



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: *CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO*

Bogotá, D. C., julio cinco (5) de dos mil dieciocho (2018)

RADICACIÓN NÚMERO: 44001-23-31-000-2010-00110-02

ACTOR: ISMAEL ANTONIO PINTO CARRILLO

DEMANDADO: DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA

ASUNTO: ACCIÓN DE NULIDAD – FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA

Procede la Sala¹ a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del municipio de Maicao, tercero vinculado al proceso, contra la sentencia de agosto veintiocho (28) de 2013, mediante la cual el Tribunal Administrativo de La Guajira decidió lo siguiente:

“1. Declarar la nulidad del artículo 9º de la ordenanza 01 de 2.000 emanada de la Asamblea Departamental de La Guajira, por las razones anotadas en la motivación antecedente.

2. Notifíquese el contenido de este fallo al señor Gobernador del Departamento de La Guajira, al señor Presidente de la Asamblea Departamental y al señor Agente del Ministerio Público ante esta corporación.

¹ La sentencia es dictada por esta corporación en cumplimiento del Acuerdo 357 de diciembre cinco (5) de 2017 suscrito entre las secciones Primera y Quinta del Consejo de Estado, ante la Sala Plena, mediante el cual la Sección Quinta dispuso contribuir a la descongestión de la Sección Primera.



[...].”

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

Por intermedio de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de nulidad prevista en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, el señor Ismael Antonio Pinto Carrillo presentó demanda contra el Departamento de La Guajira en la que formuló las siguientes

2. Pretensiones

“PRIMERA: Que se declare que es nulo el artículo noveno de la Ordenanza No. 001 del 27 de marzo de 2000, expedida por la Asamblea del departamento de La Guajira, por la cual se creó el municipio de Albania, y se dictan otras disposiciones pertinentes, cuyo tenor es como sigue:

[...]

ARTÍCULO 9º. Al municipio de Maicao, le corresponde el 70% y a Albania el 30% de los yacimientos de la reserva carbonífera”.

SEGUNDA: Una vez ejecutoriada la sentencia que ponga fin a la presente acción, se comuniqué al señor Gobernador del Dpto. de La Guajira, y a la Asamblea Departamental de La Guajira, que profirieron el acto administrativo complejo, para los efectos legales consiguientes”.

3. Hechos

En resumen, el fundamento fáctico de la demanda es el siguiente:

El apoderado del demandante sostuvo que mediante Ordenanza 001 de marzo veintisiete (27) de 2000, artículo 1º, la Asamblea de



La Guajira creó el municipio de Albania.

Agregó que el artículo 2º dispuso que una vez en funcionamiento, el municipio procederá al deslinde, amojonamiento y elaboración y publicación del mapa oficial, según los linderos preliminares que señaló respecto a las localidades de Maicao, Riohacha, Hatonuevo y la República de Venezuela.

Reveló que mediante acta de deslinde de agosto once (11) de 2000 fue hecha la descripción de los límites entre Maicao y Albania, que después serán definitivos cuando sean ratificados conforme a la ley.

Añadió que a través de oficio de octubre diecinueve (19) del mismo año, el director del Instituto Geográfico Agustín Codazzi remitió al gobernador de La Guajira el proyecto de ordenanza que precisó y ratificó los límites del nuevo municipio, para que fuera presentado a la Asamblea, en el cual anotó que quedaba integrado por el área geográfica del antiguo corregimiento de Albania y que no tenía disputa territorial con los municipios vecinos.

Indicó que el artículo 9º del acto parcialmente acusado determinó que al municipio de Maicao le corresponde el 70 por ciento y a Albania el 30 por ciento de los yacimientos de la reserva carbonífera.

Subrayó que mediante Resolución 125003 de noviembre quince (15) de 2000, el Ministerio de Minas decidió los porcentajes de participación que corresponde a cada localidad en el área del yacimiento perteneciente al contrato 001976, hoy a la Compañía Carbones del Cerrejón, así: Albania 41.98 por ciento, Hatonuevo 10.71 por ciento, Barrancas 41.22 por ciento y Maicao 6.09 por ciento.

Aseguró que el porcentaje asignado al municipio de Maicao fue confirmado por el organismo al resolver los recursos de reposición y queja interpuestos por la alcaldesa de esa localidad contra dicho acto.



