

DESCENTRALIZACION Y AUTONOMIA EN LA UNIDAD NACIONAL-Integración

A partir de la Carta Política de 1991 Colombia se constituye como un Estado Social de Derecho que integra la descentralización y la autonomía de sus entidades territoriales en el espectro de la unidad nacional, de suerte que al amparo de una secuencia geográfica los territorios indígenas, los municipios, los distritos y los departamentos concurren política y administrativamente para dar asiento, forma y proyección a la fenomenología institucional de Colombia en tanto país democrático, participativo y pluralista. En este sentido quiso así el Constituyente armonizar las partes en un todo dinámico que rebasando la mera descentralización haga viables y trascendentes los derechos que asisten a las entidades territoriales para gestionar con autonomía sus intereses, esto es: para gobernarse por autoridades propias, ejercer las competencias que les corresponde, administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones, participar en las rentas nacionales, y por supuesto, ejercer los controles que les atañe conforme a la Constitución y la Ley.

AUTONOMIA TERRITORIAL Y UNIDAD NACIONAL-Compatibilidad

A la luz de la Carta la autonomía territorialidad y la unidad nacional son ampliamente compatibles, se nutren mutuamente, engloban en diferentes estadios institucionales la misma comunidad, concurren dialécticamente a la realización de los fines esenciales del Estado, y por tanto, operan, discurren y se articulan de tal manera que en último término las entidades territoriales sólo pueden realizarse a través de la unidad nacional, al paso que ésta únicamente puede existir a condición de que las entidades territoriales desplieguen su poder autónomo en consonancia con los intereses locales y nacionales. Son, pues, territorialidad y unidad nacional, dos elementos teleológicamente inescindibles, ontológicamente diferenciables a partir de su materialidad geográfica, con unos destinatarios comunes -los habitantes del país -, y por entero, instancias orgánicas y funcionales de un mismo mecanismo estatal: el de la República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista.

ESTRUCTURA DEL ESTADO-Colaboración armónica de órganos y entidades/GESTION PUBLICA/CONTROL FISCAL-Nuevos lineamientos

GESTOR FISCAL-Mayor autonomía y correlativas responsabilidades

CONTROL FISCAL-Posterior y selectivo

CONTRALORIA-Auditoría moderna/GESTION FISCAL DE LA ADMINISTRACION-Autonomía e independencia/GESTION FISCAL-Control selectivo retrospectivo e integral

CONTRALORIA-No hace parte de ninguna de las ramas del poder público

CONTROL FISCAL DE LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA

CONTROL FISCAL EXCEPCIONAL DE LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA-Alcance

CONTROL FISCAL DE LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA-Prevalencia

CONTROL FISCAL DE LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA-Excepcionalidad

AUTORIDAD PUBLICA-Ejercicio de funciones atribuidas por la Constitución y la ley

ENTIDADES TERRITORIALES-Recursos propios y provenientes de participación en nacionales de origen diferenciable y distintivo

CONTRALORIA TERRITORIAL-Función

CONTROL FISCAL DE LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA-Ejercicio material sobre fondos o bienes de la Nación de entes territoriales

Como las entidades territoriales participan de los ingresos nacionales en la forma prevenida en la Constitución y la ley, nada se opone a que la Contraloría General de la República desde el punto de vista material, ejerza el control fiscal sobre los fondos o bienes de la Nación que les sean transferidos a aquellas a cualquier título, como quiera que el artículo 267 de la Carta, sin distingo alguno atribuye a la Contraloría General de la República esa vigilancia.

CONTROL FISCAL DE LA CONTRALORIA GENERAL Y CONTRALORIA TERRITORIAL-Ejercicio cuando se manejan fondos o bienes de la Nación

CONTROL FISCAL DE LA CONTRALORIA GENERAL Y CONTRALORIA TERRITORIAL-Competencia concurrente

CONTROL FISCAL DE LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA-Prevalencia y coordinación con la territorial sobre recursos nacionales

Referencia: expediente D-3660

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 5 numeral 6 del Decreto-Ley 267 de 2000.

Magistrado Ponente:

Dr. ALFREDO BELTRAN SIERRA

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de febrero del año dos mil dos (2002).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámite establecidos en el Decreto - Ley 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

S E N T E N C I A

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, el ciudadano JOSÉ MANUEL

BERMÚDEZ CORTÉS, demandó el numeral 6 del artículo 5 del Decreto – Ley 267 de 2000.

Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de los procesos de inconstitucionalidad, la Corte Constitucional procede a decidir acerca de la demanda en referencia, con nuevo ponente por cuanto el proyecto inicialmente presentado por el magistrado doctor Jaime Araújo Rentería no tuvo la mayoría requerida en sesión de la Sala Plena de 26 de febrero del año en curso.

Con todo, algunos apartes del proyecto inicialmente presentado a consideración de la Sala Plena, serán incorporados a este fallo en cuanto no se oponen a la decisión que en esta sentencia se adopta.

II. NORMA DEMANDADA

A continuación se transcribe la norma demandada que forma parte del decreto, la cual aparece publicada en el Diario Oficial número 43.905 del 22 de febrero de 2000:

“Decreto – Ley 267 de 2000

Por el cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de la Contraloría General de la República, se establece su estructura orgánica, se fijan las funciones de sus dependencias y se dictan otras disposiciones

Artículo 5. Funciones. Para el cumplimiento de su misión y de sus objetivos, en desarrollo de las disposiciones consagradas en la Constitución Política, le corresponde a la Contraloría General de la República:

(...)

6. Ejercer de forma prevalente y en coordinación con las contralorías territoriales, la vigilancia sobre la gestión fiscal y los resultados de la administración y manejo de los recursos nacionales que se transfieran a cualquier título a las entidades territoriales, de conformidad con las disposiciones legales.”

III. LA DEMANDA

El ciudadano JOSÉ MANUEL BERMÚDEZ CORTÉS formuló contra la disposición demandada los cargos que a continuación se enuncian:

- La norma vulnera el artículo 272 de la norma superior porque el control prevalente “configura la muerte política e institucional de todas las contralorías de Colombia” al desconocer la jurisdicción, competencia y funciones de los contralores departamentales, distritales y municipales. La norma atacada incorpora una nueva forma de control fiscal “según la cual la competencia del Contralor General de la República prevalecerá sobre la competencia de las contralorías de menor rango”, sobre los recursos del situado fiscal que se transfieran a las entidades territoriales.

- Se viola también el artículo 267 de la Constitución donde se preceptúa y dispone que el control fiscal de la Contraloría General de la República es de carácter excepcional, por cuanto

el control prevalente configura una intromisión indebida en la jurisdicción y competencia asignadas a las contralorías de las entidades territoriales. En su concepto “esta dictadura atropellaría todos los conceptos de democracia y separación equitativa de poderes” erigiendo un monopolio del control fiscal y dejaría sin autonomía y politizadas las contralorías de menor rango.

- El numeral 6 del artículo 5 del Decreto - Ley 267 de 2000 genera una incompatibilidad con los incisos segundo y tercero del artículo 267 de la Carta y atenta contra la supremacía de la Constitución de que habla el artículo 4, porque por un lado, “el control excepcional configura el respeto a la jurisdicción y competencia de las contralorías territoriales, imperando la vía de la excepción en la intervención de la Contraloría general de la República”. De otro lado, porque el control prevalente es incompatible y excluyente con el control excepcional.

- Se está transgrediendo el inciso segundo del artículo 13 de la Carta Magna puesto que las contralorías departamentales, distritales y municipales “están siendo sometidas a un riesgo institucional, un marginamiento al ser forzadas a ceder sus jurisdicciones y competencias a la Contraloría General”, lo que implica someterlas a condiciones de desigualdad o inferioridad.

- El concepto de “coordinación” que trae el numeral demandado es un concepto encontrado y excluyente con el de prevalencia “pues en uno hay una autoridad de libre disposición y determinación y en el otro hay un respeto recíproco”. En tal sentido se vulnera el principio de “juez natural que posee cada organismo de control fiscal que tiene incorporada dentro de sus funciones, la de proferir fallo en los correspondientes procesos de responsabilidad fiscal que cada organismo tiene en cada territorio”. Asegura que en ninguna parte de los artículos 272 y 288 de la Carta Política aparece consagrado el principio de prevalencia, por lo cual mal podría una norma de inferior jerarquía establecerlo.

- Se vulnera el artículo 9 de la ley 330 de 1996, en el cual se describen la naturaleza y las funciones de las contralorías departamentales. En igual sentido se viola el artículo 165 de la ley 136 de 1993, en el cual se establecen las funciones de las contralorías municipales, “perfectamente aplicable para la órbita de las funciones de las contralorías departamentales”.

- Argumenta que en los artículos 3, 31 y 50 de la ley 106 de 1994, no se encuentra prevista prelación o prevalencia de la Contraloría General de la República y el artículo 26 de la ley 42 de 1993, estableció los requisitos por medio de los cuales es válida la intervención excepcional de la entidad nacional, sin perjuicio del control que le corresponde a las contralorías departamentales y municipales.

- El numeral 5 del artículo 18 en armonía con los artículos 32 y 19 de la ley 60 de 1993 disponen que el control de los recursos provenientes del situado fiscal se realice por parte de las autoridades territoriales competentes, es decir, por las contralorías departamentales, municipales y distritales. Asimismo, el control prevalente no aparece consagrado en el artículo 64 de la ley 141 de 1994, en el artículo 65 de la ley 80 de 1993, ni el artículo 165 de la ley 136 de 1994, porque en dichas disposiciones no se determina una subordinación que signifique una cesión de jurisdicción y competencia en favor de la Contraloría General de la República. Y tampoco existe asiento para el control prevalente al tenor de los artículos 26-6 y 167 de la ley 136 de 1994; del artículo 100 de la ley 134 de 1994; ni de las leyes 563 de

2000 o 42 de 1993.

- El demandante hecha de menos en el decreto 1386 de 1994, el control prevalente establecido en la norma demandada, pues a lo largo de su contenido normativo se le entrega autonomía a los resguardos indígenas para el manejo de los ingresos corrientes de la nación en coordinación con los recursos de los municipios y departamentos.

- Argumenta su desacuerdo con la sentencia C- 403 de 1999 por la cual se declaró exequible el artículo 26 de la ley 42 de 1994, al no haber tenido en cuenta los demás preceptos de orden legal y crear un control prevalente de naturaleza jurisprudencial que genera una contradicción con el control excepcional señalando: "Si puede por excepción, pero también puede por prevalencia y condiciona estas dos figuras a la procedencia de los recursos sin pronunciarse sobre la norma jurídica que si define la incorporación de recursos a la entidad territorial ¿Cómo puede presentarse tal desenfoque?"

