

*El concepto constitucional de autonomía fiscal y sus alcances legales y jurisprudenciales en Colombia a partir de la Constitución Política de 1991**



Carlos Ariel Sánchez Torres**

1. NOTA INTRODUCTORIA

1.1 El problema jurídico

Colombia completa ya un poco más de diez años en nuevo régimen constitucional, esto es, el de la Constitución Política de 1991, la cual sin duda alguna trató de profundizar en el esfuerzo descentralizador que se venía haciendo desde las reformas de 1968 y 1986. Así, en el campo específico de la descentralización fiscal, las figuras del situado fiscal y la participación municipal, consagradas constitucionalmente en los artículos 356 y 357 de la Carta Magna, inspiraron hasta el año pasado el régimen de transferencias de recursos de la nación a los



* Artículo originalmente presentado dentro del concurso para proveer el cargo de profesor titular de la Facultad de Jurisprudencia.

** Abogado del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, especialista en Derecho Comercial de la Universidad de los Andes, doctor en Derecho de la Universidad de Navarra (España), especialista en Derecho Público Comparado del Instituto de Estudios Europeos (Turín) y en Derechos Humanos de la Escuela Superior de Administración Pública.

Estud. Socio-Juríd., Bogotá (Colombia), 5(1): 172-210, enero-junio de 2003

entes territoriales, con el propósito de promover la participación democrática, el desarrollo regional y la autonomía.

El régimen de transferencias intergubernamentales, consagrado desde la Constitución de 1991 como derecho de las entidades territoriales a participar en las rentas nacionales con el nombre hoy generalizado de participaciones, ha sido prolijamente reglamentado y reformado, pues ha pasado, entre otras, por la Ley 60 de 1993, el Acto Legislativo 01 de 1995, las leyes de ajuste estructural de las finanzas —especialmente la Ley 617 de 2000— y el Acto Legislativo de 2001 y su vasto desarrollo en la Ley 715 de 2001.

El objeto del presente ensayo es mostrar cómo el desarrollo del concepto constitucional de *autonomía de las entidades territoriales*, contenido en los artículos 1° y 287 constitucionales, se ha desvirtuado fuertemente en lo relativo a la transferencia de recursos hacia las entidades territoriales y, especialmente, su manejo por éstas; de manera que aquello que se tenía como modelo de autonomía territorial en 1991, es completamente diferente a lo que resulta de los desarrollos legales y jurisprudenciales que se han dado hasta la fecha.

En la actualidad es notoria la disminución de la capacidad de maniobra de tales entes en la asignación de recursos transferidos y también de otros recursos (por ejemplo, rentas provenientes del monopolio de los juegos de suerte y azar), como consecuencia de que para la Corte Constitucional la noción de autonomía no se diferencia cualitativamente del concepto de descentralización, sino que corresponde a un 'grado máximo' de descentralización, lo cual se traduce en un relieve, cada vez más marcado, en el control por la ley y por las autoridades nacionales en el manejo de los recursos transferidos, en desmedro de la autonomía territorial. En este sentido, ¿el problema jurídico debe plantearse¹ conforme la jurisprudencia



¹ Para el planteamiento del problema jurídico, debe anotarse que este ensayo quiere plantearlo y resolverlo dentro de una investigación jurídica, y con el uso de fuentes documentales (de manera prevalente la jurisprudencia). He utilizado la técnica más conocida entre nosotros, es decir, la formulación de un interrogante que se responde sí, en este caso de manera pura y simple, dada que ésta es la respuesta de la Corte. El porqué de la respuesta es el desarrollo de la investigación, esto es, el análisis de la jurisprudencia, que permite construir una tesis, en este caso derivada del hallazgo de una *ratio decidendi* de la Corte. Por los cambios en el sistema de fuentes de derecho que introduce la Corte Constitucional en nuestro ordenamiento jurídico, consecuencia de la naturaleza de su control, resumida en la expresión que sintetiza los alcances de sus fallos frente a la Constitución Política, en los cuales frente a ella "no media una hoja de papel", los coloca en el nivel superior del ordenamiento jurídico. Por eso hoy la jurisprudencia, con alcances constitucionales, permite construir desde tales alcances el aspecto jurídico relevante que destaca el trabajo que

dencia de la Corte Constitucional o cualquier ley puede disponer o limitar el gasto de las entidades territoriales de los recursos provenientes de las participaciones en las rentas nacionales (transferencias intergubernamentales)? La respuesta que se dará será sí, y el porqué corresponde tanto al resultado del análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional como al análisis de los actuales límites legales impuestos al gasto público de las participaciones y transferencias.

Sin embargo, el concepto de autonomía en materia fiscal debe entenderse de conformidad con los artículos 287, números 3 y 4, y 362 de la Constitución, que suponen la existencia, por un lado, de un ámbito en el cual la ley no puede disponer y, por otro, de una correspondiente capacidad normativa local para reglamentar aquellos asuntos específicos que la Constitución no autoriza a la ley para reglamentar. Además de lo anterior y en concordancia con ello, trataré de demostrar que detrás del criterio jurisprudencial y de su desarrollo se encuentra un fenómeno de crisis fiscal, en la cual la variable territorial ha sido la más fácil de afectar a la hora de hacer los ajustes correspondientes.²

Con miras al logro de estos objetivos, este ensayo gira en torno al estudio del concepto de autonomía fiscal, a las leyes y a la jurisprudencia constitucional, que le dan alcance, pues hacen hincapié en las sentencias de la Corte Constitucional proferidas en relación con dichos textos legales, en lo que se refiere específicamente a la autonomía territorial. Así, en primer lugar, se estudia la Ley 60 de 1993 y la jurisprudencia constitucional referida a ella, luego se estudian las leyes 549 de 1999 y 617 de 2000 y la jurisprudencia respectiva y se finaliza con la reciente Ley 715 de 2001, que desarrolla el Acto Legislativo 01 de 2001, con sus connotaciones jurisprudenciales.



llamaríamos en términos clásicos como *lege data*. Véase Giraldo Ángel, Jaime, *Metodología y técnica de la Investigación jurídica*, s. e., Bogotá, 1989, pp. 163-205. Para los supuestos teóricos del método véase del mismo autor "Hermenéutica jurídica", en *Hermenéutica jurídica. Homenaje al maestro Darío Echandía*, Ediciones Rosaristas, Bogotá, 1997, pp. 41-55. La jurisprudencia y la *ratio decidendi* tienen como metodología extendida entre nosotros el análisis dinámico del precedente, esto es, planteado el problema jurídico se deben identificar las sentencias fundadoras de una línea de aquellas que traen las reglas y los principios, para luego indagar la jurisprudencia posterior e identificar los cambios de tendencia. Véase a López Medina, Diego E., *El derecho de los jueces*, Legis, Bogotá, 2000.

² Este aspecto del trabajo que se va a desarrollar quiere, a partir de la *lege data* planteada, hacer la crítica desde su *ratio decidendi* (crisis fiscal) y proponer a continuación una interpretación alternativa, como conclusión.

Estud. Socio-Juríd., Bogotá (Colombia), 5(1): 172-210, enero-junio de 2003

1.2 Antecedentes históricos

A partir de la Constitución de 1886 surge en Colombia el llamado Estado unitario, con la famosa cláusula de su artículo 1º: “Colombia se reconstituye como república unitaria”. No obstante, para equilibrar este centralismo frente a una tradición federal, la consigna del nuevo régimen fue “centralización política y descentralización administrativa”.

Poco a poco, y por las presiones de la guerra, las fuentes de ingresos que antes pertenecían a las regiones fueron asumidas por el gobierno central, quien las recaudaba, administraba y transfería a su voluntad; así se determinó, incluso, la priorización de su gasto, que produjo un creciente y desbordado desequilibrio de las finanzas territoriales.³ Este último fenómeno se recrudeció a consecuencia de la Guerra de los Mil Días (1899-1902), por sus notables efectos adversos en materia política, económica y social, lo cual incluye la separación de Panamá.

En la búsqueda por consolidar el Estado-nación el gobierno de Rafael Reyes (1905-1908) “concibió, para contrarrestar estas tendencias, una política de subdivisión de los grandes departamentos existentes [...] En esta forma quiso debilitarlos definitivamente, encuadrando a sus políticos en nuevos departamentos más pequeños y manejables”.⁴ Para lograr su objetivo el gobierno de Reyes hizo un estudio y estableció una política de división territorial en cabeza de una comisión especialmente creada, en coordinación con sus ministros de despacho, que desembocó finalmente en un proyecto de ley presentado a la Asamblea Nacional Constituyente. Las reformas se concretaron mediante el Acto Reformatorio 3 de 1905 y el Acto Legislativo 2 de 1907.⁵ La tendencia centralista perdió impulso con la caída del gobierno de Reyes y en 1909, por la Ley 8ª del mismo año, se devolvió a los departamentos las rentas de licores, degüello de ganado y registro y anotación. La Ley 10 de 1909 transfirió

³ Fals Borda, Orlando, *Región e historia. Elementos sobre ordenamiento territorial y equilibrio regional en Colombia*, s. e., Bogota, 1996, p. 13.

⁴ *Ibid.*, pp. 13-14.

⁵ El gobierno del presidente Carlos E. Restrepo terminó de hacer los ajustes territoriales entre 1910 y 1914. Así, Colombia quedó constituida por quince departamentos, dos intendencias y siete comisarias, distribución que no empezó a agrietarse, sino a mediados de siglo. Véase Fals Borda *op. cit.*, y Vidal Perdomo, Jaime, *La región en la organización territorial del Estado*, Ediciones Rosaristas, Bogotá, 2001, pp. 16, 40 y ss.

también el impuesto al consumo del tabaco y, un año después, se hicieron importantes conquistas en materia fiscal a favor de las entidades territoriales, puesto ya que el Congreso definió las rentas departamentales, al diferenciarlas de las municipales y al devolverles a las entidades territoriales una importante autonomía fiscal, pues se estipuló constitucionalmente que los bienes y rentas de los departamentos y municipios serían de su propiedad exclusiva (origen del artículo 362 de la Constitución Política). Luego la Ley 4ª de 1913, nuestro antiguo Código de Régimen Político y Municipal, creó nuevos gravámenes a favor de los municipios.⁶ Sin embargo, el proceso centralista sería consolidado con las reformas impulsadas por la misión Kemmerer. Así, en 1923 se reguló el monopolio central sobre la emisión del papel moneda, el manejo monetario, la regulación de materias fiscales, como el presupuesto y el control fiscal.

A finales de la década de los cuarenta las aspiraciones regionales y locales iniciaron un proceso que cambiaría el mapa político-administrativo vigente hasta entonces, al crear primero el Departamento del Chocó y en un periodo de veinte años, Córdoba (1951), Meta (1959), La Guajira (1964), Risaralda (1966), Quindío (1966), Sucre (1966) y Cesar (1967). Para financiar los servicios de los departamentos la reforma constitucional de 1968, introduce la figura del situado fiscal, y con la Ley 12 de 1986 se transfirieron recursos y funciones de la nación a los municipios.

