

Bogotá, mayo 24 de 2.005

Doctor
HORACIO ARROYAVE SOTO
Director Ejecutivo
CORMAGDALENA
Ciudad.-

ASUNTO: CONCEPTO JURÍDICO CONTRATO N° 14 DE ABRIL 20 DE 2.005.-

Respetado Doctor:

Dentro del término de ejecución, atentamente me permito presentar "concepto jurídico" relacionado con el contrato N° 14 de fecha, 20 de abril de 2.005, cuyo objeto es el siguiente:

"..interpretación que deba dársele al artículo 30 de la Ley 141 de 1.994 y, al artículo 17 literal b) de la ley 161 de ese mismo año así como las demás normas concordantes respecto de la determinación real de los ingresos que deben girarse a CORMAGDALENA por parte del Fondo Nacional de Regalías desde el año 1995 y por parte de la entidad estatal que en adelante le corresponda y en tal caso la cifra verdadera que se le ha dejado de girar a la Corporación desde esa fecha, indicando las acciones posibles que debe emprender CORMAGDALENA para recuperar dichos recursos".

Pues bien, para resolver con la mayor precisión el concepto anterior, es importante desarrollar el siguiente estudio:

1. IMPORTANCIA DE LA CREACIÓN CONSTITUCIONAL DE CORMAGDALENA. OBJETIVOS Y SIGNIFICADO.

2. **SENTIDO FINALÍSTICO DE LAS NORMAS QUE ESTABLECEN LOS INGRESOS DE CORMAGDALENA, DE ACUERDO CON SU ORIGEN CONSTITUCIONAL.**
 3. **CUADRO COMPARATIVO DE SEGUIMIENTO QUE DETERMINA LOS INGRESOS DEJADOS DE GIRAR A “CORMAGDALENA”**
 4. **ACCIONES QUE PUEDEN INSTAURARSE PARA RECUPERAR LOS INGRESOS REALES QUE LE PERTENECEN A LA CORPORACIÓN.**
-
1. **IMPORTANCIA DE LA CREACIÓN CONSTITUCIONAL DE CORMAGDALENA. OBJETIVOS Y SIGNIFICADO.**

Teniendo en cuenta la definición geográfica que representa el Río Magdalena para el pueblo Colombiano y, con el fin de dotarlo de estructuras jurídicas y técnicas que garanticen su supervivencia y el desarrollo de los pueblos ribereños, el Constituyente de 1.991 consideró necesario integrarlo a la nueva Carta Política no solo como reconocimiento a su presencia histórica sino a su importancia como canal de desarrollo frente a las exigentes condiciones del mercado mundial.

Por tal razón, en el artículo 331 de la Constitución Política se consagró lo siguiente:

“Créase la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena encargada de la recuperación de la navegación, de la actividad portuaria, la adecuación y conservación de tierras, la generación y distribución de energía y el aprovechamiento y preservación del ambiente, los recursos ictiológicos y demás recursos naturales renovables.

“La ley determinará su organización y fuentes de financiación, y definirá a favor de los municipios ribereños un tratamiento especial en la asignación de regalías y en la participación que les corresponda en los ingresos corrientes de la Nación”.

La creación constitucional de CORMAGDALENA representa uno de los más claros objetivos que diseñó el Constituyente para darle aplicación al “PREÁMBULO” de la Carta Política, pues a pesar de que el artículo 150 numeral

7° de la Constitución atribuyó también al Congreso la creación y funcionamiento de las Corporaciones Autónomas, el de CORMAGDALENA fue sui generis en tanto incorpora mucho más allá de un simple mandato específico los fines hacia los cuales tiende el ordenamiento jurídico, los principios que inspiraron al Constituyente para diseñar de una determinada manera la estructura fundamental del Estado.

Este régimen constitucional específico, que exclusivamente autorizó la creación de esta Corporación Autónoma Regional rompió el viejo esquema que las autorizaba como establecimientos públicos especiales del orden nacional y que, por consiguiente, jurídicamente impedía ligarlas de manera más estructural a la dimensión departamental o regional propiamente dicha, y obligaba a su adscripción a la administración central. Por ello la Constitución de 1991 consagró dentro de un sistema propio que se aparta de lo que ordinariamente define la Ley 99 de 1993.