- En su sentir la norma demandada implica un retroceso de cincuenta (50) años en el ejercicio del control fiscal y transgrede 3 principios supraleales:

"a) Se termina el sistema descentralizado en el ejercicio del control Fiscal, generando retroceso de la descentralización, a la centralización y la concentración.

b) Se sesga la autonomía de las entidades territoriales del control Fiscal para condensar todo el poder fiscalizador en la Contraloría General privando y reduciendo la misma autonomía y competencia a la Contralorías Territoriales.

c) Deja de ser pluralista el ejercicio del control Fiscal, por la misma prevalencia, liberalidad, autonomía y desorden en cabeza del Contralor General de la República."

- Finalmente, clarifica su posición frente a la sentencia C-364 de 2001, al señalar que no es la competencia prevalente de que habla el artículo 63 de la ley 610 de 2000 la que demanda, sino el control prevalente, que son dos conceptos opuesto y encontrados por las siguientes razones:

" a) La llamada Competencia Prevalente está supeditada a la excepcionalidad y dentro esa excepcionalidad cuando se dan los presupuestos determinados para esa excepción entra la Contraloría General de la República a ejercer esa denominada Competencia Prevalente.

I. INTERVENCIONES

1. Contraloría General de la República

NESTOR IVAN ARIAS AFANADOR en nombre y representación de la Contraloría General de la República solicitó la exequibilidad de la norma demandada por las siguientes razones:

- La sentencia C-364 de 2001 declaró exequible el control fiscal excepcional de la Contraloría

General de la República, tal como se aprecia en sus considerandos, que al afecto se transcriben.

- En la sentencia SU.620 de 1996, con ponencia del Magistrado Antonio Barrera Carbonell, la Corte Constitucional “indicó que los juicios por responsabilidad fiscal tienen una naturaleza esencialmente resarcitoria, ya que se pretende lograr la reparación del daño causado por el funcionario implicado al erario público”. Para fundamentar su afirmación transcribe las consideraciones de la decisión de unificación y las de la sentencia del 6 de junio de 2000, exp. C-604 de 2000.

- A su juicio, el Contralor General de la República está investido de un poder preferente que deviene de la Constitución de 1991 “mediante el cual puede desplazar para efectos de ejercer el control fiscal posterior en casos excepcionales, previstos en la ley sobre las cuentas de cualquier entidad territorial que maneje bienes provenientes de la Nación aún en los casos que ellos hayan ingresado a los presupuestos propios de los entes territoriales.”

- Contrario sensu a lo expuesto por el demandante, no se observa un recorte de competencias constitucionales a las contralorías territoriales para la vigilancia fiscal. En su sentir, la norma que se analiza simplemente se limita a señalar que la Contraloría General de la República en coordinación con las contralorías territoriales ejercerá una vigilancia prevalente sobre los recursos nacionales transferidos a cualquier título a las entidades territoriales.

- En este orden de ideas, no se suscita un conflicto de competencias con los diferentes niveles territoriales porque “entratándose de recursos transferidos por la Nación a un ente territorial, la Contraloría General de la República puede ejercer competencia concurrente y prevalente sobre dichos recursos cuando las circunstancias lo demanden, es decir cuando se presenten indicios que permitan establecer que existen presuntos manejos irregulares de los dineros correspondientes al situado fiscal.” Apoya su afirmación con la transcripción in extenso del concepto No. 0349 de febrero 19 de 1999, proveniente de la oficina jurídica de la Contraloría General de la República, en el cual concluyó que:

“Una interpretación sistemática y teleológica de la normatividad Constitucional y legal y una lectura detenida de la jurisprudencia de la Corte Constitucional permite dilucidar competencias concurrentes, prevalentes y coordinadas, entre la Contraloría General de la República y las Contralorías Territoriales, en la vigilancia de la gestión fiscal de los bienes y recursos territoriales de origen nacional”

- Por otro lado, el alcance de la actuación del poder nacional en las finanzas de las entidades territoriales se encuentra condicionado a la definición de la procedencia de los recursos que se intervienen, de conformidad con lo expresado en la sentencia C-449 de 1992 puesto que el situado fiscal y las transferencias municipales son recursos de carácter exógeno, cuyo manejo se encuentra estrictamente limitado por criterios de manejo y destinación, lo cual trae como consecuencia importante la existencia de una Unidad Presupuestal.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

El señor Procurador General de la Nación (E), en concepto No. 2672 recibido el 25 de

septiembre de 2001 solicita a la Corte declarar inconstitucional el numeral 6º del artículo 5 del Decreto - Ley 267/2000, con fundamento en las siguientes consideraciones:

Los artículos 267 y 272 de la ley fundamental, establecen que la Contraloría General de la República en el ámbito nacional y las contralorías territoriales, son los organismos que ejercen vigilancia de la gestión fiscal del Estado. Adicionalmente “el Constituyente le confirió autonomía administrativa y presupuestal a los organismos de control fiscal con el objeto de garantizar que el cumplimiento de sus funciones constitucionales y legales pueda adelantarse con total independencia de los órganos y entidades que controlan.”

En este orden de ideas, las atribuciones del Contralor General de la República de ninguna manera pueden acarrear el desplazamiento de las contralorías territoriales. Nótese por ejemplo la facultad de exigir informes a quienes administren fondos o bienes de la Nación, la cual “no implica el ejercicio del control fiscal integral que la Carta ha consagrado, y menos aún el desplazamiento de las contralorías territoriales en la vigilancia de la gestión fiscal de su respectiva jurisdicción”, por cuanto ello acabaría con el contenido normativo de los artículos 268 y 272 de la Constitución.

El concepto de excepcionalidad difiere sustancialmente del concepto de prevalencia. “El control fiscal excepcional a que se refiere el aparte final de inciso tercero del artículo 267 de la Carta Política sólo se puede dar en los casos excepcionales que el legislador prevé y opera sobre cuentas de cualquier entidad territorial, entendiendo como lo precisó la Corte Constitucional en sentencia C-403 de 1999, que el control sobre cuentas cobija toda la actividad fiscal, ello debido a que el control fiscal es integral, sin distingo alguno.”

El artículo 26 de la ley 42 de 1993 declarado exequible en la sentencia C-403 de 1999, no señala en qué eventos procede el control fiscal excepcional, sino únicamente establece los requisitos de procedibilidad para el control excepcional sobre cuentas de cualquier entidad territorial, a solicitud del gobierno departamental, distrital o municipal, de cualquier comisión permanente del Congreso, de la mitad más uno de los miembros de las corporaciones públicas territoriales, y a solicitud de la ciudadanía a través de los mecanismos de participación que establece la ley.

De tal suerte que el control se dice excepcional “porque es una excepción a la regla común de que la Contraloría General ejerce vigilancia fiscal sólo en el ámbito nacional, y excepcional porque ocurre sólo en los eventos señalados por el legislador”. Por tanto, no puede ser prevalente porque ello significaría tener alguna superioridad o ventaja que la Constitución no consagró.

No considera viable soportar la competencia prevalente en el numeral 13 del artículo 268 del Estatuto Superior, porque la habilitación legal debe cuidarse de invadir la competencia de las contralorías territoriales o vaciar el contenido normativo de los preceptos constitucionales que se refiere a la competencia de estas. El carácter unitario del Estado no puede desconocer la autonomía de las entidades territoriales.

La función de vigilar la gestión fiscal de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación prevista en el artículo 267 de la Carta y la atribución prevista en el numeral 4 del artículo 268, son disposiciones aplicables en el ámbito nacional pero no en el

local, “porque los recursos que la Nación transfiere a las entidades territoriales, ya sean a título de transferencias; de rentas cedidas; de derechos de participación en las regalías; de compensaciones; o de recursos de cofinanciación, deben ingresar al patrimonio de las entidades territoriales y por ende dejan de pertenecer a la Nación y pasan a ser propiedad de la respectiva entidad territorial”, sin perjuicio de que la inversión de esos presupuestos está sujeta a lo previsto en la Constitución y la ley.

Agrega que si el Constituyente hubiera deseado consagrar el control prevalente, lo hubiera dispuesto expresamente como lo hizo en materia disciplinaria con el Procurador General de la Nación en el numeral 6 del artículo 278 de la Constitución. La única disposición legal que ha consagrado el control prevalente del Contralor General de la República es la que se demanda y se debe tener en cuenta que el proyecto de la misma provino del organismo regentado por el Contralor General.

Con apoyo en todo lo anterior concluyó:

“El control fiscal que debe ejercer el Contralor General recae sobre la gestión fiscal de la administración y sobre los particulares que manejan bienes de la Nación, pero en el ámbito nacional, y sin desplazar a las contralorías territoriales, de este modo se reafirma la autonomía de las entidades territoriales; y el principio democrático, en tanto los contralores de las entidades territoriales son elegidos por el respectivo órgano de representación popular; y el concepto de Estado unitario porque la competencia ordinaria de control fiscal que tiene el Contralor General puede ampliarse a las entidades territoriales pero sólo por vía excepcional.”

En cuanto al análisis jurisprudencial de la Corte Constitucional sobre el control fiscal, el agente del Ministerio Público realiza un recuento de las sentencias C-534 de 1993, C-374 de 1995, C-272 de 1996, C-403 de 1999 y C-364 de 2001. Sobre el particular resalta que la sentencia C-272 de 1996, sostuvo “que la autonomía de los organismos de control fiscal se encuentra sujeta a la concepción unitaria del Estado, pero a la vez se reconoce que a estos se les ha asignado unas competencias específicas”, lo cual dio lugar a que en las sentencias posteriores se diera paso al control prevalente de la Contraloría General de la República.

Es así como en la Sentencia C-403 de 1999 se puntualizó que “existe un control concurrente entre los niveles, regional y local sobre los recursos que provienen de los ingresos de la Nación, y a la vez precisa que respecto de los recursos de origen nacional el control fiscal por parte de la Contraloría General de la República es prevalente y el control de excepción que ésta ejerce sólo se predica de los recursos propios de las entidades territoriales”. De este modo, por vía jurisprudencial se está creando la competencia prevalente de la Contraloría General de la República para vigilar la gestión fiscal de las entidades territoriales.

