

Bogotá D.C., noviembre 23 de 2011

**DOCTOR
MANUEL GUILLERMO MORA JARAMILLO
PRESIDENTE
COMISIÓN QUINTA CONSTITUCIONAL PERMANENTE
SENADO DE LA REPÚBLICA**

**REF. Ponencia para primer debate al Proyecto de Ley No. 153 Senado/127
Cámara de 2011 “Por el cual se regula el funcionamiento del Sistema General
de Regalías”**

Honorable Senador:

En cumplimiento de la designación de la Presidencia de la Comisión Quinta Constitucional Permanente del Senado de la República, y de conformidad con lo establecido en el artículo 174 y siguientes de la Ley 5ª de 1992, someto a consideración de los Honorables Senadores el presente informe de ponencia para primer debate al Proyecto de Ley No. 153 Senado/127 Cámara de 2011 “Por el cual se regula el funcionamiento del Sistema General de Regalías”.

1. ANTECEDENTES DEL PROYECTO

El proyecto de ley que nos ocupa, corresponde a una iniciativa presentada por el Gobierno Nacional, por intermedio del Viceministro General de Hacienda (encargado de las funciones del Despacho del Ministro de Hacienda y Crédito Público) y el Ministro de Minas y Energía, radicado en la Secretaría General de la Cámara de Representantes el 14 de octubre de 2011.

Cabe recordar que el Acto Legislativo No. 5 de 2011, en un acto de centralismo, defirió la competencia privativa al gobierno nacional para tal efecto. Esta iniciativa de origen gubernamental busca desarrollar el mandato del artículo 360 superior, en tanto que determina la distribución, objetivos, fines, administración, ejecución, control, uso eficiente y la destinación de los ingresos provenientes de la explotación de los recursos naturales no renovables, precisando las condiciones de participación de sus beneficiarios.

2. CONSIDERACIONES SOBRE EL PROYECTO DE LEY

En su oportunidad, y en no pocas ocasiones, expresé de manera pública las profundas diferencias con el proyecto de reforma constitucional del Sistema General de Regalías. Nuestra insatisfacción era¹ casi general: desde la atribución exclusiva conferida al gobierno para presentar el correspondiente proyecto de ley, como la injusta distribución de los ingresos y su realización en sede constitucional, como la administración centralista que se imprimiría a dichos recursos, lo cual persiste en el proyecto bajo estudio tal como se verá más adelante.

En esta ocasión, frente al proyecto de ley como desarrollo de unos artículos de la Constitución Política, que como buenos ciudadanos acatamos pero al mismo tiempo diferimos sustancialmente de muchos aspectos del proyecto de ley que lo desarrolla, lo cual nos lleva a darle ponencia negativa.

Es un acto de responsabilidad política de este Congreso, establecer una disposición que blinde las finanzas de los diferentes departamentos y municipios que hubieren comprometido recursos provenientes de regalías futuras, neutralizando de paso un eventual estancamiento en el desarrollo de toda clase de inversiones que dependan de esos mismos recursos. El departamento del Cesar,

¹ Y sigue siendo

por ejemplo, comprometió \$31.000 millones de sus regalías futuras, con el objeto de financiar parcialmente el Sistema de Transporte Estratégico de Valledupar.

Es claro que la Ley no puede ir más allá del alcance del Acto legislativo que reglamenta, en consecuencia los errores u omisiones en que se haya podido incurrir en su concepción y en su texto no se podrán corregir a través de la misma. Así, la proliferación de fondos (7) y la compartimentación de los recursos provenientes de las regalías, el embrollo en que se habrá de convertir su repartición o el carácter eminentemente centralista de la reforma que se prohijó, nada de ello es susceptible de corregir a través del presente proyecto de Ley.

