

LA REALIDAD DE LA DESCENTRALIZACIÓN EN COLOMBIA A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN DE 1991.

Autores: Garcia Largo Ana Beatriz, Colmenares Laguado Jorge Eliecer, Rolon Omaña Gustavo Adolfo

RESUMEN:

La descentralización administrativa fue constituida legalmente por el Estado Colombiano a partir de la Constitución de 1886 donde se dieron sus primeros inicios y consolidada en la Constitución de 1991, como un modelo de organización del estado y buen ejercicio de las funciones públicas para el cumplimiento de los fines esenciales del estado, para lo cual se le otorga a los entes territoriales la autonomía para desarrollar actividades administrativas propias del mismo en el marco de sus competencias y obligaciones constitucionales. No obstante, teniendo la facultad constitucional para el buen ejercicio de sus funciones hoy en día se ve limitada por las disposiciones legales expedidas a través de la rama legislativa y en muchas ocasiones por iniciativas propias del ejecutivo (presidente) que han conllevado a que todas las acciones o actividades se centralicen fortaleciendo hoy en día el presidencialismo.

PALABRAS CLAVES: Descentralización, modelo de organización, presidencialismo.

LA REALIDAD DE LA DESCENTRALIZACIÓN EN COLOMBIA A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN DE 1991.

El presente documento tiene como finalidad, presentar la descentralización administrativa del Estado colombiano, mediante el análisis del marco constitucional que la reconoce como calidad y principio; como también, se estudiará el marco legal que la regula, teniendo presente los criterios de la Corte Constitucional. Hecho lo anterior, se revisará la autonomía de los entes territoriales con el objeto de establecer la justificación de la limitación legal a tal autonomía, que ocasiona la disminución de la función administrativa de los entes territoriales al ser asignadas al Gobierno. Para tal efecto, se tomará el marco legal de las regalías, que permitirán desarrollar un estudio sobre la tendencia de centralizar ciertas funciones administrativas descentralizadas sin que sea contrario a la Constitución Política.

Cuando se expresa la palabra descentralización en su contexto refleja el significado de trasladar o ceder competencias de una unidad superior o administración central a una o varias unidades o administraciones inferiores que hacen parte del mismo, la cual se hace necesaria

para efectos de poder cumplir con los fines esenciales para lo cual ha sido creada y poder extender su cobertura en beneficio de la población a quien se dirige especialmente sus acciones e inversión de recursos.

Analizada la historia de Colombia antes de la Constitución de 1991, el modelo del Estado era plenamente centralizado, no obstante debido a circunstancias o hechos que se analizaron desde el punto de vista económico, social y político dieron inicio a la idea de buscar una forma como el Estado fuera más eficaz en la solución de problemas que afrontaban las diferentes regiones del País y en especial garantizar la presencia donde el orden central no podía extenderse y hacer presencia por la complejidad y las dificultades que ocasionaban su traslado y operatividad. Es así, que de acuerdo a las reformas realizadas a la Constitución de 1886 que era plenamente centralista, como fueron los actos legislativos de los años de 1936 y 1968, dieron inicio a la necesidad de aplicar en Colombia la descentralización como mecanismo para mejorar las condiciones de sus pobladores y especial hacer presencia del Estado en cada uno de los lugares del territorio nacional para efectos de mejorar sus condiciones sociales y en especial mejor su calidad de vida.

Fue tan importante el crecimiento de la importancia de la descentralización y la necesidad por parte del Estado Colombiano de poder extender sus funciones que en el año de 1991 se reforma la Constitución de 1886 y nace a la vida jurídica un nuevo modelo de organización y funcionamiento del Estado.

A partir de 1991, con la nueva Constitución Política, en su parte dogmática, refiere que Colombia es un Estado organizado de forma unitaria, descentralizado y con autonomía de sus entidades territoriales; estableciendo, de esta manera, que la administración no se enfoca en un solo ente de carácter nacional absolutista sino que está distribuida entre entidades territoriales, especializadas, de servicios y, también, entre ciertas entidades particulares que, conforme a la ley, se encuentran facultadas y aptas por su experiencia para desarrollar ciertas actividades administrativas, propias del Estado, lo cual se conoce como descentralización por colaboración.

Conforme a lo anterior, resulta apropiado traer las palabras del profesor Brito, quien al analizar el artículo 1° de la Carta Magna, expresó: “Según se puede ver, la Carta Política colombiana establece una forma de descentralización administrativa, aun cuando cabe observar que el artículo 1°, que la consagra, habla en términos generales de descentralización, sin referirse a una en concreto o sin particularizar sus componentes. Primordialmente la jurisprudencia y la doctrina han precisado que corresponde a una descentralización administrativa y han detallado los elementos que la conforman (Brito, 2005. p 49)

De esta manera, se tiene que la descentralización administrativa puede ser territorial, especializada o por servicios y por colaboración. Sobre la primera, Rodríguez, la define como

el otorgamiento de competencias o funciones administrativas a las colectividades regionales o locales, para que las ejerzan en su propio nombre y bajo su propia responsabilidad (Rodríguez, 2001. p. 17). Así mismo, Rodríguez (2001. p.17) señala seis elementos que conforman a este tipo de descentralización, necesarios para que se presente, a saber: 1) necesidades locales; 2) Personería jurídica; 3) Autonomía presupuestal y financiera; 4) autonomía administrativa; 5) autoridades locales y; 6) control por parte del poder central.