En la mencionada sentencia C-403 de 1999 el control de la Contraloría General se determina por el origen de los recursos y por la destinación, “que según la sentencia, en el caso de los recursos de origen nacional son inescindibles de las finalidades estatales; pero, esta vista fiscal se pregunta si acaso los recursos propios no tienen también una destinación encaminada a cumplir con los fines y cometidos estatales”. Por tanto, el argumento del origen de los recursos pierde fuerza para soportar el poder prevalente respecto de los recursos exógenos y endógenos.

Se añade a lo anterior que el artículo 26 de la ley 42 de 1993 solamente estableció unas condiciones de procedibilidad para que el organismo de control pueda ejercer un control excepcional, sin referirse al tipo de recursos sobre el que debe recaer el susodicho control. Lo cual amerita una revisión del tema para la decisión que tomará la Corte en el sub exámine.

* La Carta Política estableció una serie de reglas mínimas que tienden a articular el principio unitario con la protección de la autonomía territorial, dando en unas ocasiones primacía al nivel central y en otras a la gestión autónoma de las entidades territoriales.

* Los principios de descentralización y autonomía deben relacionarse con el de unidad, porque de lo contrario la afirmación de los intereses locales, seccionales y regionales conduciría a la configuración de un modelo organizativo distinto al previsto en la Constitución.

* El equilibrio entre los principios de autonomía y de unidad implica que la ley puede regular las cuestiones vinculadas a un interés nacional sin vulnerar la autonomía de las entidades territoriales y respetando los poderes de acción de que gozan para satisfacer sus propios intereses.

Estos conceptos, si son interpretados en su contexto, permiten llegar a la conclusión “según el cual el control prevalente que nos ocupa, vulnera las competencias constitucionales de las contralorías territoriales, puesto que la articulación de los principios que rigen la Constitución no puede desconocer la concepción del control fiscal que elaboró el constituyente(...)”. De allí que la competencia prevalente sobre el control fiscal de la Contraloría General de la República no puede depender del origen de los recursos “sino del ejercicio de la facultad excepcional y debe recaer sobre los recursos endógenos y exógenos”. Sin que esto implique una restricción de la competencia de la Contraloría General, a tiempo que se reafirma la autonomía de las entidades territoriales y el control fiscal de sus recursos, de conformidad con la línea jurisprudencial que seguía la Corte Constitucional con anterioridad a las sentencias C-403 de 1999 y C-364 de 2001.

VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia.

La Corte Constitucional es competente para conocer de la presente demanda, de conformidad con lo previsto en el artículo 241, numeral 4º de la Carta Política, por cuanto la norma acusada hace parte de una ley de la República.

1. Planteamiento del problema.

Corresponde a la Corte en este proceso decidir si, como lo sostiene el actor, es contrario a la Constitución Política el numeral 6º del artículo 5 del Decreto Ley 267 de 2000, por quebrantar las normas contenidas en los artículos 272, 267, 4 y 13 de la Carta, por el supuesto desconocimiento de la competencia exclusiva de las Contralorías del orden territorial para ejercer la vigilancia de la gestión fiscal en el ámbito de su comprensión territorial, razón esta por la cual el ejercicio por la Contraloría General de la República, “de forma prevalente y en coordinación” con aquellas Contralorías de la vigilancia de la gestión fiscal y los resultados de la administración y manejo de los recursos nacionales que sean transferidos a las entidades territoriales, resulta una “intromisión indebida” que lesiona la autonomía de las entidades locales por un organismo de carácter nacional; o si, por el contrario, la prevalencia y coordinación que la norma acusada establece para el ejercicio del control fiscal cuando por las entidades territoriales se administren y manejen recursos nacionales que se les transfiera a cualquier título, se ajusta a la Carta Política.

3. Las contralorías en la estructura del Estado Colombiano.

A partir de la Carta Política de 1991 Colombia se constituye como un Estado Social de Derecho que integra la descentralización y la autonomía de sus entidades territoriales en el espectro de la unidad nacional, de suerte que al amparo de una secuencia geográfica los territorios indígenas, los municipios, los distritos y los departamentos concurren política y administrativamente para dar asiento, forma y proyección a la fenomenología institucional de Colombia en tanto país democrático, participativo y pluralista. En este sentido quiso así el Constituyente armonizar las partes en un todo dinámico que rebasando la mera descentralización haga viables y trascendentes los derechos que asisten a las entidades territoriales para gestionar con autonomía sus intereses, esto es: para gobernarse por autoridades propias, ejercer las competencias que les corresponde, administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones, participar en las rentas nacionales, y por supuesto, ejercer los controles que les atañe conforme a la Constitución y la Ley. Lo cual es indicativo de que a la luz de la Carta la autonomía territorialidad y la unidad nacional son ampliamente compatibles, se nutren mutuamente, engloban en diferentes estadios institucionales la misma comunidad, concurren dialécticamente a la realización de los fines esenciales del Estado, y por tanto, operan, discurren y se articulan de tal manera que en último término las entidades territoriales sólo pueden realizarse a través de la unidad nacional, al paso que ésta únicamente puede existir a condición de que las entidades territoriales desplieguen su poder autonómico en consonancia con los intereses locales y nacionales. Son, pues, territorialidad y unidad nacional, dos elementos teleológicamente inescindibles, ontológicamente diferenciables a partir de su materialidad geográfica, con unos destinatarios comunes -los habitantes del país -, y por entero, instancias orgánicas y funcionales de un mismo mecanismo estatal: el de la República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista.

En esta perspectiva se expresa la estructura del Estado bajo la fórmula de las tres ramas del poder público acompañadas por unos órganos autónomos e independientes, cuya razón de ser común estriba en el cumplimiento de las funciones del Estado. Donde, el alindamiento de las respectivas competencias apareja una colaboración armónica en cabeza de todos los órganos y entidades que integran la estructura del Estado, de cuyo ligada a un concepto de

GESTIÓN PÚBLICA que a tiempo que involucra tanto a los entes ejecutores como a los controladores, prefigura y determina los nuevos lineamientos del control fiscal que hoy militan en el ordenamiento superior de cara a un gestor fiscal revestido de mayor autonomía y correlativas responsabilidades.¹ Sin lugar a dudas, tal ha sido la connotación que ab initio prohió el Constituyente bajo la locución “control fiscal posterior y selectivo”.

Con arreglo a estos parámetros aparecen las contralorías en sus diferentes niveles ejerciendo un poder de vigilancia que consulta los dictados de la auditoría moderna, en el entendido de que la Administración goza de plena autonomía e independencia para el desarrollo de su gestión fiscal, surtido lo cual emerge el control selectivo con un sentido retrospectivo e integral que finalmente debe dar cuenta del examen cuantitativo y cualitativo realizado sobre la materialidad de dicha gestión fiscal. Congruentemente las contralorías no hacen parte de ninguna rama del poder público, como tampoco del nivel central o del nivel descentralizado, pues, sencillamente, constituyen órganos autónomos e independientes, lo cual debe redundar en la independencia requerida en todo hacer controlador.

1. El control fiscal excepcional.

Conforme a lo dispuesto por el artículo 267 de la Constitución Política, la función pública de control fiscal por parte de la Contraloría General de la República se realiza sobre la administración y los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación, como control posterior y selectivo de acuerdo con los procedimientos, principios y sistemas que establezca el legislador, salvo que éste autorice para casos especiales que la vigilancia mencionada, previo concepto del Consejo de Estado se realice por entidades privadas colombianas cuya escogencia se realice por concurso de méritos.

No obstante lo anteriormente expresado, la norma constitucional contenida en el artículo 267 de la Carta, autoriza en su inciso tercero que en “casos excepcionales, previstos por la ley, la Contraloría podrá ejercer control posterior sobre cuentas de cualquier entidad territorial”.

Sobre esta especie de control y su excepcionalidad, se expresó por la Corte en Sentencia C-403 de 1999, lo que sigue:

“Entonces, se observa que existe un control concurrente del nivel nacional con el nivel regional y local sobre los recursos que provienen de los ingresos de la Nación, siendo el resultado de la necesaria coordinación que debe existir entre los diferentes niveles de la administración, sin que se pueda predicar por esto exclusión o indebida intromisión del nivel nacional en la administración territorial. Al contrario, a juicio de la Corte, es el desarrollo adecuado del artículo 228 de la Constitución Política, que impone el ejercicio de las competencias atribuidas a los distintos niveles territoriales conforme a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad en los términos que establezca la ley.

“Así las cosas, se advierte que respecto de los recursos de origen nacional, existe prevalencia del control fiscal por parte de la Contraloría General de la República, en aras de garantizar el adecuado rendimiento de los bienes e ingresos de la Nación. Otra cosa sucede con los denominados “recursos propios” de las entidades territoriales, que se encuentran

constituidos, por los rendimientos que provienen de la explotación de los bienes de su propiedad o, las rentas tributarias que se obtienen en virtud de fuentes tributarias (impuestos, tasas y contribuciones propias), pues en estos casos se puede hablar de una intervención excepcional de la Contraloría General, como quiera que se trata del manejo de sus propios asuntos, aquellos que les conciernen y son de su esencia, no de otra manera se podría hablar de autonomía de las entidades territoriales.

“En este sentido, la Corte ha manifestado: “...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 puedan 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”.

“Las entidades territoriales cuentan, además de la facultad de endeudamiento -recursos de crédito -, con dos mecanismos de financiación. En primer lugar disponen del derecho constitucional a participar en las rentas nacionales. Se trata, en este caso, de fuentes exógenas de financiación que admiten un mayor grado de inferencia por parte del nivel central del gobierno.

“Adicionalmente, las entidades territoriales disponen de aquellos recursos que, en sentido estricto, pueden denominarse recursos propios. Se trata fundamentalmente, de los rendimientos que provienen de la explotación de los bienes que son de su propiedad exclusiva o de las rentas tributarias que se obtienen en virtud de fuentes tributarias -impuestos, tasas y contribuciones- propias. En estos eventos, se habla de fuentes endógenas de financiación, que resultan mucho más resistentes frente a la intervención del legislador” (Sent. C-219 de 1997. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

“Es claro entonces, que el control de excepción que establece la norma acusada, no puede referirse a los dineros que transfiere la Nación a cualquier título a las entidades territoriales, porque en estos casos la Contraloría General de la República, como órgano superior del control fiscal del Estado, no requiere ninguna clase de autorización, ni solicitud, porque se trata de intereses de carácter nacional y, los recursos que se les transfieran, a pesar de que ingresan al presupuesto de las entidades territoriales, no por eso pierden su esencia y no dejan de tener un destino inherente a las finalidades del Estado (art. 2 C.P.).

