivación suficiente.

Las segundas se derivan de la exigencia, prevista en el propio Acto Legislativo, según la cual los decretos con fuerza de ley que profiera el Presidente deben tener por objeto facilitar y asegurar la implementación y desarrollo normativo del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera. Así, los decretos deben (i) tener una conexidad objetiva, estricta (juicio de finalidad) y suficiente con el referido

Acuerdo; (ii) cumplir con un criterio de necesidad estricta en su expedición, que demuestre el carácter imperioso y urgente de la regulación, así como de la correlativa falta de idoneidad del procedimiento legislativo ordinario o especial. Del mismo modo, no podrán referirse a aquellas materias que la Constitución ha excluido de la regulación a través de la mencionada habilitación legislativa, así como aquellos asuntos que requieren de una deliberación democrática cualificada, como sucede con las normas que afectan el núcleo esencial de los derechos fundamentales.

El Tribunal Constitucional encontró que el Decreto Ley 248 de 2017 tiene dos contenidos esenciales. El primero permite que los saldos del portafolio del FNR-L que no hayan sido comprometidos en proyectos de inversión previamente aprobados, sean utilizados además de en los fines contenidos en el artículo 139 de la Ley 1530 de 2012, en la financiación de proyectos vinculados a la implementación del Acuerdo Final. El segundo crea un mecanismo de amortización para las deudas que tienen las entidades territoriales con el FNR-L, consistente en el giro directo de los recursos que exceden el cubrimiento del pasivo pensional que tengan dichos entes en el FONPET.

La Corte declaró la exequibilidad del primero de estos contenidos, el previsto en el inciso primero del artículo 1º del Decreto Ley 248 de 2017, bajo la consideración de que, si bien hay un déficit en la motivación del decreto sobre este particular, habida consideración de la necesidad de permitir que las decisiones de la Corte sobre la materia sean asimiladas por el Gobierno en la expedición de los decretos subsiguientes, en esta ocasión la Corte advirtió que la norma se justifica en la necesidad de adoptar decisiones rápidas orientadas a permitir la adecuada financiación, desde sus etapas tempranas, de la implementación del acuerdo, circunstancia que le permite dar por satisfecha la exigencia de acreditar la necesidad estricta de acudir a la vía extraordinaria.

La Corte, por el contrario, encontró que el segundo contenido normativo, -previsto en los incisos segundo y tercero, así como en el párrafo del artículo 1º del Decreto Ley 248 de 2017-, era contrario a la Constitución, por falta de acreditación del criterio de necesidad estricta, en la medida en la que no se advierten las razones que impusieran la urgencia de la regulación por la vía excepcional, sin permitir la instancia deliberativa del Congreso, que habría permitido, a su vez, una participación activa de las entidades territoriales, quienes tienen la titularidad de esos recursos. Por esta razón, la Corte consideró que ese aparte de la disposición debía ser declarado inexecutable. Precisó que, si bien se trataba de disponer de unos recursos excedentes en el FONPET después de atender los requerimientos del pasivo pensional, la legislación vigente ha previsto distintos destinos posibles para tales recursos, asunto sobre el que deben decidir los entes territoriales titulares de los mismos, y que, sin una justificación suficiente, no podía resolverse unilateralmente por el gobierno, prescindiendo del escenario de deliberación legislativa en el que podría haberse tratado el tema con las entidades afectadas.

Por último, señaló la Corte que el artículo 2º prevé una fórmula de vigencia de las normas jurídicas a futuro, que resulta usual y compatible con la Constitución.

4. Salvamentos parciales y aclaraciones de voto

El magistrado **Alejandro Linares Cantillo** se apartó parcialmente de la decisión, manifestó que no obstante comparte la declaración de exequibilidad del inciso primero del artículo 1º del Decreto 248 de 2017 (en adelante, el "Decreto") -en el que se establece la posibilidad de destinar saldos remanentes del Fondo Nacional de Regalías en Liquidación (en adelante, el "FNR-L") a la implementación del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto Armado y la Construcción de una Paz Estable y Duradera (en adelante, el "Acuerdo de Paz"), declaró que salvaba su voto respecto de la decisión de declarar inexecutable los incisos segundo y tercero así como el párrafo del mismo artículo, tal como lo establece el resolutivo segundo de la mencionada sentencia.