Respecto al segundo tipo de descentralización, se entiende como aquellas funciones de la administración que son dadas u otorgadas a entidades creadas con el objeto de desarrollar una actividad especializada; siendo necesario, que exista una (1) actividad especial digna de autonomía; (2) personería jurídica; (3) autonomía presupuestal y financiera; (4) autonomía administrativa; (5) autoridades propias y; (6) control por parte del poder central (Rodríguez, 2001). Finalmente, la descentralización por colaboración, como ya se mencionó, son las funciones dadas por la administración a los particulares para que las ejerzan en nombre de la administración, bajo los lineamientos expresados en los artículos 110 y siguientes de la Ley 489 de 1998.

MÉTODO.

La investigación desarrollada en el presente documento es de tipo descriptivo, se recopiló información referente a la descentralización administrativas en los entes territoriales. El estudio del tema de investigación se desarrollo en dos fases: La heurística y hermenéutica. La primera, consiste en la búsqueda de toda información y recopilación de las fuentes de información cuyas características y naturaleza son: Bibliográficas, artículos científicos, y documentos oficiales, donde reposan datos sobre el tema objeto de nuestra investigación. La segunda corresponde a la hermenéutica, la cual consiste en hacer una lectura analítica – crítica de cada una de las fuentes investigativas (libros, documentos, artículos), clasificando los mismos, direccionando y relacionado los mismos con los objetivos específicos planteados.

RESULTADOS:

El constituyente al determinar los principios fundamentales de la Constitución Política, estableció, en primer lugar, al Estado Colombiano, especificando entre otras calidades, la descentralización “Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general¹”

¹ Constitución Política de Colombia, artículo 1º. Año 1991.

De igual forma, plasma en su artículo 2º, los fines esenciales para lo cual fue creado el estado, como es de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad en el cumplimiento de los principios constitucionales, que en términos generales son la esencia fundamental para proteger la vida, honra, bienes, derechos y libertades, que conllevan al cumplimiento de los deberes sociales del estado, y en especial al crecimiento de las personas dentro de su entorno social.(Mármol, 2013)

En desarrollo de tal principio, la función administrativa está al servicio de los intereses generales a través de la descentralización, delegación, desconcentración de funciones, como lo expresa el artículo 209 de la Carta: “La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones²”.

Ahora bien, para tal ejercicio de la función administrativa, se ha otorgado a los departamentos, distritos, municipios, territorios indígenas y a las regiones y provincias, que se constituyan en los términos de la Constitución y de la ley, la autonomía para la gestión de sus intereses; como se observa en los artículos 286 “Son entidades territoriales los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas. (Mármol, 2013) La ley podrá darles el carácter de entidades territoriales a las regiones y provincias que se constituyan en los términos de la Constitución y de la ley³”, y 287 “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: 1). Gobernarse por autoridades propias; 2). Ejercer las competencias que les correspondan; 3). Administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones. 4). Participar en las rentas nacionales⁴.

Dado que la autonomía es un elemento principal de la descentralización y, por ende, lo es también para la descentralización territorial, la Corte Constitucional ha sostenido que el núcleo esencial está compuesto especialmente por los poderes de acción que gozan las entidades territoriales para satisfacer sus intereses y de la facultad de gobernarse por sus autoridades propias, autodirigiéndose en desarrollo de su dirección política. En palabras de la Corte Constitucional está constituido en primer término, por aquellos elementos indispensables a la propia configuración del concepto, y especialmente por los poderes de acción de que gozan las entidades territoriales para poder satisfacer sus propios intereses. En segundo lugar encontramos, la inviolabilidad por parte del legislador, de la facultad de las entidades territoriales de gobernarse por autoridades propias. Debe protegerse el derecho de

² Constitución Política de Colombia, artículo 209. Año 1991.

³ Constitución Política de Colombia, artículo 286. Año 1991.

⁴ Constitución Política de Colombia, artículo 287. Año 1991.

cada entidad territorial a autodirigirse en sus particularidades a través del respeto de la facultad de dirección política que ostentan. (Mármol, 2013)

Así mismo, en ejercicio de la autonomía reconocida a las entidades territoriales, por mandato de la ley, los departamentos y municipios ubicados en zonas fronterizas podrán adelantar directamente con la entidad territorial limítrofe del país vecino, de igual nivel, programas de cooperación e integración, dirigidos a fomentar el desarrollo comunitario, la prestación de servicios públicos y la preservación del ambiente⁵.

DISCUSIÓN.

Es pertinente afirmar, que a pesar de los principios y normas constitucionales que garantizan la efectiva autonomía de las entidades territoriales, está limitada por el legislador, frente a ciertas circunstancias, *verbi gratia*, según la naturaleza exógena o endógena de los recursos percibidos, ejecutados o administrados; es decir, sin vulnerar el derecho que tienen las entidades territoriales de administrar los recursos e imponer tributos, menester para cumplir sus funciones, y a participar en las rentas nacionales, se ven reducidos frente a las competencias generales que se le han reconocido al Congreso de la República para establecer las rentas nacionales y definir contribuciones fiscales y parafiscales; las cuales, conforme al principio unitario, hacen posible, al legislador, regular y fijar el destino de los recursos cuando éstos son exógenos.