Destacó que en oficio de febrero veintiuno (21) de 2006 dirigido al secretario de hacienda de Albania, el director de fiscalización y ordenamiento minero del Instituto Colombiano de Geología y Minería remitió un cuadro analítico sobre la participación porcentual en la distribución de regalías y señaló que la proporción obedece al artículo 9º de la Ordenanza 001 de 2000.

Manifestó que en comunicación enviada a dos (2) diputados de la Asamblea de La Guajira, el subdirector de geografía y cartografía del Instituto Agustín Codazzi incluyó el cálculo del porcentaje de los yacimientos del contrato 001976 para Maicao y Albania e indicó que no es posible hacerlo dentro de la delimitación hecha en el artículo 2º del acto acusado.

4. Fundamentos de derecho

El apoderado del actor advirtió que en el artículo 9º del acto parcialmente acusado, la Asamblea de La Guajira distribuyó las reservas carboníferas entre los municipios de Maicao y Albania, sin competencia para tales efectos.

Consideró que la competencia para la distribución de los recursos provenientes de la explotación de los yacimientos ubicados en dichas localidades del departamento corresponde exclusivamente al Estado.

Explicó que las reservas carboníferas están localizadas en el sitio en el que la naturaleza lo dispuso, por lo cual no puede cambiarse su ubicación ni disponer de tales recursos mediante actos de carácter administrativo.

Agregó que el artículo demandado impide al municipio de Albania desarrollar las funciones que le son propias según el artículo 311 de la Constitución, pues le cercenó las regalías a que tiene derecho por la participación de los yacimientos en su territorio.

Cuestionó que la Asamblea haya distribuido los yacimientos de carbón sin que el departamento sea su propietario, ya que dicha



titularidad le corresponde al Estado por mandato del artículo 332 de la Constitución.

Respaldo esta afirmación en varias consideraciones hechas por la Corte Constitucional en sentencias dictadas sobre el alcance del artículo 332 de la Carta y el derecho de participación de las entidades territoriales en las regalías.

Aseguró que las regalías gravitan sobre la explotación de recursos naturales de propiedad del Estado, no tienen naturaleza tributaria y la participación de los entes territoriales no representa cesión de rentas nacionales.

Estimó que al ser claro que según el artículo 332 de la Constitución el Estado es el propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, la discusión sobre la diferencia entre Nación y Estado es irrelevante para estos efectos.

Destacó que la citada norma superior fue desconocida por el acto parcialmente acusado, pues el departamento de La Guajira no es dueño del subsuelo, de los recursos naturales no renovables ni de los yacimientos mineros.

Indicó que el artículo 360 de la Constitución también fue violado porque reservó a las leyes las condiciones para la explotación de los recursos no renovables y los derechos de las entidades territoriales.

Insistió en que en virtud del artículo 71 numeral 2º del Decreto Ley 1222 de 1986, la Asamblea de La Guajira no podía inmiscuirse en asuntos como aquel regulado en el artículo 9º de la Ordenanza 001 de 2000 por falta de competencia.

Añadió que fue desconocido el artículo 28 de la Ley 141 de 1994 porque la corporación no podía disponer de los yacimientos, cuya propiedad corresponde al Estado con carácter inalienable e imprescriptible, según los artículos 5º, 6º y 7º de la Ley 685 de 2001.



Concluyó que la Asamblea incurrió en la prohibición de tratar temas que están vedados a dicha corporación, ya que el artículo 8º de la Ley 756 de 2002 estableció que cuando el recurso esté ubicado en dos (2) o más entidades territoriales, la distribución de las regalías y compensaciones debe hacerse en los términos de la Ley 141 de 1994 y de acuerdo con la participación de cada uno.

5. Contestación de la demanda

5.1. Departamento de La Guajira

Por intermedio del jefe (e) de la oficina asesora jurídica, señaló que la administración seccional presentó ante la Asamblea un proyecto tendiente a ratificar unos límites previamente establecidos mediante la Ordenanza 001 de 2000, que creó el municipio de Albania.

Agregó que el artículo 2º de dicho acto fijó preliminarmente los límites entre las localidades de Maicao y Albania y subrayó que a las asambleas departamentales corresponde constitucional y legalmente la creación de municipios y la determinación de los límites.