En 1991 se instala la Asamblea Nacional Constituyente y consta en los informes presentados los días 1 y 9 de abril de 1991, por los constituyentes Juan Gómez Martínez, Jaime Castro, Carlos Fernando Giraldo Ángel, Eduardo Verano, Juan B. Fernández, que la Comisión Segunda de la Asamblea Nacional Constituyente no logró consensos en muchos aspectos vitales de la organización territorial, por lo que se limitó a aprobar los artículos que definían, por un lado, las competencias de las antiguas entidades territoriales (los departamentos y los municipios) y, por otro, los instrumentos fiscales que regulaban las relaciones intergubernamentales, acorde con ello.



⁶ Véase República de Colombia, Banco de la República, "Las finanzas departamentales y municipales en contexto del sector público colombiano. Una reseña histórica", en *Finanzas públicas regionales de Colombia. 1980-1987*, Bogotá, 1990.

También definió las entidades que a partir de la aprobación de la Constitución tendrían la categoría de territoriales. Por esto se optó por permitirle a la ley la creación de otras, pero teniendo en cuenta la especial naturaleza jurídica de la ley orgánica de ordenamiento territorial. Ante el agotamiento del tiempo y la imposibilidad de llegar a un acuerdo sobre el modelo que se debería adoptar, la Comisión delegó esta responsabilidad en la ley orgánica del ordenamiento territorial, que debía expedir por el Congreso de la República, la cual por expreso mandato de la propia Constitución asumirá la obligación de desarrollar la materia, basándose en los instrumentos que fueron definidos con referencia en los temas ya enunciados.

Recordemos que en 1991 se define el Estado como unitario, descentralizado y con autonomía de sus entidades territoriales; asimismo, mencionamos que consagró en sus normas transitorias la organización de una Comisión de Ordenamiento Territorial de carácter temporal, pero con la vocación de convertirse en permanente por mandato legal. Dicha Comisión estaría encargada de realizar los estudios y de formular ante las autoridades competentes las recomendaciones que considerara del caso, para desarrollar este aspecto de la Constitución Política (CP).⁷

La Ley 5ª de 1992, “por la cual se expide el reglamento del Congreso de la República, el Senado y la Cámara de Representantes”, estableció la Comisión Especial de Seguimiento del Proceso de Descentralización y Ordenamiento Territorial. En ejercicio de este derecho, la junta directiva, tanto del Senado de la República como de la Cámara de Representantes, expidió los respectivos reglamentos que regulaban el funcionamiento de la comisión parlamentaria.

Sin embargo, tenemos hoy un sinnúmero de leyes y decretos reglamentarios que desarrollan y regulan distintas materias de la organización territorial, expedidas sin que haya mediado la esperada ley orgánica del ordenamiento territorial.⁸ Así, encontramos nor-



⁷Al respecto véase República de Colombia, Presidencia de la República, Consejería para el Desarrollo de la Constitución, Asamblea Nacional Constituyente, Consulta textual y referencial, sesión comisión 2, 5 de abril (2405), p. 1; 2 de mayo (2514), pp. 1-3; 13 de junio (0613), pp. 1-5; 16 de junio (0616), pp. 1 y 2; 22 de junio (0622), pp. 1-10; 23 de junio (0623), pp. 1-2; 3 de julio (0703), pp. 1-2, Bogotá, 1991.

⁸ Hemos seguido la *Carta de navegación del proceso de regionalización en Colombia*, tesis de grado elaborada por Abraham Antonio Katime Orcasita y Grenfieth de Jesús Sierra Cadena, Facultad de Jurisprudencia, Universidad del Rosario, Bogotá, 2002

mas en las siguientes materias: régimen del Distrito Capital: Ley 1 de 1992 (enero 28) “por la cual se provee a la organización y funcionamiento de las juntas administradoras locales, en el Distrito Capital, derogado por el Decreto 1421 de 1993”; Ley 47 de 1993 (febrero 19) “Por la cual se dictan normas especiales para la organización y el funcionamiento del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina”; Ley 70 de 1993 (agosto 27) “por la cual se desarrolla el artículo transitorio 55 de la Constitución Política”. Disposiciones fiscales: Ley 105 de 1993 (diciembre 30) “Por la cual se dictan disposiciones básicas sobre el transporte, se redistribuyen competencias y recursos entre la Nación y las Entidades Territoriales, se reglamenta la planeación en el sector transporte y se dictan otras disposiciones”; Ley 141 de 1994 (junio 28) “por la cual se crean el Fondo Nacional de Regalías, la Comisión Nacional de Regalías, se regula el derecho del Estado a percibir regalías por la explotación de recursos naturales no renovables, se establecen las reglas para su liquidación y distribución y se dictan otras disposiciones, reformada por la ley...”; Ley 488 de 1998 (diciembre 24) “por la cual se expiden normas en materia tributaria y se dictan otras disposiciones fiscales de las Entidades Territoriales”; Ley 550 de 1999 (diciembre 30) “por la cual se establece un régimen que promueva y facilite la reactivación empresarial y la reestructuración de los entes territoriales para asegurar la función social de las empresas y lograr el desarrollo armónico de las regiones y se dictan posiciones para armonizar el régimen legal vigente con las normas de esta ley”; Ley 617 de 2000 “Por la cual se reforma parcialmente la Ley 136 de 1994”; el Decreto Extraordinario 1222 de 1986 “se adiciona la Ley Orgánica de Presupuesto”; el Acto Legislativo 01 de 2001 “Por el cual se reforma el sistema de transferencias y participación de los municipios en los ingresos corrientes de la nación”; Ley 715 de 2002 “por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación, salud, entre otros, y se reforma la Ley 60 de 1993 y se crea el Fondo de Participación de las Entidades Territoriales”. Áreas metropolitanas: Ley 128 de 1994 (febrero 23) “Por la cual se expide la Ley Orgánica de las Áreas Metropolitanas”. Corporaciones Autónomas Regionales: Ley 161 de 1994 (agosto 3) “por la cual se organiza la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena, se determinan sus fuentes

Estud. Socio-Juríd., Bogotá (Colombia), 5(1): 172-210, enero-junio de 2003

de financiación y se dictan otras disposiciones”. Zonas de frontera: Ley 191 de 1995 (junio 23) “por medio de la cual se dictan disposiciones sobre zonas de frontera”. Planes Ordenamiento Territorial: Ley 614 de 2000 (septiembre 18) “por medio de la cual se adiciona la Ley 388 de 1997 y se crean los comités de integración territorial para la adopción de los planes de ordenamiento territorial”.

La pregunta que debe responderse a continuación es ¿cuál es el concepto de autonomía que resulta de tal amplio catálogo legislativo, a la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional?

2. NOCIONES PRELIMINARES: DESCENTRALIZACIÓN Y AUTONOMÍA DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES EN LA CONSTITUCIÓN DE 1991

2.1 Aspectos generales

En la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, los dos principales partidos políticos colombianos alcanzaron tan sólo el 40% de los votos, a la vez que hubo una fuerte presencia del M-19 (grupo ex guerrillero que obtuvo un 26% de los votos), del Movimiento de Salvación Nacional y de los representantes regionales e independientes. El pluralismo relativo y la ausencia de los políticos tradicionales promovieron en cierta forma la tendencia descentralizadora que se plasma en la Constitución de 1991.⁹

La concepción del nuevo ordenamiento político y administrativo se debatió entre los conceptos de federalismo y de centralismo, en su versión atenuada de Estado unitario con descentralización, como sucediera en el siglo pasado. No obstante, en esta ocasión se optó por introducir el concepto de *autonomía de las entidades territoriales*. En este sentido, el artículo 1º de la Constitución de 1991 define a Colombia como un “...Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales participativa y pluralista...”.¹⁰



⁹ Cabe señalar también la fuerte presión que existió en el seno de la Asamblea para aprobar la no extradición de ciudadanos colombianos, petición expresada de forma violenta por los narcotraficantes. Al final, la no extradición fue aprobada en votación secreta e incorporada en el artículo 35 de la Constitución.

¹⁰ El ordenamiento territorial fue explícitamente uno de los cinco temas especiales que se debatieron en el seno de la Asamblea Constituyente. Los otros fueron los derechos fundamentales, las ramas del poder público, la justicia y los asuntos económicos.

En ese orden de ideas, la autonomía territorial y el fenómeno descentralizador corresponden a direcciones definitivas que recibieron un impulso definitivo en mandatos perentorios de la Constituyente, pero se inscriben en el marco de una República unitaria, con lo cual siempre hay lugar para buscar un compromiso entre las exigencias de profundizar la descentralización y la autonomía, por un lado, y los límites que impone el modelo unitario, que comporta un proceso histórico de ajuste gradual y constante, por otro.

El concepto de descentralización se ubica en el contexto de los diversos esquemas de organización de la administración pública, y se constituye en una técnica para moderar los extremos de la centralización, sin superarla cualitativamente. La descentralización, por lo tanto, implica el traslado de algunas competencias y atribuciones, radicadas en el gobierno central, a los entes territoriales que conforman el Estado, sin que pierdan su naturaleza de entes administrativos, con el propósito de que éstos tengan la dirección de la administración pública en la satisfacción de sus propias necesidades. De conformidad con lo establecido por el Departamento Nacional de Planeación, la descentralización es un proceso mediante el cual se transfiere poder de decisión desde el ámbito central de una organización a organizaciones descentralizadas o alejadas del centro.¹¹

¿Qué significa de manera general, esto es, desde las reglas y desde los principios para la Corte, los conceptos de descentralización y autonomía? La Corte Constitucional ha dicho que:

La descentralización aparece, pues, como un concepto genérico que comprende diversos grados de libertad en la toma de decisiones. Cuando ella se manifiesta, por ejemplo, en la gestión de intereses propios mediante autoridades también propias y en la expedición de normas ajustadas a la Constitución y la ley, nos encontramos ante la autonomía. En el ámbito concreto de la República unitaria que sigue siendo Colombia por virtud de la Carta de 1991, descentralización y autonomía se desenvuelven y son compatibles con una unidad de organización de la comunidad estatal de carácter político y con la presencia de una soberanía que reside en el pueblo.¹²

Sobre la autonomía, la Corte ha sostenido que:

...mientras la descentralización busca una mayor libertad de las instancias periféricas —territoriales y funcionales— en la toma de decisiones y, como consecuencia de



¹¹ República de Colombia, Departamento Nacional de Planeación, *Evaluación de la descentralización en Colombia. Balance de una década*, Bogotá, 2002, p. 15.

¹² República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-126 del 30 de marzo de 1993, magistrado ponente Antonio Barrera Carbonell.

ello una mayor eficiencia en el manejo de la cosa pública, la autonomía encauza sus propósitos hacia la mayor libertad de los asociados en aras de un mayor bienestar y control de sus propios intereses.¹³

La autonomía inherente a la descentralización supone la gestión propia de sus intereses, es decir, la particular regulación de lo específico de cada localidad; pero siempre dentro de los parámetros de un orden unificado por la voluntad general desde la forma de la ley, esto es, la normatividad propia está en armonía con la ley general del Estado, ya que aparte se ordena al todo, así como lo específico está comprendido dentro de lo genérico. La autonomía no implica, jurídicamente hablando, soberanía, es decir, la autonomía siempre hace relación a la coherencia con un género superior, mientras que la soberanía hace que el ente soberano sea considerado como un todo, y no como parte de ese todo.