“Por lo tanto, la norma acusada no hace otra cosa que desarrollar la parte final del inciso tercero del artículo 267 de la C.P. “...En los casos excepcionales, previstos por la ley, la contraloría podrá ejercer control posterior sobre cuentas de cualquier entidad territorial...”, norma esta que consagra una autonomía local sobre los recursos propios de las entidades territoriales que justifica la constitucionalidad del texto consagrado en el artículo 26 literales a) y b) de la Ley 42 de 1993, sin que se puede predicar como se señala en la demanda que con la disposición acusada se crean “feudos funcionales”, porque como se vio, la competencia de la Contraloría General de la República no se limita en tratándose del ejercicio del control fiscal respecto de los recursos de los entes territoriales de origen nacional.

“Ya esta Corporación ha puesto de presente que la articulación de los intereses nacionales y de los de las entidades territoriales puede “...dar lugar a la coexistencia de competencias paralelas, que serán ejercidas independientemente en sus propios campos, o a un sistema de

competencias compartidas, que se ejercerán de manera armónica” (Sent. C-478 de 1992 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

“Así las cosas, debe entenderse que el régimen del control fiscal, atendiendo su carácter autónomo, ha de realizarse con estricta sujeción a los postulados constitucionales, por los órganos que la Carta Fundamental autoriza para su ejercicio, esto es, las Contralorías, tanto a nivel nacional, departamental, distrital o municipal (cuando existan)”.

Por ello, en armonía con lo ya dicho en la sentencia acabada de mencionar, la Corte, en Sentencia C-364 de 2001, (magistrado ponente, doctor Eduardo Montealegre Lynett) declaró constitucional la competencia prevalente de la Contraloría General de la República para adelantar el juicio de responsabilidad fiscal cuando éste se origina en el control excepcional en la vigilancia de la gestión fiscal de las entidades territoriales.

5. Competencia concurrente de la Contraloría General de la República y las Contralorías Territoriales para la vigilancia de la gestión fiscal.

Es claro para la Corte que en virtud de lo dispuesto por el artículo 121 de la Carta las autoridades públicas sólo pueden ejercer las funciones que les atribuyan la Constitución y la ley, norma esta que armoniza a plenitud con lo dispuesto en el artículo 6º de la Carta Política en cuanto en él se establece la responsabilidad de los servidores públicos por infracción de la misma o de las leyes y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

En desarrollo de tales principios rectores elevados por el constituyente a la calidad de normas jurídicas, la propia Carta en los artículos 267 y 268 precisa el ámbito de la vigilancia de la gestión fiscal del Estado como función pública a cargo de la Contraloría General de la República y las atribuciones que corresponden para realizarla al Contralor General de la República y, luego, en el artículo 272 se ocupa de lo atinente a la vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios donde existan Contralorías, con la precisión, en todos los casos, en el sentido de que ella se ejercerá en forma posterior y selectiva.

Dado que en la Constitución Colombiana se adopta la forma de república unitaria, pero al propio tiempo se establece la autonomía de las entidades territoriales, es claro que estas últimas para la gestión de sus intereses “y dentro de los límites de la Constitución y la ley” pueden administrar sus recursos para el cumplimiento de sus funciones y participar en las rentas nacionales, conforme a lo establecido por el artículo 287 de la Carta.

Ello significa, entonces, que cada una de las entidades territoriales tiene recursos propios y, además, los que provienen de su participación en los nacionales, cuyo origen en consecuencia, es claramente diferenciable y distinto.

Tanto con los unos como con los otros, en la órbita de su competencia, se realizan por las entidades territoriales los actos propios de la gestión pública con arreglo a la normatividad vigente y para alcanzar los fines que al Estado le asigna el artículo 2º de la Carta, pues estos no son exclusivos de las autoridades nacionales.

Siendo ello así, corresponde a las Contralorías del orden Territorial en cumplimiento y

desarrollo del artículo 272 de la Carta y desde un punto de vista orgánico, la vigilancia de la gestión fiscal que cada una de las entidades territoriales adelanta en su respectiva jurisdicción.

Con todo, como las entidades territoriales participan de los ingresos nacionales en la forma prevenida en la Constitución y la ley, nada se opone a que la Contraloría General de la República desde el punto de vista material, ejerza el control fiscal sobre los fondos o bienes de la Nación que les sean transferidos a aquellas a cualquier título, como quiera que el artículo 267 de la Carta, sin distingo alguno atribuye a la Contraloría General de la República esa vigilancia.

Sin embargo, es claro que el ejercicio simultáneo del control fiscal por la Contraloría General de la República y las Contralorías Territoriales en relación con la gestión pública que se cumple por las entidades territoriales, constituiría una innecesaria duplicidad de funciones, que además de multiplicar su costo en nada contribuiría a la eficacia ni a la eficiencia y celeridad de la función administrativa, por lo que se impone admitir que la Constitución no puede ser interpretada para conducir a ese resultado.

Por otra parte, no resulta admisible una interpretación según la cual cuando se trate de la administración y manejo de fondos o bienes de origen nacional la Contraloría General de la República ejerza de modo privativo, exclusivo y excluyente, el control y la vigilancia de la gestión fiscal aún cuando esos fondos o bienes hubieren sido transferidos por la Nación a las entidades territoriales, pues ello equivaldría a ignorar la existencia del artículo 272 de la Carta, como si existiera tan sólo el artículo 267, inciso primero de la misma. Y, del mismo modo, resulta igualmente inadmisibles la interpretación contraria, que llevaría entonces a aceptar que transferidos fondos o bienes de la Nación a las entidades territoriales, en la vigilancia de la gestión fiscal de estas no podría tener ninguna competencia la Contraloría General de la República.

Así, se impone entonces una interpretación armónica de lo dispuesto por los artículos 267, inciso primero, 272 y 286 de la Carta, de la cual se desprende como conclusión la existencia de una competencia concurrente, para desechar la pretendida competencia privativa sobre el control de la gestión fiscal en este caso y, en tal virtud, ha de aceptarse que no pueden ejercerse simultáneamente esas funciones por la Contraloría Territorial y la Contraloría General de la República. Es pues, claro que el fundamento de la exequibilidad de la norma acusada no lo es el control excepcional sino, en forma directa, el que se desprende de los artículos 267 inciso primero, 272 y 286 de la Carta.

Así las cosas, no encuentra entonces la Corte que resulte inexecutable lo dispuesto por el artículo 5º numeral sexto del Decreto - Ley 267 de 2000, como quiera que bien puede el legislador establecer competencias prevalentes, como lo hizo en este caso y en nada se vulnera norma alguna de la Constitución cuando para este efecto ordena que exista coordinación entre las actividades que cumplan para la vigilancia de la gestión fiscal tanto la Contraloría General de la República como las Contralorías Territoriales.

VII. DECISION

Con fundamento en las consideraciones expuestas, la Sala Plena de la Corte Constitucional,

administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Declarar EXEQUIBLE el numeral 6º del artículo 5 del Decreto - Ley 267 de 2000.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional, cúmplase y archívese el expediente.

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Presidente

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

LUIS EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

Salvamento de voto a la Sentencia C-127/02

DESCENTRALIZACION Y AUTONOMIA EN LA UNIDAD NACIONAL-Integración (Salvamento de voto)

A partir de la Carta Política de 1991 Colombia se constituye como un Estado Social de Derecho que integra la descentralización y la autonomía de sus entidades territoriales en el espectro de la unidad nacional, de suerte que al amparo de una secuencia geográfica los territorios indígenas, los municipios, los distritos y los departamentos concurren política y administrativamente para dar asiento, forma y proyección a la fenomenología institucional de Colombia en tanto país democrático, participativo y pluralista. En este sentido quiso así el Constituyente armonizar las partes en un todo dinámico que rebasando la mera descentralización haga viables y trascendentes los derechos que asisten a las entidades territoriales para gestionar con autonomía sus intereses, esto es: para gobernarse por autoridades propias, ejercer las competencias que les corresponde, administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones, participar en las rentas nacionales, y por supuesto, ejercer los controles que les atañe conforme a la Constitución y la Ley.

AUTONOMIA TERRITORIAL Y UNIDAD NACIONAL-Compatibilidad (Salvamento de voto)

A la luz de la Carta las nociones de territorialidad y unidad nacional son ampliamente compatibles, se nutren mutuamente, engloban en diferentes estadios institucionales la misma comunidad, concurren dialécticamente a la realización de los fines esenciales del Estado, y por tanto, operan, discurren y se articulan de tal manera que en último término las entidades territoriales sólo pueden realizarse a través de la unidad nacional, al paso que ésta únicamente puede existir a condición de que las entidades territoriales desplieguen su poder autonómico en consonancia con los intereses locales y nacionales. Son, pues, territorialidad y unidad nacional, dos elementos teleológicamente inescindibles, ontológicamente diferenciables a partir de su materialidad geográfica, con unos destinatarios comunes -los habitantes del país-, y por entero, instancias orgánicas y funcionales de un mismo mecanismo estatal: el de la República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista.