Aseguró que el artículo 9º de la Ordenanza 001 de 2000 nada tiene que ver con aquel que señaló los límites entre ambas entidades territoriales, “[...] *máxime cuando esta disposición se encuentra disponiendo aspectos distintos a los señalados por el artículo segundo que hace referencia [...] a los límites entre los municipios en cita*”.

5.2. Municipio de Maicao

Por conducto de apoderado, se opuso a las pretensiones de la demanda y resaltó que las asambleas departamentales deben ejercer sus funciones cumpliendo fielmente la Constitución, las leyes y sus propias ordenanzas.

Destacó que esas corporaciones tienen la facultad para crear y suprimir municipios, agregar o segregar territorios municipales y



fijar los límites entre los distritos, según los artículos 300 de la Carta Política, 6º y 62 del Decreto 1222 de 1986 y 8º, 10º, 15 y 16 de la Ley 136 de 1994. Hizo alusión a las reglas establecidas en los artículos veinte (20) a veintiséis (26) del Decreto 1333 de 1986 para el deslinde y amojonamiento entre municipios.

Propuso la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda porque la ordenanza mediante la cual fue creado el municipio de Albania y el referendo aprobatorio integran un acto administrativo complejo en cuya formación concurrieron diversas voluntades, como el gobernador de la Guajira y los ciudadanos que votaron afirmativamente el citado mecanismo de participación democrática, por lo cual estimó que ambos actos debieron ser demandados por el actor.

5.3. Municipio de Albania

No presentó memorial de contestación de la demanda.

6. Intervención de terceros

La presidenta de la Asamblea de La Guajira enfatizó que desde el punto de vista constitucional y legal, la corporación tiene competencia para la creación de municipios y la determinación de sus límites.

Precisó que el acto parcialmente demandado fue dictado en desarrollo del trámite especial descrito en la ley 134 de 1994 con base en un referendo aprobatorio y la posterior refrendación por parte del gobernador del departamento, lo que implica que la Asamblea no tuvo incidencia en su expedición y particularmente del artículo 9º.

Afirmó que debido a esta circunstancia no le asiste razón al actor cuando manifestó que la corporación desconoció los distintos mandatos constitucionales y legales a los cuales aludió en la demanda.

Reveló que el Tribunal Administrativo de La Guajira en sentencia



de julio nueve (9) de 2008, dentro del expediente 44001-23-31-002-2004-0443-00, se pronunció sobre el particular y no encontró mérito para declarar la nulidad del artículo 9º de la Ordenanza 001 de 2000.

7. Actuación procesal

Mediante providencia de agosto cuatro (4) de 2010, el Tribunal Administrativo de La Guajira no aceptó el impedimento manifestado por una de sus integrantes, admitió la demanda y ordenó la notificación a la parte demandada.

También vinculó al proceso a los municipios de Maicao y Albania como terceros con interés en el resultado del proceso y decretó la suspensión provisional de los efectos del artículo 9º de la ordenanza 001 de 2000 (ff. 86 a 97 cdno 1).

Contestada la demanda, por auto de enero diecinueve (19) de 2011 el magistrado sustanciador del proceso resolvió sobre las pruebas solicitadas por las partes actora y demandada (ff. 207 a 209 cdno 2).

A través de providencia de febrero veintiocho (28) de 2013, la Sección Primera del Consejo de Estado desató el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del municipio de Maicao y confirmó el auto que decretó la suspensión provisional de los efectos del artículo 9º de la Ordenanza 001 de 2000 (ff. 5 a 17 cdno 2 apelación).

8. Sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo de La Guajira señaló que no existe cosa juzgada frente a la sentencia dictada por esa corporación el nueve (9) de julio de 2008 en la que fue objeto de decisión el artículo 9º de la Ordenanza 001 de 2000.

Agregó que no hay identidad de objeto ni de causa, dada la nueva argumentación que sustenta la demanda correspondiente a este proceso, la cual involucra la interpretación amplia del artículo 360



de la Constitución, la armonización con otras normas y hechos posteriores al citado fallo.

La excepción de inepta demanda por no haberse demandado el acto complejo que comprende la Ordenanza 001 de 2000 y los restantes actos que materializaron diferentes voluntades, como el referendo aprobado por los ciudadanos del municipio de Albania, también fue descartada.