La Constitución reconoce a favor de las entidades territoriales un derecho a administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones, así como un derecho a participar en las rentas nacionales. Este derecho, que constituye una expresión de la exigencia de otorgar suficiente autonomía a las entidades territoriales, encuentra como límites generales, el reconocimiento de competencias generales al Congreso para establecer las rentas nacionales y definir contribuciones fiscales y parafiscales. El grado de amplitud de la autonomía fiscal de las entidades territoriales se encuentra en una relación directa con la naturaleza exógena o endógena de los recursos percibidos, ejecutados o administrados por la entidad territorial. En esa dirección, si los recursos provienen de una fuente exógena, el grado de autonomía de las entidades territoriales se reduce como consecuencia del reconocimiento -derivado del principio unitario- de un extendido margen de acción al legislador para intervenir en la regulación de los recursos, lo que incluye la fijación de su destino. Por el contrario si los recursos provienen de una fuente endógena, el grado de autonomía de las entidades territoriales se expande y por tanto la resistencia a la intervención del Legislador se incrementa (Sentencia C-414 de 2012. MP. Mauricio González Cuervo).

⁵ Constitución Política de Colombia, artículo 209. Año 1991.

Es así, como se presentan aquellos recursos con una previa asignación específica, que limitan a los entes territoriales, en ejercicio de su autonomía, para disponer de éstos administrativamente, ya que el legislador le impone la manera en que debe distribuir los recursos; por ejemplo, la Ley 715 de 2001, que dicta normas orgánicas en materia de recursos y competencias para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, haciendo una distribución sectorial de los recursos del monto total del Sistema General de Participaciones, conforme a la distribución de recursos y competencias que la Constitución Política consagra en los artículos 356 y 357.

Igualmente, en materia tributaria, se observa que los entes territoriales no tienen una autonomía frente a disponer si crea o no tributos; dado que, es la ley la que autoriza esa creación y, una vez reconocida la contribución por medio de una ley previa, los municipios adquieren el derecho de su administración, manejo y utilización pertinente.

La ley, entonces, autoriza la creación del tributo y, una vez creada la contribución mediante ley previa, los municipios adquieren el derecho a su administración, manejo y utilización en las obras y programas que consideren necesarios y convenientes, lo cual constituye una garantía para el manejo autónomo de los recursos propios. La Corte ha puntualizado que en las condiciones anotadas no es aceptable que cada municipio pueda “ejercer su competencia dentro de los límites que él quiera trazarse, pues sostener semejante tesis implicaría la consagración del desorden y el caos, en lo que tiene que ver con los tributos municipales, ya que los municipios podrían establecer tributos y contribuciones sin otro límite que el inexistente de la imaginación⁶. (Sentencia C-077 de 2012, M.P. Mauricio González Cuervo). Por lo tanto, conforme a la Corte Constitucional, no cuentan con una soberanía tributaria para crear impuestos.(Guerra, 2012)

Sin embargo, respecto al límite a la autonomía, no solo se observa en la creación de impuestos ni en la administración de los recursos percibidos, ejecutados o administrados sino, también, en la administración del gasto, tal y como se ve en la Ley 617 de 2000, que imparte los lineamientos sobre éste al especificar cómo se deben financiar los gastos de funcionamiento, entre otras disposiciones tendientes a fortalecer la descentralización.

Antes de remitirse a la norma sobre el financiamiento de los gastos de funcionamiento, es imperioso identificar, a manera de enunciado, los ingresos locales de las entidades territoriales, a saber: ingresos corrientes (tributarios y no tributarios), recursos de capital e ingresos de establecimientos públicos. (Guerra, 2012)

⁶ Sentencia C-077 de 2012, Magistrado Ponente Mauricio González Cuervo.

Hecho el enunciado anterior, la Ley 617 de 2000, en su artículo 3º, establece que los gastos de funcionamiento de las entidades territoriales deben financiarse con sus ingresos corrientes de libre destinación, de tal manera que estos 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.

Así mismo, especifica en el párrafo 1º que 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, entendiéndose por estas las destinadas por ley o acto administrativo a un fin determinado.

En cuanto a la distribución de competencias entre la Nación y las entidades territoriales, mencionadas anteriormente, se establecerá por medio de la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, como lo dispone el artículo 288 de la Constitución, este mismo estipula “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 ley⁷”.

La ley 1454 de 2011, establece la descentralización como uno de los principios rectores del ordenamiento territorial, en su artículo 3º, numeral 3, el cual dispone: “**Descentralización.** La distribución de competencias entre la Nación, entidades territoriales y demás esquemas asociativos se realizará trasladando el correspondiente poder de decisión de los órganos centrales del Estado hacia el nivel territorial pertinente, en lo que corresponda, de tal manera que se promueva una mayor capacidad de planeación, gestión y de administración de sus propios intereses, garantizando por parte de la Nación los recursos necesarios para su cumplimiento”.(Santos, 2013)

Siendo, así, necesario para la planificación y gestión de la Nación y de las entidades territoriales para la adecuada organización político-administrativa en el territorio; permitiendo de esta manera, cumplir con la finalidad del ordenamiento territorial, no es más, que promover el aumento de la capacidad de descentralización, planeación, gestión y administración de sus propios intereses para las entidades e instancias de integración territorial, fomentará el traslado de competencias y poder de decisión de los órganos centrales o descentralizados de gobierno en el orden nacional hacia el nivel territorial pertinente, con la correspondiente asignación de recursos. (Artículo 2º, inciso 2º Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial).