Así para los departamentos, municipios y distritos productores y portuarios el daño está hecho: su participación en el monto de las regalías que se causen a partir del primero de enero del año entrante se reducirán ostensiblemente, al pasar del 78% en promedio que reciben con el régimen vigente hasta el 31 de diciembre de este año a sólo el 9.6%, si nos atenemos al tenor del Acto legislativo. Pero, como ahora se propone en el proyecto de Ley deducir un 3% con destino a la administración del Sistema General de Regalías (SGR) y un 2% para soportar el Sistema de Monitoreo, vigilancia, control y evaluación (SMVCE), la participación directa de las entidades productoras y portuarias se reduciría aún a más, hasta alcanzar un diminuto 8.6%² según cálculo del Doctor Amílkar Acosta. Pero la situación de estos territorios ya de por sí crítica³, se empeora cuando frente a sus obligaciones futuras, al tenor del artículo 128 del proyecto se les reduce no solo el cupo de sus asignaciones directas sino también el de FDR Y FCR.

El Ministerio de Hacienda expresa que esta reducción en la participación directa serán equilibrados por el acceso al que también tendrán derecho estas entidades a los distintos fondos que se crearon, especialmente al Fondo de Compensación

² 9.4% dice el Doctor Hernández Gamarra avalado por el ministro de Agricultura.

³ Por una distribución tan desigual

Regional (FCR) y al Fondo de Desarrollo Regional (FDR), fundamentándolo con cifras: los departamentos que recibieron más de \$4 billones por concepto de regalías entre 2002 y 2010, supuestamente recibirían una suma igual o mayor que esa con el nuevo régimen entre 2012 y 2020, basándose en los mayores ingresos de regalías, al pasar de un promedio en el primer período de menos de \$4 billones a otro de \$10 billones en el segundo, pero la verdad sea dicha, los únicos recursos ciertos que recibirán serán aquellos que le corresponden por participación directa, suma esta que estará muy alejada de los \$4 billones, el complemento corresponde sólo a la posibilidad de acceder a los fondos mencionados, lo cual estará en función de los proyectos que estén en capacidad de estructurar, que frente a la debilidad institucional de estas entidades dificultara todavía más el ingreso por concepto de regalías.

Por otra parte disentimos del monto⁴ asignado para administrar los recursos del SGR, que estará cercano a los \$300.000 millones anuales, equivalente al presupuesto asignado por el Ministerio de Hacienda a los tres nuevos ministerios recién creados. Lo mismo decimos de los recursos que se le pretenden asignar al SMVCE; en este caso serían \$200.000 millones de pesos más. Sumados los costos de la administración del SGR y del SMVCE a los que se reservó el Ministerio de Minas y Energía para fiscalización (2%), son \$700.000 millones que tomaría para sí el Gobierno Central. Todo esto en contravía, refiriéndose a las regiones, de lo dicho y legislado en la reciente ley de ordenamiento territorial en la cual se crea instancias regionales con cero burocracia y sin afectar o aumentar el presupuesto.

El Ministro de Hacienda Juan Carlos Echeverry en el transcurso del trámite del Acto legislativo, afirma que “no se pretende centralizar los recursos de regalías” sin embargo es claro el talante centralista de la propuesta del Gobierno, para lo cual advertimos las facultades que se reserva para el DNP; la Secretaría Técnica

⁴ Tampoco que se tome dinero para ello, adviértase que para el manejo del SGP no se toma dinero para su administración

del órgano rector del SGR, que tendría la potestad de viabilizar los proyectos susceptibles de financiar con los recursos del SGR y también manejará el SMVCE, todo este fortalecimiento centralista en desmedro de la autonomía de nuestros territorios. Centralismo expresado también en la facultad obtenida en la modificación de la Constitución, para que el Gobierno Nacional expida el primer presupuesto del SGR mediante un decreto con fuerza de ley en el cual quedamos expuestos y a merced de lo que se “planifique” para nosotros como si la participación no fuera unos de los fines de la Constitución.