Por ello, no hay que confundir autonomía con autarquía, la cual expresa la autosuficiencia —se basta a sí misma— plena y total. La autarquía rompe con el modelo del Estado unitario y lo transforma en Estado compuesto, donde ya no hay unidad legal, sino concurrencia de órdenes jurídicos en una asociación de intereses jurídico-políticos, de modo que no hay un interés general unitivo, sino uno compuesto.

La Carta Política establece el derecho a la autonomía de las entidades territoriales, pero limitado por la Constitución y las leyes, conforme a la filosofía política de una República unitaria.¹⁴ También la asimila a potestad normativa “la Carta de 1991 en varias instancias emplea la noción de autonomía como sinónimo de poder de regulación”¹⁵ y añade que es “la garantía constitucional de la autonomía de las entidades territoriales tiene un contenido básico materia deducible de la Carta, el cual sirve de límite y guía a la acción del legislador; en su tarea de establecer la configuración concreta del mapa de competencias”.¹⁶ “El principio de autonomía se desarrolla cuando al definir los caracteres de las entidades territoriales [...] afirma derechos y consagra poderes exigi-

¹³ Sentencia C-478 de 1992, magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz. En el mismo sentido, sentencia C-1112 de 2001, magistrado ponente Álvaro Tafur Galvis.

¹⁴ República de Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-216 del 9 de junio de 1993, magistrado ponente Antonio Barrera Carbonell.

¹⁵ Sentencia 517 del 15 de septiembre de 1992, magistrado ponente Ciro Angarita Barón.

¹⁶ *Ibid.*, sobre el concepto de autonomía territorial y sus alcances dentro del modelo de Estado unitario. Véanse, entre otras sentencias, las siguientes: SC-506 de 1995, 535 de 1996, SC-471 de 1995, SC-539 de 1995, SC-216 de 1994, SC-497A de 1994.

bles y oponibles a las autoridades de los niveles superiores, lo que indudablemente supone un cambio cualitativo en la concepción de estos entes”.¹⁷ Más recientemente ha dicho, al referirse a entidades territoriales concretas, que:

El Estado colombiano presenta una estructura política y administrativa descentralizada territorialmente y por servicios. De conformidad con la primera hay una división espacial del territorio y con base en la segunda la división se produce desde un orden netamente funcional. Los departamentos, distritos, municipios y territorios indígenas son reconocidos como entidades territoriales divisorias del territorio nacional por mandato constitucional. En cambio las regiones y provincias pueden obtener ese mismo carácter por disposición legal, una vez se constituyan en los términos constitucional y legalmente establecidos (CP, arts. 285 y 286). La conformación de las mencionadas entidades territoriales se produce bajo el supuesto del reconocimiento de una autonomía para la gestión de sus intereses. Ésta se encuentra sujeta a ciertas limitaciones de orden constitucional y legal, que son acordes con la fórmula de un Estado social de derecho estructurado a partir de la concepción unitaria del mismo (CP, arts. 287 y 1º).¹⁸

2.2 Descentralización y autonomía fiscal

La descentralización, desde el punto de vista constitucional, tiene una especial connotación para los municipios, resultado del artículo 311 de la CP, que considera al municipio como “entidad fundamental”, con miras al proceso descentralista perseguido en la Carta. Éste es el supuesto de la autonomía fiscal tributaria, consagrada en el artículo 338 superior, en cabeza de los concejos distritales y municipales, y que viene acompañada del sistema de participaciones como respuesta a la composición económico-distrital-municipal de la sociedad colombiana, en la cual los municipios tienen una escasa capacidad fiscal efectiva, lo que se traduce en su imposibilidad para generar los recursos necesarios, a fin de atender las responsabilidades que constitucional y legalmente se les asignen, con lo cual se frustra, sin ese soporte de las transferencias, cualquier propósito descentralista.

2.2.1 Autonomía fiscal tributaria

Sobre la autonomía fiscal, entendida en la posibilidad de generar sus ingresos mediante impuestos, tasas y contribuciones, se ha entendido que existe un poder tributario originario en cabeza del



¹⁷ República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-216 *op. cit.*

¹⁸ Sentencia C-1112 de 2001, magistrado ponente Álvaro Tafur Galvis.

Congreso de la República (artículo 150 C. N. Nal. 12); otro originario con limitaciones, en cabeza de las asambleas y concejos, y uno derivado como excepción a la cláusula general de competencias, en los estados de excepción para el ejecutivo.

La Corte Constitucional ha dado alcance al artículo 338 superior citado y ha considerado que:¹⁹

- El Congreso Nacional puede autorizar a las asambleas y concejos el establecimiento de los tributos territoriales sólo con señalar de manera general los elementos de la tribulación, a fin de que los cuerpos colegiados, por medio de ordenanzas o acuerdos, hagan las determinaciones requeridas en cada caso.
- El Congreso Nacional puede fijar todos los elementos de la tributación y dejar en libertad a las entidades territoriales para adoptar o no el respectivo tributo dentro de sus jurisdicciones.
- De manera excepcional, cuando la conveniencia nacional así lo exija, el Congreso Nacional puede establecer directamente y de manera obligatoria los tributos aplicables a una determinada zona del país, sin la intervención de las entidades territoriales.

Corresponderá, en consecuencia, al Congreso de la República crear los tributos del orden territorial y señalar los aspectos básicos de cada uno de ellos, los cuales serán apreciados en casos concretos, en atención a su especificidad. Por su parte, las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales establecerán los demás elementos. Este análisis permite concluir, que la “soberanía fiscal” de las entidades territoriales no tiene fundamento constitucional.

Por otra parte, y como consecuencia de la misma autonomía, se establece constitucionalmente la prohibición del artículo 294 de la Constitución Política en el sentido que “La ley no podrá conceder exenciones tributarias ni tratamientos preferenciales en relación con los tributos de propiedad de las entidades territoriales. Tampoco podrá imponer recargos sobre sus impuestos salvo lo dispuesto

¹⁹ Al respecto, véanse las siguientes sentencias que ilustran en su totalidad los diferentes desarrollos jurisprudenciales en materia autonomía fiscal: C-004-93, C-537 de 1995, C-562 de 1998, C-205 de 1995, C-506 de 1995, C-486 de 1996, C-192 de 1997 y C-495 de 1998.

por el artículo 317".²⁰ Con fundamento en el artículo 362 de la CP:

...reconoce a las entidades territoriales la propiedad sobre sus bienes y rentas y equipara la garantía que les brinda a la que merecen los particulares sobre los suyos de conformidad con la Constitución (art. 362 CP). [...] Puede el legislador establecer exenciones respecto de tributos nacionales, tal como surge de los artículos 150 Numeral 12 v 154 de la Carta Política, siempre que la correspondiente ley cuente con la iniciativa del gobierno. Pero le está vedado hacerlo en relación con los impuestos de las entidades territoriales en cualquier forma. Ello no cabe ni por vía directa, mediante la exclusión de unos contribuyentes que según la regla general de la propia ley estarían obligados a pagar, ni por el mecanismo consistente en enunciar quiénes no son sujetos pasivos del tributo, pues en ambos casos tratándose de tal clase de impuestos coarta la autonomía de dichas entidades y vulnera el precepto constitucional [...] Repárese en que si la restricción constitucional impuesta al legislador en los términos que anteceden pudiera ser enervada por el interés nacional se frustraría el principio básico de la descentralización y la autonomía de los departamentos, distritos y municipios en cuanto se haría prevalecer un criterio centralista de conveniencia en perjuicio de las prerrogativas de orden superior que les son reconocidas como verdaderos derechos. Por lo tanto, sobre los impuestos de propiedad de las entidades territoriales no puede el legislador y mucho menos el intérprete por analogía, ni siquiera alegando el interés nacional, realizar exclusiones tributarias de ciertos sujetos pasivos responsables del pago del tributo, habida consideración de los elementos constitutivos del respectivo tributo. Dicha prohibición "no se presenta con la cesión que en un momento dado haga el legislador a los municipios, del producto de un impuesto de carácter nacional caso en el cual la atribución sigue siendo del Congreso, y éste podrá derogar el tributo; pero no puede disponer del producto ya cedido, el cual será libremente administrado por la entidad territorial beneficiaria".²¹

Sin embargo, la justificación primordial del proceso descentralizador en el marco del Estado social de derecho, tiene que ver con el desarrollo de políticas interesadas en el bienestar social como prioritario en la conducción de los intereses colectivos. Ésta es la razón para que los artículos 356 y 357 de la Constitución Política se ocupen de las transferencias intergubernamentales y las orienten hacia el desarrollo de políticas, planes y programas de asistencia y bienestar sociales. Al respecto señalo específicamente el artículo 356 del Constituyente de 1991: "Será objetivo fundamental de su actividad, la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de



²⁰ "Para realizar el principio de autonomía de las entidades territoriales, y con el objeto de asegurar que el patrimonio de éstas no resulte afectado por decisiones adoptadas a nivel nacional, el constituyente ha prohibido de manera terminante que por ley se concedan exenciones o preferencias en relación con tributos que les pertenecen (artículo 294 CP)". Sentencia C-17 del 29 de abril de 1996, magistrado ponente José Gregorio Hernández Galindo.

²¹ República de Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-506 de 1995, magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz.

educación, de saneamiento ambiental y de agua potable. Para tales efectos, en los planes y presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales, el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación”.

2.2.2 La autonomía fiscal como participación en las rentas nacionales

La autonomía fiscal, vista como participación en las rentas nacionales mediante las transferencias, fue el punto de encuentro de las tesis descentralizadoras, que en materia fiscal se habían desarrollado en las décadas anteriores.²² La Constitución Nacional, en la reforma de 1968, estableció el situado fiscal como transferencia a los fiscos departamentales, los cuales eran de cuantía mínima para ese entonces en relación con el volumen que manejaba la nación. La organización y el funcionamiento de esas mínimas transferencias estuvo, hasta ese entonces, en lo reglamentario a cargo de las asambleas y en su ejecución, de las gobernaciones, secretarías, departamentos administrativos y entidades descentralizadas departamentales.

A partir de ese año y con el fin de hacer una realidad el postulado de llevar a cabo una descentralización administrativa emparejada con la centralización del sistema de gobierno, se habló del *situado fiscal*, consistente en transferir parte de los recaudos nacionales a las entidades territoriales (en ese entonces departamentos, intendencias, comisarías y municipios de cada repartición, con el objeto de que fueran invertidos en dos clases de servicios públicos: salud y educación primaria).

La intención de esta política de transferencias fiscales a los entes territoriales o, mejor dicho, la contrapartida de esos recursos transferidos era el deber de los departamentos, intendencias y comisarías, esto es, estas entidades debían asumir costos de los servicios seleccionados, para fundir en un solo monto presupuestal sus recursos propios con los de procedencia nacional. La ejecución estuvo llena de dificultades, porque los entes territoriales incumplieron en su casi totalidad los contratos que firmaron con la nación para comprometerse a ese manejo presupuestal, a través de organismos

²² República de Colombia, Banco de la República *op. cit.*; Mattos, Carlos A., “La descentralización. ¿Una nueva panacea para impulsar el desarrollo local?”, en *Cuadernos de Economía*, No. 14.

de sus propias dependencias que se llamaron Fondos Educativos Regionales (FER) y Servicios Seccionales de Salud, los cuales —pese a que manejaban dineros nacionales— dependían orgánica y disciplinariamente de las autoridades regionales y locales. Las transferencias fueron tomando permanencia y firmeza en el sistema legal presupuestal nacional hasta cuando en 1968 adquirieron el carácter de norma constitucional (artículo 53 Acto Legislativo 01 de 1968). Posteriormente, la Ley 12 de 1986 creó la cesión del 50% del IVA, con destino a la inversión social de los municipios.

