



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo

Bogotá, D.C., doce (12) de octubre de 2011

Radicación No. 2.071 y Adición

11001-03-06-000-2011-0057-00

**Referencia: Imposibilidad de pronunciarse por existir una
decisión de la Procuraduría General de la Nación**

El señor Ministro de Minas y Energía solicita a la Sala de Consulta y Servicio Civil un concepto sobre la propiedad de los dineros que, bajo la denominación “margen de comercialización”, incorpora a su presupuesto la Agencia Nacional de Hidrocarburos, ANH, y que corresponden a la diferencia entre el valor de la venta del petróleo que ECOPETROL le entrega a la ANH como regalías en especie, y el valor que se liquida y paga como regalías en dinero a las entidades beneficiarias tomando “como base el precio promedio ponderado de realización del petróleo en una sola canasta de crudos”, de acuerdo con el artículo 20 de la ley 141 de 1994.

Al efecto formuló a la Sala las siguientes preguntas:

- 1. Teniendo en cuenta que para poder girar las regalías en dinero a las entidades territoriales beneficiarias de las mismas, la ANH (Agencia Nacional de Hidrocarburos) debe suscribir ofertas mercantiles con ECOPETROL para vender el producto líquido, indique si el desarrollo de tales actividades industriales y comerciales están o no incluidas dentro de la función de “administración integral” de las regalías prevista en el Artículo 4 del Decreto Ley 1760 de 2003, en concordancia con el Artículo 5.8 ibidem.*
- 2. Teniendo en cuenta que conforme al Artículo 290 de la Ley 141 de 1994, el precio sobre el cual el Ministerio de Minas y Energía liquida unilateralmente las regalías es “el precio promedio ponderado de realización del petróleo en una sola canasta de crudos” y no el precio de realización convenido entre la ANH y ECOPETROL, indique si el margen de comercialización que resulta de tal comercialización debe ser considerado como regalía.*
- 3. Teniendo en cuenta lo dispuesto en el Artículo 11.7 del Decreto Ley 1760 de 2003 y en caso de que las respuestas a las preguntas anteriores sean*

afirmativas, indique si la ANH, como entidad del Estado, puede legalmente hacer en su favor una apropiación material y contable del mencionado margen de comercialización.

4. *En caso de que la respuesta a la pregunta anterior sea negativa, indique qué hacer y cómo debe proceder la ANH con el margen de comercialización.*
5. *En el evento que el margen de comercialización sea negativo, es decir, el precio de venta de los barriles correspondientes a regalía sea menor al precio de liquidación establecido por el Ministerio de Minas y Energía, indique quién debe asumir esa diferencia y cuál debe ser el procedimiento para cubrir esa diferencia.*

La consulta se origina en la posición jurídica que sobre la naturaleza y el titular del derecho de propiedad del llamado margen de comercialización han adoptado los organismos de control, Contraloría General de la República y Procuraduría General de la Nación, y también la Contaduría General de la Nación, los cuales conceptúan que el margen de comercialización forma parte de las regalías que son de propiedad del Estado, y por tanto debe ser distribuido entre las entidades territoriales, de conformidad con el recientemente derogado artículo 360 de la Constitución Política. De ese aserto, las instituciones mencionadas desprenden que la ANH no puede ingresar a su presupuesto esas sumas de dinero como recursos propios ni tampoco proceder a disponer de ellas en esa condición.

A este argumento, que puede ser tenido como central, se adicionan otros que lo refuerzan, tales como la naturaleza administrativa de la Agencia Nacional de Hidrocarburos ANH¹ la cual carece de atribuciones industriales y comerciales y por lo mismo no puede comercializar el petróleo ni obtener ganancias sobre su venta; que no existe norma expresa que incluya dentro de los ingresos o el patrimonio ese margen de comercialización; y que su función es la administración de las reservas de hidrocarburos, y de esta atribución no se desprende la posibilidad de apropiarse o tomar una parte de las regalías para su funcionamiento.