ESTRUCTURA DEL ESTADO-Colaboración armónica de órganos y entidades/GESTION PUBLICA/CONTROL FISCAL-Nuevos lineamientos (Salvamento de voto)

CONTROL FISCAL-Posterior y selectivo (Salvamento de voto)

CONTRALORIA-Auditoria moderna/GESTION FISCAL DE LA ADMINISTRACION-Autonomía e independencia/GESTION FISCAL-Control selectivo retrospectivo e integral (Salvamento de voto)

CONTRALORIA-No hace parte de ninguna de las ramas del Poder Público (Salvamento de voto)

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA-Vigilancia de gestión fiscal en la órbita nacional/CONTRALORIA TERRITORIAL-Vigilancia de gestión fiscal dentro de su jurisdicción (Salvamento de voto)

CONTROL FISCAL-Determinación de cobertura (Salvamento de voto)

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA-Control posterior sobre cuentas de entes

territoriales (Salvamento de voto)

CONTROL FISCAL DE LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA-Excepcionalidad (Salvamento de voto)

CONTROL FISCAL-Titularidad sobre gestión fiscal de particulares (Salvamento de voto)

CONTROL FISCAL EXCEPCIONAL-Alcance (Salvamento de voto)

PRECEDENTE CONSTITUCIONAL-Modificación (Salvamento de voto)

PODER REFERENTE-Unico caso (Salvamento de voto)

PODER REFERENTE-No extensión (Salvamento de voto)

PRINCIPIO DE LEGALIDAD-Fundamento jerárquicamente concurrente en la Constitución y la Ley (Salvamento de voto)

DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL-Ley no es instrumento idóneo de modificación, reforma, adición o derogación (Salvamento de voto)

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA-Facultades excepcionales (Salvamento de voto)

CONTROL FISCAL TERRITORIAL-Impropiamente distinción entre recursos endógenos y exógenos (Salvamento de voto)

CONTRALORIA TERRITORIAL-Irrelevancia de calificación de recursos como nacional territorial (Salvamento de voto)

CONTROL FISCAL EXCEPCIONAL-No es prevalente (Salvamento de voto)

CONTROL FISCAL-Distinción de facultad excepcional de potestad prevalente/CONTRALORIA-Inexistencia de control prevalente (Salvamento de voto)

CONTROL FISCAL-Modificación de tesis en recursos nacionales transferidos a entes territoriales (Salvamento de voto)

PRESUNCION DE LEGALIDAD DE ACTO ADMINISTRATIVO-No distinciones en calidad de nacional o territorial (Salvamento de voto)

CONTROL FISCAL-No acaecimiento simultáneo de prevalencia y coordinación (Salvamento de voto)

Prevalencia y coordinación no pueden acaecer simultáneamente y de ara a dos órganos específica e invariablemente considerados; no pueden coexistir válidamente, toda vez que en el mejor de los casos dichos verbos rectores encierran una contradictio ex toto, que a su turno denuncia el carácter inconstitucional de la norma acusada. Y no podría ser de otra manera, por cuanto, sin excepción, el Derecho debe ser racional en todo Estado Social de Derecho que se precie de serlo con sentido auténtico.

ENTIDADES TERRITORIALES-Autonomía en competencias y recursos (Salvamento de voto)

Con el respeto acostumbrado por las decisiones de esta Corporación, los suscritos magistrados se ven precisados a salvar su voto en relación con la decisión contenida en la sentencia C-127 del 26 de febrero de 2002. Al respecto se tiene:

El actor demanda la inexecutable del numeral 6º del artículo 5 del decreto 267 de 2000, pues en su opinión este dispositivo es violatorio de los artículos 272, 267, 4 y 13 del Estatuto Supremo por los siguientes motivos: la potestad que allí se acuña desconoce la competencia que asiste a las contralorías territoriales para ejercer la vigilancia sobre la gestión fiscal en sus respectivas jurisdicciones; el control prevalente excluye la posibilidad del control excepcional, provocando así “una intromisión indebida” (sic) de la Contraloría General de la República en la jurisdicción y competencia de las contralorías; la norma acusada genera una incompatibilidad para con el inciso segundo del artículo 267 superior; y, finalmente, dicha norma engendra un marginamiento institucional de las contralorías territoriales en la medida en que son forzadas a ceder sus jurisdicciones y competencias a la Contraloría General de la República en aras del control prevalente, siendo patente la violación del derecho a la igualdad en tanto son sometidas a condiciones de inferioridad.

Para una mejor inteligencia de la materia en discusión, los suscritos magistrados proceden a estructurar su examen al tenor de los siguientes temas: a) Las contralorías en la estructura del Estado Colombiano. b) El control fiscal sobre la gestión fiscal nacional y territorial, incluidos los particulares, y el control fiscal excepcional. c) El control fiscal prevalente y su arraigo constitucional.

a) Las contralorías en la estructura del Estado Colombiano.

A partir de la Carta Política de 1991 Colombia se constituye como un Estado Social de Derecho que integra la descentralización y la autonomía de sus entidades territoriales en el espectro de la unidad nacional, de suerte que al amparo de una secuencia geográfica los territorios indígenas, los municipios, los distritos y los departamentos concurren política y administrativamente para dar asiento, forma y proyección a la fenomenología institucional de Colombia en tanto país democrático, participativo y pluralista. En este sentido quiso así el Constituyente armonizar las partes en un todo dinámico que rebasando la mera descentralización haga viables y trascendentes los derechos que asisten a las entidades territoriales para gestionar con autonomía sus intereses, esto es: para gobernarse por autoridades propias, ejercer las competencias que les corresponde, administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones, participar en las rentas nacionales, y por supuesto, ejercer los controles que les atañe conforme a la Constitución y la Ley. Lo cual es indicativo de que a la luz de la Carta las nociones de territorialidad y unidad nacional son ampliamente compatibles, se nutren mutuamente, engloban en diferentes estadios institucionales la misma comunidad, concurren dialécticamente a la realización de los fines esenciales del Estado, y por tanto, operan, discurren y se articulan de tal manera que en último término las entidades territoriales sólo pueden realizarse a través de la unidad nacional, al paso que ésta únicamente puede existir a condición de que las entidades territoriales desplieguen su poder autónomo en consonancia con los intereses locales y nacionales. Son, pues, territorialidad y unidad

nacional, dos elementos teleológicamente inescindibles, ontológicamente diferenciables a partir de su materialidad geográfica, con unos destinatarios comunes –los habitantes del país-, y por entero, instancias orgánicas y funcionales de un mismo mecanismo estatal: el de la República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista.

En esta perspectiva se expresa la estructura del Estado bajo la fórmula de las tres ramas del poder público acompañadas por unos órganos autónomos e independientes, cuya razón de ser común estriba en el cumplimiento de las funciones del Estado. Donde, el alindamiento de las respectivas competencias apareja una colaboración armónica en cabeza de todos los órganos y entidades que integran la estructura del Estado, de suyo ligada a un concepto de GESTIÓN PÚBLICA que a tiempo que involucra tanto a los entes ejecutores como a los controladores, prefigura y determina los nuevos lineamientos del control fiscal que hoy militan en el ordenamiento superior de cara a un gestor fiscal revestido de mayor autonomía y correlativas responsabilidades.² Sin lugar a dudas, tal ha sido la connotación que ab initio prohió el Constituyente bajo la locución “control fiscal posterior y selectivo”.

Con arreglo a estos parámetros aparecen las contralorías en sus diferentes niveles ejerciendo un poder de vigilancia que consulta los dictados de la auditoría moderna, en el entendido de que la Administración goza de plena autonomía e independencia para el desarrollo de su gestión fiscal, surtido lo cual emerge el control selectivo con un sentido retrospectivo e integral que finalmente debe dar cuenta del examen cuantitativo y cualitativo realizado sobre la materialidad de dicha gestión fiscal. Congruentemente las contralorías no hacen parte de ninguna rama del poder público, como tampoco del nivel central o del nivel descentralizado, pues, sencillamente, constituyen órganos autónomos e independientes, lo cual debe redundar en la independencia mental requerida en todo hacer controlador.

b) El control fiscal sobre la gestión fiscal nacional y territorial, incluidos los particulares, y el control fiscal excepcional.

A través de su artículo 267 la Carta establece en cabeza de la Contraloría General de la República el control fiscal sobre la gestión fiscal de la Administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación. Es decir, en primer término la Contraloría General de la República vigila la gestión fiscal que tiene lugar en la órbita nacional, correspondiéndole a las contralorías departamentales, distritales y municipales ejercer el control fiscal dentro de sus respectivas jurisdicciones. Lo que a su turno enseña también que la cobertura del control fiscal está determinada por el orden presupuestal nacional o territorial de los recursos aforados por los respectivos órganos de elección popular.³ Sin perjuicio de que en los casos excepcionales, previstos en la ley, la Contraloría General de la República pueda ejercer control posterior sobre cuentas de cualquier entidad territorial, lo cual impone entender también que, por disposición constitucional el control excepcional únicamente opera sobre la gestión fiscal de los departamentos, distritos, municipios y territorios indígenas,⁴ que no sobre la gestión fiscal de los particulares, toda vez que el artículo 267 superior –en cuanto norma de competencia- no los incluyó como sujetos pasivos de dicha modalidad de control, de lo cual se sigue que la titularidad para el ejercicio del control fiscal sobre la gestión fiscal de los particulares reside con exclusividad en cabeza de la Contraloría General de la República o de alguna de las contralorías departamentales,

distritales o municipales, dependiendo de si los recursos a controlar se hallan inmersos en el presupuesto nacional o en alguno de los presupuestos territoriales. Preservándose al punto el mandato constitucional según el cual la Contraloría General de la República -y por extensión las territoriales- no tendrá funciones administrativas distintas de las inherentes a su propia organización. Dado que, ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley (art. 121 C.P.).

En torno al control fiscal excepcional esta Corporación expresó en sentencia C-403 de 1999:

“Entonces, se observa que existe un control concurrente del nivel nacional con el nivel regional y local sobre los recursos que provienen de los ingresos de la Nación, siendo el resultado de la necesaria coordinación que debe existir entre los diferentes niveles de la administración, sin que se pueda predicar por esto exclusión o indebida intromisión del nivel nacional en la administración territorial. Al contrario, a juicio de la Corte, es el desarrollo adecuado del artículo 228 de la Constitución Política, que impone el ejercicio de las competencias atribuidas a los distintos niveles territoriales conforme a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad en los términos que establezca la ley.

“Así las cosas, se advierte que respecto de los recursos de origen nacional, existe prevalencia del control fiscal por parte de la Contraloría General de la República, en aras de garantizar el adecuado rendimiento de los bienes e ingresos de la Nación. Otra cosa sucede con los denominados “recursos propios” de las entidades territoriales, que se encuentran constituidos, por los rendimientos que provienen de la explotación de los bienes de su propiedad o, las rentas tributarias que se obtienen en virtud de fuentes tributarias (impuestos, tasas y contribuciones propias), pues en estos casos se puede hablar de una intervención excepcional de la Contraloría General, como quiera que se trata del manejo de sus propios asuntos, aquellos que les conciernen y son de su esencia, no de otra manera se podría hablar de autonomía de las entidades territoriales.

“En este sentido, la Corte ha manifestado: “...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 puedan 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”.

“Las entidades territoriales cuentan, además de la facultad de endeudamiento -recursos de crédito-, con dos mecanismos de financiación. En primer lugar disponen del derecho constitucional a participar en las rentas nacionales. Se trata, en este caso, de fuentes exógenas de financiación que admiten un mayor grado de inferencia por parte del nivel central del gobierno.