A su juicio, una interpretación sistemática del Decreto permitía concluir que el giro de los recursos excedentarios de las entidades territoriales en el FONPET al FNR-L, tenía como propósito inequívoco facilitar la implementación del Acuerdo de Paz. Advirtió, en adición a ello, que la regulación declarada inexecutable era plenamente compatible con lo dispuesto en el párrafo transitorio del artículo 1 del Acto Legislativo 05 de 2011 así como con el artículo 139 de la Ley 1530 de 2012. Por estas razones, la decisión de la mayoría fundamentada en el desconocimiento de la voluntad de las entidades territoriales respecto de la destinación de dichos recursos, desconoció que (i) las fuentes de los recursos

excedentarios en el FONPET provenían del mismo Fondo Nacional de Regalías en Liquidación, o de regalías y compensaciones causadas al 31 de diciembre de 2011, respecto de las cuales, el FNR-L en su calidad de acreedor podría solicitar el giro de hasta la totalidad del valor de la obligación que tuviese una entidad territorial con este, por lo cual, dichos recursos serían transferidos como consecuencia del derecho de cobro del FNR-L, mismo que no se encuentra prohibido o limitado de forma alguna; y (ii) tanto los recursos excedentarios en el FONPET, como los saldos remanentes no comprometidos en el FNR-L son recursos exógenos de los entes territoriales (rentas nacionales, respecto de las cuales las entidades territoriales tienen un derecho de participación), por lo cual, por regla general se puede definir su destino dentro del marco constitucional, sin vulnerar el principio de autonomía territorial. Es por lo anterior que concluye el Magistrado que los apartes del Decreto declarados inexecutable reflejaban una medida instrumental y necesaria, esto es un mecanismo de cobro, que permitía incrementar la masa de liquidación del FNR-L, y aseguraba la destinación de dichos recursos a los fines previstos en el inciso primero del artículo 1 del Decreto.

Finalmente, en relación con la parte motiva de la sentencia, el Magistrado Linares presentó aclaración de voto respecto de la carga de motivación estricta exigida, ya que si bien considera que al tratarse de decretos con fuerza de ley proferidos en virtud del Acto Legislativo 01 de 2016, el estándar debe ser más exigente dado su impacto en el principio democrático, no se puede imponer un requisito de estricta necesidad de imposible cumplimiento al Gobierno Nacional. Lo anterior, en opinión del Magistrado tampoco debe ser entendido en el sentido de limitar la actividad probatoria del juez constitucional.

El magistrado **Antonio José Lizarazo Ocampo**, salvó parcialmente el voto por cuanto en su sentir, no debió declararse la inexecutable del inciso segundo del Decreto 248 de 2017 ya que tiene relación directa con el inciso primero de la misma disposición.

Explicó que el Fondo Nacional de Pensiones de Entidades Territoriales-FONPET, se alimenta de tres fuentes, -compensaciones, regalías y Fondo Nacional de Regalías-, y sus recursos son para la financiación del pasivo pensional de las entidades territoriales, pero al presentarse excedentes, luego de cubrirse el pasivo pensional, estos podrían ser retirados de este fondo y utilizados para otros fines.

Afirmó que algunas entidades territoriales tienen obligaciones pendientes con el Fondo Nacional de Regalías en Liquidación, y lo que se dispone en el decreto estudiado es hacer un cruce de cuentas tomando los excedentes que tienen en el FONPET y que sobrepasen el cubrimiento requerido de su pasivo pensional, para girarlos al portafolio del FNR-L hasta la totalidad del valor de la obligación como amortización de las obligaciones que tengan con éste.

Argumentó que el liquidador del Fondo Nacional de Regalías debe darle un destino a los excedentes de sus saldos y la destinación fue para el acuerdo de paz que requiere un compromiso muy fuerte dentro del portafolio de inversiones.

Instituyó en que no existe un desconocimiento al principio democrático porque los recursos de todas formas se van a invertir dentro de territorios más afectados por el conflicto, en infraestructura vial y para el medio ambiente, por lo tanto, lo que se evidencia es el enfoque territorial del decreto.

Por su parte, los magistrados **Aquiles Arrieta Gómez, José Antonio Cepeda Amarís y Gloria Stella Ortiz Delgado**, anunciaron aclaración de voto sobre algunos puntos contenidos en la parte motiva de la decisión.

El magistrado **Luis Guillermo Guerrero Pérez**, se reservó la posibilidad de aclarar su voto.

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Presidente