Sobre el particular, estimó que “[...] *el acto administrativo acusado se trata de una ordenanza proferida por la Asamblea [...] del Departamento de La Guajira, envistiendo la categoría de un acto administrativo general, contentivo de la manifestación de la voluntad de la corporación administrativa que la expide y apareja un pronunciamiento con vida jurídica autónoma que si bien se comprendió de diversos trámites legales para su perfeccionamiento, entre ellos el referendo aprobatorio y el sancionamiento (sic) por el representante legal de ente territorial accionado, cada uno comprende un acto independiente y perfectamente separable que atañen situaciones jurídicas diferentes*”.

Al asumir el análisis de fondo, resaltó que según los artículos 332 y 334 de la Constitución, el Estado es el único propietario de los recursos naturales no renovables existentes en el territorio nacional y tiene la potestad de intervenir en su explotación mediante el uso del suelo.

Explicó que en virtud del artículo 360 de la Carta, le compete al legislador la fijación de las condiciones para la explotación de los recursos naturales no renovables y la determinación de los derechos de las entidades territoriales.

Citó los artículos 28 de la Ley 141 de 1994 y 70 de la Ley 658 de 2001 que establecieron la participación de los departamentos y municipios en las regalías y compensaciones monetarias, como la presunción de propiedad estatal sobre los recursos minerales yacientes en el suelo o el subsuelo de los terrenos públicos y privados.



Advirtió que el acto parcialmente demandado transgredió el ordenamiento jurídico porque su aplicación pretendió obviar regulaciones específicas sobre la materia y señaló que tampoco es admisible la argumentación expuesta por el apoderado del municipio de Maicao, ya que la división trae consigo la distribución del territorio donde yacen los recursos naturales no renovables, “[...] *sin que fuese necesario bajo regulación posterior el porcentaje de repartimiento (sic)*”.

Añadió que la interpretación de la ordenanza hecha por parte de los interesados es justamente que lo distribuido porcentualmente, en el artículo demandado, era la participación en el sistema de regalías directas por los municipios productores antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 05 de 2011.

Resaltó que la órbita de competencia de la Asamblea fue desbordada “[...] *al realizar mediante un acto administrativo la distribución del yacimiento, que en sí mismo considerado es propiedad exclusiva y privativa del estado, de allí que corresponde a éste mismo la disposición del mismo en lo atinente a su explotación y demás atribuciones referentes [...]*”.

Aseguró que respecto de la participación de los municipios en las compensaciones derivadas de la explotación y aprovechamiento de tales yacimientos, también fueron rebasadas las atribuciones legales de la corporación, dado que la regulación de dichas pautas corresponde al legislador que atribuyó al Ministerio de Minas el criterio de distribución orientado por las condiciones geográficas latentes.

Apoyó su conclusión en varias consideraciones hechas por la Corte en la sentencia que declaró la exequibilidad de la Ley 141 de 1994 y en las cuales precisó que las entidades territoriales no tienen un derecho de propiedad sobre las regalías sino apenas el derecho de participación que les atribuye la ley, pues por mandato del artículo 332 de la Carta la titularidad de las contraprestaciones económicas causadas por la explotación de un recurso natural no renovable está radicada en el Estado, como dueño del subsuelo y



de tales recursos.

Acogió el criterio expuesto por la Sección Primera en el auto que confirmó la suspensión provisional, según el cual la Asamblea carece de competencia para la determinación de los porcentajes de participación de los beneficiarios de las regalías y señaló que el debate propuesto en este proceso está descontextualizado, ya que el Acto Legislativo 05 de 2011 y la Ley 1530 de 2012 derogaron lo referente al sistema de regalías directas de los municipios productores y dispuso la distribución de las compensaciones a todos los municipios, sin que sea mayor aquella asignada a los que estén aledaños al yacimiento carbonífero.

Transcribió apartes de la sentencia C-728 de 2012 sobre esta materia, insistió en que la Corte sostuvo que las entidades territoriales no tienen un derecho de propiedad sobre las regalías sino el simple derecho de participación y destacó que a las asambleas les está vedado la distribución y el reparto de dichas contraprestaciones económicas que corresponden exclusivamente al legislador.

En consecuencia, declaró nulo el artículo 9º del acto demandado.