En el texto del proyecto de Ley aparece incrustado un párrafo que es ajeno a la regulación de la “organización y el funcionamiento del Sistema General de regalías”, como reza el título del mismo. Se propone en el mismo que “con el fin de incentivar la exploración y explotación de yacimientos de hidrocarburos no convencionales, se aplicará una regalía del 60% del porcentaje de participación de regalías equivalente a la explotación de crudo convencional”. Ello es extraño al objeto de este proyecto de ley, no guarda unidad de materia. El Acto legislativo fue claro cuando estableció que la Ley que lo desarrolle tiene por finalidad ajustar “el régimen de regalías al nuevo marco constitucional” y sólo eso; en cuanto a los cambios en las condiciones de explotación de los recursos naturales no renovables (RNNR) podrán ser objeto de otra ley diferente, la cual a diferencia de esta puede tener iniciativa parlamentaria.

Qué Ministerio de Minas y Energía o la entidad que este delegue, señale, mediante actos administrativos de carácter general, los términos y condiciones para la determinación de los precios base de liquidación de las regalías y compensaciones producto de la explotación de los recursos naturales no renovables...”. sería girar un cheque en blanco en un aspecto que ha sido fuente de conflictos entre el Estado y las empresas que explotan el recurso, amén de las anomalías que han detectado los organismos de control, que han dado lugar incluso a pronunciamientos muy contundentes por parte del Consejo de Estado. Por ello, en aras de la transparencia y de la seguridad jurídica deberían

establecerse unos parámetros generales, a partir de los cuales ya sea la Agencia Nacional de Hidrocarburos (ANH) o la Agencia Nacional Minera (ANM) tenga cierto grado de flexibilidad al momento de establecer las condiciones contractuales para la explotación del recurso.

Se plantea en el proyecto que “cuando las regalías se paguen en especie, el Gobierno Nacional reglamentará la metodología, condiciones y términos que garanticen el adecuado flujo de recursos al Sistema General de Regalías y la aplicación de los recursos que se generen entre la determinación de los precios base de liquidación y la comercialización de las regalías”. No conviene que esta facultad se deje en manos del Gobierno sobre todo después de lo sucedido con el “margen de comercialización” que concibió la ANH para apropiarse de la diferencia “entre la determinación de los precios base de liquidación y la comercialización de las regalías”. Debe dejarse en claro que la regalía se causa al momento en que se extrae el recurso y se debe liquidar al precio vigente a la fecha en que esta tenga lugar, en ello no debe haber ambigüedad. Como lo sostiene la Procuraduría General tanto el tal “margen de comercialización” como los rendimientos de los recursos proveniente de las regalías, cuando estas se invierten en TES debido al congelamiento de los giros, son del titular de las regalías, en este caso ya sea de las entidades territoriales que tendrán derecho a participación directa o a los fondos respectivos. En ningún caso se deberán quedar con ellos los entes recaudadores o el Ministerio de Hacienda, porque tampoco son de la Nación.

Otro motivo de preocupación de las entidades territoriales que actualmente son receptoras de regalías directas, es el que hace relación a los compromisos adquiridos con los recursos provenientes de las regalías. Estos son de dos clases, el uno tiene que ver con programas de gran impacto social, como es la cobertura en el régimen subsidiado de salud, la gratuidad de la educación básica y programas de nutrición infantil, los cuales pueden quedar desfinanciados ahora que dichas entidades verán reducir tales ingresos.

A pesar de nuestra insistencia encontramos oídos sordos al tema de las vigencias futuras de entes territoriales como los Departamentos del Cesar y La Guajira han comprometido recursos con cargo a regalías del orden de los \$72.000 millones y \$21.000 millones, respectivamente. En el proyecto se prevé que las adquiridas con anterioridad al 31 de diciembre de 2011 se podrán cubrir con las asignaciones directas y añade que “si dichos recursos fueran insuficientes para cubrir las obligaciones adquiridas, las entidades territoriales ahorradoras podrán utilizar los saldos disponibles a su favor, en el Fondo de Ahorro y Estabilización Petrolera, FAEP, hasta por el monto faltante para cubrirlas totalmente”. Pero, ello sólo aplica a los productores de hidrocarburos y no todos porque sólo algunos de ellos tienen ahorros de alguna significación en el FAEP. Será por ello que abren la opción para que “de mantenerse algún faltante, las entidades beneficiarias podrán decidir si las obligaciones se asumen con cargo al cupo que les haya sido asignado en los Fondos de Desarrollo Regional y de Compensación Regional”. Esta sería una solución a medias que obligaría a muchos departamentos a girar sobre el futuro cuando ni el presente está seguro.