Según los estudiosos de la hacienda pública, cuando las urgencias públicas regionales o locales son transitorias, el sistema más adecuado es el de las transferencias (globales o especiales, supervisadas o no). Cuando la urgencia de las necesidades es más importante, los métodos adecuados son los indicados: la participación de ingresos ordinarios, la cesión o participación de impuestos y el descuento tributario de las nuevas exacciones municipales, del impuesto nacional sobre la renta.²³

No obstante que la participación de ingresos ordinarios de la nación a las entidades territoriales y la cesión de parte del impuesto a las ventas generan necesariamente transferencias presupuestarias para colocar a disposición de los entes beneficiarios las partidas correspondientes, las transferencias presupuestarias intergubernamentales se refieren a partidas de gasto público no atendidas con determinados ingresos de los cuales se dispone, sino que provienen del total de ingresos ordinarios y de capital del presupuesto del ente que las autoriza, y esporádicamente. Sin embargo, la mengua a los ingresos ordinarios en los recursos de destinación específica de la cesión del IVA a los municipios, era una mengua del situado fiscal con destino a los departamentos, que generó la redacción de los artículos 356 y 357 de la actual Constitución Política, y la base común de los ingresos corrientes para las transferencias.

El tema de las transferencias fue organizado el 1991, alrededor de tres conceptos, que se constituyen, a su vez, en los mecanismos por medio de los cuales la nación cede parte de sus rentas a las entida-



²³ Véase Torrellas, Sandra, "Financiamiento de la gestión estatal. Situado, competencias exclusivas e inversiones conjuntas", en Cruz, Rafael de la y otros (comp.), *Federalismo fiscal*, s. e., Caracas, 1994, pp. 104 y ss.

des territoriales. Dichos instrumentos, de acuerdo con el Constituyente de 1991, eran los siguientes:²⁴

- El situado fiscal.
- La participación de los municipios en los ingresos corrientes de la nación.
- La participación de los departamentos y de los municipios en las regalías originadas para la nación en las actividades de explotación de los recursos naturales no renovables.

Así es como a partir de la Constituyente de 1991, el situado fiscal se constituía en el instrumento mediante el cual los departamentos y los distritos participaban de los ingresos corrientes de la nación. Tales ingresos comprendían tanto las rentas tributarias como las no tributarias y se excluía expresamente de este concepto los denominados recursos de capital. La Constituyente igualmente señaló de manera expresa las competencias que la nación transferiría a las entidades territoriales, limitándolas exclusivamente a aquellas que tenían que ver con la prestación de los servicios de salud y educación, y dejaba a la ley la fijación de los servicios que serían de cargo de la nación y de las citadas entidades.

Por lo que toca a los recursos que componen el situado fiscal, la Constituyente de 1991 integró a ellos las rentas procedentes del IVA y que antes eran transferidas a los municipios, en vigencia de la Constitución Política de 1886. A cambio de ello les asigna una participación porcentual en los ingresos corrientes de la nación, que alcanzó por norma constitucional el 22% en el 2001. Se agrega la prohibición de transferir funciones si no se había asegurado previamente la correspondiente asignación de recursos. Pero qué significa, además, esta participación en los ingresos, si la Constitución Política atribuyó autonomía a las entidades territoriales, que desde el punto de vista constitucional queda definida en el artículo 287, para efectos fiscales así:

Las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, y dentro de los límites de la Constitución y la ley. En tal virtud tendrán los siguientes derechos:

²⁴ El Acto Legislativo 01 de 2001 agrupó las dos primeras participaciones en el sistema general de participaciones de los ingresos corrientes y ató su crecimiento principalmente al IPC.

[...] 3. Administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones.

4. Participar en las rentas nacionales.

A su vez el artículo 362 de la Constitución Política de Colombia que:

Los bienes y rentas tributarias o no tributarias o provenientes de la explotación de monopolios de las entidades territoriales, son de su propiedad exclusiva y gozan de las mismas garantías que la propiedad y renta de los particulares.

Los impuestos departamentales y municipales gozan de protección constitucional y en consecuencia la ley no podrá trasladarlos a la Nación, salvo temporalmente en caso de guerra exterior.

Adicionalmente, en el artículo 295 de la CP se plantea que “las entidades territoriales podrán emitir títulos y bonos de deuda pública, con sujeción a las condiciones del mercado financiero e igualmente contratarán crédito externo, todo de conformidad con la ley que regule la materia”. Éste es un punto de importancia fundamental de la reforma constitucional de 1991, en el que se propicia la relación directa, no mediada por la nación, de las entidades territoriales con el capital financiero internacional.

Para desarrollar el concepto de autonomía de las entidades territoriales se dispuso que, “la ley orgánica de ordenamiento territorial establecerá la distribución de competencias entre la nación y las entidades territoriales.

“Las competencias atribuidas a los distintos niveles territoriales serán ejercidas conforme a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad en los términos que establezca la ley”.²⁵

En consecuencia la CP de 1991 continúa impulsando la descentralización y apunta a una tendencia a la división del país en entidades territoriales descentralizadas y con tendencia a la autonomía.²⁶ En consecuencia, los departamentos y los municipios estarían revestidos de una autonomía fiscal y financiera que los equipara ante la



²⁵ Artículo 288 de la Constitución Política de Colombia.

²⁶ Es posible que el concepto europeo de autonomía de las regiones, cuyos orígenes se remontan a la 2ª república Española, la Constitución italiana de 1947 y de nuevo a la Constitución española de 1978, tuviera eco en tal idea de autonomía del Constituyente de 1991; sin embargo, no podía tener vida dicha noción en nuestro contexto, ya que supone trasladar competencias legislativas a entes creados con tal vocación, como las regiones especiales o provincias o regiones autonómicas españolas y para ello era definitiva la ley orgánica del ordenamiento territorial, verdadero motor de una nueva organización territorial, como lo fue la LOAPA (ley orgánica para las autonomías) en España. Véase Vidal Perdomo *op. cit.*, pp. 87-103.

ley a la nación y entre todos ellos ha existido un flujo permanente de traslados de competencias y recursos, según la doctrina imperante en cada época. Debe considerarse en este punto que el artículo 151 de la CP atribuye a la ley orgánica la capacidad de atribuir competencias normativas a las entidades territoriales, es decir, una cláusula de competencia normativa, en todo aquello que la CP no atribuya a la ley.

3. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA Y JURISPRUDENCIAL. LA AUTONOMÍA FISCAL COMO PARTICIPACIÓN EN LAS RENTAS NACIONALES

3.1 La Ley 60 de 1993 sobre competencias y recursos²⁷

La Ley 60 de 1993 desarrolló los artículos 356 y 357 de la Constitución, esto es, se les asigna a los municipios la competencia en la prestación de los servicios de educación, salud y agua potable y el otorgamiento de subsidios para éstos y para la vivienda de interés social. Además, traslada al municipio la responsabilidad de prestar la asistencia técnica para el sector agropecuario y define el régimen de las transferencias, en particular el situado fiscal y la participación de los municipios, en los ingresos corrientes de la nación.

Tal ley contenía las normas orgánicas relativas a la distribución de competencias entre la nación y las entidades territoriales, e igualmente la distribución de recursos para efectos de la atención de los servicios a cargo de éstas, en los términos de los artículos 181, 288, 356 y 357 de la Constitución, con lo cual se dio un desarrollo práctico y operativo a la autonomía y a la descentralización que se reconoce a dichas entidades; pues el traslado de tareas o de responsabilidades, determinado por la asunción de nuevas competencias o la reasignación o fortalecimiento de las que le pertenecen para la gestión de sus propios intereses, necesariamente comporta la determinación y asignación de los respectivos recursos.

Consecuente con lo anterior, la ley deslindó responsabilidades y precisó los contenidos y destinaciones del situado fiscal y las participaciones de tales entidades en los ingresos corrientes de la nación. Con estas definiciones la ley señala los medios para estimular y reforzar las economías regionales y las comprometió en el proceso de su desarrollo.

²⁷ *Diario Oficial*, No. 40.987, del 12 de agosto de 1993.

El marco de competencias, establecido por el legislador mediante la Ley 60 de 1993, estableció los principales criterios para evitar la duplicidad de funciones, no obstante lo cual, en muchos casos, se presentaron dificultades y confusiones que darían lugar a que las tareas de las entidades territoriales en el manejo y administración de los recursos transferidos se repitieran y coadyuvaran en el incremento de las elevadas cantidades de gasto público. La Ley 60 de 1993 estableció los criterios mediante los cuales se deberían realizar las transferencias, así como el modo de calcular su valor, los requisitos que debían cumplir las entidades territoriales para recibir esos recursos, el monto al cual ascenderían los recursos cedidos y su destinación. También se estableció la proporción en que tales transferencias deberían aumentar entre 1993 y los años subsiguientes.

En el caso de la nación, de acuerdo con el artículo 5 de la Ley 60 de 1993, eran sus competencias, en materias de carácter social, por medio de las entidades de la administración central o de los órganos administrativos descentralizados del mismo orden, las siguientes:

- Formular las políticas y objetivos de desarrollo.
- Establecer las normas técnicas, curriculares y pedagógicas, que servirán de orientación a las entidades territoriales.
- Administrar los fondos especiales de cofinanciación.
- Organizar y desarrollar programas de crédito.
- Prestar los servicios médicos especializados en el caso del Instituto Nacional de Cancerología.
- Dictar normas científico-administrativas para la organización y la prestación de los servicios.
- Impulsar, coordinar y financiar campañas y programas nacionales en materia educativa y de salud.
- Asesorar y prestar asistencia técnica y administrativa a las entidades territoriales y a sus instituciones de prestación de servicios.
- Distribuir el situado fiscal, reglamentar su delegación y delegar en las entidades territoriales la ejecución de las campañas y programas nacionales o convenir su asunción por parte de las entidades territoriales.

Estud. Socio-Juríd., Bogotá (Colombia), 5(1): 172-210, enero-junio de 2003

- Vigilar el cumplimiento de las políticas, ejercer las labores de inspección y vigilancia de educación y salud y diseminar criterios para el desarrollo de los departamentos, distritos y municipios.