8. Recurso de apelación

El apoderado del municipio de Maicao reiteró que existe cosa juzgada respecto de la primera sentencia dictada por el Tribunal Administrativo, pues los supuestos fácticos y jurídicos que estudió la corporación esclarecen que el sentido de la ordenanza está basado en deslindar y amojonar los linderos y el territorio del municipio de Albania.

Consideró que la aclaración de voto hecha por la magistrada María del Pilar Veloza Parra, respecto del auto admisorio de la demanda, refuerza sus reparos “[...] porque sí la Sala al conocer la prueba técnica encontró probada la falta de concordancia técnica entre los límites y los porcentajes de área del yacimiento de carbón asignado a cada uno de los municipios, mal podría



ahora elegir la interpretación de que el control de legalidad debe hacerse no desde la perspectiva de los límites sino también desde el punto de vista de la atribución de competencias que sobre las regalías que determinan los órdenes constitucional o legal”.

Manifestó que no es acertado que el *a quo* haya acudido a hechos acaecidos con posterioridad a la expedición del acto parcialmente acusado para esclarecer el verdadero sentido del artículo 9º de la Ordenanza 001 de 2000.

Insistió también en la ineptitud sustantiva de la demanda y en este sentido precisó que el acto demandado no fue expedido por la Asamblea de La Guajira sino dictado por el gobernador del departamento.

Subrayó que la Ordenanza 001 de 2000 que creó el municipio de Albania y el referendo aprobatorio conforman un acto administrativo complejo en el cual concurren las voluntades del mandatario seccional y los ciudadanos que votaron afirmativamente el referendo, por lo cual el actor estaba obligado a demandar tanto el artículo 9º del acto acusado como el artículo 9º del referendo aprobado el diecinueve (19) de marzo de 2000, contenido en el acta de declaración de resultados expedida por la Registraduría Nacional del Estado Civil.

Hizo referencia a varias sentencias dictadas por la Sección Primera, que calificó como precedentes, en las cuales adoptó el criterio reiterado sobre la ineptitud sustantiva de la demanda por no demandarse el acto complejo integrado por el acto que crea el municipio y el respectivo referendo.

Defendió la constitucionalidad del acto parcialmente acusado y aseguró que el Tribunal Administrativo no acogió la óptica en virtud de la cual la ordenanza distribuyó regalías entre los dos (2) municipios y no el territorio, como lo señaló la corporación en oportunidad anterior, por lo cual acudió a la opción de interpretación menos plausible.



Estimó que la perspectiva de interpretación del municipio de Maicao, basada en la distribución de regalías entre ambas localidades, está ajustada a las verdaderas funciones constitucionales de las asambleas de crear y suprimir municipios, segregar y agregar territorios y organizar provincias, respeta el principio de separación de poderes y debe mirarse desde el principio de interpretación conforme a la Constitución desarrollado por la Corte en diferentes sentencias.

9. Alegatos de conclusión en segunda instancia

Durante el traslado, las partes no alegaron de conclusión.

10. Concepto del Ministerio Público

El procurador delegado para la conciliación administrativa solicitó declarar la excepción de inepta demanda e inhibirse para decidir sobre el fondo del asunto al acoger el criterio adoptado por la Sección Primera de esta corporación, en sentencia de mayo veinticinco (25) de 2000, en el cual reiteró que la ordenanza que crea un municipio y el referendo aprobatorio conforman un acto complejo, por lo cual es necesario que la demanda incluya la pretensión de nulidad del referendo, por ser elemento constitutivo del acto de creación de la entidad territorial, lo que no ocurrió en este caso.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Según el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo y el numeral 1º del Acuerdo 357 de 2017, la Sección Quinta es competente para dictar sentencia en los procesos en trámite de segunda instancia remitidos por la Sección Primera de la corporación.

2. Problema jurídico

Corresponde a esta corporación resolver si confirma, revoca o



modifica la sentencia de agosto veintiocho (28) de 2013 dictada por el Tribunal Administrativo de La Guajira que declaró la nulidad del artículo 9º de la Ordenanza 001 de 2000, mediante la cual fue creado el municipio de Albania y se dictaron otras disposiciones pertinentes.

En aplicación de lo dispuesto en el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, el estudio por parte de la Sala estará circunscrito únicamente a aquellas razones expuestas en la apelación.

