

RESEÑA CRÍTICA A LA SENTENCIA C-403 DE 1999 EXP D 2324

Reseña por Andrea Janneth Díaz Garzón.

El tema central que critican los actores en esta decisión, es que la norma demandada¹ desconoce las disposiciones constitucionales, al establecer una competencia exclusiva de control de la gestión fiscal de los patrimonios de las entidades territoriales, en cabeza de las respectivas contralorías, supeditando la intervención de la Contraloría General a autorizaciones y solicitudes previas, que coartan su libertad de intervenir oficiosamente en aras de proteger intereses de carácter público.

Así las cosas, los literales demandados se constituyen en requisitos de procedibilidad que impiden la concurrencia o coordinación en las funciones que cumplen las contralorías de diverso nivel por una parte, y por la otra, desconocen el control de tutela inherente a todo proceso de descentralización, en el que el nivel central tiene facultades para coordinar los esfuerzos, actividades y funciones del nivel descentralizado.

¹ Artículo 26 literales a) y b) de la Ley 42 de 1993 “Sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen”, por establecer mayores limitaciones a la competencia de la Contraloría General que las establecidas en la Constitución.

Planteamiento del Problema Jurídico:

¿La Contraloría General está limitada excepcionalmente cuando el nivel central transfiere dineros a cualquier título a las entidades territoriales?

Consideraciones de la Corte Constitucional:

La Corte Constitucional realiza un estudio pormenorizado a las funciones de control fiscal, para responder al problema jurídico, la autonomía de las entidades territoriales, haciendo énfasis a los recursos y el manejo de estos.

Manifiesta la Corte en otros precedentes *“...para que se mantenga vigente la garantía de la autonomía territorial, se requiere que al menos una porción razonable de los recursos de las entidades territoriales pueda ser administrados libremente. De otra forma, sería imposible hablar de autonomía y estaríamos frente a la figura de vaciamiento de contenido de esta garantía constitucional”*.

Este alto tribunal insiste en la importancia de lo que se denomina gestión fiscal, que tiene por finalidad la protección del patrimonio de la Nación, tendiente a garantizar la correcta utilización de los recursos públicos, enmarcada desde luego, en los principios fijados en la Constitución y la Ley, para la realización de los fines del Estado y por ello ese control ejercido por la entidad territorial está señalado en el artículo 272 de la Constitución Política, correspondiéndoles ejercer su función en

forma posterior y selectiva; a fin de asegurar un buen manejo de los recursos públicos.

Lo anterior, no obsta para que de manera excepcional la Contraloría General de la Republica, le esté impedido hacer control sobre los recursos de manera excepcional y prevalente en algunos casos puntuales (inciso 2º. Art. 267, ibidem)", (Sent. C-374 de 1995 M.P. Antonio Barrera Carbonell).

Según (Obregón, Sánchez, 2006) el criterio establecido por prevalencia para distribuir competencias entre los distintos órganos de control fiscal es el carácter *orgánico*: el orden territorial o nivel de gobierno del organismo que administra el recurso o bien público, establecido en el artículo 272 de la Constitución Política, el cual dispone que "*la vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios donde haya contralorías, corresponde a éstas y se ejercerá en forma posterior y selectiva. La de los municipios incumbe a las contralorías departamentales, salvo lo que la ley determine respecto de contralorías municipales*".

A su vez, el artículo 65 de la Ley 42 de 1993² reafirmaba este criterio de distribución de competencias entre los distintos órganos de control fiscal cuando dispone que "*las contralorías departamentales, distritales y municipales realizan la vigilancia de la gestión*

² Artículo hoy derogado por el artículo [166](#) del Decreto Ley 403 de 2020

fiscal en su jurisdicción de acuerdo con los principios, sistemas y procedimientos establecidos en la presente Ley".

Adicionalmente la ley determinó, a manera de excepción, que las contralorías territoriales ejercerían la vigilancia fiscal sobre las entidades y los organismos que integran la administración en el respectivo ente territorial de su jurisdicción, según lo establecido en el artículo 3 de la Ley 42 de 1993.

En la actualidad, con el nacimiento a la vida jurídica del Acto Legislativo 4 del 18 de septiembre 2019, impulsado por el Contralor General Felipe Córdoba, se realizaron cambios importantes, que algunos senadores de la oposición llaman "*Superpoderes de la Contraloría General de la Republica*", odiosa expresión, pues en mi criterio, La Contraloría hasta el año pasado, tenía un control preventivo y tardío, pues solo le estaba permitido intervenir cuando los proyectos ya han terminado, igual suerte corrían los preciados recursos del Estado, extraviados y sin posibilidad de recuperarse.

Lo que estrenaremos será un *control preventivo, concomitante y posterior* (antes: concurrente y prevalente de la CGR) para la vigilancia de los recursos transferidos a las entidades territoriales por parte de la nación, pertenecientes al Régimen General de Participaciones y las regalías, acorde a la tecnología del siglo XXI, con toda la capacidad de control, anticipándose a cualquier riesgo, lo que se traduce en

la práctica, en que se podrá tener noticia, del porcentaje anticipado al contratista, verificar su nivel de ejecución, para que en caso de constatarse que no ha cumplido o que se observa un incumplimiento inminente, tomar medidas *antes* de que se le pague el cien por ciento de la obra, por ejemplo.