⁷ Constitución Política de Colombia, artículo 288, Año 1991.

Bajo este orden de ideas, sobre la distribución de competencias entre la Nación y las entidades territoriales, es conveniente referirse a la Ley 136 de 1994, porque establece el régimen de los municipios (artículo 2º), las funciones de los municipios (artículo 3º) y los principios rectores del ejercicio de competencia y de la administración municipal (artículos 4º y 5º), entre otras disposiciones que dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios. (Santos, 2013)

Por otra parte, en cuanto a la programación, aprobación, modificación y ejecución de los presupuestos de las entidades territoriales y de los entes descentralizados, la ley orgánica del presupuesto regulará lo correspondiente (artículo 352 C.P.); los principios y disposiciones del régimen económico y de la hacienda pública, contenidos en la Carta, se aplicarán en lo relacionado para la elaboración, aprobación y ejecución del presupuesto de las entidades territoriales (artículo 353, C.P.).

Pasando, someramente, a la descentralización por prestación de servicios, se encuentra que el constituyente permite al legislador, por iniciativa del Gobierno, fijar los servicios a cargo de la Nación, los departamentos, distritos y municipios (356 C.P.), teniendo presente, que las entidades del orden nacional descentralizadas por servicios solo pueden ser creadas o autorizadas por la ley y, bajo las condiciones que establezca ésta, se podrá otorgar a los particulares, ciertas funciones administrativas, fenómeno conocido como descentralización por colaboración (artículo 210 C.P.). (Santos, 2013)

Con todo y todo, del análisis hecho a las normas constitucionales relativas a la descentralización, teniendo presente las normas más sobresalientes sobre ésta y los criterios jurisprudenciales sobre la autonomía y sus límites, se puede concluir en esta primera parte de la presente investigación, que la descentralización como calidad del Estado colombiano y como principio constitucional ha sido un cambio radical en el desarrollo territorial, tanto espacial, político, económico, cultural como administrativo y democrático, al tenerse en cuenta la participación ciudadana de manera directa o mediante representación.

Como ya se dijo, Colombia es un Estado social de derecho que está organizado en forma de República unitaria, cuya función administrativa, se desarrolla mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Así mismo, para que pueda ser efectiva tal descentralización, las entidades territoriales son autónomas, dado que se les reconocen derechos y competencias propias a razón del principio democrático y, por ende, de la relación directa y estrecha que tienen las autoridades de las mismas para con sus gobernados, que permiten conocer las necesidades a satisfacer de manera inmediata, a corto o a largo plazo, con tanta eficacia como puede esperarse por el autointerés que opera; siendo, de esta manera, el agente más idóneo para solucionar las necesidades y problemas respectivos.

Bajo esta perspectiva, la Corte Constitucional lo ha sostenido reiteradas veces en su jurisprudencia Sentencia C-478 de 200, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz ⁸". Por esto el artículo 287 habla de la "gestión de sus intereses".

Tal autonomía, como se ha dicho a lo largo de este escrito, es limitada; puesto que, debe ser desempeñada dentro de los límites impuestos por la Constitución y la Ley, como se aprecia de la normatividad de la Carta y de la respectiva reglamentación expedida por el legislador.

La autonomía debe entenderse como la capacidad de que gozan las entidades territoriales para gestionar sus propios intereses, dentro de los límites de la Constitución y la ley, lo cual quiere decir que si bien, por un lado, se afirman los intereses locales, se reconoce, por otro, la supremacía de un ordenamiento superior, con lo cual la autonomía de las entidades territoriales no se configura como poder soberano sino que se explica en un contexto unitario, y debe desarrollarse dentro de los límites de la Constitución y la ley, por lo que se le atribuye a las entidades territoriales los siguientes derechos: (i) gobernarse por autoridades propias; (ii) ejercer las competencias que les correspondan; (iii) administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones, y (iv) participar en las rentas nacionales (Sentencia C-1183 de 2008, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto).

Teniendo presente lo anterior, se ha presentado polémica frente a la recepción, administración y ejecución de las regalías, toda vez que el Gobierno nacional y el Congreso de la República han disminuido las funciones administrativas de las entidades territoriales al otorgarlas a la administración central. Situación que ha provocado, la afirmación que la descentralización de la función pública se está recentralizando.

Por esta razón, es necesario determinar si tales hechos son el desarrollo del límite que la Constitución Política y la ley le imponen a la autonomía de las entidades públicas para mantener la unidad nacional o si, efectivamente, es el apoderamiento de derechos pertenecientes a las entidades territoriales, que la administración central hace mediante políticas de gobierno y a través del legislador.