La Agencia Nacional de Hidrocarburos, ANH, expuso en la solicitud del concepto los argumentos que sustentan la juridicidad de la forma como ha venido actuando, dentro de los que se destaca que las regalías se reciben en especie y la Agencia Nacional de Hidrocarburos ANH debe monetizarlas para proceder a pagarlas conforme al artículo 20 de la ley 141 de 1994 por lo que queda saldada o solucionada la obligación de pago de las regalías; que las facultades de la ANH son de “administración integral” de las reservas de hidrocarburos, por lo cual puede vender o comercializar el petróleo recibido en especie a través de Ecopetrol previo un convenio interadministrativo, que además según el numeral 11.7 del artículo 11 decreto ley 1760 de 2003, forman parte de su patrimonio “los demás bienes o recursos que la Agencia adquiera o reciba a cualquier título” y que el margen de comercialización no es una “regalía” pues ésta ya fue pagada por la ANH según la ley, de manera que la “naturaleza” de este recurso público es diferente a la de las regalías.

La solicitud de consulta se radicó en la Sala el 12 de septiembre del presente año, y con fecha 20 del mismo mes la adicionó el Sr. Ministro, como consecuencia del oficio que le

¹ El artículo 2° del decreto ley 1760 del 2004, que la creó, dice que la ANH es una Unidad Administrativa Especial con personería jurídica, que en lo no dispuesto por el mismo decreto ley, se sujeta al régimen de los establecimientos públicos.

fuera enviado por la Procuradora Delegada para la Vigilancia Administrativa de la Función Pública calendarado el 24 de agosto y recibido en el Ministerio el 9 de septiembre de 2011, expresando en la adición a la solicitud de concepto que “obedece al pronunciamiento definitivo realizado por la Procuraduría Delegada para la vigilancia Administrativa de la Función Pública, del cual se anexa copia, denominado “*actuaciones preventivas respecto del margen de comercialización*”, instando tanto al Ministerio de Minas y Energía como a la Agencia Nacional de Hidrocarburos, a:

1. *“Se reintegre a los beneficiarios señalados en la Constitución Política y en la Ley, los recursos que sin causa fueron apropiados al presupuesto de la ANH desde el año 2007 hasta el momento en que se aprobó el Acto Legislativo 5 de 2011, toda vez que estos dineros están en mora de ser invertidos, como lo ordena la Ley, en gastos sociales que financian inversiones de educación, salud, saneamiento básico y programas de prevención de mortalidad infantil”.*
2. *“No apropie en el futuro los recursos denominados Margen de Comercialización, cumpliendo con los principios de la función administrativa, pues los mismos no han sido ni son de su propiedad (...), y obrar de manera contraria perjudicaría las inversiones que deben hacer las entidades beneficiarias (...).”.*

“En virtud del pronunciamiento categórico del Ministerio Público, resulta de vital importancia para el Ministerio de Minas y Energía ponerlo en conocimiento de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado para que con los elementos de juicio suficientes, absolver las inquietudes inicialmente planteadas y las que hacen parte de la presente adición.” (Fin de la transcripción.)

Con base en la situación anterior, el Ministro consultante adicionó las siguientes preguntas al cuestionario inicialmente planteado a la Sala de Consulta y Servicio Civil:

1. *En caso de que el margen de comercialización sea considerado como regalía cómo debe proceder tanto el Ministerio de Minas y Energía y la Agencia Nacional de Hidrocarburos para efectuar la liquidación, distribución y giro a los beneficiarios de dichos recursos.*
2. *Los gastos en que incurre la Agencia Nacional de Hidrocarburos en la logística de sus operaciones para convertir los barriles en pesos, los tratamientos y el transporte del crudo, a qué partida presupuestal deben cargarse, esto es, deberán ser descontados del presupuesto propio de la ANH o de los dineros recaudados por la diferencia positiva resultante de la negociación del crudo.*

Consideraciones de la Sala

De los antecedentes transcritos aparece claramente que la Procuraduría General de la Nación adoptó una decisión definitiva alrededor de las preguntas formuladas a la Sala, lo cual lleva a plantear la conveniencia y oportunidad de rendir un concepto jurídico sobre los mismos, pues al hacerlo se estaría debatiendo la legalidad de la decisión definitiva adoptada

por el ente de control, independientemente del sentido o posición jurídica que pudiere adoptar el concepto de esta Sala.