Convencidos de que soslayar un tema tan importante como es el de las obligaciones contraídas en el presente pero que afectan recursos que en el futuro se recibirían por concepto de regalías y compensaciones, es poner en graves aprietos fiscales a los respectivos departamentos y municipios o, cuando menos, someterlos a un incertidumbre financiera inmerecida.

El Ministerio de Medio Ambiente es una de las instancias del gobierno que deben hacer parte de los órganos del Sistema General de Regalías, sobre todo en relación con la vigilancia del comportamiento de las compañías en la explotación de nuestros recursos y el grave impacto sufrido por nuestro medio ambiente.

La integración de la comisión rectora del SGR debería ser más participativa y deferente con las regiones que soportan toda la externalidad económica, ambiental y social de esta explotación, razón por la cual se debería incluir por lo

menos 4 gobernadores y 6 alcaldes de los cuales dos gobernadores y tres alcaldes provinieran de departamentos productores, además se debería incluir al ministro de medio ambiente y como invitados permanentes a un miembro de los trabajadores de estas compañías y a un miembro de los comités de veedurías.

El congreso ha sido claramente desconocido de lo cual es prueba la forma de selección de los integrantes de los órganos de administración y decisión que no se le debe deferir al reglamento, sino que debe tratarse y determinarse en esta instancia legislativa.

En los sitios en que existan comunidades indígenas se les debe incluir en los apartes respectivos, es decir en los artículos del proyecto en los que se menciona a las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palanqueras para que entre otros tengan representación en los órganos colegiados de administración y decisión. Así, se les debe incluir en el último inciso del artículo 26 del proyecto de ley, lo mismo que el parágrafo del artículo 35, último inciso del artículo 39.

En la actualidad las compañías petroleras y mineras incumplen flagrantemente los deberes que les imponen la Constitución, la ley, los contratos, licencias ambientales, dejando de prevenir retribuir, compensar, arrasando con nuestra tierra, contaminando nuestra agua y aire, enrareciendo nuestro ambiente social. Asimismo los trabajadores son literalmente invalidados por las condiciones de trabajo a que son sometidos y muchos de ellos ingresan en una numerosa y dolorosa estadística de fallecidos por la gran inseguridad que campea en estas minas, por último como Estado no controlamos el proceso de liquidación de las regalías ni sus presupuestos. Toda esta dolorosa realidad pudo ser intervenida en términos de solucionarla, de haber desarrollado el mandato constitucional de “control” de una manera más integral tocando todos estos aspectos mencionados anteriormente.

En el esquema del SGR los trabajadores de las compañías, los departamentos y municipios productores han sido desconocidos debiendo tener participación directa en los órganos de fiscalización, además de la adopción de mecanismos de publicidad que contribuyan a expandir el conocimiento que la sociedad debe tener sobre esta materia.

A pesar de que sabemos que el concepto de las regalías atañe estrictamente a lo que las compañías explotadoras pagan como contraprestación económica por el recurso extraído y que los grandes daños causados o externalidades deben ser asumidos por quien los ocasiona sin utilizar el dinero de las regalías para ese fin es necesario que vayamos pensando en gestionar un mecanismo que internalice ciertos costos por la explotación de estos recursos, pero en el entretanto en el FDR y FCR, atendiendo la tragedia(algunos le dicen maldición) vivida en los sitios de explotación, se debe incluir este criterio para priorizar proyectos de inversión.