3. Análisis de los argumentos de la apelación

Previamente al estudio de fondo, observa la Sala que el apoderado del municipio de Maicao consideró que existe cosa juzgada frente a la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de La Guajira el nueve (9) de julio de 2008.

Apoyado en la aclaración de voto presentada por una de las integrantes de la corporación, advirtió que “[...] *sí la Sala al conocer la prueba técnica encontró probada la falta de concordancia técnica entre los límites y los porcentajes de área del yacimiento de carbón asignado a cada uno de los municipios, mal podría ahora elegir la interpretación de que el control de legalidad debe hacerse no desde la perspectiva de los límites sino también desde el punto de vista de la atribución de competencias que sobre regalías que (sic) determinan los órdenes constitucional o legal*”.

Como lo expuso el apoderado del tercero vinculado al proceso, observa la Sala que en sentencia de julio nueve (9) de 2008 el Tribunal Administrativo negó las pretensiones de una primera demanda de nulidad contra el artículo 9º de la Ordenanza 001 de 2000 (ff. 127 a 136 cdno 1).

En aquella oportunidad, la acción de nulidad estuvo basada en la violación de los artículos 32 de la Ley 141 de 1994 y 360 de la Constitución por estimar que es al legislador al que corresponde determinar las regalías de los municipios productores de carbón



(ff. 127 a 136 cdno 1).

Aunque es evidente la coincidencia con el objeto y parte de la causa de la demanda que originó la sentencia de julio nueve (9) de 2008, la Sala considera, al igual que el *a quo*, que no opera la cosa juzgada porque en este proceso la acción estuvo sustentada en un cargo diferente, como es precisamente la falta de competencia de la Asamblea Departamental para la distribución porcentual de los yacimientos de la reserva carbonífera entre los municipios de Maicao y Albania.

También observa la Sala que el apoderado del municipio de Maicao y el agente del Ministerio Público estimaron que la demanda es inepta porque la ordenanza mediante la cual fue creado el municipio de Albania y el referendo aprobatorio integran un acto administrativo complejo en cuya formación concurrieron diversas voluntades, como el gobernador de La Guajira y los ciudadanos que votaron afirmativamente el citado mecanismo de participación democrática.

Estimaron que por esta razón, el actor debió demandar ambos actos administrativos, es decir la Ordenanza 001 de 2000 y el referendo aprobatorio, por ser elemento constitutivo del acto de creación, según el criterio adoptado por la Sección Primera de esta corporación en sentencia de mayo veinticinco (25) de 2000 y reiterado en providencias posteriores.

Advierte la Sala que en la decisión invocada por el apelante y el procurador delegado, la Sección Primera de esta corporación resaltó que es necesario demandar el acto complejo compuesto por el acto de creación y el referendo aprobatorio, pues lo contrario implica la ineptitud sustantiva de la demanda².

Sin embargo, estima la Sala que en este caso no puede exigirse el cumplimiento de dicho requisito porque es claro que el actor realmente no cuestionó la creación del municipio de Albania,

² Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de mayo veinticinco (25) de 2000, expediente 5514, la cual reitera el criterio expuesto por la misma sección, sobre el particular, en sentencia de junio veintiséis (26) de 1997, expediente 3562.



como ocurrió en las providencias referidas, sino específicamente el artículo de la ordenanza que dispuso la distribución de la reserva de carbón entre los entes territoriales señalados en el acto acusado.

La acción de nulidad promovida por el actor no está centrada en la posible creación irregular de Albania por ausencia de requisitos legales para convertirse en nueva entidad territorial del departamento, lo que hace que no sea indispensable la demanda del referendo que respaldó la expedición de la ordenanza 001 de 2000.

Entonces, serán declaradas no probadas ambas excepciones.

En cuanto al fondo de la controversia, en la sentencia apelada, como quedó expuesto, el Tribunal Administrativo de La Guajira declaró la nulidad del artículo 9º del acto demandado, cuyo texto es el siguiente:

“ARTICULO 9º. Al municipio de Maicao, le corresponde el 70% y a Albania el 30% restante de los yacimientos de la reserva carbonífera”.

Concluyó el *a quo* que la Asamblea Departamental desbordó su competencia debido a que mediante dicho acto llevó a cabo la distribución de un yacimiento de carbón que es propiedad del Estado, que involucra la participación de los municipios en las compensaciones derivadas de su explotación y aprovechamiento que corresponde señalar al legislador.