Para efecto del análisis, han de estudiarse las políticas de gobierno y su respectiva normatividad que han provocado tal polémica. Para ello, antes de entrar en materia, es adecuado citar a la Corte Constitucional, que define la regalía y presenta su clasificación,

⁸ Sentencia C-478 de 200, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz *"La fuerza de la argumentación a favor de la autonomía regional, seccional y local radica en el nexo con el principio democrático y en el hecho incontrovertible de ser las autoridades locales las que mejor conocen las necesidades a satisfacer, las que están en contacto más íntimo con la comunidad y, sobre todo, las que tienen en últimas el interés, así sea político, de solucionar los problemas locales. Es el auto-interés operando, con tanta eficiencia como puede esperarse que lo haga el de cualquier actor económico en la economía de mercado. Cada Departamento o Municipio será el agente más idóneo para solucionar las necesidades y problemas de su respectivo nivel"*.

concordante con el artículo 360 de la Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo 5 de 2011, de la siguiente manera: La jurisprudencia de esta Corte ha definido la regalía como una contraprestación económica que percibe el estado como propietario del subsuelo y de explotación de recursos naturales no renovables, de todas aquellas personas que las realizan, y cuya titularidad de las mismas recae en el Estado, quien le atribuye un participación por el recaudo de las regalías a los entes territoriales de acuerdo a la legislación que regula la misma. De igual forma, establece una clasificación de las regalías en dos categorías: 1). Las directas que corresponden de una participación directa, es decir de los entes territorial donde explotan recursos naturales no renovables y puertos marítimos y fluviales mediante el cual se transportan los mismos o sus derivados. 2). Indirectas que son transferida a los departamentos o municipios que carecen de explotación por parte del Fondo Nacional de Regalías, de acuerdo al cumplimiento de requisitos exigidos por la Ley. (Sentencia C- 240 de 2011, M.P. Luís Ernesto Vargas Silva). Puesta la definición de la regalía y su respectiva clasificación, se puede con mayor claridad, estudiar la normatividad vigente que le atañe.

Para este fin, se iniciará con el artículo 307, inciso segundo, de la Constitución Política, que expresa: “La misma ley establecerá las atribuciones, los órganos de administración, y los recursos de las regiones y su participación en el manejo de los ingresos provenientes del Fondo Nacional de Regalías. Igualmente definirá los principios para la adopción del estatuto especial de cada región⁹”.

De la lectura, se sustrae que mediante ley orgánica, se establecerá los recursos de las regiones y su participación en el manejo de los ingresos originarios del fondo nacional de regalías. Sin embargo, no hay que descartar, la amplia facultad del legislador para configurar el régimen de las regalías, reconocida por la Corte Constitucional: Acerca del tema de la **amplia facultad del legislador para configurar el régimen de las regalías**, la jurisprudencia de la Corte ha establecido clara y expresamente, la amplia facultad que le compete al legislador para regular el tema de regalías, precisando que se encuentra “habilitado constitucionalmente para regular el régimen jurídico de las regalías estableciendo sus montos o porcentajes de distribución, destinación y los mecanismos de control sobre el uso adecuado de esas contraprestaciones económicas (Sentencia C-427 de 2002, M.P. Clara Inés Vargas).

En cuanto a los ingresos del sistema general de regalías, la Constitución Política, en su artículo 361, dispone el destino que se les darán; como también, establece que aquellos departamentos, municipios y distritos que tienen una participación directa con los recursos naturales no renovables y con puertos marítimos y fluviales que se explotan, tendrán derecho a participar en las regalías, compensaciones y a ejecutar de manera directa estos recursos.

⁹ Constitución Política de Colombia, artículo 307. Año 1991.

En desarrollo de lo anterior, se encuentran normas que señalan las reglas para la liquidación, distribución y utilización de las regalías (Ley 141 de 1994); la fijación de los porcentajes variables para el pago de las regalías de hidrocarburos (Ley 756 de 2002); sobre la liquidación, recaudo, distribución y transferencia de regalías derivadas de la explotación de materiales de construcción que deben realizar las alcaldías municipales (Ley 145 de 1995); de la recaudación, distribución y transferencia de las regalías derivadas de la explotación de carbón, metales preciosos y concentrados polimetálicos (Decreto 600 de 1996) y sobre la destinación de la ejecución de recursos para la promoción de la minería (Ley 858 de 2003), entre otras.

De lo expuesto hasta el momento, se observa que antes del 2011, el legislador trazaba el marco legal para la utilización de los recursos provenientes de las regalías, estableciendo un campo de acción para el ejercicio de la función administrativa de las entidades territoriales. Pero, una vez vigente el mencionado Acto Legislativo 5 de 2011, que modificó los artículos 360 y 361 de la Constitución Política, reformó la regulación sobre regalías, redistribuyendo el ingreso procedente de la explotación del subsuelo y de aquellos recursos naturales no renovables; fundamentándose en que pertenecen al Estado y no a unas partes de éste.

Entonces, al ser del Estado, brindaría a todas las entidades territoriales hacer partícipes de las regalías, de manera equitativa. Por ello, el Procurador General de la Nación, en la intervención que hizo durante el estudio de la constitucionalidad del referido acto legislativo, hecho por la Corte Constitucional y resuelto en la Sentencia C-317 de 2012, refirió: El Acto Legislativo 05 de 2011 busca reformar la regulación sobre regalías, bajo un contexto de redistribución del ingreso procedente de la explotación del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, a partir de la premisa que estos pertenecen al Estado y no a un sector específico del mismo, con la finalidad de plantear una participación más equitativa de los mismos, desde los puntos de vista temporal, regional y de desarrollo integral del país, concebido bajo un esquema de incremento exponencial de los ingresos por la explotación intensiva de los recursos minerales. En ese sentido, la reforma constitucional cuestionada cubre asuntos de interés público en forma general, impersonal y abstracta, sin distinciones de ninguna naturaleza (M.P. María Victoria Calle Correa)”.