Como está redactado el artículo 38 del proyecto, la destinación de los recursos de las asignaciones directas se agotan únicamente en proyectos de inversión estratégicos lo que claramente reduce nuestra autonomía y posibilidades de gasto en otros aspectos de nuestra realidad igualmente importantes, sin perjuicio de la prohibición (que debe ser para todos los fondos) que más adelante se establece de no utilizar estos recursos para gastos de funcionamiento ni para pagar pasivos.

OLVIDO DE UN MARCO NORMATIVO OBLIGATORIO

Con la expedición de la ley orgánica 1454 de 2011 se buscó por parte del legislador introducir imperativos ineludibles para organizar político administrativamente el territorio colombiano, especialmente para el mismo legislador que para el futuro constituye un marco normativo general de principios rectores a desarrollar y aplicar en cada materia específica para departamentos

municipios y demás normas que afecten, reformen o modifiquen la organización político administrativa del Estado en el territorio.

Basta precisar la finalidad, concepto y objeto (por favor mirar el artículo 1 y 2 de la ley de ordenamiento) de la ley de ordenamiento territorial para advertir la estrecha relación con el proyecto de regalías presentado por el gobierno;

Veamos:

- No solo hay una modificación del marco institucional y nuevas instituciones para el desarrollo del territorio, sino también competencias en materia de ordenamiento territorial entre la nación y las ET con la; o creación de órganos colegiados de decisión y administración OCAD:

- que son el eje fundamental del SGR en lo relacionado con

- la regionalización y descentralización de los recursos de regalías y compensaciones

- Y con la toma de decisión sobre los proyectos financiados con estos recursos

- Siendo el ordenamiento del territorio un proceso que busca la organización político administrativa del Estado en el territorio, fortaleciendo el desarrollo territorial, entendido como desarrollo económicamente competitivo, socialmente justo, fiscalmente sostenible, regionalmente armónico hay una clara correspondencia y desarrollo en el proyecto de regalías, que su manera busca materializar(véase el artículo 1 del proyecto de ley) en buena parte este proceso de organización político administrativo. Véase en la exposición de motivos identificado como beta

- Uno de los cuatro pilares del SGR es; oLa competitividad y autonomía regional

- El proyecto de ley de ley de regalías busca “la consolidación de la descentralización territorial”

- Para lo cual propone esquemas de organización regional para que las entidades territoriales opten por la mejor alternativa de gestión de recursos

- mediante mecanismos flexibles que aseguren y promuevan el mejoramiento en la capacidad de gestión de las entidades territoriales.
- Véase (nuevamente) en la exposición de motivos el punto 2 relacionados con los órganos colegiados de decisión y administración OCAD cuando reconoce que son mecanismos que materializan la descentralización. Transcribo textual lo siguiente, que por sí solo es la demostración contundente de lo que pretendemos explicar;
 - “Esta intención responde a los criterios que sobre organización del Estado están plasmados en la Constitución y, en especial, en lo relacionado con la coordinación entre las entidades territoriales y la nación en la distribución de competencias.”
- La materia del proyecto de ley de regalías toca sustancialmente principios rectores de ese marco general ya referido, pero cuyos imperativos son desconocidos en su articulado; así se desconocen (no existió siquiera la intención de tenerlos en cuenta) y vulneran los principios de autonomía, descentralización, regionalización, participación, solidaridad y equidad social y equilibrio territorial.

ARTICULACIÓN CON LA LEY DE ORDENAMIENTO TERRITORIAL

Considero que el proyecto tendría que ser archivado porque, por su carácter regional debe articularse con ciertos órganos y procedimientos contemplados en la ley de ordenamiento territorial máxime si con ello está en juego potencializar con el nuevo esquema regalías y sus recursos, la conformación de alianzas estratégicas, integrar planes de desarrollos, obras estratégicas y regionales, prestación conjunta de servicios públicos, desarrollo integral del territorio, proyectos estratégicos de desarrollo territorial .