“Adicionalmente, las entidades territoriales disponen de aquellos recursos que, en sentido estricto, pueden denominarse recursos propios. Se trata fundamentalmente, de los rendimientos que provienen de la explotación de los bienes que son de su propiedad exclusiva o de las rentas tributarias que se obtienen en virtud de fuentes tributarias -impuestos, tasas y contribuciones- propias. En estos eventos, se habla de fuentes endógenas de financiación, que resultan mucho más resistentes frente a la intervención del legislador” (Sent. C-219 de 1997. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

“Es claro entonces, que el control de excepción que establece la norma acusada, no puede referirse a los dineros que transfiere la Nación a cualquier título a las entidades territoriales, porque en estos casos la Contraloría General de la República, como órgano superior del control fiscal del Estado, no requiere ninguna clase de autorización, ni solicitud, porque se trata de intereses de carácter nacional y, los recursos que se les transfieran, a pesar de que ingresan al presupuesto de las entidades territoriales, no por eso pierden su esencia y no dejan de tener un destino inherente a las finalidades del Estado (art. 2 C.P.).

“Por lo tanto, la norma acusada no hace otra cosa que desarrollar la parte final del inciso tercero del artículo 267 de la C.P. “...En los casos excepcionales, previstos por la ley, la contraloría podrá ejercer control posterior sobre cuentas de cualquier entidad territorial...”, norma esta que consagra una autonomía local sobre los recursos propios de las entidades territoriales que justifica la constitucionalidad del texto consagrado en el artículo 26 literales a) y b) de la Ley 42 de 1993, sin que se puede predicar como se señala en la demanda que con la disposición acusada se crean “feudos funcionales”, porque como se vio, la competencia de la Contraloría General de la República no se limita en tratándose del ejercicio del control fiscal respecto de los recursos de los entes territoriales de origen nacional.

“Ya esta Corporación ha puesto de presente que la articulación de los intereses nacionales y de los de las entidades territoriales puede “...dar lugar a la coexistencia de competencias paralelas, que serán ejercidas independientemente en sus propios campos, o a un sistema de competencias compartidas, que se ejercerán de manera armónica” (Sent. C-478 de 1992 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

“Así las cosas, debe entenderse que el régimen del control fiscal, atendiendo su carácter autónomo, ha de realizarse con estricta sujeción a los postulados constitucionales, por los órganos que la Carta Fundamental autoriza para su ejercicio, esto es, las Contralorías, tanto a nivel nacional, departamental, distrital o municipal (cuando existan)”.

c) El control fiscal prevalente y su arraigo constitucional.

En el umbral debe reconocerse que la modalidad del control fiscal prevalente no tiene el menor arraigo dentro de los dominios de la Constitución Política, por lo que se hace imperativo que esta Corporación entre a modificar en lo pertinente lo expresado en sentencias anteriores sobre el particular.

En efecto, sea lo primero señalar que en lo concerniente a competencias preferentes sobre control la Carta Política trae como único caso el del Procurador General de la Nación, donde en términos de su artículo 277-6 le corresponde a este alto dignatario:

“Ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes, e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley.” (Resaltamos).

No siendo dable extender ese poder preferente o prevalente a ninguna otra autoridad pública bajo los auspicios del Estado Social de Derecho que entraña la Constitución de 1991. Pues, según dictados del artículo 121 superior:

“Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley”.

Por donde se impone entender que el principio de legalidad que informa el instituto de la competencia no se puede restringir a los puros, simples y aislados mandatos de la ley, antes bien, el principio de legalidad –juridicidad– que soporta el edificio de la competencia tiene como fundamentos jerárquicamente concurrentes a la Constitución y la ley, resultando por ello impropio y contrario a los predicados del Estado Social de Derecho el que una ley cualquiera atribuya potestades de manera insular o descontextualizada, vale decir, al margen de la Carta Política, y mucho menos, a contrapelo de sus contenidos y fines.

Sencillamente, la ley no es el instrumento idóneo para modificar, reformar, adicionar o derogar dispositivos constitucionales; por el contrario, el carácter subalterno que el artículo 4 superior le dispensa a la ley frente a la Constitución, no deja margen de duda sobre la concluyente irregularidad de cualquier conato de contumacia legislativa.

Ahora bien, en lo que dice relación a las facultades excepcionales de la Contraloría General de la República el tercer inciso –in fine– del artículo 267 superior establece:

“(…) En los casos excepcionales, previstos por la ley, la Contraloría podrá ejercer control posterior sobre cuentas de cualquier entidad territorial”.

Con apoyo en esta previsión la ley 42 de 1993 dispuso:

“ARTÍCULO 26. La Contraloría General de la República podrá ejercer control posterior, en forma excepcional, sobre las cuentas de cualquier entidad territorial, sin perjuicio del control que les corresponde a las contralorías departamentales y municipales, en los siguientes casos:

“a) A solicitud del gobierno departamental, distrital o municipal, de cualquier comisión permanente del Congreso de la República o de la mitad más uno de los miembros de las corporaciones públicas territoriales.

“b) A solicitud de la ciudadanía, a través de los mecanismos de participación que establece la Ley”.

Norma sobre cuya constitucionalidad se pronunció favorablemente esta Corporación mediante sentencia C-403 de 1999, expresando en algunos de sus apartes:

“Así las cosas, se advierte que respecto de los recursos de origen nacional, existe prevalencia del control fiscal por parte de la Contraloría General de la República, en aras de garantizar el adecuado rendimiento de los bienes e ingresos de la Nación. Otra cosa sucede con los denominados “recursos propios” de las entidades territoriales, que se encuentran constituidos, por los rendimientos que provienen de la explotación de los bienes de su propiedad o, las rentas tributarias que se obtienen en virtud de fuentes tributarias (impuestos, tasas y contribuciones propias), pues en estos casos se puede hablar de una intervención excepcional de la Contraloría General, como quiera que se trata del manejo de sus propios asuntos, aquellos que les conciernen y son de su esencia, no de otra manera se

podría hablar de autonomía de las entidades territoriales.

“(…)

“El control de excepción que establece la norma acusada, no puede referirse a los dineros que transfiere la Nación a cualquier título a las entidades territoriales, porque en estos casos la Contraloría General de la República, como órgano superior del control fiscal del Estado, no requiere ninguna clase de autorización, ni solicitud, porque se trata de intereses de carácter nacional y, los recursos que se les transfieran, a pesar de que ingresan al presupuesto de las entidades territoriales, no por eso pierden su esencia y no dejan de tener un destino inherente a las finalidades del Estado. La norma acusada no hace otra cosa que desarrollar la parte final del inciso tercero del artículo 267 de la C.P. “...En los casos excepcionales, previstos por la ley, la contraloría podrá ejercer control posterior sobre cuentas de cualquier entidad territorial...”, norma esta que consagra una autonomía local sobre los recursos propios de las entidades territoriales que justifica la constitucionalidad del texto consagrado en el artículo 26 literales a) y b) de la Ley 42 de 1993, sin que se puede predicar como se señala en la demanda que con la disposición acusada se crean “feudos funcionales”, porque como se vio, la competencia de la Contraloría General de la República no se limita en tratándose del ejercicio del control fiscal respecto de los recursos de los entes territoriales de origen nacional”.

Se impone ahora reconocer que en relación con el control fiscal territorial esta Corporación ha venido acuñando una impropia distinción entre recursos endógenos y recursos exógenos, privilegiando sin más a la Contraloría General de la República frente al control de estos últimos. Con el ingrediente de que esta distinción se ha montado sobre dos falacias, a saber: 1a) Creer que en torno a los fines del Estado solamente goza de legitimidad la Nación, esto es, lanzando al ostracismo la presencia institucional de las entidades territoriales. 2a) Creer que los principios de la buena fe y de la moralidad únicamente se predicen de los servidores públicos del orden nacional, como si la Constitución insinuara a su favor alguna vocación ética superior.

Desde luego que las cosas no pueden ir por ese camino, pues como bien se sabe, por mandato superior los fines del Estado comprometen y determinan las tareas públicas que la Constitución, la ley y el reglamento les asignan tanto a la Nación como a sus entidades territoriales, a cuyos efectos no hay, ni podrían operar dispositivos excluyentes de los principios de unidad nacional o de autonomía territorial, tanto menos si se considera que el fortalecimiento de la unidad de la Nación sienta sus reales primeramente en la concreción de la descentralización y la autonomía territorial -como que la construcción de todo órgano va de las partes hacia el todo, y no al revés-, sin perjuicio de las relaciones de conexidad e integración que dialécticamente discurren entre tales extremos institucionales. Poniéndose de presente además la corriente de flujos y reflujos que anima, proyecta y fortalece el movimiento real del centro y la periferia, hoy con un sentido geométrico de mayor equilibrio interfuncional que encuentra adecuada expresión en los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad.

En este orden de ideas conviene recordar que todos los niveles gubernamentales apuntan hacia la realización de los fines del Estado; es decir, tanto los recursos de la Nación como los

de las entidades territoriales –en su perspectiva particular- concurren a unos mismos cometidos estatales, sin que tal noción de las cosas pueda cambiar a instancias de las transferencias de recursos, ya de la Nación hacia las entidades territoriales, ora de éstas hacia aquélla. Por lo demás, oportuno es registrar que gran parte de los ingresos corrientes aforados en el presupuesto nacional, tienen su génesis natural, jurídica y económica en las entidades territoriales, esto es, en los entornos habituales e inmediatos de los contribuyentes. Cosa distinta es que la preceptiva presupuestal vigente comporte un circuito administrativo y recaudatorio que al amparo del principio de unidad de caja muestre –en apariencia- a los entes territoriales como unos compartimientos económicamente ajenos a la generación de ingresos fiscales, tal como ocurre en el evento más significativo: el de los impuestos nacionales, que de ordinario tienen su origen en las actividades económicas desarrolladas por las personas en los municipios y distritos, sin desconocer la cobertura nacional o internacional que algunos agentes económicos tienen, pero en cualquier hipótesis, surtiendo el paso cotidiano del municipio: célula de la organización político-administrativa de Colombia. En este sentido no sería razonable desconocer la influencia que tienen las entidades territoriales en el comportamiento de la inversión privada y en la actividad empresarial misma, habida consideración de su gestión local en materia de obras y servicios públicos. Por ello mismo, sin hacerle concesiones a la postura jurisprudencial que ahora se rebate, cabría preguntarse: ¿cómo entender entonces que las jurisdicciones –entidades territoriales- donde se origina un amplio volumen de recursos fiscales se hallen precisamente inhabilitadas para controlar su ejecución, so pretexto de un control prevalente extraño a las competencias inscritas en la Constitución, aunque, eso sí, apoyado en el sambenito de las transferencias de recursos exógenos?