En el caso de los municipios, el artículo 2 de la Ley 60 de 1993 establecía que mediante las dependencias de su organización central o de las entidades descentralizadas municipales competentes, en su calidad de entidades ejecutoras de las principales acciones en materia social, debería dirigir, prestar o participar en la prestación de los servicios directamente, conforme a la ley, a las normas técnicas e carácter nacional, a las ordenanzas y a los respectivos acuerdos municipales en los siguientes sectores:

- Educativo, en particular lo relativo a la administración del servicio educativo público, a la financiación de las obras de infraestructura, la dotación y el mantenimiento de escuelas y colegios, y a la realización de tareas de inspección, vigilancia, supervisión y evaluación de los servicios educativos estatales.
- Salud, especialmente en lo relacionado con la dirección del sistema Local de Salud, con arreglo a lo dispuesto por el artículo 49 de la Constitución Política.
- Saneamiento básico y agua potable, el cual se refiere a la prestación de servicio de acueducto y alcantarillado, tratamiento de aguas negras y aguas residuales, aseo urbano y saneamiento básico rural, entre otras actividades.
- Vivienda, de manera complementaria a lo dispuesto en la Ley 3 de 1991, es un área en la que se pretende promover y apoyar los programas de vivienda de interés social, en cooperación con los sectores privado, solidario y comunitario.
- Subsidios, los cuales se deberán otorgar a los pobladores más pobres, para la satisfacción de necesidades generales con los servicios con cargo al municipio.
- Fomento de la participación de las entidades privadas y comunitarias en la prestación de tales servicios.
- Asistencia técnica, la cual tiene relación con la asesoría que en materia agropecuaria deben brindar a las municipalidades mediante las Unidades Técnicas de Asistencia Agropecuaria (UMATAS).

Con relación a los departamentos, el artículo 3 de la Ley 60 de 1993 estableció que le correspondía a los departamentos desarrollar las siguientes funciones: “a través de las dependencias de su organización central o de las entidades descentralizadas departamentales competentes, conforme a la ley, a las normas técnicas de carácter nacional y a las respectivas ordenanzas”:

- Administrar las rentas que les haya cedido la nación.
- Registrar las instituciones de salud y definir su naturaleza jurídica.
- Operar como instancia mediadora entre los municipios y la nación.
- Asesorar y prestar asistencia técnica, administrativa y financiera a los municipios y a las entidades que, en los términos establecidos en la Ley 60 de 1993, se encarguen de la prestación de los servicios en ella mencionados; hacer el seguimiento, el control y la evaluación de la gestión municipal, e iniciar las acciones disciplinarias a que hubiere lugar.
- En materia educativa, en desarrollo de las anteriores funciones, que son de carácter general, los departamentos deberán realizar tareas de dirección, administración, financiación y promoción del servicio, así como también labores tendientes a evaluar y promover la oferta de capacitación de los docentes; administrar, programar y distribuir los ingresos de la transferencia; ejercer labores e inspección, vigilancia y control de planteles, e incorporarlos a éstos y sus plantas de personal a la estructura administrativa departamental entre otras.
- En salud, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 49 de la Constitución, los departamentos deben hacerse cargo de los servicios seccionales de salud y cumplir las funciones que por este concepto le asignó la Ley 10 de 1990, además de desarrollar tareas de prevención, tratamiento, rehabilitación, financiación y prestación garantizada del servicio correspondiente al segundo y tercer nivel de atención al usuario, entre otras.
- Otorgar subsidios a los sectores más pobres de la población, con arreglo a los criterios de focalización que planteaba la Ley 60 en su artículo 30.
- Fomento de la participación de las entidades privadas y comunitarias en la prestación de tales servicios.

Estud. Socio-Juríd., Bogotá (Colombia), 5(1): 172-210, enero-junio de 2003

La Ley 60 de 1993 tuvo que afrontar diferentes análisis sobre su constitucionalidad, entre los cuales caben destacarse dos sentencias,²⁸ esto es, la C-520 de 1994 y la C-555 de 1994. En la primera²⁹ se destacan los siguientes aspectos de la parte considerativa: (i) la autonomía de que gozan las entidades territoriales debe desarrollarse dentro de los marcos señalados en la Constitución y con plena observancia de las condiciones que establezca la ley, como corresponde a un Estado social de derecho constituido en forma de República unitaria; (ii) la Constitución le asignó al legislador la facultad para que, con iniciativa del gobierno, determine el porcentaje mínimo de participación de los municipios en los ingresos corrientes de la nación, y defina las áreas prioritarias que se financiarán con dichos recursos. Sin embargo, la definición de tales áreas prioritarias requiere necesariamente la fijación de los porcentajes fijos de inversión en cada una de ellas.

Hay que destacar el importante salvamento de voto suscrito por los magistrados Antonio Barrera Carbonell, Carlos Gaviria Díaz, José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero, en el cual caben destacar los siguientes puntos que reiteran el concepto de autonomía con sus reales alcances: (i) en aquellos aspectos en los cuales la Constitución no facultó al legislador para establecer normas sobre destinación, inversión, manejo de los recursos provenientes de las participaciones a los municipios en los ingresos corrientes de la nación, éstos gozan de plena independencia para adoptar las correspondientes decisiones, por conducto de sus organismos competentes y según sus propias necesidades y prioridades; (ii) cada municipio es propietario de los recursos que le han correspondido por las participaciones en los ingresos nacionales, y sobre ellos ejerce su autonomía; (iii) las autoridades municipales tienen mayor conocimiento de causa para apreciar y evaluar las necesidades de la comunidad. Además, son ellas las que gozan de la competencia constitucional para establecer los planes de desarrollo municipal y el presupuesto; (iv) el legislador sólo está facultado para fijar las áreas prioritarias de inversión social que se financian a través de los recursos provenientes de las participaciones munic-

²⁸ Además, también se pueden ver: C-600 A de 1995, C-151 de 1995, C-296 de 1995 y C-687 de 1996.

²⁹ República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-520 de 1994, magistrado ponente Hernando Herrera, 21 de noviembre de 1994.

pales en los ingresos corrientes de la nación. La Carta Política no lo autoriza para determinar los porcentajes en que cada uno de tales rubros debe ser satisfecho; (v) el legislador sólo puede establecer los porcentajes de inversión en lo relacionado con las zonas rurales, y (vi) la sentencia limita la autonomía municipal, ya que ésta señala porcentajes máximos de inversión en dichas áreas, con lo cual pasa por alto las diferencias de prioridades y necesidades existentes en los municipios, al uniformar la administración de sus rentas e impedir orientar las respectivas partidas hacia los sectores de inversión social que más lo requieran, según las conveniencias y circunstancias de cada localidad.

De igual forma, se hace un interesante análisis de constitucionalidad de la Ley 60 de 1993 en la Sentencia C-555 de 1994,³⁰ de la cual se pueden extraer los siguientes puntos: (i) así como la Constitución ordena que no se pueden descentralizar responsabilidades sin la previa asignación de los recursos fiscales suficientes para atenderlas, la ley que pone en marcha dicho proceso bien puede estructurarlo, de manera que las funciones se radiquen en cabeza del ente de manera progresiva, y en la medida en que cumplan condiciones razonables que aseguren una prestación eficiente del servicio tanto por el aspecto de infraestructura requerida como de conocimiento y destrezas para su cabal manejo y administración; (ii) la autonomía y la descentralización abruptas, repentinas y automáticas amenazan lo que debe ser un avance sostenido y genuino en estas materias, puesto que ponen en peligro los recursos del Estado y afectan a la comunidad usuaria de los servicios. La discusión jurídica se centró en si la Ley 60 de 1993, “por la cual se dictan normas orgánicas sobre la distribución de competencias de conformidad con los artículos 151 y 288 de la Constitución Política y se distribuyen recursos según los artículos 356 y 357 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones” es el tipo de ley adecuada para ello y más si establece la manera como las entidades territoriales deben invertir los recursos, en perjuicio de su autonomía fiscal, entendida como participación en las rentas nacionales. La discusión se centró en definir si tales preceptos estaban acordes con la Constitución y, por ende, si podían ser desarrollados a partir



³⁰ República de Colombia, Corte Constitucional, C-555 del 6 de diciembre de 1994, magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

de una misma norma del orden orgánico, como podía ser la Ley 60 de 1993 o, por el contrario, si sólo podía ser materia de desarrollo legal mediante la ley orgánica de ordenamiento territorial.

Para resolver el problema, la Corte ha desarrollado una línea jurisprudencial invariable, que se confirma en las sentencias C-151 de 1995, C-600 de 1995 (Ley 60 de 1993) y en la C-540 de 2001 (Ley 617 de 2000) y que se resume en que “la Constitución no prohíbe que una misma ley contenga materias orgánicas y temas de la ley ordinaria, siempre y cuando éstos guarden conexión temática razonable y observen el trámite especial consagrado en la constitución para las normas orgánicas”.³¹ “...¿Significa lo anterior que toda asignación específica de competencia entre la nación y las entidades territoriales tienen que ser efectuada por ley orgánica?”.³² La respuesta es no, por cuanto en algunos casos la propia Constitución distribuye ciertas competencias, de suerte que una ley ordinaria puede desarrollar el tema, basándose en las prescripciones generales de la carta (por ejemplo, artículo 356 CP).

3.2 La autonomía territorial cede frente al ajuste estructural de las finanzas públicas

Desde 1984, la nación empezó a arrastrar un déficit fiscal, en ese entonces del 1% del PIB, hasta alcanzar el 7% del PIB de hoy, razón por la cual ha mantenido índices elevados de gasto en los asuntos de su competencia, que ha generado un desajuste general de las finanzas públicas, ya que el modelo de descentralización que pretendía precisamente reducir los índices de gasto del sector central no estaba rindiendo los frutos esperados. Incluso se llegó al terrible y patológico caso de que los gastos de la administración central, en lugar de presentar disminuciones de gran envergadura, como era lo esperado, se incrementaron con las nocivas consecuencias que de ello se deriva desde el punto de vista fiscal.

Éste fue el hecho previsto desde los tiempos de la constituyente, cuando el profesor de Hacienda Pública, Juan Camilo Restrepo, afirmaba:

³¹ República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-537 *op. cit.*

³² República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-600 A de 1995, magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero.

El gran interrogante es el siguiente: ¿si se transfieren más recursos hacia los municipios qué certeza existe de que el gasto equivalente al nivel central se desmontará efectivamente? La experiencia de la Ley 12 de 1986 demuestra que los dineros que salieron de los municipios, infortunadamente, no se vieron reflejados en menores gastos del Gobierno Central. El gasto público termina entonces duplicándose, y ese es el peor cóctel en materia fiscal: más transferencias e igual gasto del Gobierno Central significa inexorablemente mayores desajustes en las finanzas públicas.³³

3.2.1 La Ley 549: sentencias C-1189 de 2000 (conc. T-090 de 1999) y C-1187 de 2000

Cabe señalar anticipadamente que la Ley 549 no se dirige al conjunto de las finanzas territoriales, sino al punto específico de su pasivo pensional. Sin embargo, el tema pensional, por sí mismo, tiene una gran importancia dada su magnitud y su incidencia social. Por ello, la jurisprudencia constitucional avaló las restricciones a la autonomía territorial con fundamento principalmente en consideraciones atinentes a la efectividad de derechos fundamentales.

En la Sentencia C-1189 de 2000, la Corte partió de cuatro premisas básicas:

- La Constitución Política no definió el grado de autonomía de los entes territoriales, ya que delegó en el legislador tal competencia, de forma que “el grado de autonomía que tienen los entes territoriales lo califica directamente la ley”.
- El pago oportuno de las mesadas pensionales está directamente relacionado con la efectividad de los derechos fundamentales de quienes tienen derecho a recibirlas.
- El problema pensional de los entes territoriales se debe fundamentalmente a “desgreño administrativo”, manifestado en el hecho de que la mayoría de entidades no constituyeron las reservas de carácter financiero para pagar oportunamente las mesadas correspondientes.
- El Congreso de la República tiene plena y exclusiva atribución para regular el régimen de pensiones.