Precisamente, dentro de las discusiones de los Delegatarios de la Asamblea Nacional Constituyente –sesión plenaria junio 22- se destacan las siguientes posiciones:

“Señor Presidente, en este capítulo, a cargo del doctor Cornelio Reyes y que en el fólder o en el paquete sobre departamentos aparece en el número dos Corporaciones Autónomas Regionales, estaba incluido un artículo relativo a la manera como se adelantaría la gestión de la zona del Río Magdalena; el doctor Cornelio Reyes me está dando la explicación en el sentido que lo relativo a las Corporaciones Autónomas y Regionales sale; quiere decir que más adelante, sin que implique tener que reabrir la aprobación del articulado relativo al tema que nos ocupa en este momento, podría a consideración de la Corporación el mecanismo adoptado para la administración de todo lo que se va a adelantar en el Río, pero quería que el doctor Cornelio se refiriera al tema un momento”

“Perdón, (...) aquí tengo una propuesta del Delegatario Leyva y del Delegatario Serpa, que con la venía de ustedes me permito someter a votación. Dice: “la administración y manejo del distrito integral del Río Magdalena, se efectuará por un departamento administrativo del orden nacional, en los términos que señale la Ley””.

“Eso estaba aprobado en la comisión, sino que hubo que remitirlo a la de régimen territorial, pero inicialmente la comisión que presentó el cuerpo, que señala que hace y como se distribuyen los recursos aprobó con la sugerencia que yo le señalo a usted, y además en el entendido de que esto fue aceptado , o se puso el visto bueno del Ministerio de Hacienda, del Director de Planeación Nacional y del jefe de presupuesto, en razón de que son más de 200 municipios, sin constituirse naturalmente en un territorio nuevo ¹”.

La creación constitucional de CORMAGDALENA no implica sólo la designación de una autonomía administrativa estricto sensu, pues en tal sentido las demás Corporaciones creadas por Ley comportan esa característica, lo destacable en este caso es que su origen descarta cualquier limitación en la interpretación y aplicación de las normas que gobiernan su fuente de financiación, pues no puede quedar al arbitrio del ejecutivo los alcances y la definición de su forma básica de derivar los ingresos, toda vez que no tendría sentido que el Constituyente se ocupara de regular específicamente su naturaleza si la administración central desdibuja sus objetivos restringiendo unilateralmente la forma de determinar los ingresos.

2. SENTIDO FINALÍSTICO DE LAS NORMAS QUE ESTABLECEN LOS INGRESOS DE CORMAGDALENA, DE ACUERDO CON SU ORIGEN CONSTITUCIONAL.

El artículo 17 de la Ley 161 de 1.994, que reglamenta el artículo 331 de la Constitución Política, en lo pertinente, dispone:

“El patrimonio y las rentas de la Corporación, estarán conformados por:

“(....)

“Literal b) Los recursos que correspondan, de acuerdo con la ley que reglamente el Fondo Nacional de Regalías

¹ . Corte Constitucional. Constitución Política de Colombia. Artículos 331, 333, 334. Asamblea Nacional Constituyente. 1991. Página 6.

Esta asignación puntual de ingresos fue ratificada en el literal b) del artículo 29 del decreto N° 790 de 1.995 mediante el cual *“se adoptan los estatutos de la Corporación Autónoma regional del Río Grande de la Magdalena CORMAGDALENA”*.

No establece esta la Ley anterior que CORMAGDALENA disponga de recursos específicos para destinar a funcionamiento, e igualmente que en las normas que han venido aprobando el presupuesto nacional, la Corporación haya sido considerada en forma directa, lo cual riñe con el espíritu del artículo 331 de la Constitución Política, y ha sido una de las causas que han limitado el giro que verdaderamente le corresponde, como en su oportunidad lo analizaremos.