La competencia para ejercer la función preventiva de la Procuraduría General de la Nación se encuentra en el decreto ley 262 de 2000², que en lo pertinente ordena:

“ARTICULO 23. FUNCIONES. Las procuradurías delegadas ejercerán funciones preventivas y de control de gestión, disciplinarias, de protección y defensa de los derechos humanos y de intervención ante las autoridades administrativas y judiciales, de conformidad con la Constitución Política, las leyes y lo dispuesto en este título, cuando lo determine el Procurador General en virtud de las facultades contenidas en el artículo 7 de este decreto.

“...”

“ARTICULO 24. FUNCIONES PREVENTIVAS Y DE CONTROL DE GESTIÓN. Sin perjuicio de lo dispuesto en la ley, las procuradurías delegadas tienen las siguientes funciones de vigilancia superior, con fines preventivos y de control de gestión:

- 1. Velar por el cumplimiento de las disposiciones constitucionales y legales, así como de las decisiones judiciales y administrativas.*
- 2. Velar por el ejercicio diligente y eficiente de las funciones públicas y ejercer control de gestión sobre ellas, para lo cual podrán exigir a los servidores públicos y a los particulares que cumplan funciones públicas la información que se considere necesaria.*
- 3. Ejercer, de manera selectiva, control preventivo de la gestión administrativa y de la contratación estatal que adelantan los organismos y entidades públicas.*

“...”

Para la Sala de Consulta y Servicio Civil es claro que la decisión adoptada por la Procuraduría General de la Nación de fecha 24 de agosto del presente año es definitiva, en tanto “insta”³, es decir, urge al Ministerio de Minas y Energía y a la Agencia Nacional de Hidrocarburos ANH a reintegrar los dineros del margen de comercialización y a no apropiarlos en el futuro; decisión que culmina con esta frase: “Sin otro particular, quedamos atentos a que se nos presente el cronograma y las actividades que se ejecutarán con el objeto de dar cumplimiento a lo expresado por el Ministerio público en esta comunicación.”

Esta decisión goza además de la presunción de legalidad de todos los actos administrativos y debe ser cumplida por las autoridades concernidas, por lo que la Sala de Consulta y Servicio Civil, independientemente de la posición jurídica que resultare del concepto solicitado, no puede pronunciarse sobre las preguntas formuladas, pues en la práctica

² Decreto 262 de 2000 (febrero 22), “Por el cual se modifican la estructura y la organización de la Procuraduría General de la Nación y del Instituto de Estudios del Ministerio Público; el régimen de competencias interno de la Procuraduría General; se dictan normas para su funcionamiento; se modifica el régimen de carrera de la Procuraduría General de la Nación, el de inhabilidades e incompatibilidades de sus servidores y se regulan las diversas situaciones administrativas a las que se encuentren sujetos.” D. O. No 43.904 (Febrero 22/00).

³ DRAE, Instar: Repetir la súplica o petición, insistir en ella con ahínco / Apretar o urgir la pronta ejecución de algo. // Urgir: Pedir o exigir algo con urgencia o apremio. / Dicho de la ley o de un precepto: Obligar con apremio.

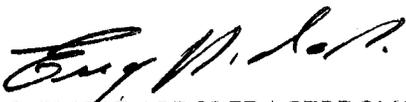
estaría valorando la orden dada por la Procuraduría Delegada, asunto que sobrepasa su campo de acción.

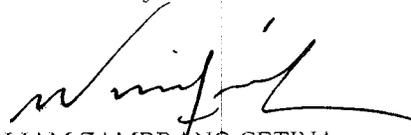
Teniendo en consideración las anteriores manifestaciones, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado se abstiene de pronunciarse sobre el fondo del asunto planteado.

Transcríbese al señor Ministro de Minas y Energía y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

Ausente con excusa
AUGUSTO HERNÁNDEZ BECERRA
Presidente de la Sala


LUÍS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO
Consejero


ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO
Consejero


WILLIAM ZAMBRANO CETINA
Consejero


JENNY GALINDO HUERTAS
Secretaria de la Sala

27 FEB. 2012

AUTORIZADA LA PUBLICACION CON OFICIO No. 2012009474 DEL
22 DE FEBRERO DE 2012.