³³ En Restrepo, Juan Camilo, “Economía colombiana”, en *Revista de la Contraloría General de la República*, septiembre-octubre, 1991.

Con fundamento en las premisas anteriores, la Corte concluyó, en síntesis, lo siguiente: (i) la crisis fiscal de los entes territoriales exige la oportuna intervención de la nación, para remediar la situación de los beneficiarios de la seguridad social y asegurar la efectividad de su derecho a recibir pensión; (ii) la autonomía territorial no puede constituirse en un límite cuando el legislador, como sucede en la Ley 549, establece normas que buscan asegurar el cumplimiento del derecho fundamental a la seguridad social, y (iii) es válido que una ley regule los criterios generales, la organización y la financiación futura de las pensiones, a cargo de los entes territoriales, máxime cuando el Fonpet no desconoce la autonomía territorial, pues las entidades mantienen las competencias atinentes a la administración, reconocimiento y pago de las pensiones.

En mi concepto, el criterio de la Corte puede resumirse en lo siguiente: la autonomía de los entes territoriales, en cuanto al manejo de sus recursos, puede ser limitada por el legislador en aras de la efectividad del derecho fundamental a la seguridad social, especialmente cuando tal derecho se vea amenazado por descuidos atribuibles a esos mismos entes.

3.2.2 La Corte Constitucional y la Ley 617: sentencias C-540 y C-579 de 2001

La Ley 617 busca lograr la viabilidad financiera de los entes territoriales, es decir, entiende por ello que su gasto corriente sea cubierto con sus ingresos corrientes. Para ello toma en síntesis las siguientes medidas: (i) limita ciertos rubros del gasto corriente, especialmente el gasto de funcionamiento, incluido el destinado al funcionamiento de los cuerpos colegiados y los órganos de control territoriales; (ii) consagra un régimen de inhabilidades e incompatibilidades más estricto, con el ánimo de mejorar la transparencia y calidad de la gestión pública territorial y municipal; (iii) modifica o modera el efecto de leyes anteriores que imponían obligaciones legales a los municipios en temas como control interno, deporte, vivienda, etc., que a su vez se traducían en gasto público; (iii) establece condiciones para el otorgamiento de ayuda financiera de la nación a los departamentos, distritos y municipios, condiciones que a su vez buscan 'inducir' a las entidades a llevar a cabo el saneamiento fiscal previsto en la ley.

La jurisprudencia sobre esta ley es quizá la más importante, pues en ella se impusieron las restricciones más fuertes a la autonomía

Estud. Socio-Juríd., Bogotá (Colombia), 5(1): 172-210, enero-junio de 2003

de los entes territoriales y los pronunciamientos de la Corte Constitucional fueron muy específicos en señalar la validez de la mayoría de tales limitaciones.

En la sentencia C-540 de 2001 (22 de mayo, magistrado ponente Jaime Córdoba Triviño), en relación con las limitaciones a la autonomía territorial la Corte afirmó, en síntesis, lo siguiente:

- Respecto del ajuste a los presupuestos, en caso de que los recaudos efectivos sean menores que los presupuestados (artículo 13 de la Ley 617):³⁴ la ley puede fijar el destino de las rentas tributarias de propiedad de los entes territoriales cuando resulte necesario para proteger la estabilidad macroeconómica de la nación.

En este sentido, el ajuste no vulnera la autonomía al estar de por medio un asunto de interés general, como lo es la estabilidad macroeconómica e institucional del país. Lo que sí resulta inconstitucional es ordenar una reducción proporcional en todas las secciones del presupuesto, pues ello sí afecta la autonomía territorial, por cuanto le resta espacio político y decisión a la entidad respectiva y desconoce el carácter prioritario que tiene el gasto social sobre cualquier otra asignación.

- En relación con la prohibición de hacer transferencias a empresas ineficientes (artículo 14 de la ley 617):³⁵ la Corte parte de la base de que los monopolios son arbitrios rentísticos con finalidad de interés público o general y de que constitucionalmente el Estado está autorizado para liquidar monopolios ineficientes, de manera que los monopolios de licores y de suerte y azar —y por



³⁴ Artículo 13 de la Ley 617: “Ajuste de los presupuestos. Si durante la vigencia fiscal, el recaudo efectivo de ingresos corrientes de libre destinación resulta inferior a la programación en que se fundamentó el presupuesto de rentas del departamento, distrito o municipio, los recortes, aplazamientos o supresiones que deba hacer el ejecutivo afectarán proporcionalmente a todas las secciones que conforman el presupuesto anual, de manera que en la ejecución efectiva del gasto de la respectiva vigencia se respeten los límites establecidos en la ley”.

³⁵ Artículo 14 de la Ley 617: “Prohibición de transferencias y liquidación de empresas ineficientes. Prohíbese al sector central departamental, distrital o municipal efectuar transferencias a las empresas de licores, a las loterías, a las empresas prestadoras de servicios de salud y las instituciones de naturaleza financiera de propiedad de las entidades territoriales o con participación mayoritaria de ellas, distintas de las ordenadas por la ley o de las necesarias para la constitución de ellas y efectuar aportes o créditos bajo cualquier modalidad.

Cuando una Empresa Industrial y Comercial del Estado o sociedad de economía mixta, de aquellas a que se refiere el presente artículo genere pérdidas durante tres años seguidos, se presume de derecho que no es viable y deberá liquidarse o enajenarse la participación estatal en ella, en ese caso sólo procederán las transferencias, aportes o créditos necesarios para la liquidación”.

lo tanto las empresas industriales y comerciales que los explotan— deben financiar la actividad estatal y no al revés.

Con fundamento en lo anterior, la Corte concluye lo siguiente: (i) al ordenar la liquidación de empresas monopólicas ineficientes, se atiende al principio de prevalencia del interés general; (ii) la prohibición de efectuar transferencias aportes o créditos a este tipo de empresas no vulnera la autonomía territorial, pues la prohibición es razonable y está justificada también en el propósito de defender el interés general, y, finalmente, (iii) la prohibición es injustificada y atenta contra la autonomía, en cuanto se refiere a empresas prestadoras del servicio de salud, por lo cual viola la constitución en lo que a ellas se refiere.

La Corte no lo dice directamente, pero de sus afirmaciones se infiere con claridad que el legislador puede intervenir en la facultad de ordenación y asignación de gasto de los entes territoriales, aun a costa de su autonomía, cuando un monopolio se constituya en fuente de gastos y no de ingresos, pues tal situación atenta contra el interés general, pues en este caso representa, en el equilibrio fiscal de los entes territoriales y el debido funcionamiento de los servicios, que tales monopolios deben financiar.³⁶

En la Sentencia C-579 de 2001 (5 de junio, magistrado ponente Eduardo Montealegre Lynett) la Corte sostuvo lo siguiente, en relación con el tema de la autonomía:

- Respecto y los límites los gastos de funcionamiento de los entes territoriales (artículos 3 a 11 de la Ley 617): en materia presupuestal el núcleo de la autonomía es más reducido, pues el legislador tiene mayor grado de intervención para regular el devenir económico de la República, siempre y cuando sus medidas sean razonables y proporcionadas. Por ello puede intervenir tanto en las finanzas territoriales para preservar la estabilidad macroeconómica nacional

³⁶ Cabe resaltar los salvamentos de votos de los magistrados Tafur, Araujo y Beltrán. Para el primero, el artículo 14 de la Ley 617 era desproporcionada, irrazonable y violatoria del núcleo esencial de la autonomía territorial, pues no considera la posibilidad de que los departamentos deben hacer aportes especiales e inversiones en este tipo de empresas, en la misma forma que lo hicieron al constituir las. Para los otros dos magistrados, las normas que señalan valores máximos para el gasto de funcionamiento de los entes territoriales violan el artículo 362 de la Carta que prohíbe al legislador fijar el destino de rentas o bienes de propiedad de los entes territoriales (salvo el caso de guerra exterior). Teniendo en cuenta, además, que las rentas cedidas no son realmente recursos exógenos cuando se originan en los municipios y que en todo caso, una vez ingresan al patrimonio de éstos, quedan amparado bajo la prohibición del artículo 362 constitucional.

como en el manejo de sus recursos de fuente exógena y, además, en los de fuente endógena, pues la estabilidad macroeconómica es asunto del mayor interés nacional.

Para la Corte estaba ampliamente demostrada la existencia de circunstancias que justifican la intervención legislativa sobre recursos de fuente endógena, es decir, el “desbalance fiscal y casi incontrolable endeudamiento de las entidades territoriales”, pues sólo tres departamentos no ingresaron a programas de saneamiento fiscal y en el 80% de los municipios los gastos de superan los ingresos corrientes.

- La Corte consideró desproporcionada o injustificada y, por lo tanto, declaró inexecutable la expresión “o acto administrativo” contenida en el artículo 3^o³⁷ de la Ley 617, en cuanto sólo es válida respecto a actos administrativos dictados por asambleas o concejos; igualmente, declaró la inexecutable de los literales a, h y j del párrafo del mismo artículo, que prohibían utilizar para gastos de funcionamiento los recursos provenientes de situado fiscal, titularizaciones y ventas de activos fijos; por considerarlas demasiado gravosas.
- Respecto de los topes a la remuneración de contralores y personeros (artículo 22 de la Ley 617): la fijación de topes a la remuneración de contralores y personeros municipales es constitucional, pues sólo se estipula un tope máximo, lo cual no viola las facultades del gobierno nacional de señalar escalas de remuneración dentro de los criterios de la ley marco (artículos 150-19 y 189-14 constitucionales).

3.2.3 El Acto Legislativo 01 de 2001 y la Ley 715 de 2001

El Acto Legislativo 01 de 2001 se originó de una profunda crisis fiscal, debido principalmente al aumento del gasto público, en todos los ámbitos, atribuido, desde el punto de vista territorial, a los incrementos que se presentaron en los volúmenes de rentas nacio-



³⁷ Artículo 3^o de la Ley 617: “Financiación de gastos de funcionamiento de las entidades territoriales. Los gastos de funcionamiento de las entidades territoriales deben financiarse con sus ingresos corrientes de libre destinación, de tal manera que sean suficientes para atender sus obligaciones corrientes, provisionar el pasivo prestacional y pensional; y financiar, al menos parcialmente, la inversión pública autónoma de las mismas. Párrafo 1^o. Para efectos de lo dispuesto en esta ley se entiende por ingresos corrientes de libre destinación los ingresos corrientes excluidas las rentas de destinación específica, entendiendo por éstas las destinadas por ley o por acto administrativo a un fin determinado.[...] En todo caso, no se podrán financiar gastos de funcionamiento con recursos de: a) el situado fiscal [...] h) Los activos, las inversiones y rentas titularizadas [...] j) el producto de la venta de activos fijos...”.

nales que se cedían anualmente a las entidades territoriales por concepto de transferencias y de participaciones. De lo anterior se desprendió que el Fondo Monetario Internacional estableciera dentro de sus recomendaciones la necesidad para el país de realizar su ajuste fiscal también en el ámbito territorial, lo que implicaba ajustar en su totalidad el modelo descentralizador y, de esta manera, el país continuará siendo susceptible de ser considerado sujeto de los créditos de la banca multilateral.