La expedición de este acto legislativo ha generado entre la opinión pública y representantes de las entidades territoriales afectadas por tal redistribución, que el 21 de noviembre de 2012, la Corte Constitucional tuvo que fallar sobre otra demanda de inconstitucionalidad, mediante la Sentencia C-968 de 2012, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, en la cual se lee, entre los argumentos de la demanda, que el acto legislativo demandado genera una recentralización de la función pública de las entidades territoriales frente a las regalías, es decir: Así, encuentran sustituido el principio de descentralización por cuanto con

el nuevo acto los recursos de las regalías se centralizaron al pasar a ser exclusivamente de la Nación, arrebatando a las entidades territoriales de su principal fuente exógena. Explican que del 100% de los recursos de los cuales eran titulares los entes territoriales, se quedaron solo con el 20% (art. 2º, del acto), además de estar subordinados a los planes de desarrollo nacional y territorial (parág. 2º, inc. 1, del art. 2º). (Sentencia C-968 de 2012, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio). Así mismo, también se hace referencia sobre la vulneración de la autonomía de los entes territoriales, por restringir el derecho y la función de decidir.

De igual forma, de acuerdo a los fundamentos de la Sentencia de la Corte Constitucional C-968 DE 2012, se hace la restringida capacidad decisoria de las entidades territoriales en materia presupuestaria y de gasto público, al adjudicarse dicha competencia en órganos colegiados integrados esencialmente por representantes del sector central de la administración¹⁰ (parág. 2º, inc. 2 y ss., art. 2º). (Sentencia C-968 de 2012, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio).

Para el caso particular, la Corte Constitucional, frente a la demanda de inconstitucional, resolvió inhibirse de pronunciarse de fondo sobre el acto legislativo demandado, por ineptitud sustantiva de la demanda, ya que al no explicarse cómo el cambio introducido implica la abrogación de la Constitución Política vigente, la Sala advirtió la insuficiencia argumentativa de la demanda. Por otra parte, el decreto 4923 de 2011, que garantiza la operación del Sistema General de Regalías, le fue demandado el artículo 16 –parcial- por considerarse que vulnera los artículos 360 y 361 de la Carta, modificados por el Acto Legislativo 5 de 2011.

La actora consideró que se está convirtiendo a la Nación en partícipe de las regalías, bajo las siguientes dos razones que sustrae la Corte Constitucional: en el escrito de inconstitucionalidad se presentan dos cargos –uno por extralimitación en las facultades extraordinarias conferidas al Gobierno y otro por vulneración del contenido del artículo 361 de la Constitución-, la argumentación que utiliza la accionante deja ver que la inconformidad planteada es la misma es ambos casos. Así, la acusación tiene como único fundamento que el aparte demandado del artículo 16 del decreto 4923 de 2011, el cual dispone que el 50% de la diferencia entre el precio de liquidación y el precio final de venta de las regalías se destinará al Gobierno nacional, vulnera el artículo 361 de la Constitución, pues dicha distribución convierte a la Nación –Gobierno nacional- en partícipe de las regalías –ya que, para la accionante, el margen de comercialización es regalía-. Esta regulación iría en contra de la Constitución por dos razones: i). Porque ampliaría los destinatarios previstos por la Constitución, que sólo hace referencia a las entidades territoriales; y ii) Porque desconocería la prohibición expresa contenida en el parágrafo 1º del artículo 361 de la Constitución –que establece ‘[l]os recursos del Sistema General de Regalías no harán parte del Presupuesto

General de la Nación, ni del Sistema General de Participaciones', en cuanto constituye a la Nación como destinatario de las regalías y, por tanto, recursos que son regalías irían a parar al Presupuesto nacional (Sentencia C-1055 de 2012, M.P. Alexei Julio Estrada).

Más adelante, cuando la Corte entra en estudio del caso sub examine, observa que: “En el caso concreto se presenta una acusación contra la previsión del artículo 16 del decreto 4923 de 2011, subrogado por el artículo 16 de la ley 1530 de 2012, referente a la forma en que se distribuye el margen de comercialización de las regalías, en aquellos casos en que las mismas son entregadas en especie por parte de quien realiza la explotación de recursos no renovables. Recuerda la Sala que la norma prevé que el 50% de este margen se destinará al Sistema General de Regalías y el otro 50% será para el Gobierno nacional, es decir, a la persona jurídica Nación. Para la accionante este margen de comercialización es regalía, en cuanto se obtiene como resultado de la explotación que de un recurso natural no renovable hace un concesionario o un licenciatario, de manera que, siendo esta la situación, en su concepto el aparte del artículo 16 del decreto, que es reiterado por el artículo 16 de la ley 1530 de 2012, desconoce los artículos 360 y 361 de la Constitución”. (Sentencia C-1055 de 2012, M.P. Alexei Julio Estrada).