Ahora bien, la Ley 141 de 1.994, mediante la cual se reglamentó el Fondo Nacional de Regalías a cuya expedición se sujetó el literal b) de la norma anterior, dispone en su artículo 30 lo siguiente:

“Derechos de los municipios ribereños del Río Magdalena. La Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena recibirá el diez por ciento (10%) de los ingresos anuales propios del Fondo Nacional de Regalías. La ley cuya expedición contempla el artículo 331 de la Constitución Política establecerá las reglas para la asignación de estas participaciones a favor de los municipios ribereños”.

Frente al anterior mandato, no puede existir limitación alguna que pueda restringir el giro específico que la ley ordena a favor de CORMAGDALENA, cual es, el diez por ciento (10%) de los ingresos que la Nación le asigna al Fondo Nacional de Regalías, sin embargo, y como lo determinaremos más adelante el Fondo a través del Departamento Nacional de Planeación nunca le ha girado a CORMAGDALENA el porcentaje real, calculado sobre los ingresos reales del Fondo, pues ello ha dependido siempre de la cuota de inversión que anualmente le asignaba el Departamento Nacional de Planeación a la Unidad Administrativa Especial “Fondo Nacional de Regalías” que fijaba el Gobierno Nacional teniendo en cuenta el cumplimiento de las metas del plan financiero y las políticas macroeconómicas adoptadas, lo cual constituye una evidente OMISIÓN del gobierno nacional frente al origen de la Corporación, su finalidad y objetivos.

En la práctica lo que ha venido haciendo el Gobierno Nacional a través del Departamento Nacional de Planeación es acomodar la política presupuestal de CORMAGDALENA con base en procedimientos unilaterales del Ministerio de Hacienda que vulneran flagrantemente la Constitución Política y la Ley y que por supuesto impiden el cumplimiento de los fines para los cuales fue creada la Corporación.

Esta limitación sistemática que realiza el Gobierno Nacional sobre los ingresos que le corresponden a CORMAGDALENA había sido advertida en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente. Algunos delegatarios en la discusión sobre la naturaleza de la Corporación manifestaron su interés para que dentro del texto constitucional se incluyera directamente la forma como la Corporación percibiría sus ingresos por parte del Gobierno Nacional, teniendo en cuenta la magnitud de los objetivos para los que se creaba, alejando toda posibilidad de manipulación por parte de la administración central.

De hecho no tenía sentido, según los delegatarios otorgarle creación Constitucional a CORMAGDALENA y dejar al vaivén del Congreso o del ejecutivo la asignación de los recursos a través de los cuales se cumpliría tan enorme labor, pues recuperar y mantener el Río Magdalena como instrumento de desarrollo integral para la Nación requería de recursos plenos y no limitados, sin embargo la Asamblea consideró que no era necesario incluir como tema constitucional la parte presupuestal porque ello se desprendía de su misma naturaleza.

La Comisión Nacional de Regalías es consciente del recorte que venía haciendo a CORMAGDALENA mientras fungía como tal antes de su liquidación, y así se lo ha dado a conocer al Senado de la república mediante comunicación del 23 de noviembre de 2.003 suscrita por el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, en el cual manifiesta lo siguiente:

“4.- Por supuesto que conocemos el porcentaje señalado por el artículo 30 de la ley 141 de 1994; es el 10% y la base son los ingresos del Fondo Nacional de Regalías; no obstante, en virtud de la Ley de presupuesto, se tendrá en cuenta no lo señalado en la norma anterior, sino en lo asignado por el Departamento Nacional de Planeación, suma que recortó el decreto 3170 de 2003”.

Así las cosas, cuando el artículo 30 de la ley 141 de 1994, en concordancia con el literal b) del artículo 17 de la ley 161 del mismo año señala con claridad que CORMAGDALENA recibirá el 10% de los ingresos anuales que correspondan al Fondo Nacional de Regalías, no hace otra cosa que armonizar los fines y objetivos del Constituyente de 1991 cuando elevó a norma superior la creación de esta Corporación, y no es posible –porque no lo dice la Ley- que el Gobierno Nacional limite este porcentaje en forma unilateral y subjetiva, pues la norma no le está otorgando la posibilidad de aprehender el sentido presupuestal en forma parcial o escalonado.