Por lo anterior, el Acto Legislativo 01 de 2001 propendió por desaparecer del marco constitucional los conceptos de situado fiscal y de participación de los municipios en los ingresos corrientes nacionales, para sustituirlos por un sistema general de participaciones. Este hecho dejó completamente obsoleta la normatividad de la Ley 60 de 1993, que había sido expedida para regular el tema de las transferencias territoriales y para establecer las competencias en su manejo y administración en cada sector del gobierno. De allí se desprende la necesidad de reglamentar nuevamente la materia, que sea concordante con las nuevas disposiciones constitucionales introducidas con la reforma constitucional del Acto Legislativo 01 de 2001.

La Ley 715 de 2001 es el desarrollo de los artículos 151, 288, 356 y 357 de la Constitución Nacional (Acto Legislativo 01 de 2001), para organizar, primordialmente, la prestación de los servicios de salud y de educación. En el presente documento hacemos hincapié en la distribución de competencias y en las obligaciones que supone para los departamentos el cumplimiento de esta ley. Con la Ley 715 de 2001 se pretende:

- Hacer del sistema de transferencias intergubernamentales un medio efectivo para profundizar en la descentralización, y consolidar así el proceso de traslado de recursos y competencias a las entidades territoriales, a partir de los principios de autonomía y participación ciudadana.
- Asignar de una vez por todas, de manera clara, las competencias con el fin de evitar la duplicidad de funciones, optimizar el uso de los recursos por parte de las entidades territoriales y permitir también un mejor control de éstos.
- Asignar los recursos de manera equitativa y eficaz, con el fin de satisfacer las necesidades básicas de la población pobre que se encuentra ubicada en las entidades territoriales, especialmente en las áreas rurales.

Estud. Socio-Juríd., Bogotá (Colombia), 5(1): 172-210, enero-junio de 2003

- Promover el desarrollo local y fortalecer la autonomía territorial.

De esta manera el legislador, además de reglamentar las nuevas disposiciones constitucionales contenidas en el Acto Legislativo 01 de 2001, pretendió también solucionar problemas estructurales de las entidades territoriales, con respecto a la satisfacción de necesidades básicas, especialmente en lo atinente a los servicios públicos. En ese sentido, la nueva ley mantiene la destinación que se daba al situado fiscal y a la participación de los municipios en los ingresos corrientes de la nación, pero por medio del nuevo sistema único de transferencias, que asegura la satisfacción de las necesidades básicas indispensables de los sectores más débiles de la población en las condiciones que se relataron en la parte anterior.

La base del cálculo del nuevo sistema general de participaciones será una suma no inferior a 10,92 billones de pesos, la cual crecerá en un monto igual al porcentaje en el que se haya incrementado la inflación en el año inmediatamente anterior más dos puntos adicionales (2%) durante la primera etapa del periodo de transición (2002-2005) y de dos puntos y medio, durante la segunda etapa (2006-2008).

De esta base se excluyen los recursos del Fondo Nacional de Regalías, lo mismo que los definidos por el artículo 19 de la Ley 6 de 1992 como exclusivos de la nación, por razón de autorizaciones conferidas al Congreso por una sola vez, conforme al Acto Legislativo 01 de 2001.

Igualmente, de esta suma deberá hacerse una deducción anual del 4%, a fin de destinarla a los territorios indígenas (0,52%); a los municipios cuyos territorios limiten con la ribera del río Magdalena y en proporción a la ribera de cada municipio (0,08%), previa certificación del Instituto Geográfico Agustín Codazzi; a los distritos y municipios, para que adelanten programas de alimentación escolar (0,5%), y al Fondo Nacional de Pensiones de Entidades Territoriales —Fonpet— (2,9%).

Conforme al artículo 3 de la Ley 715 de 2001, el Sistema General de Participaciones está conformado por: (i) una participación con destinación específica para el sector educativo, que se denominara participación para educación; (ii) una participación con destinación específica para el sector de la salud, que se denominara participación para la salud; (iii) una participación de propósito general que incluye los recursos para agua potable y saneamiento básico, que se denominará participación para propósito general.

Estud. Socio-Juríd., Bogotá (Colombia), 5(1): 172-210, enero-junio de 2003

De acuerdo con lo ordenado por el artículo 4 de la Ley 715 de 2001, los recursos del Sistema General de Participaciones se distribuyen de la siguiente manera: educación, 58,5%; salud, 24,5%, y propósito general, 17%, de conformidad con los criterios establecidos en el artículo 356 de la Constitución, modificado por el artículo 2 del Acto Legislativo 01 de 2001.³⁸

3.2.4 La participación de los departamentos y de los municipios en la regalías originadas para la nación

Las regalías son, en términos comunes, un privilegio, prerrogativa, preeminencia o la facultad privativa del soberano (el rey antiguamente) y jurídicamente, una contraprestación económica que percibe el Estado, como titular del subsuelo y de los recursos naturales no renovables (artículo 332 CP) y que está a cargo de las personas a quienes se otorga el derecho a explorar o explotar tales bienes o recursos naturales no renovables. Esa contraprestación consiste en un porcentaje sobre el producto bruto explotado que el Estado exige como propietario de los recursos naturales no renovables, bien directamente o mediante las entidades públicas, titulares de las regalías.³⁹

Debe aclararse el alcance de la titularidad de las regalías en cabeza del Estado. Al respecto la Corte Constitucional ha dicho que:

En general nuestra normatividad ha reservado la palabra “Nación”, en vez de la palabra “Estado”, para hacer referencia a las autoridades centrales y distinguirlas de las autoridades descentralizadas. La Carta utiliza la palabra Nación cuando se refiere a las competencias propias de las autoridades centrales, mientras que la palabra Estado denota en general el conjunto de todas las autoridades públicas. En nuestro orden constitucional la palabra “Estado” no se refiere exclusivamente a la Nación sino que se emplea en general para designar al conjunto de órganos que realizan las diversas funciones y servicios estatales, ya sea en el orden nacional, o ya sea en los otros niveles territoriales. [...] Dado que se trata de recursos propios del Estado, su asignación no puede contrariar, lo que la propia Constitución establece, que deben destinarse a promover intereses nacionales —como la minería o el medio ambiente— a patrocinar el crecimiento armónico de las regiones a través de la financiación de proyectos de desarrollo local o regional definidos en los planes de

³⁸ No se hace un análisis de las sentencias proferidas por la Corte Constitucional en relación con la Ley 715 de 2001 (sentencias C-615 de 2002, C-617 de 2002, C-618 de 2002 y C-737 de 2002), porque no han tocado directamente el tema de la autonomía fiscal de los entes territoriales, lo que parece confirmar que es posible, vía ley, restringir o limitar la autonomía de gasto de las entidades territoriales.

³⁹ República de Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia 567 de 1995, magistrado ponente Fabio Morón Díaz.

desarrollo.⁴⁰

Para administrar y recaudar las regalías con un criterio nacional, se creó el Fondo Nacional de Regalías con la función de administrarlas y de distribuirlas a todas las entidades territoriales del país. Por ello tales entidades no poseen ningún tipo de derecho directo sobre las regalías, sólo uno accesorio de participar de ellas con un criterio compensatorio.

En este sentido, ni siquiera es viable que las entidades territoriales participen por delegación en la administración de recursos. “El legislador no está facultado para adscribir a entidades administrativas locales o seccionales de creación legal, las funciones que la Constitución le ha encomendado directamente. Adicionalmente, tampoco puede delegar en autoridades administrativas de los municipios, distritos o departamentos, funciones constitucionales propias de entidades administrativas del orden nacional. La Constitución adscribe directamente al legislador la función de definir los criterios que habrán de ser tenidos en cuenta para distribuir los recursos provenientes de las regalías. Adicionalmente, la propia Carta asignó al Fondo Nacional de Regalías la tarea de establecer los derechos concretos de participación de las distintas entidades territoriales sobre los recursos de que trata el citado artículo. En consecuencia, debe afirmarse que no podía el legislador trasladar una u otra competencia a entidades administrativas departamentales de creación legal. En el presente caso, la Corte no encuentra norma constitucional alguna que permita a la ley delegar, *in genere*, al departamento, la función de definir los términos que definen los criterios de distribución de los recursos provenientes de las regalías y compensaciones. En otras palabras como lo señaló el Tribunal Administrativo ni el gobernador ni Las asambleas departamentales pueden asumir las funciones relativas a la de definición de los criterios generales de reparto de los recursos estatales provenientes de las regalías que por expreso mandato constitucional, competen a las autoridades nacionales especificar al legislador [...] En consecuencia la creación de un fondo departamental de regalías que tenga la función de mantener los recursos a redistribuir entre las entidades territoriales vulnera lo dispuesto en el artículo 360 de la Carta en la medida en que otorga a una entidad departamental una función constitucionalmente asignada al Fondo Nacional de Regalías.⁴¹

Los criterios de reparto de las regalías también son precisados por la Corte Constitucional:⁴² (1) las regalías que se causen por la explotación o el transporte de recursos naturales no renovables son de propiedad del Estado; (2) las entidades territoriales en cuya jurisdicción se realicen tareas de explotación y de transporte son



⁴⁰ Sentencia C-221 de 1997, magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero. Véanse en el mismo sentido las sentencias: CO36 de 1994, C- 179 de 1994, T-141 de 1994, C-098 de 1993, C-580 de 1999, C-299 de 1999, C-447 de 1998, C-691 de 1996 y C-128 de 1998. Para un análisis del tema frente a las regiones y una LOOT véase: Katime Orcasita y Sierra Cadena *op. cit.*

⁴¹ Sentencia C-567 de 1995 *op. cit.*

⁴² Sentencia C-580 de 1999.

acreedoras de un derecho constitucional de participación directa en las regalías, que debe ser definido por el legislador; (3) los recursos provenientes de las regalías que no se distribuyan entre las entidades territoriales que ostenten el derecho constitucional de asignación directa, deben depositarse en el Fondo Nacional de Regalías; (4) corresponde al legislador definir los términos en virtud de los cuales deben asignarse los porcentajes de participación de las entidades territoriales en los recursos del Fondo Nacional de Regalías; (5) es competencia de las autoridades nacionales encargadas de administrar el Fondo Nacional de Regalías establecer, conforme a los términos definidos por el legislador, los derechos de participación en las regalías de las entidades territoriales; (6) las autoridades nacionales deben asignar los recursos del Fondo Nacional de Regalías a la promoción de la minería, la preservación del ambiente y la financiación de proyectos territoriales de inversión definidos como prioritarios en los planes de desarrollo de las respectivas entidades territoriales, a fin de alcanzar el desarrollo armónico de todas las regiones.

Cualquiera que sea el sistema de reparto de las regalías diseñado por el legislador, un porcentaje de los recursos debe destinarse, necesariamente, a las entidades territoriales en las que se desarrollan actividades de explotación o transporte de los recursos naturales no renovables de propiedad del Estado. Se trata, en este caso, de una destinación directa en virtud de un derecho constitucional de configuración legal a participar, directamente, en la distribución de los recursos provenientes de las regalías y las compensaciones. Sin embargo, como tales entidades territoriales no son las únicas destinatarias de las regalías, el sistema de reparto debe considerar la existencia de un remanente que será distribuido entre los municipios y los departamentos que no son beneficiarios directos en los términos antes descritos. Esta forma de asignación se ha denominado asignación indirecta y se realiza mediante el Fondo Nacional de Regalías.