De esta manera, ve necesario hacer un estudio hermenéutico de la disposición constitucional que la actora refiere como vulnerada, llegando a la siguiente conclusión: La lectura constitucionalmente adecuada de la disposición objeto de estudio no puede desconocer que en el artículo 361 de la Constitución se prevén el destino, los porcentajes de distribución y la logística institucional para realizar la distribución de los recursos del Sistema General de Regalías, aspectos que responden a los principios axiales de nuestro sistema constitucional antes mencionados. Siendo este el contexto constitucional que determina la interpretación de la disposición acusada, concluye la Corte que el Gobierno nacional, al decidir la forma de emplear los recursos provenientes del margen de comercialización, debe respetar los parámetros establecidos por el artículo 361 de la Constitución para los recursos que ingresan al Sistema General de Regalías. Estos serán los que determinen límites y facultades del Gobierno nacional al respecto.

En este sentido dichos recursos tendrán limitaciones respecto de los rubros en que deben emplearse –inciso 1° del artículo 361 de la Constitución y los fines que deban buscarse a través de su utilización. Sin embargo, al no ser regalías, su distribución no necesariamente deberá corresponder a los porcentajes previstos para los recursos del Sistema General de Regalías, aunque, eventualmente, los mismos puedan ser canalizados a través de la logística institucional creada por orden del tercer inciso del artículo 361 de la Constitución.

Por tanto, la exequibilidad del artículo 16 de la ley 1530 de 2012 se condicionará a que de su lectura se entienda que la destinación de los recursos provenientes del margen de comercialización que son asignados al Gobierno tiene las mismas limitaciones que los

recursos provenientes de las regalías, de acuerdo con lo estipulado por el artículo 361 de la Constitución (Sentencia C-1055 de 2012, M.P. Alexei Julio Estrada).

Obsérvese, que tanto en este caso como en los anteriores, la Corte Constitucional no ha considerado en ningún momento que los principios de la descentralización y autonomía de las entidades territoriales se haya visto afectada, ya que el legislador está facultado para regular, disponer y distribuir las regalías en desarrollo de las disposiciones legales; siendo, entonces, constitucional la asignación de funciones de administración y distribución de éstas al Gobierno nacional, aunque se esté, por ende, limitando a las entidades territoriales en el derecho de recibir determinado porcentaje por concepto de la explotación de recursos naturales no renovables y puerto marítimo y fluvial. En otras palabras, es otro escenario de la limitación de la autonomía de los entes territoriales por razón del interés general y de una participación equitativa de las entidades territoriales, como se dijo al momento de analizar el Acto Legislativo 5 de 2011.

Es por ello, que con el fin de ajustar el nuevo régimen de regalías, se han expedido normas como el mencionado Decreto 4923 de 2011, la Ley 1530 de 2012, el Decreto 1077 de 2012, la Ley 1606 de 2012 y el Decreto 1399 de 2013, muy a pesar del descontento de todos aquellos que se encuentran inconformes, porque ven que la política pública del Gobierno nacional ha hecho que el ordenamiento jurídico se adecúe a éste, ya que el Gobierno ha sabido justificar la necesidad de limitar el derecho a participar de las regalías directas que perciben las entidades territoriales que poseen tales recursos, bajo el mismo principio de la unidad nacional y del derecho democrático de percibir equitativamente aquellas regalías ocasionadas por la explotación del subsuelo nacional, que al ser de la Nación, las otras entidades territoriales, que no perciben regalías directas a razón de su ubicación geográfica, tienen el derecho de participar de acuerdo a las disposiciones legales.

Del marco legal vigente y del plan de gobierno, se perciben las siguientes consecuencias:

Los Departamentos que recibían antes cierta cantidad de dinero por las regalías, están dejando de recibir dicha cantidad, siendo reducida considerablemente, por causa de la redistribución que se está haciendo para que otros departamentos puedan participar.

La ejecución del nuevo modelo para inversión de regalías genera ineficacias en la ejecución de proyectos. La limitación en recursos para resolver las necesidades prioritarias en los municipios y departamento. Los giros correspondientes al ahorro, del nuevo sistema, han sido muy demorados. La función de determinar sobre la finalidad de las regalías de los entes territoriales, hace que se esté perdiendo la autonomía de éstos, creando así un vínculo de dependencia.

La facultad del Gobierno nacional del voto en los Órganos Colegiados de Decisión (OCAD), pueden frenar los proyectos que consideren no viables. Las inversiones en ciencia y tecnología serán decididas en la comisión rectora, tras la recomendación de Colciencias.

Para aprobar proyectos que se financiarán a través de los fondos de compensación y de desarrollo regional, necesitarán del voto del Gobierno Nacional. Aquellos proyectos de las entidades territoriales que sean incongruentes a los planes de desarrollo, tanto locales como nacionales, serán rechazados.

CONCLUSIONES.

Se percibe que el marco legal, constitucionalmente, puede limitar la autonomía de los entes territoriales en pro del Estado unitario; es decir, para mantener la calidad de Estado unitario, que envuelve el interés general, hace necesario reducir la función administrativa autónoma de los entes territoriales, que están dirigidas a suplir un interés particular. Fenómeno, que no es más, que la centralización de las funciones administrativas descentralizadas en los entes territoriales para salvaguardar la unidad territorial en pro del interés general que se refleja en la política pública orientada al desarrollo económico, social, político y jurídico del territorio nacional y no de una sola parte, garantizando así, el beneficio en la totalidad del territorio nacional.