En la apelación, el apoderado del municipio de Maicao indicó que el Tribunal Administrativo escogió la interpretación menos plausible de la citada disposición, defendió la perspectiva según la cual el acto parcialmente acusado no distribuyó el territorio entre los dos (2) municipios sino las regalías del carbón y resaltó la función que tiene la corporación departamental para creación de municipios y distribución de territorios.

Advierte la Sala que al regular el régimen económico y de la



hacienda pública, el artículo 332 de la Constitución señaló que ***“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”***. (Negrillas fuera del texto).

Lo anterior significa que por la condición de dueño del subsuelo, corresponde al Estado disponer de tales recursos mediante diferentes actividades, incluyendo la exploración y explotación de yacimientos como aquel al que hace referencia el artículo demandado.

Esta modalidad especial de titularidad encuentra pleno respaldo en el artículo 360 de la misma Carta Política, que en la época en que fue expedido el acto parcialmente acusado disponía claramente lo siguiente:

“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”.

Al precisar los alcances de las previsiones establecidas por el Estatuto Fundamental en materia de la titularidad de dichos bienes y de la contraprestación prevista por la explotación de los recursos naturales no renovables, la Corte Constitucional³

³ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-427 de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, mediante la cual resolvió la demanda contra el artículo 10º, numeral 4º, de la Ley 141 de 1994 por la cual fueron creados el Fondo Nacional de Regalías y la Comisión Nacional de Regalías, se reguló el derecho del Estado a percibir las regalías por la explotación de los recursos naturales no renovables y se establecieron las reglas para su distribución y liquidación.



expresó lo siguiente⁴:

“[...] 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 causará 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 explotado ⁵. 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.

[...]

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 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

⁴ La transcripción conserva las citas de pie de página que aparecen incluidas en el texto de la sentencia.

⁵ Sentencias C-075/93, MP Alejandro Martínez Caballero, T-141/94 MP Vladimiro Naranjo Mesa, C-567/95 MP Fabio Morón Díaz, C-691/96 MP Carlos Gaviria Díaz y C-221/97 MP Alejandro Martínez Caballero.



derecho de participación sobre las mismas que les atribuye la ley⁶, 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”.⁷

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”.⁸ Y no constituyen bienes de uso público “sino rentas nacionales sobre las cuales algunas entidades territoriales tienen derecho a participar de ellas...”.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

⁶ Sentencia C-447 de 1998. M.P. Carlos Gaviria Díaz

⁷ Sentencia C-221 de 1997. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

⁸ Sentencia C-221 de 1997. M.P. Alejandro Martínez Caballero

⁹ Sentencia C-447 de 1998. M.P. Carlos Gaviria Díaz

¹⁰ Ver las sentencias T141/94, C-567/95 y C-036/96



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 [...]”.

El artículo 360 de la Constitución fue objeto de modificación posterior mediante el Acto Legislativo 05 de 2011 en cuanto al régimen de regalías, sin que haya afectado la propiedad del Estado sobre el subsuelo ni la facultad del legislador para la determinación de las contraprestaciones.

Incluso, el nuevo texto de la norma superior fue expreso al señalar que a iniciativa del gobierno, “[...] *la ley determinará la distribución, objetivos, fines, administración, ejecución, control, el uso eficiente y destinación de los ingresos provenientes de la explotación de los recursos naturales no renovables precisando las condiciones de participación de sus beneficiarios [...]”.*

A partir de la claridad que ofrecen las disposiciones constitucionales y la interpretación hecha por la Corte, concluye la Sala, como lo hizo el *a quo*, que la Asamblea de La Guajira no tenía competencia para llevar a cabo la distribución porcentual de la reserva carbonífera entre Maicao y Albania.

La facultad reconocida constitucional y legalmente a la corporación departamental estaba circunscrita a la creación del nuevo municipio y a la fijación de los límites, luego de la segregación del territorio de Maicao, sin que pudiera disponer de un recurso del cual no es propietario.

El texto del artículo demandado no incluyó la alusión expresa al reparto de las regalías sino concretamente al yacimiento que integra la reserva carbonífera, cuya titularidad reconocida constitucional y legalmente en cabeza del Estado impedía su destinación por parte de la Asamblea.