Considero errada la posición de los más de 30 congresistas, entre ellos Rodrigo Lara (Cambio Radical), Álvaro Uribe (Centro Democrático) y Gustavo Bolívar (Lista de los decentes), para eliminar las contralorías departamentales y municipales, para quienes estas, son unos focos de corrupción que subsiste en las regiones, pues nuestra Constitución Política, en su artículo 1º, estructura el Estado colombiano como una república unitaria, descentralizada y con autonomía de sus entidades territoriales, entendida la descentralización como la facultad que se otorga a entidades diferentes del Estado para gobernarse por sí mismas, a través de la radicación de ciertas funciones en sus manos y autonomía significa la capacidad de gestión independiente de los asuntos propios, lo cual a menudo es mal interpretado, pues no es cierto que las contralorías territoriales que son las que realizan el control de los recursos públicos en los departamentos y los municipios, tengan autonomía total o plena, pues si los recursos provienen del nivel central, es obvio que pueden ser intervenidas, no requiere ninguna clase de autorización, ni solicitud, porque se trata de intereses de carácter nacional, como también es cierto y se repite en importantes precedentes judiciales, que deben tener al menos una

porción razonable de los recursos administrados libremente, mismos que en la práctica se reducen a los generados por estos mismos.

Tal y como quedó aprobado en último debate en la plenaria del Senado, los contralores territoriales y municipales serán elegidos luego de una convocatoria pública. Sin embargo, la idea de acabar con la tradicional forma de elección de estos, en cabeza de los Consejos y Asambleas departamentales permanece, lo cual a mi parecer, sigue siendo el origen de la corrupción imperante en los niveles descentralizados, pues los caciques políticos siguen permeando sus fichas burocráticas, asegurando su permanencia en el poder, lo cual hace que se merme la imparcialidad de quienes tienen a cargo una función tan importante, como es la de la correcta fiscalización de los recursos de los colombianos.

Luego de la reglamentación de esta Ley aprobada, la Contraloría y la Auditoría General de la República, no llegarán más tarde, cuando se hayan extinguido los recursos en manos de los inescrupulosos, sino que podrá alertar a tiempo sobre hallazgos sospechosos; desde luego, respetado el debido proceso y el importante principio de la Buena fe, valores importantes que deben estar en la médula de nuestros funcionarios del Estado.

Considero que el reconocimiento de una competencia única de la CGR, sobre los recursos de transferencias de la Nación, desnaturaliza nuestro modelo de Estado, pues el que nos rige establece reglas claras en materia de control fiscal, llámese prevalente, concomitante, preventivo o posterior, pero de cualquier óptica, se debe respetar la autonomía de las entidades territoriales prevista en el Art. 287 de la Constitución, en primer lugar, porque allí se consagra en cabeza de los municipios, departamentos y distritos, el derecho de "participar en las rentas nacionales", solo que ahora preventivamente y con mas dientes, deberán actuar los órganos de control fiscal como la CGR y la Auditoría General de la República.

Un enfoque distinto, sobre la forma de asignar y controlar los recursos, respetando el modelo de estado que poseemos y el papel consagrado en la Constitución, me retrotrae a las ideas de John Rawls (1997, p. 198) en su Teoría de la Justicia, pues lo que proponen los actores en demandas de inconstitucionalidad en estos temas que nos ocupan, deslegitimarían la idea ya consagrada de un estado unitario, descentralizado, con lo cual en últimas se produciría lo que el autor llama "*Justicia procedimental imperfecta*", pues los jueces no podrían dictar sentencias justas sin tener en cuenta la máxima carta de derechos.

Con lo anterior, no pretendo, ni mas faltaba, pronunciarme acerca de la acertada o no decisión de los mas altos tribunales, lo que sí deseo es llamar la atención al lector, sobre el mayor respeto que le debemos al principio de legalidad consagrado

constitucionalmente y pilar fundamental, sobre el cual descansa el balance de poderes entre niveles de gobierno en la Carta Política de 1991.

Coincido con (Rodríguez, 2001) en que estos mandatos cobran la forma de principios, órdenes o preceptos, pues por sí solo, este modo de articular las dimensiones unitaria y descentralizada del Estado es en extremo frágil. Al fin y al cabo, el nivel nacional de gobierno tiene, como es típico de los Estados unitarios, la potestad para desarrollar, interpretar o, si lo considera necesario, eliminar dichos mandatos.

El régimen bicameral del Congreso puede, sin embargo, servir de vehículo para garantizar el balance intergubernamental de poderes, como suele ocurrir en los sistemas federales.

En sentir de (Rodríguez, 2001), la Constitución de 1991 ha sido criticada por ocuparse de las minucias del sistema de transferencias y de otros aspectos de las finanzas intergubernamentales, debido a que tal “*constitucionalización*” puede obstaculizar la adopción de políticas públicas apropiadas a las circunstancias cambiantes de la vida económica y social, así como también puede elevar los costos de los errores de concepción y formulación de las políticas.

Fin de la Reseña