La calificación de nacional o territorial que se da a los recursos percibidos por las entidades territoriales resulta irrelevante a los fines del control que atañe a las contralorías departamentales, distritales o municipales, dado que la Constitución no incorpora esos principios o criterios diferenciadores; lo importante es que los respectivos recursos estén o correspondan al Departamento, al Distrito o al Municipio, sea cual fuere su origen. Más aún, obsérvese cómo la Constitución no se pregunta, ni autoriza ni sugiere indagación alguna sobre el modo o el título bajo el cual los particulares o las entidades oficiales tienen la propiedad sobre sus bienes o recursos. Lo cual no obsta para advertir que, en todo caso, el control fiscal recae sobre la gestión fiscal que los servidores públicos o los particulares realicen con referencia a los bienes y recursos oficiales puestos a su cuidado.

Desde otra orilla de la discusión cabe también reivindicar el acervo de facultades de vigilancia fiscal que otorga a las contralorías territoriales el artículo 272 de la Constitución, el cual, por ser posterior y especial, en caso de conflicto debe aplicarse de preferencia sobre el artículo 267 *ibídem*.

Retornando al tema del control fiscal excepcional resulta procedente reiterar algunos apartes de lo dicho por la Vista Fiscal, donde, después de enfatizar el sentido y alcance del artículo 272 constitucional en cabeza de las contralorías territoriales, precisó:

“(…)existe una clara delimitación de las funciones constitucionales que le competen a la Contraloría General y a las contralorías de las entidades territoriales, pues aún cuando, desde el punto de vista funcional las atribuciones de los organismos de control nacional y territorial

son idénticas, ello no es óbice para distinguir que desde el ámbito territorial el constituyente demarcó claramente la competencia de unas y otras, preceptuando expresamente que las últimas ejercerían el control fiscal en su respectiva jurisdicción cumpliendo las mismas funciones asignadas al Contralor General.”

Prosiguió el Ministerio Público indicando que las atribuciones del Contralor General de la República en modo alguno pueden acarrear el desplazamiento de las contralorías territoriales, por cuanto la facultad para exigir informes a quienes administren fondos o bienes de la Nación, “(...) no implica el ejercicio del control fiscal integral que la Carta ha consagrado, y menos aún el desplazamiento de las contralorías territoriales en la vigilancia de la gestión fiscal de su respectiva jurisdicción”, ya que ello vaciaría el contenido normativo de los artículos 268 y 272 de la Constitución.

También afirmó que el artículo 26 de la ley 42 de 1993 declarado exequible en la sentencia C-403 de 1999, no señala en qué eventos procede el control fiscal excepcional, pues únicamente establece los requisitos de procedibilidad para el control excepcional sobre cuentas de cualquier entidad territorial, a solicitud del gobierno departamental, distrital o municipal, de cualquier comisión permanente del Congreso, de la mitad más uno de los miembros de las corporaciones públicas territoriales, y a solicitud de la ciudadanía a través de los mecanismos de participación que establece la ley.

De suerte que el control se dice excepcional “porque es una excepción a la regla común de que la Contraloría General ejerce vigilancia fiscal sólo en el ámbito nacional, y excepcional porque ocurre sólo en los eventos señalados por el legislador”. Por Consiguiente, dicho control no puede ser prevalente porque ello significaría tener alguna superioridad o ventaja que la Constitución no consagró.

Igualmente no considera viable soportar la competencia prevalente en el numeral 13 del artículo 268 del Estatuto Superior, porque la habilitación legal debe cuidarse de invadir la competencia de las contralorías territoriales o vaciar el contenido normativo de los preceptos constitucionales que se refieren a la competencia de éstas. El carácter unitario del Estado no puede desconocer la autonomía de las entidades territoriales.

Y claro, la función de vigilar la gestión fiscal de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación prevista en el artículo 267 de la Carta y la atribución prevista en el numeral 4 del artículo 268, son disposiciones aplicables en el ámbito nacional pero no en el local, “porque los recursos que la Nación transfiere a las entidades territoriales, ya sean a título de transferencias; de rentas cedidas; de derechos de participación en las regalías; de compensaciones; o de recursos de cofinanciación, deben ingresar al patrimonio de las entidades territoriales y por ende dejan de pertenecer a la Nación y pasan a ser propiedad de la respectiva entidad territorial”, sin perjuicio de que la inversión de esos presupuestos está sujeta a lo previsto en la Constitución y la ley.

Agrega que si el Constituyente hubiera deseado consagrar el control prevalente, lo hubiera dispuesto expresamente como lo hizo en materia disciplinaria con el Procurador General de la Nación en el numeral 6o del artículo 278 de la Constitución. Por donde, la única disposición legal que ha consagrado el control prevalente del Contralor General de la República es la que se demanda, debiendo observarse que el proyecto de la misma provino del organismo

regentado por el Contralor General.

De todo lo anterior concluyó el Ministerio Público:

“El control fiscal que debe ejercer el Contralor General recae sobre la gestión fiscal de la administración y sobre los particulares que manejan bienes de la Nación, pero en el ámbito nacional, y sin desplazar a las contralorías territoriales, de este modo se reafirma la autonomía de las entidades territoriales; y el principio democrático, en tanto los contralores de las entidades territoriales son elegidos por el respectivo órgano de representación popular; y el concepto de Estado unitario porque la competencia ordinaria de control fiscal que tiene el Contralor General puede ampliarse a las entidades territoriales pero sólo por vía excepcional.”

No cabe duda entonces de que las facultades excepcionales son diferentes de las potestades prevalentes. En la Constitución Política no hay control prevalente en cabeza de la Contraloría General de la República o de las contralorías territoriales, únicamente obra el excepcional en la forma registrada. Esto implica un supuesto distinto por cuanto en el control excepcional el órgano territorial queda temporalmente –bajo ciertas causales- desprovisto de competencia, al paso que en el control prevalente los dos órganos la tienen, primando uno de ellos sobre el otro en la hipótesis del conflicto de competencias.

De este modo, por mandato del ordenamiento superior el Legislador fija las causales de control excepcional, correspondiéndole a la Corte Constitucional ejercer una rigurosa vigilancia sobre el parentesco constitucional de dichas causales –v. gr. verificando que las mismas sean objetivas, razonables y proporcionadas-, a efectos de evitar que la excepción se convierta en regla general.

Del examen realizado sobre los dispositivos constitucionales relativos a los poderes de la Contraloría General de la República no surge ninguna otra norma que permitiera siquiera vislumbrar alguna facultad que saliéndose de las reglas generales sobre control fiscal, pudiera habilitar a dicho ente fiscal para desempeñar una tal potestad prevalente. Mejor dicho aún, en la Constitución Política no aparece regla alguna que a la manera del control excepcional le otorgue competencia expresa a la Contraloría General de la República para ejercer control prevalente sobre la gestión fiscal y los resultados de la administración y manejo de los recursos nacionales que se transfieran a cualquier título a las entidades territoriales. Una interpretación en contrario “convalidaría” la norma acusada elevándola al grado de regla reformativa de la Constitución; advirtiendo igualmente que, en el evento de querer asimilarla a los dictados del control excepcional, o derivarla de los mismos, el tercer inciso –in fine- del artículo 267 superior resultaría desnaturalizado en tanto sería transmutado en disposición general bajo el espectro de los recursos de origen nacional transferidos a las entidades territoriales. Y que tampoco se aduzca subsidiariedad de las contralorías territoriales frente a la Contraloría General de la República, ya que el poder surge a partir de lo local, extendiéndose luego hacia los ámbitos medio y nacional, tal como se deriva del artículo 3 superior, conforme al cual “La soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público (...)”. Y lo más cercano al pueblo –al ciudadano como colectividad- es lo local, el lugar donde vive, trabaja y puede hacer efectivos con mayor facilidad sus derechos políticos, amén de otros de señalada importancia.

Consecuentemente, para los suscritos magistrados el numeral 6º del artículo 5 del decreto 267 de 2000 comporta notables vicios de inconstitucionalidad, toda vez que en particular vulnera los artículos 121 y 267 (tercer inciso, in fine) de la Carta Política.

La norma combatida también resulta violatoria de los artículos 272 y 287-2 de la Constitución en tanto desatiende la competencia de las contralorías departamentales, distritales y municipales para ejercer el control fiscal dentro de sus respectivas jurisdicciones, al propio tiempo que fractura el principio de autonomía territorial que al tenor del artículo 287-2 le confiere a las entidades territoriales la potestad de ejercer las competencias que les correspondan.

Así las cosas, preciso es que esta Corte modifique la tesis que anteriormente prohijaba frente al control fiscal de los recursos de origen nacional transferidos a las entidades territoriales, pues como bien claro resulta, a partir del momento en que tales recursos ingresan al presupuesto público territorial la importancia de su génesis se contrae al cumplimiento de los fines del Estado desde la perspectiva territorial. Como que los fines del Estado constituyen tarea y responsabilidad de todos los servidores públicos del país con arreglo a su órbita de acción, esto es, sin lugar a discriminaciones por razón del orden nacional o territorial al que pertenezcan; y si esto es así, mal podría el Legislador pretender “construir” un control prevalente que la Constitución no contempla bajo ningún respecto, y mucho menos en desmedro de la autonomía territorial que en buena hora ella acogió, donde, en términos de su artículo 2º se le encomienda al Estado –como un todo nacional y territorial- el cumplimiento de unos fines esenciales. Por tanto, no cabe duda alguna de que en torno a estos fines campean en la Constitución múltiples intereses y deberes que comprometen tanto a la Nación como a sus entidades territoriales, siendo propio indicar que, importándole tanto a la Nación como a sus entidades territoriales la concreción de los fines esenciales vertidos en el artículo 2 superior, no sería de buen recibo admitir o sugerir una mejor jerarquía ética en cabeza de los servidores públicos de linaje nacional, como tampoco avalar la hipótesis según la cual únicamente podría hallarse en entredicho la imparcialidad del órgano territorial de control, debido a presiones o injerencias locales que puedan afectar su idoneidad, como si en la esfera nacional las presiones o injerencias indebidas estuvieran en cuarentena.