La distribución de la reserva mineral tenía impacto en la posterior



determinación de la participación de los dos (2) municipios en las regalías derivadas de dicho recurso natural no renovable, para lo cual la Asamblea tampoco tenía competencia porque la fijación de las reglas para tales efectos corresponde al legislador.

En este sentido, subraya la Sala que no puede acogerse el criterio expuesto por el apoderado de la entidad territorial demandante, según el cual el control del acto parcialmente acusado debe hacerse únicamente desde la perspectiva de los límites establecidos para dichos municipios, ya que es contrario a la regulación prevista en la Ley 141 de 1994.

A través de esta norma que estaba vigente en la época en que fue expedido el acto parcialmente demandado, el Congreso de la República, en ejercicio de su competencia en esta materia, señaló en el artículo veintiocho (28) lo siguiente: *“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**”*. (Negrillas fuera del texto).

Es claro, entonces, que la participación que corresponde a los municipios por concepto de las contraprestaciones económicas derivadas de las actividades que involucran los recursos naturales no renovables, según señaló la ley, está basada expresamente en el territorio.

Este parámetro fue mantenido en términos generales por el Congreso de la República al expedir la Ley 1530 de 2012, mediante la cual fue regulada la organización y el funcionamiento del actual sistema general de regalías.

Como lo expuso la Sección Primera en la providencia que confirmó la suspensión provisional de los efectos de la ordenanza demandada, desde la Ley 141 de 1994 y hasta la nueva normatividad contenida en la Ley 1530 de 2012, la participación de las entidades territoriales está determinada por la ubicación territorial del recurso natural no renovable.



Ante la existencia de este mandato legal no resultaba procedente que la corporación departamental prácticamente decidiera aquellas contraprestaciones en la forma prevista en la Ordenanza 001 de 2000, luego de la creación del nuevo municipio y de la distribución ilegal del yacimiento carbonífero.

En la apelación, el apoderado del municipio de Maicao también consideró que no es acertado que el *a quo* haya acudido a hechos acaecidos con posterioridad a la expedición del acto parcialmente impugnado para esclarecer el verdadero sentido del artículo 9º de la Ordenanza 001 de 2000.

Revisada la sentencia de primera instancia, advierte la Sala que el Tribunal Administrativo no acudió a hechos nuevos para establecer los alcances de la disposición acusada, pues lo que realmente hizo fue incluir algunas referencias que estimó necesarias sobre los cambios que desde el punto de vista constitucional y legal tuvo en los últimos años la regulación del régimen de regalías por la explotación de los recursos naturales no renovables.

Concretamente, citó la expedición del Acto Legislativo 05 de 2011 y de la Ley 1530 de 2011 como parte del contexto normativo de la nueva distribución de las compensaciones económicas en favor de los municipios, sin que esto haya significado la alegada omisión de las circunstancias en que fue dictada la Ordenanza 001 de 2000 para la creación del municipio de Albania.

Por último, subraya la Sala que el Tribunal Administrativo de La Guajira no estaba obligado a acoger el punto de vista aplicado en la sentencia de julio nueve (9) de 2008, basado en los límites fijados para el deslinde y amojonamiento del área de la entidad territorial, dado que la controversia planteada en este nuevo proceso involucró un elemento diferente sustentado en la falta de competencia de la Asamblea para la distribución porcentual del recurso natural no renovable presente en el subsuelo de los municipios de Maicao y Albania, lo que necesariamente exigía una perspectiva distinta de análisis.



Expediente: 44001-23-31-000-2010-00110-02
Demandante: Ismael Antonio Pinto Carrillo
Demandado: Departamento de La Guajira
FALLO

En consecuencia, la sentencia apelada será confirmada.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley

F A L L A

PRIMERO: Decláranse no probadas las excepciones propuestas por el apoderado del municipio de Maicao y el procurador delegado ante esta corporación.

SEGUNDO: Confírmase la sentencia apelada.

TERCERO: En firme esta providencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Presidente

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero

ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero



Expediente: 44001-23-31-000-2010-00110-02
Demandante: Ismael Antonio Pinto Carrillo
Demandado: Departamento de La Guajira
FALLO

(Ausente con permiso)



SC5780-6-1



GP059-6-1