En materia de “ingresos”, la Corte Constitucional ha señalado cuatro (4) principios que deben tenerse en cuenta al momento de aplicar la norma que consagra su causación. Ellos son:

Principio	Concepto
a) Principio de efecto útil	Entre dos posibles sentidos de un precepto, uno de los cuales produce consecuencias jurídicas y el otro a nada conduce, debe preferirse el primero.
b) Principio de integración sistemática	Este principio responde a “la necesidad de no perder de vista la totalidad, ya que lo ‘particular’ o, lo que es lo mismo, el todo se contiene se expresa como referencia obligada en la parte”. En ese sentido, ha dicho la Corte Constitucional que se trata de un método de hermenéutica jurídica que supone que un conjunto normativo debe interpretarse de una manera tal que sus disposiciones adquieran un sentido dentro del contexto en que tienen lugar y, así, todas puedan ser aplicables.
c) Principio de interpretación conforme.	Consiste en que la totalidad de los preceptos jurídicos deben ser interpretados de manera tal que sus sentidos se avenga a las disposiciones constitucionales. Es decir que ante una norma ambigua cuya interpretación razonable admita al menos dos sentidos diferentes, el principio de interpretación conforme impone el interprete optar por la interpretación que se adecue de mejor manera a las disposiciones constitucionales. Se trata de dar aplicación al artículo 4º constitucional, pues es en obediencia a la jerarquía normativa de la constitución que toda interpretación jurídica debe arrojar un resultado permitido por la constitución.
d) Principio de integración razonable	Este principio supone que el juez debe aplicar las normas de derecho de una manera tal que se produzcan resultados proporcionados, razonables, equitativos, y verdaderamente

justo, de preferencia sobre el rigorismo jurídico.
--

¿Cuál es el sentido que emana del artículo 30 de la Ley 141 de 1994 cuando establece que a CORMAGDALENA le corresponde el 10% de los ingresos que percibe el Fondo Nacional de Regalías?. ¿Puede acaso el Gobierno Nacional contrariar esta disposición para limitar el porcentaje o, aplicar una fórmula diferente?. CLARO QUE NO. La Ley no hace discriminación, luego, cuando se establece con claridad que los ingresos que le corresponden a la Corporación son el 10% sobre aquellos que ingresan al Fondo Nacional de Regalías, es a este porcentaje y sobre la totalidad de los ingresos que ha debido siempre calcularse el valor que la Ley le señala a CORMAGDALENA.

Si este ejercicio presupuestal que viene haciendo el Gobierno Nacional para limitar los ingresos reales de CORMAGDALENA siguiera aceptándose, ningún sentido tendría que la creación de la Corporación se hubiere hecho por norma constitucional, pues para ello hubiese bastado con acudir a la potestad del artículo 150 de la Constitución como marco a través del cual se expidió la ley 99 de 1993 fuente de las demás Corporaciones Autónomas Regionales.

La ilegalidad por omisión que se viene presentando, compromete la supervivencia de la Corporación, sus metas, objetivos y atenta contra los fines esenciales del Estado Social de Derecho, toda vez que el principal corredor de navegación fluvial no sería competitivo, por el contrario, se desprotege los núcleos de población que ordinariamente deben hacerse con las obras de defensa contra el impacto de los cauces de anegación en las riberas, y por supuesto se atomizaría la integración de las comunidades con los ejes industrializados.

El giro del diez por ciento (10%) que como ingresos reales le corresponden a CORMAGDALENA, es una solución inaplazable, pues así lo exige su naturaleza constitucional y lo determina el artículo 30 de la ley 141 de 1994.