4. CONCLUSIONES

4.1 La autonomía fiscal y la ausencia de la ley orgánica de ordenamiento territorial

Una característica especial de las finanzas públicas territoriales la constituye el hecho de que el artículo 362 de la Constitución de 1991 consagre que: “La Ley no podrá conceder exenciones ni tratamientos preferenciales en relación con los tributos de propiedad de las entidades territoriales. Tampoco podrá imponer recargos sobre sus impuestos salvo lo dispuesto por el artículo 317”.

En virtud de este artículo, cobra plenitud la intangibilidad de los bienes y rentas pertenecientes a los departamentos y municipios. En adelante tan sólo las entidades territoriales podrán decidir qué hacer con sus propios bienes y rentas, principio de la autonomía patrimonial establecida en el numeral 3º del artículo 287, también constitucional.

Aquí la pregunta es si los tributos son propiedad exclusiva de las entidades territoriales, ¿por qué no se le confiere plena autonomía o soberanía a éstas, para el manejo de las participaciones que son de su propiedad, porque, cabe recordar, que fueron los entes territoriales los que desbordaron su gasto corriente a través del sostenimiento de infladas nóminas burocráticas y excesos de asambleas, concejos, contralorías y personerías?⁴³

Considero que la ley es una excelente forma de control (y de control del gasto); sin embargo, la ley orgánica del ordenamiento territorial debió cumplir este papel, por una parte, previniendo el doble gasto público, como lo anticipó el tratadista Juan Camilo Restrepo, y, por otro, ordenando la administración territorial que, la verdad a hoy, no ha sufrido modificaciones sustanciales (a pesar de la Constitución de



⁴³ Pero si los supuestos por los cuales se justifica la descentralización funcionan adecuadamente, entonces ¿por qué las entidades descentralizadas incurrieron en formas de gasto que constituían un claro desperdicio de recursos y que no están orientadas a resolver las necesidades de su población? En el mismo sentido, tampoco puede considerarse que la utilización para gasto corriente de sumas que debían ingresar a reservas pensionales constituya expresión de preferencias ciudadanas y cabe preguntarse ¿por qué, si es cierto que las comunidades locales controlan mejor autoridades administrativas elegidas por ellas, muchos mandatarios locales pudieron inflar las nóminas como lo hicieron, incrementando el gasto corriente y perjudicando la inversión?

1991) distintas de la elección popular de sus ejecutivos, que como consecuencia trae una mayor exigencia del electorado, reflejada en el mayor gasto público. Por otra, la existencia de esta ley orgánica permitiría el desarrollo de las competencias normativas propias de las entidades territoriales, al asegurar cabalmente y sin mayores discusiones su ámbito de autonomía, hoy vulnerado por múltiples leyes ordinarias incongruentes e incluso a veces contradictorias.

4.2 La débil autonomía fiscal, una ausencia hermenéutica

Las recomendaciones más importantes de la Misión de Relaciones Intergubernamentales de los años ochenta, enmarcadas dentro del proceso de descentralización, se orientaron a la búsqueda de la independencia fiscal entre los diferentes ámbitos de gobierno, en especial en el local, al tiempo que se protegía el equilibrio presupuestal en el central.⁴⁴

El artículo 287 constitucional reitera el principio de autonomía consagrado en el artículo 1º constitucional, en virtud del cual “las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, y dentro de los límites de la constitución y la ley...”. Sin embargo, es necesario observar cómo la autonomía de la cual se está hablando es recortada y, en la práctica, la autonomía territorial no es tan amplia como en principio pudiera imaginarse, de tal suerte que la autonomía fiscal de las entidades territoriales resulta una paradoja: es derecho constitucional, pero en función de las decisiones autónomas y centralistas del Estado. Se pregunta entonces, ¿cómo dicha autonomía puede ser recortada?

Definitivamente no se puede hacer, pero para ello debería considerarse una interpretación sistemática del tema de la autonomía fiscal a partir del artículo 362 de la Constitución Política, verdadera pieza de arqueología constitucional, que tiene su origen remoto en el Acto Legislativo 03 de 1910, y su propósito era la defensa de los bienes y rentas de los, en ese entonces, recientes departamentos surgidos de las cenizas de los Estados soberanos en la Colombia federal.

⁴⁴ Moncayo C., Víctor Manuel, *Descentralización territorial, situado fiscal y participaciones para la inversión social*, DNP, Bogotá, 1994.

La unidad territorial de la República hizo necesario elevar a norma constitucional la garantía de intangibilidad de los bienes y rentas de las entidades territoriales, y así se entendió en 1910, 1968, 1987 y 1991, donde distintos constituyentes dieron diversas redacciones a tal precepto, sin que perdiera su preciso sentido autonómico que asimilan la autonomía territorial en este tema a la que constituye la esencia de la modernidad, la autonomía de los particulares como autonomía de la voluntad.

4.3 La autonomía fiscal y la democracia

La autonomía fiscal no puede verse como un fin en sí misma, sino como un medio para el logro de otros fines. Éste es un elemento indispensable de la democracia liberal y un instrumento para lograr una eficiente asignación de recursos públicos.

Como parte de la democracia liberal, es un mecanismo, al mismo tiempo, de profundización hacia la democracia de participación y de control del poder político.⁴⁵ Como instrumento para mejorar la asignación de recursos públicos, se supone que permite tal cosa en la medida en que deja a los ciudadanos expresar con mayor claridad sus preferencias y orientar hacia ellas el gasto público local.

Ambos factores se complementan, pues su eficacia como instrumento de asignación de recursos supone que los ciudadanos y habitantes de los entes territoriales expresen sus preferencias mediante los mecanismos de participación (entre ellos el voto)⁴⁶ y que a través de esos mismos mecanismos y, aprovechando su cercanía, controlen a las autoridades que manejan los recursos públicos en la respectiva entidad territorial.

BIBLIOGRAFÍA

Amaya Pulido, Pedro José (dir.), *Colombia un país por construir. Problemas y retos presentes y futuros*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2000.



⁴⁵ Bobbio, Norberto, *Liberalismo y democracia*, Fondo de Cultura Económica, Bogotá, 1995, pp. 19-20.

⁴⁶ Al respecto, Forero Pineda, Clemente, *Descentralización y participación ciudadana*, Tercer Mundo, CID, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1997.

- Bobbio, Norberto, *Liberalismo y democracia*, Fondo de Cultura Económica, Bogotá, 1995.
- Diario Oficial*, No. 40.987, del 12 de agosto de 1993.
- Fals Borda, Orlando, *Región e historia. Elementos sobre ordenamiento territorial y equilibrio regional en Colombia*, s. e., Bogota, 1996.
- Forero Pineda, Clemente, *Descentralización y participación ciudadana*, Tercer Mundo, CID, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1997.
- Giraldo Ángel, Jaime, *Metodología y técnica de la investigación jurídica*, s. e., Bogotá, 1989.
- _____, "Hermenéutica jurídica", en *Hermenéutica jurídica. Homenaje al maestro Darío Echandía*, Ediciones Rosaristas, Bogotá, 1997, pp. 41-55.
- Hernández Becerra, Augusto, "Fermento federalista en la Constitución de Colombia. Actualidad y validez del principio federal", en VV. AA., *El federalismo en Colombia pasado y perspectivas*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1997.
- Katime Orcasita, Abraham y Sierra, Jesús, *Carta de navegación del proceso de regionalización en Colombia*, tesis de grado, Facultad de Jurisprudencia, Universidad del Rosario, Bogotá, 2002.
- Leal Buitrago, Francisco y Dávila Ladrón de Guevara, *Clientelismo. El sistema político y su expresión regional*, Tercer Mundo-Universidad Nacional de Colombia, Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales (IEPRI), Bogotá, 1990.
- López Medina, Diego E., *El derecho de los jueces*, Legis, Bogotá, 2000.
- Mattos, Carlos A., "La descentralización. ¿Una nueva panacea para impulsar el desarrollo local?", en *Cuadernos de Economía*, No. 14.
- Misas Arango, Gabriel (edit.), *Desarrollo económico y social en Colombia. Siglo XX*, Universidad Nacional de Colombia, sede Bogotá, Facultad de Ciencias Económicas, Bogotá, 2001.
- Moncayo C., Víctor Manuel, *Descentralización territorial, situado fiscal y participaciones para la inversión social*, DNP, Bogotá, 1994.
- República de Colombia, Banco de la República, "Las finanzas departamentales y municipales en contexto del sector público colombiano. Una reseña histórica", en *Finanzas públicas regionales de Colombia. 1980-1987*, Bogotá, 1990.
- _____, Corte Constitucional, C-555 del 6 de diciembre de 1994, magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.
- _____, Corte Constitucional, sentencias C-600 A de 1995, C-151 de 1995, C-296 de 1995 y C-687 de 1996.
- _____, Corte Constitucional, Sentencia C-520 de 1994, magistrado ponente Hernando Herrera, 21 de noviembre de 1994.

- _____, Departamento Nacional De Planeación, *Evaluación de la descentralización en Colombia. Balance de una década*, Bogotá, 2002.
- _____, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, *El ajuste estructural de las finanzas públicas. Proyectos de ley complementarios al presupuesto de la verdad*, Bogotá, 1999.
- _____, Presidencia de la República, Consejería para el Desarrollo de la Constitución, Asamblea Nacional Constituyente, Consulta textual y referencial, sesión comisión 2, 5 de abril (2405), p. 1; 2 de mayo (2514), pp. 1-3; 13 de junio (0613), pp. 1-5; 16 de junio (0616), pp. 1 y 2; 22 de junio (0622), pp. 1-10; 23 de junio (0623), pp. 1-2; 3 de julio (0703), pp. 1-2, Bogotá, 1991.
- Restrepo Botero, Darío, "El mito de Sísifo o veinte años de pujanza descentralizadora", en Misas Arango, Gabriel (edit.), *Desarrollo económico y social en Colombia. Siglo XX*, Universidad Nacional de Colombia, sede Bogotá, Facultad de Ciencias Económicas, Bogotá, 2001.
- Restrepo, Juan Camilo, "Economía colombiana", en *Revista de la Contraloría General de la República*, septiembre-octubre, 1991.
- _____, *Nuevos rumbos para la descentralización*, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Imprenta Nacional, Bogotá, 2000.
- Sánchez Torres, Carlos Ariel y Naranjo Galves, Rodrigo, *La Ley 549 de 1999. Pasivo pensional de los entes territoriales. Análisis preliminar*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2000.
- Torrellas, Sandra, "Financiamiento de la gestión estatal. Situado, competencias exclusivas e inversiones conjuntas", en Cruz, Rafael de la y otros (comp.), *Federalismo fiscal*, s. e., Caracas, 1994, pp. 104 y ss.
- VV. AA., *El federalismo en Colombia. Pasado y perspectivas*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1997.
- Vidal Perdomo, Jaime, *La región en la organización territorial del Estado*, Centro Editorial de la Universidad del Rosario, Bogotá, 2001.
- Zafra Roldán, Gustavo, "El proyecto de ley orgánica de ordenamiento territorial", en VV. AA., *El Federalismo en Colombia. Pasado y perspectivas*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1997.