De igual forma, la descentralización surgió como una medida para poder extender sus funciones y llegar donde no podía hacer presencia el Estado y cumplir sus fines esenciales, no obstante a luz de hoy podemos observar que de acuerdo a la legislación el sentido de la misma cambio convirtiéndose en una recentralización o centralización del poder, donde el ejecutivo maneja, distribuye, asigna y define los lineamientos en materia tributaria, administrativa y en especial en la ejecución de recursos, que ha conllevado a fortalecer el presidencialismo para así garantizar los intereses políticos del ejecutivo y mantenerse perpetuo en el ejercicio del poder.

Del concepto de descentralización solo queda muy poco porque la autonomía y las facultades para administrar se han venido perdido a través de las reformas constitucionales y a la expedición de normas que han obstruido el desarrollo de las acciones institucionales por parte de los entes territoriales y limitado el ejercicio de la función pública teniendo en cuenta sus competencias y responsabilidades, que han repercutido considerablemente en la solución de los problemas que afronta las regiones, y dar pronta solución a los que diariamente sufren las consecuencias como lo es la comunidad, situación que dificulta día a día en la búsqueda de la construcción y desarrollo de una mejor sociedad.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

BRITO RUIZ, Fernando. (2005) Estructura del Estado Colombiano y de la Administración Pública Nacional, Editorial Legis. Bogotá.

CÁRDENAS, MIGUEL EDUARDO.(1991) Descentralización y Estado Moderno. Primer edición. Bogotá, Fescol. 1991.

FEDERACIÓN COLOMBIANA DE MUNICIPIOS. 2005. Fortaleciendo la descentralización y autonomía local: En la senda correcta para el buen gobierno. Bogotá. Disponible en: <http://www.fcm.org.co/fileadmin/gestion/pdf/docdes.pdf>

GUERRA MORENO, D. (2012). ¿En Colombia el principio de precaución representa un avance o un retroceso en el marco de la responsabilidad civil? A partir de una apreciación individual y del análisis de la sentencia T-360/10. Revista Academia & Derecho, 3(4), 15-23

IBARRA ROMERO SANDRA DEL PILAR. 2001. Descentralización, Gobernabilidad y legitimidad: Una discusión politológica, Disponible en: <http://www.javeriana.edu.co/politicas/publicaciones/documents/4.Descentralizacion.pdf>

MALDONADO COPELLO ALBERTO. 2010. Descentralización territorial en Colombia: situación y perspectivas de la política. Bogotá. Disponible en: <http://library.fes.de/pdf-files/bueros/kolumbien/08286.pdf>

MÁRMOL, G. J. (2013). Análisis de la supervisión del contrato estatal: función de vigilancia y mecanismo anticorrupción. Revista Academia & Derecho, 4(7), 145-169.

RODRÍGUEZ, Libardo. (2001) Estructura del Poder público en Colombia, Editorial Temis, Bogota.

SANTOS IBARRA, J. P. (2013). La teoría de los actos separables del contrato estatal: distinción a la luz de la Ley 1437 de 2011. Revista Academia & Derecho, 4(7), 133-144.

VELÁSQUEZ FABIO E. C. 2006. La descentralización: una apuesta política de futuro para Colombia. Bogotá. Disponible en: <http://viva.org.co/cajavirtual/svc0038/articulo06.pdf>

NORMAS Y JURISPRUDENCIA

REPUBLICA DE COLOMBIA Constitución Política de Colombia.

REPUBLICA DE COLOMBIA Ley 136 de 1994
REPUBLICA DE COLOMBIA Ley 617 de 2000
REPUBLICA DE COLOMBIA Ley 715 de 2000
REPUBLICA DE COLOMBIA Acto Legislativo 5 de 2011
REPUBLICA DE COLOMBIA Ley 141 de 1994
REPUBLICA DE COLOMBIA Ley 756 de 2002
REPUBLICA DE COLOMBIA Ley 145 de 1995
REPUBLICA DE COLOMBIA Ley 858 de 2003
REPUBLICA DE COLOMBIA Decreto 4923 de 2011
REPUBLICA DE COLOMBIA ley 1530 de 2012
REPUBLICA DE COLOMBIA Decreto 1077 de 2012
REPUBLICA DE COLOMBIA Ley 1606 de 2012
REPUBLICA DE COLOMBIA Decreto 1399 de 2013
REPUBLICA DE COLOMBIA), Ley 489 de 1998
CORTE CONSTITUCIONAL (2000). Sentencia C-478, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz
CORTE CONSTITUCIONAL (2002). Sentencia C-427, M.P. Clara Inés Vargas
CORTE CONSTITUCIONAL (2008). Sentencia C-1183, M.P. Humberto Antonio Sierra
Porto
CORTE CONSTITUCIONAL (2011). Sentencia C- 240, M.P. Luís Ernesto Vargas Silva
CORTE CONSTITUCIONAL (2012). Sentencia C-077, M.P. Mauricio González Cuervo
CORTE CONSTITUCIONAL (2012). Sentencia C-317, M.P. María Victoria Calle Correa
CORTE CONSTITUCIONAL (2012). Sentencia C-414, MP. Mauricio González Cuervo.
CORTE CONSTITUCIONAL (2012). Sentencia C-1055, M.P. Alexei Julio Estrada
CORTE CONSTITUCIONAL (2012). Sentencia C-968, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio
REPUBLICA DE COLOMBIA (1996). Decreto 600
REPUBLICA DE COLOMBIA (2011). Decreto 4923.