Esta solución, si bien se ha intentado desde el punto de vista político –*con resultados ineficaces*² no puede tener escenario diferente que al de los

² . La Cámara de Representantes tramitó la proposición N° 084 de 2.003 presentada por el Señor Representante Juan de Dios Alfonso García, para que se citara a los Ministros de Transporte, Medio Ambiente, Minas y Energía, Presidente de ECOPETROL y Director de Corrmagdalena, con el fin de que respondieran inquietudes relacionadas con la Corporación

Tribunales, pues el interés y la preocupación del Director y de la Junta Directiva no son herramientas oportunas y eficaces para obligar al Gobierno Nacional a que cumpla con la obligación de girar el valor real (10%) sobre los ingresos del Fondo Nacional de Regalías, que le corresponden por mandato constitucional a CORMAGDALENA.

En este sentido, y en el acápite pertinente se analizará la acción que corresponda.

3. CUADRO COMPARATIVO DE SEGUIMIENTO QUE DETERMINA LOS INGRESOS DEJADOS DE GIRAR A "CORMAGDALENA"

Con fundamento en el análisis expuesto, y teniendo en cuenta la información suministrada por El Fondo Nacional de Regalías a través de los derechos de petición que presentamos, el cálculo del valor adeudado por el Fondo en cumplimiento del artículo 30 de la Ley 141 de 1994 es el siguiente a diciembre 31 de 2.003³:

VIGENCIA	VALOR INGRESO	10% S/N ARTICULO 30 DE LA LEY 141 DE 1.994	VALOR TRANSFERIDO A CORMAGDALENA EN MILES \$	SALDO POR TRANSFERIR EN MILES \$
1995	No se tiene información	14.000.000	14.000.000	0
1996	211.336.438	21.134.000	17.987.790	3.146.210
1997	193.163.594	19.316.359	18.619.263	697.123
1998	263.710.722	26.371.072	7.645.913	18.725.159
1999	321.304.473	32.130.447	39.008.766	(6.878.319)
2000	622.023.339	62.202.333	31.285.540	30.916.793
2001	776.632.000	77.663.200	45.515.759	32.147.441
2002	670.108.000	67.010.800	4.848.485	62.162.315

y dentro de la cual se incluyó la pregunta N° 28 sobre lo siguiente: "Según artículo 30 de la ley 141 de 1994 y artículo 17 de la ley 161 de 1994 el 10% de los recursos por regalías deben ser girados a Corrmagdalena, especifique el valor total a girar en los periodos 2001, 2002 y 2003 y el realmente girado". Sin embargo, este control político no surtió efectos porque el Gobierno Nacional no corrigió su posición. Gaceta del Congreso del miércoles 6 de octubre de 2.004. Año XIII N° 594.

³. El cálculo a diciembre de 2.004 no se pudo obtener debido a la liquidación de la Comisión Nacional de Regalías, no obstante el cuadro elaborado constituye una aproximación real a la omisión que se presenta en el giro verdadero de los recursos.

2003	466.939.000	46.693.900	0	46.693.900
TOTAL	3.525.217.566	366.522.111	178.911.489	187.610.622

4. ACCIONES QUE PUEDEN INSTAURARSE PARA RECUPERAR LOS INGRESOS REALES QUE LE PERTENECEN A LA CORPORACIÓN.

Marco General:

El tema que se ha analizado no ofrece posibilidad alguna de solucionarse mediante el ejercicio de las acciones ordinarias contempladas en nuestra legislación actual, pues la controversia envuelve omisiones administrativas que solo pueden corregirse a través de los denominados mecanismos de protección de los derechos, que en forma específica la Constitución de 1991 consagra de la siguiente manera:

- a) La acción de tutela reglamentada por los decretos 2591 de 1991 y 306 de 1992, principalmente.
- b) La acción de cumplimiento que desarrolla la Ley 393 de 1997 y,
- c) Las acciones populares y de grupo o de clase, reglamentadas por la ley 472 de 1998.

No obstante, dentro de estas acciones constitucionales, algunas presentan vicisitudes respecto de su ejercicio, teniendo en cuenta la naturaleza del derecho que se invoca, motivo por el cual la materia haría improcedente su presentación. VEAMOS:

a) La acción de tutela:

La acción de tutela sólo garantiza los derechos constitucionales fundamentales, por lo que no puede ser utilizada para hacer respetar derechos que solo tienen

rango legal, ni para hacer cumplir las leyes, los decretos, los reglamentos o cualquiera otra norma de rango inferior, tal y como lo señala el artículo 2º del decreto 306 de 1.992.