La legalidad en términos positivos tiene un atributo que permite su sistematicidad, respetando jerarquías, finalidades, destinatarios etc., por ello todas las normas

están en uno u otro sentido relacionadas con las demás, con las que debe guardar coherencia tenida en cuenta su jerarquía, pero además de este aspecto metodológico, por razones de eficacia de las mismas leyes que se podrían apoyar mutuamente para lograr sus cometidos.

En la ley de ordenamiento territorial se menciona unas comisiones de ordenamiento territorial (COT) tanto nacional como regionales que necesariamente debe tenerse en cuenta en este proyecto de ley de regalías atendidos criterios técnicos, de la política, regionales, pero en especial su función relativa a los principios del ordenamiento del territorio y la integración entre las entidades territoriales. Se puede aprovechar la coyuntura para adicionarles funciones en relación con el nuevo esquema de regalías.

Existen en la mencionada ley las regiones administrativas de planificación RAP y unos esquemas asociativos territoriales que deben forzosamente conjugarse con el nuevo esquema de regalías en la búsqueda de la conformación de alianzas estratégicas entre diferentes órganos que van desde los municipios, áreas metropolitanas, departamentos, regiones administrativas, regiones de planeación y gestión, provincias administrativas y de planificación, CAR, asociaciones de municipios y departamentos, hasta entidades territoriales de países vecinos.

Por último, en la ley de ordenamiento territorial se menciona el FDR en relación con los contratos o convenios plan, las regiones de planeación y gestión RPG, el FCR relacionado con Zonas de inversión especial para superar la pobreza que naturalmente no fueron suficientes en el momento de promulgación de la mencionada ley ni en la actualidad, cuando debemos armonizar las dos leyes en sus aspectos principales.

NO EXISTE VISIÓN RURAL

Finalmente, vale la pena realizar unas observaciones relacionadas con la casi nula visión rural que contempla el proyecto. En efecto, tampoco compartimos la forma como se distribuyen los porcentajes propios del Fondo de Desarrollo Regional, en la medida en que se muestra desdeñosa respecto del sector rural. Basta con leer en forma juiciosa los artículos 34 y 35 del proyecto de leyes, para darse cuenta que al asignársele el 70% de los recursos en proporción a la población se termina privilegiando a los departamentos más poblados, incluida Bogotá, en detrimento de aquellos que tienen baja densidad poblacional. En similares términos se expresó el profesor Antonio Hernández Gamarra, quien haciendo referencia al sesgo anti-rural de la ley de regalías (texto que fue remitido a la Comisión Quinta por el señor Ministro de Hacienda, quien comparte lo allí plasmado) apuntó lo siguiente:

“(...) esa distribución se hace con independencia de las necesidades, y el sesgo anti-rural se agudiza cuando el 30% de los recursos restantes se propone que se distribuya de acuerdo con el NBI ponderado por la densidad poblacional, así ello se morigere al medir esta última a través del logaritmo natural de esa variable.

Para poner un solo ejemplo, el logaritmo natural de la densidad poblacional de Bogotá es 8.5 y ese sería el valor utilizado para ponderar su índice de NBI. De suerte que este último que es 9.2 se elevaría a 78.2. Por su parte, el logaritmo natural de la densidad poblacional del Caquetá es 1.6 y al utilizarlo para ponderar su índice de NBI, que es 41.7, quedaría con un índice ponderado de 66.7, menor que el de Bogotá (...)

En los anteriores términos queda planteada la ponencia negativa para el Proyecto de Ley No. 153 Senado/127 Cámara de 2011 “Por el cual se regula el funcionamiento del Sistema General de Regalías”

3. PROPOSICIÓN

Por las razones expuestas, propongo a la Comisión Quinta Constitucional Permanente del Senado de la República **ARCHIVAR** el Proyecto de Ley No. 153 Senado/127 Cámara de 2011 “Por el cual se regula el funcionamiento del Sistema General de Regalías”.

FÉLIX JOSÉ VALERA IBÁÑEZ

Senador de la República