A decir verdad, la vasta experiencia político-administrativa del país ha mostrado secularmente que las actuaciones de dudosa estirpe administrativa involucraron siempre –de manera simultánea o alternativa- tanto a servidores públicos del orden nacional como a servidores públicos del orden territorial. Por lo demás, cuando el artículo 83 superior dispone que las actuaciones de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, no hace distinciones, dado que el mandado es exigible a todos los servidores públicos por igual –nacionales o territoriales-, a cuyos efectos, nada ni nadie podría desestimar a priori la oportunidad que merecen los servidores públicos territoriales para desempeñar a cabalidad sus funciones, y por ende, para prestar su concurso a la autonomía territorial que consigna la Constitución. Y que no quede duda sobre este particular, ya que en lo tocante a los principios de la buena fe y de la moralidad no se ven razones constitucionales que puedan auspiciar esa apriorística y velada descalificación que pone en entredicho la conducta potencial de los servidores públicos del orden territorial, pues bien vistas las cosas, dicha descalificación sólo contribuye a la gestación de una hermenéutica perniciosa y contraria al

sentido auténtico que tales principios entrañan constitucionalmente.

Desde otro ángulo del problema se impone acentuar también que la presunción de legalidad que protege a los actos administrativos no hace ni sugiere distinciones en cuanto a la calidad de nacional o territorial del ente emisor del respectivo acto, incluidos los particulares que cumplen funciones administrativas. De suerte que, con particular énfasis, a la luz del derecho administrativo surgen también poderosas razones que amparan suficientemente la investidura de autoridad legítima que los servidores públicos del orden territorial ostentan para la expedición de actos administrativos, que para el caso en cuestión se traducen en actos de control fiscal territorial.

Siendo pues compromiso y responsabilidad de todos los servidores públicos -nacionales y territoriales- la materialización de los fines esenciales del Estado, no se ve razón suficiente ni necesaria para prohijar la existencia jurídica del dispositivo impugnado, máxime si se considera que la presencia del control fiscal excepcional, de recio cuño constitucional, garantiza en cabeza de la Contraloría General de la República el ejercicio del control posterior sobre cuentas de cualquier entidad territorial.

De otra parte, la norma en revisión dispone que para el cumplimiento de su misión y de sus objetivos le corresponde a la Contraloría, “6. Ejercer de forma prevalente y en coordinación con las contralorías territoriales, la vigilancia sobre la gestión fiscal y los resultados de la administración y manejo de los recursos nacionales que se transfieran a cualquier título a las entidades territoriales, (...)”. (Resalta la Sala).

Por su parte la coordinación no implica subordinación jurídica, pues aquí dos órganos se hallan en pie de igualdad, debiendo en principio trabajar de manera armónica para el logro de determinados fines, tal como acontece en las relaciones que militan entre dos ministerios, o entre el Presidente y el Congreso. En este sentido:

“Por coordinación se entiende la actuación funcionalmente coincidente de varios órganos dentro de sus respectivas competencias en un marco finalista único que incumbe a la Entidad en la que todos ellos están integrados. Evidentemente, junto a esta coordinación interorgánica e intersubjetiva, existe otra intersubjetiva, que afecta a varias Entidades públicas con competencias compartidas o concurrentes en la misma materia”.⁵

Como bien se aprecia, se trata de dos nociones diferentes e incompatibles que por su misma esencia incorporan una estructura oracional contradictoria, y por tanto irracional. Pues, cómo pedirle a dos órganos que frente a una misma competencia actúen en forma prevalente, y sin embargo coordinada; esto es, determinar que en torno a un mismo asunto se desempeñen en pie de igualdad, pero al mismo tiempo reconociéndole uno al otro supremacía funcional o jerárquica. Un contrasentido mayor sería difícil de concebir, dada la exigencia ontológica de ser y no ser al mismo tiempo;⁶ o si se quiere, de ser una cosa, y al mismo tiempo otra manifiestamente incompatible. Alguien podría argüir que en gracia de discusión, una conjunción disyuntiva habría sido más benéfica que una copulativa a los intereses del espurio control prevalente. Empero, la incompatibilidad observada se mantendría in situ, por cuanto no se le puede pedir a dos órganos que frente a un mismo asunto, simultáneamente actúen en forma prevalente y/o coordinada. Esto es, que obren en pie de igualdad, pero al mismo tiempo con subordinación jurídica de un órgano sobre el otro.

Se insiste: prevalencia y coordinación no pueden acaecer simultáneamente y de cara a dos órganos específica e invariablemente considerados; no pueden coexistir válidamente, toda vez que en el mejor de los casos dichos verbos rectores encierran una contradicción ex toto, que a su turno denuncia el carácter inconstitucional de la norma acusada. Y no podría ser de otra manera, por cuanto, sin excepción, el Derecho debe ser racional en todo Estado Social de Derecho que se precie de serlo con sentido auténtico. Y según se ha visto, el dispositivo examinado resulta notoriamente irracional.

Finalmente debemos anotar lo siguiente:

- De acuerdo con el inciso segundo del artículo 362 superior 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. Entonces, siendo consecuentes con la tesis mayoritaria de esta Corporación, en el evento de las transferencias territoriales hacia la Nación el control sobre estos recursos lo continuarían ejerciendo las respectivas contralorías departamentales o municipales, toda vez que esos ingresos no perderían su condición territorial ni aún después de ser incorporados a los fondos de la Tesorería General de la Nación; lo cual, según se aprecia, resultaría cuando menos exótico, sobre todo desde el punto de vista operativo. Piénsese, por ejemplo, en la hipótesis del artículo 362 constitucional, ¿cómo podrían armonizar su ejercicio fiscalizador las respectivas contralorías, habida consideración de sus diferentes metodologías, recursos y técnicas de trabajo?; igualmente, ¿cómo podrían concurrir técnicamente tales entes al examen de unas partidas consolidadas bajo el principio de la unidad de caja, que luego son ejecutadas en destinos no desagregables?. Vale decir, en punto al artículo 362 superior, el sentido y consecuencias de la tesis mayoritaria de la Corte muestran su insostenible talante.

- La tesis de la Corte ostenta unas consecuencias irracionales, tanto en la órbita de las actividades como en el ámbito económico. En efecto, en lo tocante a las actividades los funcionarios de la Contraloría General de la República pueden resultar haciendo el mismo trabajo de sus homólogos de las contralorías territoriales. Y por el mismo trabajo, a unos y otros se les pagaría sendos salarios, amén de los recursos técnicos y económicos que tales actividades incorporarían por partida doble. A lo cual arriba la siguiente pregunta: ¿cuál es la relación costo-beneficio de unas contralorías (General y territoriales) que desde antiguo están gastando más de lo que recuperan a través de los juicios fiscales? Quedando al garete, ininterrumpidamente, un voluminoso segmento de impunidad en cabeza de muchos responsables de la gestión fiscal.

- La tesis de la Corte entraña un problema de competencias no querido ni auspiciado por la Constitución, que a su turno impone esta pregunta: ¿hasta dónde va la competencia de las contralorías territoriales, y hasta donde la de la Contraloría General de la República? Terreno en el cual, seguramente, la jurisprudencia de la Corte deberá proseguir con su labor creativa en pos de una respuesta. Nótese además cómo esta postura es inherente a una mala técnica de administración pública, pues en estricto derecho, no cabe aceptar una definición de competencias que a más de inconstitucional provoca espurios conflictos de competencia. Por ello mismo debemos insistir en que una vez transferidos los recursos nacionales a las

entidades territoriales, tales recursos sufren una metamorfosis que los hace devenir en departamentales, municipales o distritales, con la subsiguiente competencia fiscalizadora de las contralorías territoriales, a cuyos fines concurre el inciso sexto del artículo 267 superior, que reza:

“Los contralores departamentales, distritales y municipales ejercerán, en el ámbito de su jurisdicción, las funciones atribuidas al Contralor General de la República en el artículo 268 (...)”.

- En última instancia, el control sobre la gestión fiscal corresponde a los órganos de elección popular: Congreso de la República, asambleas y consejos. Recuérdese que desde los tiempos de la Carta Magna no puede haber tributo sin representación, y como la comunidad siempre está interesada tanto en el recaudo de los ingresos como en la ejecución de los gastos, lo propio ha sido y sigue siendo que los órganos de elección popular decidan sobre el aforo de los ingresos y sobre la apropiación de las partidas para gastos, con la concomitante competencia para exigir informes relativos a los controles realizados por los entes fiscalizadores sobre los gestores fiscales del país (arts. 268-11 y 300-11, C.P.). En este orden de ideas, y como quiera que tales órganos electivos no funcionan permanentemente, desde el punto de vista político las contralorías son delegatarias de la función controladora que le atañe al Congreso, a las asambleas y a los consejos. Y no podría ocurrir de otra manera, pues siendo los órganos de elección popular representantes de los intereses de la comunidad, sólo a ellos les cabe la titularidad primigenia y eminente en materia del control fiscal. Por eso, se reitera, las contralorías deben rendirle cuentas a los respectivos órganos de elección popular en lo tocante a los ingresos recaudados y a los gastos ejecutados por los gestores fiscales circunscritos a su inmediato control: que el Gobierno no gaste con abuso o desviación de poder, violando procedimientos o competencias, en fin, que no obre arbitrariamente. Ciertamente, el origen político del Congreso, las asambleas y los consejos así lo imponen en pro de su razón de ser: el pueblo, fuente de toda legitimidad democrática.

- La autonomía tiene dos variables: competencia y recursos. Por tanto, las entidades territoriales no pueden ser autónomas en las competencias sin serlo en los recursos. Lo contrario no pasaría de ser una fementida autonomía.

De este modo han quedado expuestas las razones por la cuales debió ser retirado del ordenamiento legal el precepto demandado. Pero como las cosas no ocurrieron así, debemos salvar nuestro voto en torno a lo resuelto por esta Corporación a través de la sentencia C-127 de 2002.

Fecha ut supra

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

JAIME ARAUJO RENTERÍA

Magistrado

1 Al respecto el régimen de contratación estatal concurre estipulando una mayor autonomía y correlativas responsabilidades en cabeza del ordenador del gasto.

2 Al respecto el régimen de contratación estatal concurre estipulando una mayor autonomía y correlativas responsabilidades en cabeza del ordenador del gasto.

3 Cabe observar que el control fiscal engloba la ejecución presupuestal en su conjunto, esto es, tanto desde el punto de vista de los ingresos aforados como de las apropiaciones presupuestales aprobadas.

4 El control excepcional también podrá recaer sobre las regiones y provincias a partir del momento en que la ley les otorgue el carácter de entidades territoriales, según previsión del artículo 286 de la Carta Política.

5 Luis Cosculluela Montaner, Manual de Derecho Administrativo, séptima edición, Ed. Civitas S.A., Madrid, 1996, pág. 180.

6 En cambio, un vivo ejemplo de racionalidad sí quedó inscrito en el monólogo de Hamlet, al decir: "To be or no to be".