Ahora bien, para que un derecho constitucional pueda ser considerado como fundamental, debe además ser el resultado de una aplicación directa del texto constitucional, sin que sea necesario una intermediación normativa, como lo ha advertido la Corte Constitucional⁴.

En el presente caso, si bien CORMAGDALENA es de creación constitucional, no existe posibilidad de recurrir a la acción de tutela toda vez que no estamos frente a la vulneración de derechos constitucionales fundamentales que requiera su aplicación directa, sino el cumplimiento de una norma por omisión del propio Estado.

b) La acción de cumplimiento

La acción de cumplimiento está reglamentada en la Ley 393 de 1997, y tiene como finalidad hacer efectivo el cumplimiento de normas aplicables con fuerza material de ley o actos administrativos. No procede cuando el derecho que se invoca es pasible de la acción de tutela ni cuando se persiga el cumplimiento de normas que establezcan gastos.

Para nuestro caso es importante tener en cuenta que una interpretación restrictiva sobre los alcances de esta acción daría lugar, sin duda, a desestimar su presentación frente a la pretensión encaminada a obligar al Ministerio de Hacienda –Planeación Nacional – Fondo Nacional de regalías a darle estricto cumplimiento al artículo 30 de la ley 141 de 1994 en concordancia con el artículo 17 literal b) de la ley 161 de ese mismo año, puesto que la definición del concepto “GASTOS” ha sido considerado por la jurisdicción contenciosa como toda erogación que lleve implícita una programación presupuesta⁵.

c) Acciones Populares y de Grupo o Clase:

⁴ . Corte Constitucional, Sent. T-406 de 1.992

⁵ . Así también lo consideró la Corte Constitucional en sentencia C-157 de 1998

Estas acciones fueron reglamentadas a través de la Ley 472 de 1998, y tienen como objeto garantizar la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos, así como los de grupo o de un número plural de personas.

La acción popular, conforme al artículo 9º de la Ley 472 de 1998 procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, que hayan violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos, y se ejerce para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.

Sin duda que, la omisión constante del Gobierno Nacional de girar a CORMAGDALENA los recursos que el artículo 30 de la ley 161 de 1994 establece, viene ocasionando una grave vulneración sobre los derechos e intereses colectivos de la Corporación, que son los de los Departamentos y Municipios con influencia en las riberas del Río Magdalena, así como la de sus pobladores, altera la libre competencia económica, el goce de un ambiente sano y en general muchos de aquellos derechos e intereses colectivos que enuncia el artículo 4º de la Ley 472 de 1998, por lo que consideramos que LA ACCIÓN POPULAR es el medio indicado para que el Gobierno Nacional cumpla con el mandato de Ley.

Para el ejercicio de esta acción, CORMAGDALENA podría, con base en el presente estudio, elaborarla a través de un profesional con basto conocimiento en el tema, pues a pesar de que su presentación no está sometida a tecnicismo alguno es importante el desarrollo de su contenido.

Ahora bien, en caso de que la Corporación decida tramitar la acción a través de un profesional diferente al de planta y, para evitar que el pago del incentivo económico de que trata el artículo 39 de la Ley 472 de 1998 genere suspicacias, CORMAGDALENA podría pactar que su causación se destine al fondo de defensa de interés colectivos o, para la propia Corporación, y al apoderado solo se le pague el valor de los honorarios que se acuerden.

Con el presente análisis esperamos satisfacer las inquietudes de la Corporación.

Cualquier complementación, aclaración o precisión con gusto la asumiremos.

Del señor Director, cordialmente,

ÁLVARO IGNACIO ALARIO MONTERO

C.C. 79.236.008 de Suba – Bogotá

T.P. 45.526 del C.S. de la J.

Carrera 15 N° 93-75 Oficina 518 Tel. 6911325. Fax. 6910801. e-mail:
alarico@sky.net.co.